



HAL
open science

Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat

Maël Mandin

► **To cite this version:**

Maël Mandin. Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Droit. Université Paul Verlaine - Metz, 2004. Français. NNT : 2004METZ004D . tel-01750215

HAL Id: tel-01750215

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01750215v1>

Submitted on 29 Mar 2018

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.



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITE DE METZ
FACULTE DE DROIT, ECONOMIE ET ADMINISTRATION
Ile du Saulcy 57 045 METZ

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE - METZ	
N° inv.	2004011D
Cote	D/M3 04/04
Loc	

THESE
pour obtenir le grade de
DOCTEUR EN DROIT
Discipline : Droit public
présentée et soutenue publiquement par
Maël MANDIN
le 25 octobre 2004 à 14H30

Titre :

LE RECOURS EN CASSATION DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Directeur de Thèse :
M. Vincent CATTOIR-JONVILLE
Professeur à l'Université de Lille 2.

JURY

- M. Patrick BENOIT**, Professeur émérite à l'Université de Metz.
M. Philippe BILLET, Professeur à l'Université de Metz.
M. François COLLY, Professeur à l'Université d'Evry, Doyen de la Faculté de droit, rapporteur.
M. Manuel GROS, Professeur à l'Université d'Artois, premier vice-président de l'Université, rapporteur.
Mme Laurence POTVIN-SOLIS, Maître de conférences à l'Université de Metz.

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DE METZ



031 536029 1

UNIVERSITE DE METZ
FACULTE DE DROIT, ECONOMIE ET ADMINISTRATION
Ile du Saulcy 57 045 METZ

THESE
pour obtenir le grade de
DOCTEUR EN DROIT
Discipline : Droit public
présentée et soutenue publiquement par
Maël MANDIN
le 25 octobre 2004 à 14H30

Titre :

LE RECOURS EN CASSATION DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Directeur de Thèse :
M. Vincent CATTOIR-JONVILLE
Professeur à l'Université de Lille 2.

JURY

- M. Patrick BENOIT**, Professeur émérite à l'Université de Metz.
- M. Philippe BILLET**, Professeur à l'Université de Metz.
- M. François COLLY**, Professeur à l'Université d'Evry, Doyen de la Faculté de droit, rapporteur.
- M. Manuel GROS**, Professeur à l'Université d'Artois, premier vice-président de l'Université, rapporteur.
- Mme Laurence POTVIN-SOLIS**, Maître de conférences à l'Université de Metz.

LE RECOURS EN CASSATION DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Introduction.

Le mot *cassation* désigne la faculté que peut avoir un juge d'annuler un acte (contractuel, administratif ou juridictionnel) à l'occasion d'un procès, c'est le pouvoir dont disposent la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat à l'égard des décisions de justice rendues en dernier ressort. Le pouvoir de casser ou briser un arrêt présente une certaine ambivalence. Car cette prérogative permet de procéder à l'annulation d'un acte, ce qui implique qu'il est entaché de nullité. Mais elle est aussi une technique visant à mettre en œuvre un contrôle de légalité : il ne s'agit plus de voir si l'acte est affecté d'un vice intrinsèque (une cause de nullité), mais s'il est conforme au bloc de la légalité (i.e. s'il est en contravention avec une norme extrinsèque). Ces deux aspects de la cassation permettent à la juridiction exerçant ce contrôle, de l'affiner en fonction des objectifs qu'elle entend privilégier. Le juge de cassation peut uniquement censurer les vices inhérents à l'arrêt attaqué, ou l'apprécier à la lumière de normes qui lui sont extérieures. Pour cette raison l'étude de la cassation ne se confond pas avec l'analyse des conditions permettant de procéder au cassement d'une décision, mais doit permettre d'appréhender la dynamique propre à cette technique : il importe de cerner quelles sont les forces qui agissent et concourent à donner à la cassation administrative l'aspect qui est le sien, et qui s'éloigne, à bien des égards, de la cassation en droit privé.

Contrairement à l'usage en vigueur devant les juridictions judiciaires¹, la cassation administrative est indistinctement qualifiée par le législateur de recours ou pourvoi en cassation². Ces deux expressions seront utilisées comme synonymes, dans la mesure où il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

La cassation administrative a une place à part dans l'activité du Conseil d'Etat. En effet ce dernier n'est pas, comme la Cour de Cassation, exclusivement juge de cassation. En premier lieu, les conseillers d'Etat ont des attributions en matière administrative et législative³ et agissent alors en tant que conseillers du gouvernement. En second lieu, le contrôle de cassation n'est pas la seule activité contentieuse des magistrats du Palais-Royal. Mais ce recours a, très certainement, pris une place importante, depuis une décennie, dans l'exercice des attributions contentieuses de la Haute juridiction administrative. De ce point de vue, il est intéressant de souligner que le législateur lui-même a décrit différemment le rôle du Conseil

¹ Cf. les articles 604 et 974 du Nouveau code de procédure civile.

² Le terme « recours » est employé dans les articles L 111-1, L 331-1 et L 821-1 du Code de justice administrative. Le mot « pourvoi » est utilisé à l'article L 821-2 alinéa 2 du même Code.

³ Cf. les articles L 112-1 du Code de justice administrative.

d'Etat, en matière juridictionnelle, à une cinquantaine d'années d'intervalle. Ces différences, loin d'être purement symboliques, reflètent, au niveau des textes législatifs, l'évolution qui a touché la Haute juridiction, au cours de cette période.

Selon l'article 32 de l'Ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative ; il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ; il est juge d'appel des décisions rendues par les juridictions administratives de premier ressort ; il connaît des recours en cassation dirigés contre des décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort ». Cinquante cinq ans plus tard, à l'occasion de la création du Code de justice administrative⁴, le législateur a inversé l'ordre des attributions de l'Assemblée du contentieux. En effet, l'article L 111-1 du Code de justice administrative dispose : « le Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives, ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel ».

La différence de rédaction entre ces deux articles n'est ni anodine ni anecdotique. Elle est, au contraire, le fruit des changements qui sont intervenus, depuis quelques années, en matière de contentieux administratif. Tout d'abord, le Conseil d'Etat est devenu légalement la juridiction administrative suprême et il n'est plus seulement le juge de droit commun de l'administration. Cette évolution souligne que les conseillers d'Etat n'ont plus pour mission principale de juger l'Administration active, mais au contraire, d'apprécier la légalité des décisions rendues par les diverses juridictions administratives.

De plus, l'ordre des compétences du Conseil d'Etat est inversé : la Haute juridiction devient, en premier lieu, un juge de cassation et ses autres attributions ne sont présentées qu'en second lieu. Cela mérite d'être souligné et ce, même si cette inversion des priorités demeure symbolique, car elle illustre l'importance du pourvoi en cassation dans l'activité contemporaine du juge administratif suprême. En réalité, avant la réforme introduite par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif (entrée en

⁴ Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

vigueur le 1^{er} janvier 1989), le recours en cassation n'occupait qu'une « place marginale⁵ » dans l'activité contentieuse du Conseil d'Etat. En conséquence, il convient de souligner que cette activité autrefois réduite est devenue aujourd'hui cruciale. C'est à la lumière de ces changements qu'il importe d'examiner le pourvoi en cassation auprès du Conseil d'Etat en droit positif.

La théorie moderne de la cassation administrative est intimement liée à la réforme de 1987. A tel point qu'aujourd'hui encore, pour comprendre la cassation administrative, il paraît souhaitable, dans un premier temps, de voir comment celle-ci a évolué, sous l'impulsion de cette réforme.

Pour tenter d'évaluer et d'apprécier l'impact qu'a eu la réforme, ainsi que les changements qui se sont produits depuis une décennie, dans le domaine de la cassation administrative, il paraît opportun, dans un premier temps, de revenir sur les circonstances précises qui ont conduit le législateur à réformer le contentieux administratif. En effet, à bien des égards, le pourvoi en cassation a été perçu comme un moyen de résoudre les difficultés auxquelles étaient confrontées les formations contentieuses du Conseil d'Etat au cours des années quatre-vingts. A la lumière des objectifs qui ont motivé la réforme, on peut se demander, dans un second temps, si la technique de la cassation permet au Conseil d'Etat de bien remplir les missions qui lui sont imparties en tant que juridiction suprême.

Avant 1987, la cassation administrative ne concernait que les litiges jugés par des juridictions administratives spéciales statuant en dernier ressort. Mais depuis cette date, le Conseil d'Etat juge également l'activité des juridictions administratives générales par le biais du recours en cassation. La réforme de 1987 a modifié sur certains points le régime du recours en cassation, ce qui n'a pas été sans incidence sur l'évolution contemporaine de cette procédure. En d'autres termes, la cassation fut adaptée au nouveau rôle qu'elle devait remplir et c'est pour cela que l'on peut parler d'un nouveau droit de la cassation administrative qui est une conséquence de la réforme. Pour toutes ces raisons, il paraît utile d'examiner le recours en cassation devant le Conseil d'Etat, à la lumière des objectifs qui ont motivé la réforme introduite par la loi du 31 décembre 1987.

⁵ R. Chapus, « Les aspects procéduraux. », AJDA 1988, p 94. « 4 % de l'activité contentieuse du Conseil d'Etat : moyenne des années 1981-1982 à 1986. », Ibidem.

Par la réforme du contentieux de 1987, le législateur a voulu améliorer le fonctionnement à la fois du Conseil d'Etat⁶, mais aussi de l'ensemble de l'ordre administratif de juridictions. En ce sens on peut dire qu'il a souhaité rendre plus efficace la régulation du système juridictionnel administratif. Pour arriver à cet objectif, deux séries de mesures furent mises en œuvre. Les premières tendaient à permettre à la Haute assemblée de travailler dans de meilleures conditions, afin notamment de juger plus vite les affaires pendantes devant elle. Ces mesures visaient à améliorer la régulation interne du juge administratif suprême (§ 1.). Les secondes catégories de dispositions visaient à permettre aux conseillers d'Etat de contrôler efficacement et effectivement l'activité des juridictions statuant en dernier ressort qui sont soumises à sa surveillance. Il s'agissait ici d'assurer une régulation qui est extérieure ou externe au Conseil d'Etat (§ 2.) et qui doit mettre ce dernier en état de remplir son rôle de juridiction suprême. Nous aborderons d'abord l'examen des techniques mises en œuvre pour améliorer le fonctionnement interne de la Haute assemblée, avant de voir par quels procédés cette dernière est en mesure d'assurer la marche normale des juridictions soumises à son autorité, car ce sont les difficultés relatives à l'organisation du Conseil d'Etat qui ont conduit à modifier la nature du lien de subordination entre les juges du Palais-Royal et de nombreuses juridictions du fond.

§1. La régulation interne du Conseil d'Etat.

Pour faire en sorte que la Section du contentieux du Conseil d'Etat fonctionne correctement, il convient que celle-ci soit à même de juger les recours dont elle est saisie dans des délais raisonnables et qu'elle soit en mesure de remplir efficacement le rôle imparti à une juridiction suprême. Dans le premier cas, la Haute juridiction doit gérer les dossiers qui lui sont déférés dans les meilleures conditions possibles. Dans le second cas, ce sont les missions particulières qui sont les siennes qu'elle doit gérer. Nous examinerons en premier lieu les questions soulevées par la gestion des dossiers (A.), car celles-ci conditionnent la manière à travers laquelle le juge suprême gère ses missions (B.).

⁶ Sur le rôle fondamental que le Conseil d'Etat a joué dans l'adoption de la réforme de 1987 : Voir L. Folliot, « Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif », Paris, LGDJ, collection Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, p 43 et s. et p 61 et s.

A. La gestion des dossiers.

Au cours des années 1980, le nombre de litiges soumis à la Haute assemblée n'a pas cessé d'augmenter et les conseillers d'Etat n'étaient plus en mesure de juger l'intégralité des affaires qui leur étaient déférées. En conséquence le stock de dossiers pendants devant la Haute juridiction ne cessait de croître.

La réforme avait principalement pour finalité de « désencombrer ⁷ » ou « désengorger ⁸ » le Conseil d'Etat. Ces formules ne sont pas très élégantes, car elles laissent presque sous-entendre que les litiges pendants devant l'Assemblée du Palais-Royal la gênaient et l'empêchaient de fonctionner correctement. Mais ces expressions illustrent clairement le phénomène auquel avait affaire la Haute juridiction avant 1987, à savoir elle était confrontée à un arriéré de dossiers lesquels augmentaient et ne pouvaient pas être jugés dans des délais satisfaisants.

L'augmentation du contentieux qui relève des juridictions administratives a abouti à une situation où le Conseil d'Etat ne pouvait plus rejurer l'ensemble des litiges qui lui étaient soumis.

En octobre 1987, le Conseil d'Etat avait un arriéré d'affaires non jugées d'environ 25 000 dossiers : à cette période la Haute assemblée était saisie de quelque 9 000 recours par an, alors qu'elle ne pouvait rendre que 7 500 décisions par année ⁹. Il fallait trois ans en moyenne pour obtenir un arrêt de cette juridiction ¹⁰. Il était assez ironique de constater que la Haute juridiction était revenue à un seuil d'encombrement proche de celui qui avait conduit le législateur à créer les Tribunaux administratifs, au cours de la réforme de 1953. En effet, en 1953 le Conseil d'Etat avait un stock d'affaires en attente d'être jugées de 24 150 dossiers ¹¹.

⁷ Cette expression a souvent été utilisée par les parlementaires, lors de la discussion de la réforme de 1987 : cf. J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, et voir aux pages suivantes : J-P. Michel, p 3942 ; J-J. Hyest, p 3945 ; J. Foyer et G-P. Wagner, p 3957.

⁸ A. Chalandon, J.O. Débats Ass. Nat., 21 décembre 1987, 1^{ère} séance du 20 décembre 1987, p 7912.

⁹ Sur l'origine de ces chiffres : cf. la discussion générale devant l'Assemblée Nationale du projet de loi portant réforme du contentieux administratif, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p3937 et suivantes.

¹⁰ P. Mazeaud, *ibidem*.

¹¹ Cf. J-C. Martinez, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3945.

Le législateur de 1987 n'a guère souhaité réduire l'encombrement du Conseil d'Etat en augmentant le nombre de conseillers d'Etat et ce fut, sans doute, une bonne solution car la multiplication des formations de jugement au sein d'une juridiction peut conduire à créer des divergences de jurisprudences entre les diverses chambres qui la composent. Ce genre de situation ne peut que compromettre la lisibilité de l'œuvre prétorienne d'un juge suprême.

L'objectif de la réforme de 1987 a été d'attribuer à de nouvelles juridictions certaines des compétences qui ressortissaient aux magistrats du Palais-Royal. Le jugement de procès en appel représentait environ 80 % de l'activité du Conseil d'Etat avant la réforme de 1987 ¹². Le législateur a décidé de transférer l'essentiel de cette compétence à des juridictions nouvelles : les Cours administratives d'appel. Elles ont été créées par nécessité, afin d'accélérer le jugement en appel de certains dossiers et de réduire le nombre de litiges pendants devant la Haute assemblée.

C'est dans ce contexte qu'il fut décidé que les arrêts des Cours administratives pourraient être déférés à la Haute juridiction administrative par la voie du recours en cassation. L'objectif principal de la réforme était de désengorger le Conseil d'Etat, afin que l'activité de ce dernier ne soit pas bloqué. C'est uniquement pour répondre à des nécessités pratiques que l'Assemblée du Palais-Royal a été amenée à connaître de pans entiers du droit administratif par le biais de la cassation et non plus par celui de l'appel. Aucun esprit de système n'a présidé à ces modifications, seules des considérations concrètes et matérielles les ont justifiées. Comme le notait Mme Folliot : « Débarrassé des affaires répétitives qui ne présentent pas un grand intérêt, le Conseil d'Etat peut se consacrer à son rôle d'impulsion et de direction ¹³ ».

¹² Sur ce chiffre : cf. J-P. Michel, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3942.

¹³ L. Folliot, op. cit., p 62.

Les finalités de la réforme de 1987 montrent les limites de cette dernière. Elle ne s'est pas attaquée à l'encombrement des Tribunaux administratifs ¹⁴. A cette époque, les juridictions de première instance étaient saisies chaque année de 60 000 affaires, alors qu'elles ne pouvaient en juger que 50 000 par an. Le nombre de litiges en attente d'être tranchés s'élevait à 100 000 dossiers ¹⁵.

Les parlementaires avaient conscience non seulement des limites de la réforme de 1987, mais aussi des problèmes nouveaux qu'elle pouvait soulever. Un député avait très justement affirmé : « Le but de la réforme est de dégager un Conseil d'Etat submergé par les recours et d'obtenir ainsi une évacuation plus rapide des affaires. Mais le Conseil d'Etat va rester juge de cassation et, étant donné le caractère extrêmement processif de nos contemporains, il est à craindre que, rapidement, le nombre des recours en cassation ne se multiplie. S'il en est ainsi, la réforme aura eu pour résultat de dégager pendant quelque temps le Conseil d'Etat, mais sa conséquence sera de soumettre l'appréciation de la même affaire à trois examens au lieu de deux. Le remède pourrait donc être pire que le mal¹⁶ ».

En fait, la Haute assemblée est en mesure de prononcer un certain nombre d'arrêts par an et elle ne peut guère en rendre davantage. En conséquence, le recours en cassation doit lui permettre de choisir dans certaines conditions les affaires sur lesquelles elle entend statuer.

La Haute assemblée ne se contente bien sûr pas de gérer des dossiers, il lui revient avant tout d'assurer son rôle de juridiction suprême et en conséquence d'assumer les missions que cette fonction implique.

¹⁴ Sur cette question voir, par exemple, l'intervention de G-P. Wagner, au cours des débats devant l'Assemblée Nationale, où il est regretté que des moyens supplémentaires ne soient pas accordés aux Tribunaux administratifs : J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 2^{ème} séance du 6 octobre 1987, p 3957.

¹⁵ Sur ces chiffres : cf. les débats parlementaires concernant la réforme de 1987, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3939.

¹⁶ J. Foyer, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3949.

B. La gestion des missions.

Le Conseil d'Etat doit être à même de remplir les tâches spécifiques qui lui sont imparties. Ce sont ces missions qu'il lui faut gérer. Le législateur a qualifié le Conseil d'Etat de « juridiction administrative suprême ¹⁷ ». Le mot suprême ¹⁸ renvoie à deux idées : c'est une instance placée au-dessus de toutes autres juridictions et qui statue en dernier sur un procès. C'est la plus haute juridiction qu'il soit possible de saisir et la dernière qui puisse rendre un arrêt sur une affaire. La décision qu'elle rend est l'ultime qui puisse intervenir dans un litige.

Il n'y a pas, bien évidemment, un modèle unique de Cour suprême, mais différentes structures qui varient en fonction des systèmes juridiques des Etats auxquelles elles appartiennent ¹⁹. Mais il ne paraît pas inintéressant de se demander si une Cour suprême n'exerce pas une mission qui est spécifique à sa nature ? Et si c'est le cas, comment le Conseil d'Etat entend-il remplir cette mission ?

Lorsqu'une juridiction suprême chapeaute un système juridictionnel composé de juridictions ayant chacune un ressort régional, il y a risque que chacune tende à développer sa propre jurisprudence dans certains domaines, ce qui pourrait déboucher sur des divergences de solutions quant au fond de procès. Dans ce contexte, afin d'éviter les contradictions entre arrêts émanant de différentes juridictions du fond, le juge suprême devrait avoir pour mission d'assurer l'unité d'interprétation des normes juridiques. Si de nombreux auteurs s'accordent à penser que c'est la finalité d'une juridiction suprême ²⁰, il n'y a pas d'unanimité en doctrine sur la question de savoir comment une cour peut remplir le plus efficacement possible cette mission. D'aucuns affirment qu'un juge suprême doit être à même de sélectionner les litiges sur lesquels il entend statuer, afin de rendre des « décisions utiles ²¹ » à l'accomplissement de sa mission. Pour d'autres, en revanche, il ne peut y avoir unité d'interprétation effective, que si la juridiction suprême traque la moindre illégalité dans les arrêts des cours inférieures, ce

¹⁷ Article L 111-1 du Code de justice administrative.

¹⁸ Du latin *supremus* superlatif de *superus*, désignant : au sens poétique, le plus au dessus, le plus haut ; en parlant de temps ou de la succession, le plus au-delà, à l'extrémité, le dernier ; et en parlant du degré, le plus haut, le plus grand. Cf. F. Gaffiot, « Dictionnaire Latin Français. », Hachette.

¹⁹ Cf. A. Tunc, « La Cour Suprême idéal. », RIDC 1978, p 433.

²⁰ Voir les opinions émises en ce sens par les auteurs suivants : A. Tunc, « La Cour Suprême idéale. », RIDC 1978, p 435 et s. ; J-P. Calon, « La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Une comparaison. », RIDC 1978, p230.

²¹ A. Tunc, op. cit., p 444.

qui implique qu'un maximum de plaideurs puissent porter leur affaire devant les plus hauts magistrats d'une nation, pour qu'ils vérifient que les jugements qui leur sont déférés sont corrects.

Un juge suprême peut remplir sa mission de deux manières, selon qu'il exerce un contrôle de légalité ou d'opportunité. Dans la pratique anglo-saxonne, le juge suprême statue sur certaines affaires quasiment de manière discrétionnaire. La juridiction est composée de peu de membres²², et paraît vouloir unifier certaines questions de droit, en rendant chaque année relativement peu de décisions. Toutefois la pratique des opinions dissidentes peut rendre l'interprétation de ces dernières délicates. Dans la tradition française, la juridiction suprême contrôle la légalité des décisions émanant des juridictions inférieures. La juridiction est composée de nombreux membres. Les arrêts de règlement sont *a priori* prohibés. Le juge suprême contrôle, dans cette optique, la légalité des arrêts qui lui sont soumis.

Il ne fait aucun doute que le Conseil d'Etat, juge de cassation, exerce un contrôle de légalité, mais que par le biais de ce recours il lui revient aussi d'unifier l'interprétation des règles relevant du droit public.

Toutefois l'unification du droit n'est pas l'apanage exclusif des juridictions suprêmes, car des juridictions qui n'ont pas ce caractère peuvent être investies du pouvoir d'unifier l'interprétation de textes précis.

On sait, par exemple, que la Cour européenne des droits de l'homme a été instituée afin d'assurer le respect des engagements qui résultent pour les Hautes Parties contractantes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²³. La compétence de la Cour de Strasbourg s'étend notamment aux questions qui concernent l'interprétation de cette Convention et de ses Protocoles²⁴. Lorsque la Cour est saisie d'affaires interétatiques²⁵, de requêtes individuelles²⁶ ou d'avis consultatifs²⁷, elle peut ainsi

²² La Cour suprême des Etats-Unis comprend neuf membres. La Chambre des Lords de Grande-Bretagne, cinq magistrats.

²³ Article 19 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), signée le 4 novembre 1950, publiée par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974.

²⁴ Article 32 de la Convention précitée.

²⁵ Article 33 de la Convention précitée.

²⁶ Article 34 de la Convention précitée.

²⁷ Article 47 de la Convention précitée.

assurer l'interprétation uniforme de ces traités internationaux. Or la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas une juridiction suprême²⁸.

Unifier l'interprétation de textes n'est donc pas une mission spécifique aux juges suprêmes. Quelle autre fonction ce type d'instance peut-elle être conduite à remplir ?

Au-delà de l'interprétation du bloc de la légalité, une juridiction de cassation se doit, en droit français, d'assurer une certaine égalité des justiciables devant la loi. D'ailleurs, la recherche de l'uniformité dans l'application des règles juridiques paraît présenter, en droit français, deux aspects complémentaires, qui sont presque indissociablement liés. En premier lieu, le juge suprême doit assurer l'unité d'interprétation des règles juridiques au sens strict. En d'autres termes, le juge précise ce qu'une norme implique dans un contexte déterminé : le juge interprète une norme.

En second lieu ou sous un autre point de vue, le juge doit maintenir l'égalité de traitement des justiciables devant les juridictions subordonnées. Il vérifie que les juridictions du fond n'ont pas tiré d'un principe identique des solutions différentes. Sous cet aspect, le juge garantit l'application uniforme d'une norme. En contrôlant systématiquement l'application d'un concept juridique, le juge suprême garantit, aux justiciables qui le revendiquent, une égalité de traitement.

En somme, le Conseil d'Etat doit assurer aux justiciables que leur cause a été jugée conformément au droit. Il revient à la Haute assemblée de protéger simultanément le principe d'égalité et le bloc de la légalité.

Pour remplir ses diverses missions, la Haute juridiction exerce un contrôle sur l'activité des juges du fond. Elle agit alors comme leur supérieur hiérarchique et coordonne leur travail.

²⁸ La Convention européenne des droits de l'homme ne lui reconnaît pas cette qualité.

§2. La régulation externe par le Conseil d'Etat.

La Haute assemblée a pour rôle, notamment, de contrôler l'activité des juridictions qui lui sont subordonnées. A ce titre, elle apparaît comme le supérieur hiérarchique²⁹ de ces dernières et c'est en ce sens qu'elle est appelée à assurer la régulation de nombreuses juridictions du fond, c'est-à-dire à garantir le bon fonctionnement de ces diverses instances. Cette activité régulatrice s'opère traditionnellement, en droit français, par le moyen de deux techniques procédurales : l'appel ou la cassation. Mais ces deux procédures ne confèrent pas au juge régulateur (ou juge suprême) les mêmes prérogatives. En effet, il y a plus d'avantages pour une juridiction à contrôler l'activité d'une autre par le biais de l'appel que par celui de la cassation. Nous commencerons par voir les avantages de l'appel (A.), avant d'examiner par quels moyens on a essayé de pallier les désavantages inhérents au contrôle de cassation (B.).

A. Les avantages de l'appel.

Un des grands principes régissant l'instance d'appel est celui de l'effet dévolutif de l'appel. Ce dernier habilite le juge d'appel à rejuger un litige qui avait été soumis aux juges de première instance, en examinant toutes les questions de droit et de fait qui font l'objet de la controverse judiciaire³⁰. Il en résulte que la juridiction d'appel a entièrement connaissance du litige et qu'elle dispose de larges pouvoirs pour instruire l'affaire, afin de rendre la solution qu'il convient d'adopter.

Certes l'effet dévolutif connaît deux limites majeures, qui sont exprimés par les deux adages suivants : « *Tantum devolutum quantum judicatum*³¹ » et « *Tantum devolutum quantum appellatum*³² ». La première règle tend à limiter l'appel aux questions qui ont été tranchées par les premiers juges, la seconde restreint la saisine des juges d'appel aux questions qui ont

²⁹ Sur cette question : L. Folliot, op. cit., p 63.

³⁰ Ce principe est particulièrement bien défini par l'article 561 du Nouveau code de procédure civile, qui dispose : « l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

³¹ « Il n'est dévolu qu'autant qu'il a été jugé », sur ce point cf. R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 9^{ème} éd., n° 1362 ; J. Vincent et S. Guinchard, « Procédure civile », Dalloz, 24^{ème} éd., n° 1426.

³² « Il n'est dévolu qu'autant qu'il a été appelé », sur cette question cf. R. Chapus, op. cit. n° 1362 ; J. Vincent et S. Guinchard, op. cit., n° 1424.

été frappées d'appel par les parties au procès. Mais malgré ces limites, une juridiction suprême a tout intérêt, si elle veut contrôler le plus étroitement possible l'activité des organismes juridictionnels qui lui sont subordonnés, à statuer en tant que juge d'appel.

En effet, le grand avantage de l'appel est de permettre aux juges suprêmes de réexaminer toutes les appréciations qui furent émises par les juridictions inférieures. Ces dernières sont scrupuleusement contrôlées et vérifiées, en cas de contestation, par l'instance suprême. La mainmise du juge suprême sur l'évolution de la jurisprudence est alors quasiment totale.

La logique du pourvoi en cassation est toute autre, car ce recours n'a pas d'effet dévolutif. Il permet au juge de cassation de ne réexaminer que certains aspects des décisions qui lui sont déferées. En bref, il n'examine que partiellement les affaires qui lui sont soumises³³.

Par l'exercice d'un contrôle restreint, comment un juge de cassation peut-il remplir de manière performante son rôle de juridiction suprême ?

En décidant de ne réexaminer que certains aspects d'un litige, le contrôle de cassation ne porte pas sur certaines questions. Dès lors, les points exclus du périmètre du contrôle du juge de cassation peuvent très bien faire l'objet d'appréciations divergentes de la part des juridictions du fond.

L'absence de contrôle pourrait déboucher sur un traitement différent des justiciables en fonction de la juridiction appelée à statuer en dernier ressort. Dans ces conditions, il y aurait à un certain degré un risque de rupture de l'égalité entre justiciables, mais aussi une possibilité de divergences dans l'application des normes juridiques.

³³ Il est fréquent de dire que le juge de cassation juge en droit, cependant nous préférons, dans le cadre de l'introduction, ne pas utiliser cette terminologie. L'opposition consistant à distinguer la juridiction de cassation et celles du fond, en affirmant que la première juge en droit et les secondes en fait, est trop simplificatrice. La différence entre le fait et le droit est profondément ambiguë, elle soulève de nombreuses questions qui seront abordées plus tard. Mais nous pouvons souligner, dès à présent, que même si l'on adhère à l'idée que le juge de cassation est un juge du droit (quel que soit le sens que l'on donne à cette expression), il convient d'admettre que ce dernier ne procède qu'à un examen limité des affaires qui lui sont soumises. C'est pour cette raison que l'on peut dire qu'il ne juge que partiellement, et non totalement, un litige.

Cependant la solution qui consisterait pour la juridiction de cassation à rejuger un maximum de questions lors de l'examen des décisions qui lui sont déférées, présenterait le désavantage d'accroître la charge de travail des formations de jugement et irait à l'encontre de l'objectif de la réforme de 1987, qui était encore une fois de désencombrer le prétoire du Conseil d'Etat.

Lorsque la juridiction suprême statue par voie d'appel, ce qui pendant longtemps était le cas du Conseil d'Etat, elle remplit ces deux fonctions de manière optimale. Le principe d'égalité est préservé car chaque justiciable peut saisir le juge suprême qui vérifiera si les juridictions subordonnées ont régulièrement jugé le dossier. L'unité d'interprétation de la loi est également assurée car le juge d'appel, statuant en dernière instance, garantira une application uniforme des règles de droit.

Le contrôle effectué par le Conseil d'Etat sur les décisions de juges inférieurs est parfait lorsque ce dernier statue en tant que juge d'appel. Dans ce cas, la Haute assemblée est à même de réformer tous les aspects d'un jugement d'une juridiction inférieure, dès lors que ce dernier a été régulièrement attaqué. Etant devenu juge de cassation dans de nombreux domaines, le Conseil d'Etat a dû, depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, se résoudre à contrôler l'activité de plusieurs juridictions subordonnées à travers une procédure ne permettant qu'un réexamen partiel (sinon imparfait) des affaires déférées.

B. Les désavantages de la voie de la cassation.

Les juridictions de cassation ont toutes comme particularités communes de n'opérer qu'un réexamen partiel des litiges qui leur sont soumis. Mais dans le cadre de ce contrôle restreint, il est possible de moduler l'étendue des pouvoirs dont dispose un juge de cassation. Il paraît admissible d'affirmer qu'il existe deux modèles de juridictions de cassation, selon que l'autorité l'instituant souhaite établir une instance disposant de beaucoup ou, au contraire, de peu de prérogatives. Ainsi, un juge de cassation peut être faible (1°) ou fort (2°). Après avoir examiné en quoi un juge de cassation peut avoir peu de pouvoir, nous constaterons que le législateur a souhaité instituer, en droit administratif, une juridiction de cassation disposant de pouvoirs fort étendus.

1°/ Un juge de cassation faible.

Le pourvoi en cassation tel qu'il est prévu devant les juridictions judiciaires ne confère que peu de prérogatives au juge de cassation qui bien souvent n'a pas d'autre pouvoir que de casser un arrêt et de renvoyer les parties devant une juridiction du fond. Ce sont des considérations historiques qui permettent de saisir les raisons ayant abouti à cette situation.

Un pourvoi en cassation a existé sous l'Ancien régime ³⁴. La théorie de la cassation s'est progressivement construite à partir du XVII^e et tout au long du XVIII^e siècle ³⁵. Ce recours était exercé contre les décisions de justice rendues en dernier ressort, et examiné par la formation du Conseil du Roi qui examinait les requêtes des particuliers (le Conseil privé ou des Parties). La procédure de Cassation concernait principalement les litiges entre particuliers³⁶. Et à ce propos, on a pu dire que la technique de la cassation était « une voie de

³⁴ M. Boulet-Sautel, « La cassation sous l'Ancien régime. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 1.

³⁵ Cf. G. Lebreton, « L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIII^e siècle. », RDP 1986, p 1605.

³⁶ M. Boulet-Sautel, op. cit., p 16. Les litiges entre un particulier et l'Etat étaient considérés comme des affaires administratives. Ils ne relevaient pas de l'administration de la justice. Cette dernière ne concernait que « les affaires contentieuses entre les particuliers », cf. « Règlement du Conseil précédé de l'explication des différents articles compris dans chacun des chapitres avec les formules de procédure qu'on y suit et celles des arrêts ou jugements qui s'y rendent... (éd. Tolozan), Paris, Impr. de Moutard, 1786 », cité par M. Boulet-Sautel, Ibidem, p16.

contrôle administratif ³⁷ » sur les actes juridictionnels définitifs en matière de contentieux de droit privé. Toutefois il semblerait que la cassation ait également été utilisée, mais dans une moindre mesure, par des formations du Conseil du Roi spécialisées dans des questions de droit public : le Conseil des finances et le Conseil des dépêches ³⁸.

Sous l'influence de l'idéologie révolutionnaire, la cassation va acquérir sa physionomie contemporaine. La révolution française n'a pas inventé le concept du pourvoi en cassation, mais elle aurait transformé la finalité de la cassation : substituant à « la défense de l'autorité du roi, le respect d'une légalité dominante ³⁹ ». En effet, la Constituante semble avoir vu dans le recours en cassation un moyen permettant de faire en sorte que les décisions de justice respectent l'unité et l'uniformité de la législation nouvelle ⁴⁰.

En quelque sorte, le Tribunal de Cassation qui fut créé par la Constituante ⁴¹, devait être, selon une formule de M. le Professeur Perrot, le « corollaire du principe de l'unité juridique de la France ⁴² ».

Les constituants avaient, on le sait, une conception particulière de la justice. Ils estimaient que les magistrats devaient uniquement appliquer la loi, et que cette tâche n'impliquait pas que les textes soient interprétés. Si après deux cassations, le juge de renvoi refusait de retenir la solution adoptée par le juge de cassation, il revenait au législateur lui-même d'interpréter la

³⁷ M. Boulet-Sautel, *op. cit.*, p 23. Mais à la fin du XVIII^{ème} siècle, le contentieux administratif se serait « progressivement [ordonné] autour de ce qu'on commence à appeler « la Cassation en finance » », *Idem*, p 23 et 24.

³⁸ Le Conseil des finances était compétent pour connaître des pourvois dirigés contre des décisions de juridictions ayant des compétences judiciaire et administrative, telle la Cour des aides par exemple. Le Conseil des dépêches (formation administrative du Conseil du Roi) statuait parfois sur des arrêts judiciaires à travers un contrôle de cassation. Sur ces questions cf. P. de Font-Réaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs. », Sirey, 1930, p 59 à 61.

³⁹ J-L. Halperin, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790 – 1799). », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 25.

⁴⁰ Cf. J-L. Halperin, *op. cit.*, p 27. Il ne semble pas évident que la cassation ait été sous l'Ancien régime considérée comme une technique d'unification du droit. Mais en tout cas, c'est devenu une des finalités de ce recours à partir de la Révolution.

⁴¹ Loi du 27 novembre – 1^{er} décembre 1790, régit la cassation en matière civile, en cas de « contravention expresse au texte de la loi » ou de « violation des formes de procédure » ; et la loi 16 et 29 septembre 1791, organisant la cassation en matière criminelle, s'il y a « violation des formes » ou « fausse application de la loi ». Sur ces points : cf. J-L. Halperin, *op. cit.*, p 30.

⁴² R. Perrot, « Cour de Cassation et Conseil d'Etat à travers leurs fonctions de juges suprêmes. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 146.

loi, par le biais du référé législatif ⁴³. Les révolutionnaires ne voulaient pas créer un pouvoir judiciaire fort et puissant. C'est pour cette raison qu'ils ont décidé que les juridictions judiciaires devaient être contrôlées par un Tribunal n'ayant pas d'autre pouvoir que celui de casser des arrêts.

Il est assez ironique de constater, qu'aujourd'hui, la Cour de Cassation est devenue une des sources du droit français et qu'elle est perçue comme un « paralégislateur ⁴⁴ ». Mais il n'en demeure pas moins que le législateur de 1987 n'a guère souhaité introduire en droit public un recours en cassation qui eût été une copie conforme de celui qui est pratiqué devant les juridictions de l'ordre judiciaire. La cassation administrative est tout à la fois proche et lointaine de celle qui est mise en œuvre par la Cour de Cassation. Mais en toute hypothèse les conseillers d'Etat ont plus de pouvoirs, lorsqu'ils statuent au cours d'une instance de cassation, que les conseillers à la Cour de Cassation n'en ont quand il examinent un pourvoi.

2°/ Un juge de cassation fort.

Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat se distingue de celui qui est ouvert devant la Cour de Cassation. Des différences entre les deux catégories de pourvois existaient déjà avant la réforme de 1987, mais cette dernière a encore accentué les particularismes de la cassation administrative. Si plusieurs raisons ont abouti à faire du juge administratif suprême un juge de cassation fort, deux paraissent primordiales. Cette situation résulte d'abord de l'évolution historique de ce recours en droit public, mais également de la volonté de dépasser le modèle traditionnel de la cassation, afin d'atténuer les inconvénients que peut présenter ce genre de procédure.

⁴³ Le référé législatif fut supprimé en 1807. Mais c'est seulement la loi du 1^{er} avril 1837 qui donne à la Cour de Cassation le droit d'interpréter la loi. Sur ces points, cf. P. de Font-Réaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les autres tribunaux administratifs. », Sirey, 1930, p 62.

⁴⁴ P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de Cassation. », RIDC 1980, p 297.

Au cours du XX^e siècle, la jurisprudence administrative a reconnu l'existence d'un recours en cassation exercé devant le Conseil d'Etat et ouvert contre les décisions des juridictions administratives statuant en dernier ressort. Ce recours s'est progressivement distingué du recours pour excès de pouvoir ⁴⁵. La doctrine, à la suite notamment des travaux de Laferrière⁴⁶, a joué un rôle important dans la clarification de ces deux notions. La cassation administrative a permis à la Haute assemblée de contrôler l'activité des nombreuses juridictions spéciales qui ont été créées, parfois depuis fort longtemps⁴⁷, mais dont le nombre n'a augmenté de manière importante qu'à partir de 1916 ⁴⁸.

Or la cassation administrative a été modifiée de manière fondamentale par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, sur certains points essentiels. En conséquence, la cassation administrative est différente de celle qui existe en droit privé, mais aussi de celle qui était organisée devant la Haute juridiction administrative avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1987. A ce sujet, on a pu souligner « l'ambiguïté majeure ⁴⁹ » de cette réforme, puisqu'elle aboutissait à ce que le Conseil d'Etat transfère « une part de ses attributions sur des juridictions nouvelles tout en se réservant les facultés d'intervention les plus étendues ⁵⁰ ».

Ces interventions sont d'autant plus notables qu'elles sont de plusieurs ordres. La première innovation fut d'instaurer une procédure d'admission, la seconde a été de prévoir que le juge de cassation puisse avoir la faculté ou l'obligation de statuer sur le fond des affaires qui lui sont soumises. La troisième ne concerne pas directement le régime du recours en cassation, mais permet à la juridiction exerçant ce contrôle de rendre un avis sur un litige alors que celui-ci n'a pas encore été jugé, définitivement, par les juges du fond.

⁴⁵ Cf. G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel. », Sirey, 1958 : l'auteur dans la première partie de sa thèse retrace la lente évolution jurisprudentielle qui a conduit la Haute assemblée à opposer le recours pour excès de pouvoir et celui de cassation.

⁴⁶ Dès 1887, Laferrière, dans la première édition de son *Traité de la jurisprudence administrative*, distingue le recours tendant à l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, du recours en cassation formé contre les décisions des juridictions statuant en dernier ressort, au nombre de trois à l'époque : la Cour des Comptes, les Conseils de Révisions et le Conseil Supérieur de l'Instruction publique. Sur l'ensemble de ces questions cf. G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel. », Sirey, 1958, p 122. Voir également : D. Jacquemart, « Le Conseil d'Etat juge de cassation. », LGDJ, 1957, p 25.

⁴⁷ La Cour des Comptes a été créée par la loi du 16 septembre 1807.

⁴⁸ Voir sur ce point : P. de Font-Réaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs. », Sirey, 1930, p 81 et suivantes. Voir aussi : D. Jacquemart, « Le Conseil d'Etat juge de cassation. », LGDJ, 1957, p 2, sur la prolifération des juridictions administratives spéciales.

⁴⁹ M. J. Lévy et X. Prétot, « Le juge, le justiciable et le tomahawk. », AJDA 1988, p 117.

⁵⁰ M. J. Lévy et X. Prétot, *op. cit.*, p 117.

Il s'agit donc d'une exception au principe traditionnel selon lequel le juge de cassation ne peut intervenir qu'a posteriori, à savoir quand un litige a été jugé sans appel. En fait, la technique de la « question préjudicielle ⁵¹ », qui fut créée pour accompagner la réforme, a elle aussi pour finalité de pallier certains des inconvénients du régime de la cassation classique. Ces trois métamorphoses ont contribué à la constitution de la cassation administrative moderne et méritent d'être présentées rapidement, pour pouvoir saisir l'ampleur des modifications ayant affecté le recours en cassation depuis un peu plus d'une décennie.

L'article 11 alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1987 a prévu que « le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux ⁵² ». Cette disposition n'a pas uniquement été présentée, lors des débats parlementaires, comme un moyen d'accélérer le traitement de requêtes manifestement non fondées, mais, ainsi que le laisse entendre la notion de pourvoi « fondé sur aucun moyen sérieux », il s'agissait d'un moyen de « filtrer ⁵³ » les recours dont était saisie la Haute assemblée. Il s'agit en quelque sorte d'une procédure de « présélection ⁵⁴ » des pourvois.

Le second alinéa de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987, reconnaît au Conseil d'Etat le pouvoir de régler une affaire au fond, après cassation, si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie⁵⁵. Et le troisième alinéa du même article dispose que le Conseil d'Etat statue définitivement sur une affaire, à l'issue d'un deuxième pourvoi en cassation⁵⁶.

Enfin, les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel peuvent transmettre le dossier d'une affaire au Conseil d'Etat, qui dispose de trois mois pour rendre un avis sur une question de droit ⁵⁷. Si cette procédure est indépendante de la théorie de la cassation

⁵¹ D. Hoeffel, rapporteur pour le Sénat de la commission mixte paritaire, lors des débats relatif à la réforme de 1987 : J.O. Débats Sénat, 20 décembre 1987, séance du 20 décembre 1987, p 5825.

⁵² Aujourd'hui codifié, en termes identiques, à l'article L 822-1 du Code de justice administrative.

⁵³ C'est ainsi que le Garde des sceaux, de l'époque, avait présenté cette disposition : cf. J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 2^{ème} séance du 6 octobre 1987, p 3959.

⁵⁴ M. Dreyfus-Schmidt, J.O. Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3763.

⁵⁵ Article L 821-2 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative.

⁵⁶ Article L 821-2 alinéa 2 du Code de justice administrative.

⁵⁷ Cette innovation fut introduite en droit positif par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987. Aujourd'hui ces dispositions sont codifiées à l'article L 113-1 du Code de justice administrative : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le Tribunal administratif ou la Cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de

administrative, elle fut conçue pour que la Haute assemblée puisse donner son interprétation de règles juridiques, avant d'être saisie en tant que juge de cassation : il s'agit d'éviter les contradictions de jurisprudences entre les juridictions du fond, notamment en contentieux fiscal⁵⁸. Elle est une entorse au principe selon lequel la juridiction de cassation ne peut intervenir qu'a posteriori, après que les juges du fond ont rendu une décision définitive.

Cette technique pouvait laisser craindre, dès son adoption par le législateur, que les conseillers d'Etat ne s'immiscent dans le déroulement des procédures pendantes devant des juridictions du fond. Or si le Conseil d'Etat est à même d'effectuer de telles immixtions dans les procès en cours d'instruction devant les Cours et Tribunaux, comment imaginer qu'il puisse ne pas analyser scrupuleusement le fond des requêtes à l'occasion d'une instance de cassation ? Dans ces conditions, la réforme de 1987 pouvait laisser craindre que la Haute juridiction ne fût pas prête à abandonner sa mainmise sur l'interprétation et l'application du droit administratif et qu'elle ne laissât que peu de chose à l'interprétation souveraine des juridictions de fond. De sorte que le recours en cassation serait devenu quasiment une nouvelle forme d'appel.

Certaines des modifications visant à transformer le régime du recours en cassation et qui furent proposées au cours des débats parlementaires de 1987 n'ont pas été retenues. Or il s'agissait d'amendements qui auraient réduit les prérogatives de la Haute assemblée. D'aucuns avaient proposé de limiter les moyens d'annulation à la disposition du Conseil d'Etat, juge de cassation. Un amendement en ce sens tendait à n'autoriser la cassation que pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi, et non pour les motifs suivants : défaut de réponse à conclusions, défaut de base légale, ou dénaturation⁵⁹. Mais le législateur n'a pas voulu restreindre les cas d'ouverture à cassation. Ce refus de limiter les cas d'annulation souligne la volonté de ne pas restreindre la marge de manœuvre des conseillers d'Etat et d'instaurer un juge de cassation qui soit puissant et efficace.

trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

⁵⁸ Sur ces questions : cf. J.O. Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3790 et suivantes.

⁵⁹ Sur cette question, cf. J. Foyer, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3950 ; et 2^{ème} séance du 6 octobre 1987, p 3967. Cet amendement ne fut pas adopté.

Il y a de nombreux inconvénients pour un juge suprême à statuer en tant que juge de cassation et ce, même si le législateur a essayé, le plus possible, d'adapter le cadre conceptuel de ce recours aux exigences de la procédure administrative contentieuse. Cela découle du fait que cette procédure est soumise à plusieurs types de contradictions, qui en affectent les caractéristiques. En premier lieu, un juge de cassation n'a pas pour fonction de rejurer les affaires qui lui sont soumises, mais seulement de vérifier si elles furent correctement jugées. Dès lors, le juge suprême doit déterminer ce qu'il doit contrôler. En second lieu, il lui revient de décider si toutes les requêtes doivent être appréciées de façon identique ou s'il est préférable de sélectionner discrétionnairement les moyens recevables en cassation. En d'autres termes, les requêtes doivent-elles être examinées de manière égalitaire ou non ?

a.) Le premier problème résulte du paradoxe suivant : la cassation doit permettre simultanément de restreindre la saisine du Conseil d'Etat, mais c'est aussi l'instrument par lequel il est chargé de contrôler certaines décisions définitives de juridictions du fond. Le recours en cassation est à la fois une manière de réduire l'encombrement de la Haute assemblée et un cadre très contraignant dans lequel les juges du Palais-Royal doivent établir une jurisprudence claire et cohérente.

Le pourvoi en cassation ne facilite pas la tâche d'un juge suprême. Le Conseil d'Etat n'étant plus à même de réexaminer l'ensemble du contentieux qui lui est déféré, il est tenu de choisir, au sein des affaires qui lui sont soumises, ce qu'il souhaite contrôler. Or dès lors que le juge suprême ne réexamine que partiellement les procès dont il est saisi, force est de constater qu'il n'est à même de contrôler qu'en partie les décisions des juges du fond. En conséquence, certains aspects des arrêts attaqués ne sont pas discutés au cours de l'instance de cassation, ils sont réputés avoir été souverainement tranchés par les juges du fond. C'est ce que l'on pourrait appeler l'angle mort du contrôle de cassation. La Haute juridiction ne procédant qu'à une vérification limitée des arrêts qui lui sont déférés, elle ne peut garantir ni une parfaite unité d'interprétation du droit, ni une parfaite égalité de traitement des justiciables, ou tout au moins une égalité aussi étendue que lorsqu'elle statuait en qualité de juge d'appel.

Le contrôle de cassation doit permettre au juge suprême d'éviter d'être submergé par un flot croissant de litiges et c'est pourquoi l'organe de cassation n'est en mesure de réexaminer que certaines questions précises et non de rejurer l'intégralité de ce qui fut décidé par les juges du fond. Dans ces conditions, comment le juge suprême peut-il contrôler pleinement l'évolution

de la jurisprudence, éviter toutes contradictions entre décisions des juridictions du fond et garantir à tous les justiciables que leurs dossiers ont été jugés de manière totalement égalitaire sur l'ensemble du territoire national ? En réalité, le contrôle restreint du juge de cassation débouche sur une surveillance relative, sinon incomplète, de l'activité des juridictions inférieures.

La question de savoir ce qui doit être contrôlé par le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un pourvoi, est particulièrement problématique, eu égard à la nature du procès administratif et plus précisément en matière de contentieux objectif. Dans l'hypothèse d'un recours en cassation tendant à déterminer si les juges du fond ont correctement jugé un recours pour excès de pouvoir, les conseillers d'Etat se trouvent confrontés à une situation délicate. Car plus ils approfondissent leur examen de la légalité interne de l'arrêt déféré et plus ils abordent indirectement, mais nécessairement, la légalité interne de l'acte administratif attaqué. Or il paraîtra également opportun, d'une part, que les juges du Palais-Royal précisent la portée de telle règle conditionnant l'octroi de tel acte et, d'autre part, qu'ils évitent de s'immiscer trop dans les détails des litiges, pour éviter d'instaurer trois degrés de juridiction, ce qui aurait pour effet de rejouer en cassation ce qui fut déjà tranché en appel, de rallonger les délais de procédure et finalement d'encombrer à nouveau le prétoire de la Haute assemblée⁶⁰.

Le corollaire de la question est de savoir quelle doit être l'étendue du contrôle de cassation. Il revient aux conseillers d'Etat de préciser dans quelle mesure les requêtes doivent être traitées de manière égalitaire.

b.) Le deuxième problème concerne la manière dont le Conseil d'Etat souhaite juger les points qu'il désire réexaminer : doit-il privilégier un réexamen égalitaire des requêtes qui lui sont soumises ou peut-il établir des discriminations entre les moyens qui lui sont présentés, c'est-à-dire statuer sur certains arguments parce qu'ils lui paraissent importants et non sur d'autres considérés comme secondaires ? Cette question fondamentale avait été soulevée à l'occasion des travaux parlementaires relatifs à la réforme de 1987. Les comptes-rendus d'audiences permettent de constater que pour certains intervenants, le recours en cassation

⁶⁰ Le gouvernement avait conscience, en 1987, du fait qu'il fallait éviter que le Conseil d'Etat soit « au niveau de la cassation, victime de l'encombrement dont il aura été dégagé au niveau de l'appel », cf. A. Chalandon, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3940.

devait principalement défendre l'unité de la législation ⁶¹, alors que pour d'autres, c'est essentiellement l'égalité de traitement entre justiciables ⁶², qui devait être préservée. Toutefois les députés et sénateurs n'ont pas définitivement tranché ce problème et n'ont pas assigné à la Haute juridiction administrative une mission précise. Il était, en effet, probablement plus sage de laisser les conseillers d'Etat libres de définir eux-mêmes la façon dont ils désirent remplir leur office.

La juridiction suprême a la possibilité de choisir entre deux systèmes différents : soit contrôler de façon égalitaire les recours qui lui sont déférés, soit choisir discrétionnairement les requêtes ou les moyens présentant des questions pertinentes à juger. Si ces deux méthodes visent chacune à préserver l'unité et la cohérence de la législation, elles s'inspirent de philosophies qui sont radicalement différentes. Dans la première approche, le juge suprême garantit à tous les requérants que leurs litiges seront examinés de façon scrupuleusement identique et ce, afin de préserver le principe de l'égalité devant la justice, corollaire du principe d'égalité devant la loi. Dans ce cas néanmoins, le contrôle exercé par le juge de cassation devra être relativement réduit, car s'il abordait de trop nombreuses questions, cela aurait pour effet d'augmenter la charge de travail des formations de jugement, de rallonger les délais de procédure, voire d'encombrer à nouveau le prétoire de la Haute juridiction. Concrètement, on voit mal comment le juge de cassation pourrait vérifier de façon systématique toutes les qualifications juridiques opérées par les juges du fond sans augmenter de manière déraisonnable l'étendue du champ de ses compétences. Mais il n'en demeure pas moins vrai que seul un pareil examen pourrait assurer une égalité de traitement effective des justiciables devant les juridictions administratives.

⁶¹ J. Foyer, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3950 : « Je crois qu'il faudrait même revenir à l'idée d'origine du pourvoi en cassation (...) à savoir que ce pourvoi est beaucoup moins conçu dans l'intérêt des parties que pour assurer l'uniformité d'application et d'interprétation de la loi ».

⁶² J.-J. Barthe, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 2^{ème} séance du 6 octobre 1987, p 3968 : « Tout recours doit être examiné dans les mêmes conditions ». A propos de la procédure préalable, M. Barthe a pu dire : « Rien ne justifie cette inégalité de traitement selon les recours, qui viole le principe d'égalité d'accès à la justice », Ibidem. Voir également les propos de M. Dreyfus-Schmidt lors de la première lecture du projet de loi devant le Sénat : J.O. Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3786.

Dans la seconde approche, le traitement des recours est moins égalitaire, car le juge suprême distinguera, parmi les requêtes, celles qui soulèvent des questions cruciales et celles qui présentent des problèmes accessoires. Il statuera prioritairement sur les affaires présentant un intérêt pour l'édification du droit jurisprudentiel ⁶³.

De ce point de vue, le juge suprême pourrait juger de manière approfondie les requêtes contenant des questions nouvelles ou particulièrement importantes pour l'évolution de la jurisprudence. Les recours ne présentant pas ces caractéristiques seraient examinés plus succinctement et pourraient être rejetés à l'issue d'une procédure expéditive. Il y aurait, au sein des requêtes, une sélection des moyens selon leur importance, par rapport aux divers objectifs que se fixe la Haute assemblée. Dans cette optique, la cassation serait moins un instrument pour garantir aux justiciables que leur cause a été régulièrement et correctement tranchée par les juges du fond, mais plutôt le moyen qui permette au juge de cassation de se consacrer pleinement à l'interprétation du droit public.

Face à cette situation, la Haute juridiction administrative a inventé une cassation *ad hoc*, car elle se distingue de celle qui existe en droit privé, mais également de celle qui existait en droit public, avant la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Pour analyser ce nouveau recours, il paraît primordial de le replacer dans son contexte, c'est-à-dire d'essayer d'examiner en quoi cette procédure permet à la juridiction suprême de remplir ses diverses missions. La Haute juridiction tend, par son contrôle de cassation, à privilégier deux principes fondamentaux du droit public français : l'égalité des personnes devant la loi et le principe de l'unité de la législation.

Il n'y a rien d'étonnant à ce que le juge suprême veuille défendre ces principes qui sont des pierres angulaires des institutions françaises depuis fort longtemps. Mais dès lors que la procédure de cassation n'est pas la plus adaptée pour protéger ces concepts, le Conseil d'Etat ne peut en aucun cas garantir une parfaite égalité entre les justiciables relevant de l'ordre administratif, ni une parfaite unité dans l'interprétation des lois. La Haute assemblée n'est à même de pouvoir assurer l'uniformité de l'interprétation que de certaines règles et elle ne peut contrôler systématiquement et de façon égalitaire que certaines questions. Il en résulte que le

⁶³ « Une cour suprême est destinée à clarifier et moderniser le droit beaucoup plus qu'à garantir à deux plaideurs une décision juste » : A. Tunc, « La Cour Suprême idéale. », RIDC 1978, p 444 et 445.

juge de cassation n'assure qu'une protection relative et non absolue, non seulement du principe d'égalité, mais aussi du bloc de la légalité.

Faut-il en déduire que le Conseil d'Etat ne peut que faillir à son rôle de juge suprême en statuant par le biais de la cassation ? Il serait probablement paradoxal de répondre par l'affirmative, si l'on songe au fait que presque toutes les Cours suprêmes ne sont pas matériellement en mesure de rejurer l'intégralité de l'activité des juridictions qu'elles sont censées surveiller. En conséquence, il y aura toujours de nombreuses questions qui seront laissées à la discrétion des cours inférieures et qui seront autant de domaines pouvant receler des ruptures d'égalité entre justiciables ou des divergences d'interprétation. Il importe surtout de ne pas surestimer le rôle d'une juridiction suprême. Le Conseil d'Etat est aujourd'hui moins le juge de l'Administration, que le régulateur du système juridictionnel administratif. A ce titre, il lui revient essentiellement de vérifier que l'ensemble des juridictions du fond fonctionne correctement plutôt que de juger une énième fois un litige ayant déjà été tranché.

Encore une fois, la réforme de 1987 a été à l'origine d'une profonde mutation dans l'activité de la Haute juridiction, auparavant la cassation visait essentiellement à contrôler l'activité des juridictions administratives spécialisées et ne concernait qu'un faible nombre d'arrêts. Depuis cette date, en revanche, le Conseil d'Etat doit juger un contentieux abondant par cette technique. C'est donc, en premier lieu, le champ d'application du recours en cassation qui fut modifié : il ne s'agit plus seulement d'une technique visant à surveiller, voire censurer, l'activité de juridictions d'exception statuant en dernier ressort, mais de la procédure par laquelle la plus Haute instance administrative française va contrôler l'évolution de pans entiers du droit administratif général. Sous ce dernier aspect, la cassation administrative ne peut plus être étudiée comme c'était le cas auparavant, à savoir une procédure marginale dans l'activité du Conseil d'Etat, dont il convenait de commencer l'étude en se demandant quel en était exactement le domaine d'application.

En effet, avant 1987, la question cruciale était de savoir quel était le critère de la juridiction administrative, afin de déterminer quelles étaient exactement les juridictions qui relevaient du contrôle de cassation du Conseil d'Etat. Cette problématique a perdu, aujourd'hui, une part importante de son intérêt pratique, sinon théorique. D'une part, le législateur tend moins à

créer des juridictions spéciales ⁶⁴ et d'autre part, l'essentiel des recours en cassation concerne des décisions juridictionnelles bien identifiées, c'est-à-dire les arrêts des Cours administratives d'appel.

En second lieu, il n'est guère utile de voir, en détail, comment la cassation administrative s'est progressivement distinguée du recours pour excès de pouvoir, au terme d'une lente évolution jurisprudentielle, pour plusieurs raisons. D'abord, les caractéristiques de la cassation contemporaine sont aujourd'hui très éloignées du recours pour excès de pouvoir et leurs logiques paraissent différentes. Et à bien des égards, la cassation administrative est beaucoup plus qu'un recours pour excès de pouvoir contre des décisions juridictionnelles. Ensuite, la physionomie de la cassation moderne est finalement peu influencée par les règles régissant le recours pour excès de pouvoir. Contrairement à ce qui a pu prévaloir pendant de nombreuses années, les principes qu'applique le juge de l'excès de pouvoir ne permettent pas de mieux comprendre les mécanismes du pourvoi en cassation. Aujourd'hui ces deux procédures sont mues par des logiques différentes et divergentes : le juge de l'excès de pouvoir régule des services publics, alors que le juge de cassation régule des juridictions du fond. Si le second peut se permettre de refuser l'admission d'un recours au motif qu'il n'est pas suffisamment sérieux, c'est parce que la décision attaquée fut rendue à l'issue d'une procédure particulièrement protectrice des droits des justiciables. Mais le juge de l'excès de pouvoir ne pourrait pas adopter une semblable attitude, sans commettre un déni de justice.

La cassation administrative moderne est plus qu'une synthèse entre la théorie classique de la cassation en droit public et un certain nombre d'innovations. Le pourvoi en cassation est essentiellement un compromis entre deux objectifs impossibles à réaliser entièrement et qui sont aussi partiellement contradictoires entre eux. Il s'agit d'abord d'assurer un minimum d'égalité entre requérants et à ce titre, le Conseil d'Etat doit préciser quelles règles seront systématiquement sanctionnées s'il advenait qu'elles ne fussent pas respectées au cours d'une affaire. Mais la Haute assemblée doit aussi parfois rompre la stricte égalité entre les requérants et accepter de statuer sur certaines notions ou sur certains litiges, en raison de leur importance afin de préserver l'unité et la cohérence du bloc de la légalité. Dans le premier cas, les conseillers tendent à garantir le principe de l'égalité devant la justice administrative

⁶⁴ Sans doute parce qu'il lui est loisible de créer des organismes spéciaux présentant autant de garanties pour les personnes qu'une juridiction : les autorités administratives indépendantes ; et qui peuvent être soumises à un contrôle juridictionnel plus approfondi que le contrôle de cassation : le recours de pleine juridiction.

(**Première partie**). Dans le second cas, la Haute assemblée choisit de défendre le principe de l'unité d'interprétation de la législation administrative (**Deuxième partie**). C'est parce que la protection du principe d'égalité constitue une garantie minimum offerte à tout requérant que nous l'aborderons en premier. La défense de l'unité du droit, permet d'aller plus loin que le simple contrôle minimum, en d'autres termes il s'agit de le dépasser. C'est pour cela qu'il sera examiné en second lieu, sinon il serait difficile de saisir la portée de ce contrôle de cassation poussé à son maximum.

PREMIERE PARTIE
LES GARANTIES DU PRINCIPE DE L'EGALITE DEVANT LA JUSTICE
ADMINISTRATIVE.

Dès lors que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ⁶⁵ », les juridictions administratives ne doivent pas établir de discrimination entre requérants se trouvant dans des situations similaires. Invariablement, les mêmes solutions doivent être retenues pour les individus se trouvant dans des contextes identiques ou similaires. Et l'on pourrait presque considérer l'obligation pour un juge de ne pas traiter différemment des personnes relevant de catégories juridiques identiques, comme un aspect du principe d'impartialité s'imposant à toute juridiction, tant il est vrai que le principe d'égalité paraît être une règle équitable et juste.

Il revient au Conseil d'Etat d'assurer la sauvegarde de ce principe fondamental, parce qu'en sa qualité de juge administratif suprême, il est de sa mission de trancher en dernière instance les conflits relevant de l'ordre juridictionnel administratif. La Haute assemblée est la seule autorité qui est à même de définir souverainement quels principes devront être appliqués d'une façon identique à travers l'ensemble des juridictions administratives du fond. Elle est aussi l'instance habilitée à préciser exactement jusqu'à quel degré les requêtes qui lui sont soumises doivent être examinées de manière égalitaire. C'est à travers ces différentes fonctions que les conseillers d'Etat garantissent que le principe d'égalité devant la justice administrative est effectivement respecté.

Plus précisément, nous allons constater dans les développements à venir, que la volonté d'assurer un minimum d'égalité entre les requérants intentant un recours en cassation comporte deux conséquences.

En premier lieu, le Conseil d'Etat veille à ce que les parties qui défèrent une décision à sa censure disposent d'un égal accès au prétoire du juge de cassation. En second lieu, les magistrats du Palais-Royal ont mis au point un contrôle invariable, qui constitue la base du pourvoi en cassation : dès lors qu'un requérant entre dans un cas d'annulation préétabli, l'acte contesté pourra être cassé. Ce contrôle minimum est systématiquement mis en œuvre, soit à la demande d'une partie, soit d'office par le juge pour ce qui concerne les moyens d'ordre public. Le juge suprême vérifiera si ces moyens sont fondés ou non. C'est ce que l'on peut

⁶⁵ Article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

appeler un contrôle standard du juge de cassation. Il s'agit d'un contrôle immuable et inébranlable qui est garanti à toute personne en mesure d'intenter un recours en cassation.

Les conditions qui définissent la recevabilité des requêtes précédant au cours d'un procès l'examen des moyens présentés par les parties, nous aborderons d'abord l'égalité des requérants dans l'accès au juge de cassation (**Titre premier**), puis l'égalité des requérants devant le contrôle standard du juge de cassation (**Titre deuxième**).

Titre Premier : L'égalité des requérants dans l'accès au juge de cassation.

On sait que l'accès au prétoire du juge de cassation n'est, bien sûr, pas automatique. Les requérants ne peuvent soumettre leur cause au Conseil d'Etat que dans certaines conditions. Ces dernières peuvent être définies de deux façons : soit, le juge suprême accepte d'examiner certaines requêtes qui lui sont soumises, auquel cas l'accès à cette juridiction est fortement limitée, soit au contraire, il est admis que chaque justiciable est en droit d'être entendu par le juge de cassation, et alors l'accès à ce dernier doit être égalitaire pour tous les requérants.

En droit positif, l'accès au Conseil d'Etat est limité par deux séries de restrictions : les premières sont relatives aux conditions qui doivent être remplies préalablement à l'introduction d'un pourvoi, les secondes tendent à restreindre le nombre de requêtes soumises au juge de cassation. Nous verrons que le point commun à toutes les règles organisant l'introduction d'un recours en cassation est qu'elles sont égalitaires. En effet, l'accessibilité au juge de cassation est fixée de la même manière pour tous les justiciables.

L'égalité des requérants concerne non seulement les conditions permettant de saisir le juge de cassation, c'est-à-dire les principes définissant l'acte qui peut être déféré au juge suprême, mais aussi les filtres érigés afin de restreindre la saisine de ce juge, à savoir les exigences imposées aux parties à peine d'irrecevabilité. Les premières précédant les secondes, nous les examinerons dans cet ordre.

Chapitre 1 – L'égalité des requérants devant les conditions permettant de saisir le juge de cassation.

Au terme des articles L 111-1 et L 331-1 du Code de justice administrative, « les recours en cassation [sont] dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort » par les diverses juridictions administratives. La notion de décision rendue en dernier ressort implique que le litige a définitivement été tranché et qu'il n'existe plus de juridiction compétente, ou qui serait du ressort, pour en connaître. On peut également parler de décision définitive et les deux expressions seront utilisées comme synonymes. Seuls les actes juridictionnels rendus en dernier ressort peuvent être déférés à la juridiction de cassation. Les parties à un procès administratif ne peuvent pas attaquer, devant le juge de cassation, autre chose qu'une décision définitive. Tous les requérants sont soumis à une condition identique et c'est en cela que l'égalité de traitement des justiciables est respecté. La théorie de l'acte définitif étant relativement homogène et en toute hypothèse, fixée sur des critères objectifs, cette exigence n'aboutit pas à établir une discrimination entre justiciables.

Les décisions définitives ont des caractéristiques communes, mais elles présentent aussi des spécificités, selon qu'elles ont été rendues par une juridiction administrative spéciale (ordre professionnel, juridiction financière...), ou une juridiction administrative normale (Cour administrative d'appel en principe). Pour éviter les répétitions et dans un souci de synthèse, nous examinerons d'abord les règles communes à tout arrêt rendu en dernier ressort (**section préliminaire**), puis les particularités propres aux décisions définitives spéciales (**section 1**) et générales (**section 2**). Ces dernières présentant des problématiques différentes, il paraît préférable de les aborder séparément.

Section préliminaire – La décision définitive : la condition préalable au contrôle de cassation.

Le mot *définitif* vient de définir, qui lui-même a pour origine latine *definire* dont la racine est *finire* c'est-à-dire finir⁶⁶. L'acte juridictionnel rendu en dernier ressort est définitif pour deux raisons. Il a permis au juge de fixer et de préciser la règle de droit qu'il convenait d'appliquer à un litige et de déterminer la solution qu'il fallait retenir concrètement. La décision a donc défini l'issue qui devait être donnée au procès. En outre, cet arrêt ne peut plus, en principe, être remis en cause, et le contrôle de cassation n'aura pas vocation à rejuger le litige. Le juge de cassation ne réexamine pas l'intégralité des questions qui ont été tranchées auparavant, et de ce point de vue, une bonne partie du procès est terminée. La décision définitive, a priori, a mis fin au litige.

Les décisions définitives ont en commun deux caractéristiques. Elles doivent émaner d'une juridiction dont les décisions ne ressortissent à aucun juge d'appel. Pour savoir si un acte est définitif, il importe d'identifier s'il est juridictionnel (§1) et s'il a été rendu en dernier ressort (§2).

§1. L'existence d'une décision juridictionnelle.

De nombreux organismes ont une nature mixte mi-administrative, mi-juridictionnelle. Pour définir dans quelle sphère de compétence ils interviennent, il faudra examiner quelles sont les différences entre le rôle d'un administrateur et celui d'un juge. Mais la problématique concernant la question de l'identification de l'acte juridictionnel ne s'arrête pas à cette opposition. Elle englobe également la difficulté suivante et qui est relative uniquement à la procédure administrative contentieuse : comment séparer les actes qui doivent relever de l'administration de la justice (les décisions qui tendent vers le jugement) et la décision juridictionnelle (le jugement lui-même) ? Ces deux questions sont au centre de la définition de l'acte juridictionnel. Leur examen consiste, en quelque sorte, à procéder à la délimitation

⁶⁶ Dictionnaire Le Petit Robert.

de deux frontières, celle séparant l'administrateur du juge (A) et celle opposant la décision de justice à l'acte d'administration de la justice (B).

A. La frontière entre l'administrateur et le juge.

La différence entre les fonctions d'administrateur et celles de juge est parfois difficile à saisir en raison du fait qu'un même organisme peut être investi de compétences juridictionnelle ou administrative, selon les domaines dans lesquels il intervient. S'il est évident qu'une décision juridictionnelle ne peut être rendue qu'à l'occasion d'un procès, il n'est guère certain qu'il existe un critère exhaustif permettant systématiquement de définir le concept de procès. Dans la pratique, le Conseil d'Etat a eu à trancher la question de savoir quand un organisme mixte rendait des jugements.

En premier lieu, ce sont les institutions ordinales qui ont un caractère mixte. Ainsi, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins est une juridiction. Mais en d'autres domaines, par exemple l'inscription au tableau, les instances ordinales délibèrent en tant qu'organisme administratif. De même, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens agit comme une autorité administrative quand il examine la situation d'un pharmacien susceptible d'être temporairement suspendu du droit d'exercer sa profession pour des raisons de santé⁶⁷. D'une manière générale, diverses instances professionnelles peuvent avoir un caractère mixte, sans qu'il s'agisse nécessairement d'Ordres professionnels. Ainsi, par exemple, le Conseil supérieur de la magistrature n'a pas cette nature. Mais toutes ces entités ont un point commun, elles sont considérées comme juridictionnelles lorsqu'elles statuent en matière disciplinaire⁶⁸. Ces diverses formations de jugement étant des juridictions administratives spéciales, nous les aborderons plus en détail dans la section suivante ⁶⁹.

La différence essentielle entre l'administrateur et le juge vient du fait que le second statue au terme d'une procédure beaucoup plus formaliste que le premier. Il en résulte qu'en règle générale, les décisions juridictionnelles doivent être expressément rendues. En conséquence,

⁶⁷ CE Section 24 mai 1974, Diot, p 306.

⁶⁸ Voir les développements qui concernent les juridictions disciplinaires statuant en dernier ressort dans la partie intitulée : « les juges disciplinaires », p 73.

⁶⁹ Cf. les développements infra consacrés aux décisions définitives spéciales p 49 et s.

le silence gardé par une juridiction ne saurait valoir décision de rejet. Et il ne devrait pas y avoir de décision implicite, née du silence gardé par une juridiction, qui puisse être déférée au juge de cassation ⁷⁰. C'est une des différences essentielles entre l'acte administratif et la décision juridictionnelle.

Il existe cependant une exception à cette règle, en matière de référé fiscal, en vertu de l'article L 279 du Livre des procédures fiscales, repris sous l'article L 552-1 du Code de justice administrative. Un contribuable peut solliciter un sursis au paiement de certains impôts devant le juge des référés du Tribunal administratif. Ce dernier dispose d'un mois pour trancher. Dans les huit jours suivant une décision expresse ⁷¹, ou après l'expiration des délais impartis pour statuer, il peut être fait appel de la décision du juge des référés devant le Tribunal administratif. Celui-ci a un mois pour rendre sa décision ; si à l'expiration de ce nouveau délai, aucun acte exprès n'est pris par le Tribunal, la décision de premier degré est réputée confirmée. Le jugement du Tribunal peut être attaqué par la voie du recours en cassation. Il est donc possible qu'après une première décision implicite de rejet, un justiciable soit amené à déférer à la censure du juge de cassation, une seconde décision implicite confirmant la première.

Ce mécanisme est critiquable à plusieurs titres. D'abord, il conduit des juges à statuer au terme d'une procédure ressemblant davantage à celles mises en œuvre devant une administration, qu'à celles qui sont habituelles devant une juridiction. Or, il n'est guère souhaitable de limiter le formalisme des procédures juridictionnelles, qui bien souvent sont justifiées par des considérations d'équité. De manière plus générale, on ne peut s'empêcher de se demander comment le Conseil d'Etat pourrait sérieusement contrôler la pertinence d'une décision définitive implicite de rejet. Il serait tout simplement impossible pour les conseillers d'Etat de connaître les motifs qui sont à la base de cet acte et par la suite, il n'est pas concevable de pouvoir apprécier la pertinence d'une motivation que l'on ignore. Si le juge de cassation était saisi d'une décision implicite, il pourrait uniquement vérifier, au vu du dossier, si la demande du requérant est bien fondée. Au mieux, il rejugerait le litige, mais il ne pourrait en aucun cas statuer sur la pertinence de la décision contestée, car il en ignore la teneur. Pour

⁷⁰ CE 15 juin 1949, Faveret, p 288. Dans cette affaire le silence gardé par un Conseil régional de l'Ordre des médecins ne crée pas une décision juridictionnelle implicite de rejet.

⁷¹ Ce délai court à compter de la notification de l'ordonnance : CE 6 juin 1984, Venutolo, T p 552.

ces diverses raisons, il est préférable que le législateur n'institue pas d'autres procédures autorisant les magistrats à émettre des jugements implicites.

Si la séparation entre l'Administration passive et active n'est pas toujours simple à définir, une autre délimitation est parfois encore plus complexe, c'est celle opposant d'un côté, le jugement et d'un autre côté, les actes qui ont simplement pour but de préparer une décision juridictionnelle.

B. La frontière entre l'administration de la justice et le jugement.

Au cours d'un procès, une formation de jugement rend une succession d'actes qui lui permettent de remplir efficacement sa mission juridictionnelle. Ces différentes mesures se divisent en plusieurs catégories. Certains actes ne sont pas juridictionnels, ils concernent le fonctionnement interne d'une juridiction ou le déroulement d'une opération précise et ils ne peuvent faire l'objet d'aucun recours, ce sont les mesures d'administration judiciaire ⁷². Une seconde série de décisions ne peuvent pas être contestées immédiatement, parce qu'elles sont réputées purement préparatoires. Elles ne pourront être mises en cause qu'au moment où il sera possible de contester l'acte qu'elles avaient pour finalité de préparer. Enfin, seuls sont susceptibles d'être déférés au juge de cassation les jugements avant dire droit ou ceux mettant fin à l'instance.

En général, la frontière entre ces différents actes est établie par le pouvoir réglementaire et il est relativement aisé de savoir quel régime doit s'appliquer à une mesure déterminée. Ainsi, devant les Tribunaux et les Cours administratives, la faculté pour le président d'une formation de jugement de rouvrir l'instruction est une mesure d'administration judiciaire ⁷³. Alors que la décision d'une juridiction de procéder à une expertise est un jugement avant dire droit ⁷⁴. Mais les décisions du président d'une juridiction accordant, sur demande d'un expert, une allocation provisionnelle à valoir sur le montant de ses honoraires et débours ⁷⁵, ou statuant

⁷² La définition qu'en donne l'article 537 du Nouveau code de procédure civile, et qui paraît transposable en droit public, est la suivante : « les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours. ». La caractéristique saillante de ces mesures est leur incontestabilité.

⁷³ Article R 613 - 4 du Code de justice administrative.

⁷⁴ Article R 621 - 1 du Code de justice administrative.

⁷⁵ Article R 621 - 12 du Code de justice administrative.

sur la demande d'un expert sollicitant l'aide d'un sappeur ⁷⁶, sont des décisions d'administration judiciaire.

De même, les décisions du secrétaire d'une juridiction n'ont pas de caractère juridictionnel. Ainsi une lettre du secrétaire de la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, informant un justiciable que le rejet de son pourvoi en cassation avait mis fin à l'effet suspensif qui y était attaché, et fixant la date à laquelle la sanction prononcée allait produire ses effets, n'est pas un acte juridictionnel. Si le Conseil d'Etat a pu souligner que ce genre de lettre « modifie la date d'effet d'une sanction prononcée par le juge disciplinaire, [et] intervient dans une matière juridictionnelle ⁷⁷ », elle ne saurait pas être regardée comme une décision juridictionnelle susceptible d'être déférée au juge de cassation « eu égard à son auteur et à sa forme ⁷⁸ ».

Le recours en cassation n'étant ouvert qu'à l'encontre des décisions juridictionnelles, les mesures d'administration judiciaire ne pourront pas être attaquées par cette voie. Par ailleurs, au cours de l'instance de cassation, le Conseil d'Etat laisse de nombreuses questions de procédure à l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui ne permet pas toujours aux requérants de contester utilement ce genre de problèmes.

En revanche, les ordonnances du président de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, interdisant au public l'accès à la salle d'audience, dans l'intérêt de l'ordre public ou pour préserver le respect dû à la vie privée ou au secret médical, sont des actes préparatoires de la décision juridictionnelle à intervenir. Elles ne sont pas susceptibles d'être déférées directement au juge de cassation ⁷⁹. Ce genre de décisions, adoptées lors du déroulement de la procédure, n'est pas détachable de la procédure. Mais elle pourra être contestée dans le cadre du recours exercé à l'égard de l'acte juridictionnel définitif.

Ces règles définissent le moment où le juge suprême intervient pour contrôler l'activité des juridictions qui lui sont subordonnées. L'existence d'un acte juridictionnel définitif conditionne à la fois l'intervention du juge de cassation et l'instant où ce contrôle peut se produire. Il est cependant dommage que les actes d'administration judiciaire ne puissent pas

⁷⁶ Article R 621 - 2 alinéa 2 du Code de justice administrative.

⁷⁷ CE Section 26 janvier 1996, Ctorza, n°165305, p 15.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ CE 26 juillet 1996, Ezelin, n°164157, p 305.

faire l'objet, par principe, d'un recours et ce, notamment lorsqu'ils peuvent entraîner des conséquences pécuniaires. La décision d'un président d'une Cour administrative mettant à la charge d'une partie le montant d'une allocation provisionnelle pour frais d'expertise, ne peut pas être déférée au juge de cassation⁸⁰, alors même qu'il est parfaitement possible qu'un tel acte représente une dépense relativement importante pour la partie devant supporter cette charge. C'est pourquoi, il serait préférable que les actes d'administration judiciaire ne puissent aucunement léser une partie, fût-ce provisoirement, et de ce point de vue, les mesures mettant à la charge d'une partie des montants pécuniaires importants devraient pouvoir être contrôlées par le juge de cassation. Cette solution serait plus conforme à l'esprit de ce que devrait être l'acte d'administration judiciaire et défendrait davantage les intérêts légitimes des plaideurs.

En tant que juridiction suprême le Conseil d'Etat peut, dans la mesure où le principe de légalité le permet ou tout au moins ne s'y oppose pas, délimiter les frontières respectives entre d'une part l'administrateur et le juge, et d'autre part entre l'acte préparatoire au jugement et la décision de justice. Dans le premier cas, il peut, parfois, faire en sorte que certaines questions soient jugées en vertu d'une procédure juridictionnelle et ainsi renforcer les droits des individus. Dans le second cas, il a la possibilité de déterminer quelles questions peuvent être abordées à l'occasion d'un pourvoi contre un jugement avant dire droit ou d'un recours contre une décision mettant un terme à la saisine du juge l'ayant rendue. Et d'une certaine manière les conseillers d'Etat contribuent à définir la notion de décision juridictionnelle. Toutefois, malgré l'étendue des pouvoirs d'interprétation dont dispose le juge administratif suprême, la saisine du juge de cassation demeure soumise à une condition invariable : seuls les jugements définitifs peuvent faire l'objet d'un recours en cassation.

⁸⁰ Ce genre de mesure provisoire, prise sur le fondement de l'article R 621-12 du Code de justice administrative, n'est pas susceptible de recours. Cf. CE 30 mai 1986, *Ministre du redéploiement industriel c/ Guerret*, p 154 ; CE 17 juin 1991, *OPHLM de Paris c/ Société Campenon-Bernard*, p 241. Avant ces arrêts le Conseil d'Etat, juge d'appel, exerçait un contrôle sur ces mesures : CE 20 janvier 1984, *Ministre de l'urbanisme c/ Société Stribick*, p 11.

§2. Une décision rendue en dernier ressort.

Une affaire a été jugée en dernier ressort dès lors qu'il n'existe plus de juridiction à laquelle ce litige peut ressortir. Un acte est définitif s'il est conforme au postulat suivant : aucune voie de recours ne doit exister à son encontre, hormis la cassation. Mais ce principe connaît une restriction, car dans une certaine mesure, il est possible de concilier le pourvoi en cassation avec d'autres voies de recours. Nous examinerons successivement le principe excluant toute voie de recours (A.), puis l'exception permettant de combiner le pourvoi en cassation avec d'autres voies de recours (B.).

A. Le principe : l'exclusion de toute voie de recours.

Le recours en cassation est ouvert de plein droit contre toute décision rendue en dernier ressort, c'est-à-dire que cette voie de recours n'a pas à être autorisée ou prévue par une disposition textuelle. Le législateur ne peut exclure cette voie de recours que de manière expresse⁸¹. Seul le Conseil d'Etat est compétent pour statuer sur un recours en cassation.

La loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 a supprimé la Commission spéciale de cassation des pensions adjointe au Conseil d'Etat, qui était compétente dans le domaine du contentieux des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre⁸². Cette Commission spéciale examinait les recours en cassation dirigés contre les décisions des cours régionales des pensions. On sait que la Commission spéciale de cassation appliquait les mêmes règles que le juge administratif suprême. Depuis le 1^{er} avril 2002, les arrêts rendus par les cours régionales des pensions peuvent être déférés au Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation⁸³.

⁸¹ CE Ass. 7 février 1947, D'Aillières, p 50, RDP 1947, p 68, conclusions R Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, n°3508, note G. Morange.

⁸² Article 84 de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, de modernisation sociale, qui modifie l'article L 79 du Code des pensions militaires d'invalidité (JORF n°15 du 18 janvier 2002, p 1008). Voir R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », 11^{ème} éd., Montchrestien, n° 1400, p 1195.

⁸³ CE 11 juin 2003, Mme Kheira Y, n°246456 ; CE 11 juin 2003, M. Paul X, n°245976.

Comment définir une décision juridictionnelle définitive ? Sa principale caractéristique est qu'elle ne peut pas être contestée par une voie de recours ordinaire, de ce point de vue elle est tout à la fois, sans appel, non souveraine et non provisoire.

Tout d'abord, une décision est définitive s'il n'est pas possible d'interjeter appel de cette dernière. Un pourvoi en cassation ne peut pas être intenté chaque fois qu'un appel peut être exercé devant une juridiction supérieure. C'est le cas en matière d'indemnisation des Français d'outre-mer. Une Commission du contentieux de l'indemnisation intervient en première instance et ses décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant une Cour administrative d'appel ⁸⁴.

Lorsque le législateur prévoit qu'un litige devra faire l'objet d'une procédure d'arbitrage ⁸⁵, les parties doivent, en conséquence, d'abord soumettre leur affaire à des arbitres, avant de pouvoir saisir la juridiction administrative compétente ⁸⁶. Les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel, non d'un recours en cassation.

Ensuite, les arrêts définitifs se distinguent des décisions souveraines. A ce titre, aucune décision rendue par le Conseil d'Etat ne peut faire l'objet d'un recours en cassation, parce que cette instance statue souverainement sur les affaires qui lui sont soumises ⁸⁷.

Enfin, un acte purement provisoire n'est pas réputé rendu en dernier ressort, mais cette règle n'est pas interprétée strictement par le Conseil d'Etat. Elle conduit à exclure tout recours en cassation à l'encontre des arrêts provisoires de la Cour des comptes. Seules les décisions définitivement rendues par cette institution peuvent être déférées au juge de cassation ⁸⁸.

⁸⁴ Cf. par exemple : CE 17 février 1992, Agence nationale pour l'indemnisation des français d'outre-mer, p 71.

⁸⁵ En l'absence de disposition législative autorisant l'administration à recourir à la technique de l'arbitrage, la clause compromissoire est nulle. Cf. CE Section 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, p 69.

⁸⁶ CE Section 2 mars 1956, Société Le Secteur électrique de Reully, p 102.

⁸⁷ Pour un fondement textuel à la notion de décision souveraine : voir l'article 35 du décret du 26 octobre 1849, concernant la procédure devant le Tribunal des conflits, reproduit sous l'article R 771-2 du Code de justice administrative. Dans cet article, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont assimilés à des juridictions statuant souverainement. En conséquence, leurs décisions sont implicitement, mais nécessairement, des actes juridictionnels souverains.

⁸⁸ CE 20 juillet 1883, Monnier, p 672.

La Haute juridiction considère que les jugements avant dire droit sont susceptibles d'être déferés au juge de cassation dans les deux mois suivant la notification ⁸⁹ et il en résulte qu'un justiciable n'a pas la possibilité d'attendre un jugement au fond pour remettre en cause les jugements avant dire droit ⁹⁰. Cette solution conduit le juge de cassation à être, en principe, compétent pour contrôler les ordonnances de référé ⁹¹, alors qu'elles ont un caractère provisoire ⁹².

Une décision définitive est réputée passée en force de chose jugée. En effet, pour le juge suprême « la décision d'une juridiction qui a statué en dernier ressort présente, même si elle peut faire l'objet ou est effectivement l'objet d'un pourvoi en cassation, le caractère d'une décision passée en force de chose jugée ⁹³ ». Et la Haute assemblée en tire comme conséquence que les dispositions d'une loi de validation, qui n'était pas en vigueur au moment où le juge statuant en dernier ressort a rendu sa décision, ne peut pas affecter le bien-fondé de cette décision lorsqu'elle est déferée au juge de cassation.

Si devant les juridictions judiciaires, un jugement devient exécutoire, en principe, à partir du moment où il acquiert force de chose jugée ⁹⁴, il en va différemment devant les juridictions administratives, car en contentieux administratif, ni l'appel, ni la cassation n'ont d'effet suspensif ⁹⁵. Et si les arrêts des Cours administratives d'appel peuvent être exécutés même s'ils sont frappés d'un pourvoi en cassation ⁹⁶, ce n'est pas parce qu'ils ont force de chose jugée.

⁸⁹ CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, p 273. Dans cette affaire, la société requérante demandait au juge de cassation d'annuler une décision des juges du fond refusant d'accorder le sursis à exécution d'une décision administrative.

⁹⁰ CE 9 novembre 1994, Taïeb, T p 1149.

⁹¹ Les procédures de référés visées au premier alinéa de l'article L 523 - 1 du Code de justice administrative sont rendues en dernier ressort par la volonté du législateur. Seul le référé - liberté de l'article L 521 - 2 du même Code peut faire l'objet d'un appel auprès du Conseil d'Etat et non d'un recours en cassation.

⁹² Article L 511 - 1 du Code de justice administrative : « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire ».

⁹³ CE Ass, 27 octobre 1995, Ministre du logement c/ Mattio, p 359, conclusions J. Arrighi de Casanova.

⁹⁴ Article 500 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile : « A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ». Article 501 du même code : « Le jugement est exécutoire (...) à partir du moment où il passe en force de chose jugée (...) ».

⁹⁵ S'agissant de l'appel, la Cour administrative peut accorder le sursis à exécution de la décision de première instance, mais ceci n'est en rien automatique. Cf. articles R 811-15 et suivants du Code de justice administrative.

⁹⁶ Cf. Article L 911 - 4 du Code de justice administrative. Voir : CAA Paris 26 octobre 2000, Syndicat de copropriété « Les Nouveaux Horizons », DA, N° 1, 2001, p 30.

L'intérêt pratique de reconnaître aux arrêts des Cours administratives la qualité de décisions passées en force de choses jugées, est de permettre, à une partie ayant obtenu à son profit la condamnation d'une personne publique au paiement d'une somme d'argent, de mettre en œuvre le mécanisme reproduit sous l'article L 911 - 9 du Code de justice administrative⁹⁷, à l'issue des deux mois qui suivent la notification de ce genre d'arrêt. En d'autres termes, le paiement d'une somme d'argent par une personne publique peut être obtenu auprès du comptable compétent de manière assez rapide. En toute hypothèse, plus vite que s'il eût fallu attendre la fin de l'instance de cassation.

Si une décision est définitive, c'est essentiellement parce qu'elle n'est pas susceptible de voie de recours ordinaire, mais il est cependant possible d'exercer un recours en cassation contre une décision, alors même que celle-ci pourrait faire l'objet d'une autre voie de recours extraordinaire.

B. L'exception : la combinaison du recours en cassation et d'autres voies de recours.

Les décisions du juge de cassation qui statuent sur la question de savoir comment combiner le recours en cassation et un autre recours, sont intéressantes, dans la mesure où elles éclairent la notion de décision rendue en dernier ressort. Ainsi, la Juridiction suprême doit apprécier si la possibilité de pouvoir exercer certaines voies de recours (comme l'opposition ou le recours en rectification d'erreur matérielle), s'oppose à l'exercice d'un pourvoi en cassation. La question à trancher est la suivante : le requérant avant de pouvoir saisir le juge de cassation doit-il avoir épuisé l'exercice de toutes les voies de droit qu'il pourrait exercer ou bien peut-il choisir discrétionnairement d'intenter un pourvoi en cassation ou une autre voie de recours exceptionnelle ? La première solution consacrerait une conception de la saisine de juge de cassation éminemment plus restrictive que la seconde.

Dans l'hypothèse où une personne est mise en cause devant une juridiction statuant en dernier ressort, et n'a pas produit d'écriture au cours de cette instance, elle peut être admise à former opposition au jugement rendu par défaut ⁹⁸. En vertu d'une jurisprudence classique, une

⁹⁷ Procédure permettant de contraindre une personne publique au paiement d'une somme d'argent.

⁹⁸ Devant les Cours administratives d'appel cette procédure est régie par les articles R 831 - 1 et suivants du Code de justice administrative.

décision susceptible d'opposition ou de tierce – opposition ⁹⁹ ne peut pas être déférée au juge de cassation. En application de ce principe, le Conseil d'Etat avait estimé que les personnes à l'égard desquelles la Commission de contrôle des banques avait statué par défaut n'étaient recevables à contester par la voie du recours en cassation la décision les concernant qu'après l'expiration du délai d'opposition ¹⁰⁰. La Haute juridiction administrative en déduisait que si le recours en cassation était introduit avant l'expiration du délai pour faire opposition, ce recours avait été formé « prématurément ¹⁰¹ » et qu'il était irrecevable. Le justiciable défaillant, s'il forme opposition, n'a donc que la possibilité de se pourvoir en cassation contre l'acte juridictionnel pris après l'opposition ¹⁰².

Mais par un arrêt « Joseph » du 20 novembre 1992 ¹⁰³, la Section du contentieux a atténué la rigueur de cette solution. M. Joseph avait obtenu gain de cause en première instance dans un procès l'opposant à l'administration fiscale. Cette dernière interjeta appel du jugement, qui fut annulé par la Cour administrative d'appel de Paris. Mais le contribuable avait changé de domicile entre la date de la notification du jugement et le moment où l'appel lui avait été notifié. Pour cette raison, l'intéressé ne s'était donc pas défendu en instance d'appel. Lorsque l'administration exigea le paiement des impositions en cause, M. Joseph demanda à la Cour de Paris que l'arrêt lui fût notifié. La lettre accompagnant cette décision l'informait qu'il pouvait intenter un recours en cassation devant le Conseil d'Etat. C'est ce qu'il fit.

La Haute Juridiction a considéré que le requérant avait été régulièrement mis en cause en instance d'appel et que par conséquent l'arrêt avait été rendu par défaut ¹⁰⁴. Dès lors le problème était le suivant : l'intéressé pouvait exercer soit un recours en opposition, soit un recours en cassation à l'encontre de la décision de la Cour administrative d'appel. Il convenait

⁹⁹ Mais contrairement à la partie défaillante à une instance de dernier ressort, qui est dans une situation où elle est à même de pouvoir intenter un recours en cassation ou de former opposition, le tiers s'opposant à une décision juridictionnelle définitive préjudiciant à ses droits ne peut pas intenter de recours en cassation parce qu'il n'a pas la qualité de partie au litige, condition de recevabilité pour pouvoir saisir le juge de cassation. Sur la tierce opposition devant les juridictions administratives ordinaires cf. articles R 832 - 1 et suivants du Code de justice administrative.

¹⁰⁰ CE Section 12 octobre 1956, Sieur Desseaux, p 364.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² CE 28 juillet 1989, Centre de réadaptation « Les Genêts », T p 883.

¹⁰³ Cf. AJDA 1993, conclusions J. Arrighi de Casanova, p 130.

¹⁰⁴ Il a été jugé que la notification de l'appel était régulière car elle était faite à la seule adresse indiquée par le contribuable. Si la formation de jugement avait estimé qu'il n'avait pas été mis en cause, le recours en cassation aurait été sans doute jugé irrecevable. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement : « votre jurisprudence assimile (...) une telle hypothèse à celle où l'intéressé n'a purement et simplement pas été appelé dans l'instance. Le recours en cassation est dans ces conditions exclu, pour la simple raison qu'il ne saurait être ouvert qu'aux parties à l'instance », conclusions J. Arrighi de Casanova, AJDA 1993, p 130.

de déterminer comment combiner ces deux recours, étant précisé que quand l'arrêt contesté lui fut notifié, il était seulement spécifié qu'un recours en cassation était possible.

La Section du contentieux a estimé « que si, en vertu des règles générales de la procédure le recours en cassation n'est recevable que contre une décision définitive à l'égard de laquelle aucune autre voie de recours et, notamment, celle de l'opposition, ne reste ouverte, et si, par conséquent, les personnes à l'égard desquelles une cour administrative d'appel a statué par défaut ne sont, en principe, recevables à se pourvoir en cassation contre l'arrêt les concernant qu'après l'expiration du délai de deux mois ouvert pour former opposition, il ressort des pièces du dossier que le pourvoi en cassation formé prématurément le 6 février 1990 par M. Joseph contre l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Paris, dont il a reçu notification le 10 janvier 1990, s'est trouvé régularisé par l'expiration du délai d'opposition contre ledit arrêt; qu'ainsi la requête de M. Joseph est recevable ¹⁰⁵ ».

Sur cette affaire, le commissaire du gouvernement M. Arrighi de Casanova pensait que quatre solutions étaient envisageables. Tout d'abord, il aurait été possible d'affirmer que le seul recours que l'intimé défaillant puisse exercer soit l'opposition. Seule la décision rendue sur opposition aurait alors pu être attaquée devant la juridiction de cassation. Ensuite, il a évoqué la possibilité de considérer la requête de M. Joseph comme une opposition « eu égard à la date à laquelle elle a été formée ¹⁰⁶ ». Dans cette hypothèse le Conseil d'Etat aurait pu se considérer comme saisi par erreur et renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente. Mais une telle solution aurait, sans doute, abouti à obliger le justiciable à faire opposition, alors qu'il n'est « jamais tenu de faire opposition ¹⁰⁷ ».

M. Arrighi de Casanova proposait à la Section du contentieux d'écarter la solution qui fut finalement retenue dans ce litige, et consistant à juger que la requête est régularisée à l'expiration du délai d'opposition. Il trouvait qu'une quatrième solution était « plus opportune ¹⁰⁸ ». Cette proposition nous semble tout à fait intéressante : « Il s'agirait de tenir compte des modalités de notification de l'arrêt attaqué et de juger qu'eu égard aux indications erronées fournies dans la lettre de notification de cette décision, le délai d'opposition n'a pas

¹⁰⁵ Décision « Joseph », précitée, AJDA 1993, p 136.

¹⁰⁶ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, p 132.

¹⁰⁷ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, p 133.

¹⁰⁸ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, p 133.

couru¹⁰⁹ ». Cette solution préserverait les droits des requérants qui intenteraient un pourvoi en cassation en pensant, à tort, qu'aucune autre voie de recours ne pouvait être exercée.

Il existe un autre cas de figure, celui où un justiciable peut être amené à choisir entre l'exercice de deux voies de recours exceptionnelles, qui lui sont également ouvertes. Lorsqu'une décision rendue en dernier ressort est entachée d'une erreur matérielle susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire, la partie intéressée peut former un recours en rectification d'erreur matérielle¹¹⁰, mais elle pourrait également essayer de faire rectifier cette erreur par le juge de cassation.

La Section du contentieux a considéré que la possibilité d'intenter un recours en rectification d'erreur matérielle, contre un acte juridictionnel rendu en dernier ressort, n'interdit pas l'exercice du recours en cassation¹¹¹. De plus, le juge de cassation peut annuler un arrêt, sans que le défendeur au pourvoi puisse utilement invoquer la fin de non-recevoir tirée du fait que l'auteur du pourvoi aurait dû introduire un recours en rectification d'erreur matérielle¹¹².

Cette solution présente un désavantage. Le justiciable souhaitant obtenir la censure d'une décision définitive dont il estime qu'elle est entachée d'une erreur et qui désire la rectifier par le biais du recours en cassation, s'expose au risque que l'erreur en question n'entre pas dans le domaine du contrôle effectué par le juge de cassation. Si une erreur purement matérielle entre dans le cadre du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, le requérant ne pourra guère la redresser en intentant un pourvoi.

Il serait donc souhaitable que le Conseil d'Etat oblige les juridictions statuant en dernier ressort à mentionner, sur les décisions qui sont notifiées aux parties, toutes les voies de recours exceptionnelles qui peuvent être intentées. Idéalement, la Haute juridiction devrait revenir sur le principe selon lequel les voies de recours n'ont pas à être indiquées dans l'acte

¹⁰⁹ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, p 133. Le commissaire du gouvernement invitait la formation de jugement « à constater qu'en raison de l'irrégularité de la notification de l'arrêt attaqué, qui mentionnait comme seule voie de recours le pourvoi en cassation à former dans les deux mois, le délai d'opposition n'a pas commencé à courir, et à en déduire, dès lors que cette voie demeure ouverte, que celle du pourvoi en cassation ne l'est pas », op. cit., p 135.

¹¹⁰ Sur le recours en rectification d'erreur matérielle devant les Cours administratives : cf. article R 833 - 1 du Code de justice administrative.

¹¹¹ CE Section 23 juin 1995, Conseil régional d'Aquitaine et Mme Lefèvre, p 271, T p 1009, (solution implicite) ; RFDA 1996, conclusions S. Fratacci, p 491.

¹¹² CE 20 octobre 1995, Ministre du Budget c/ Gobert, T p 1009.

juridictionnel notifié aux parties ¹¹³. Ceci permettrait aux justiciables d'être mieux informés des différentes possibilités qui leur sont données de contester les décisions juridictionnelles les intéressant.

La décision définitive est le fruit d'un paradoxe. Elle est réputée mettre un terme à un litige, mais peut tout de même faire l'objet d'une contestation. Elle est un compromis entre l'obligation de mettre un terme au procès et la nécessité pour le juge suprême de surveiller l'activité des juges du fond. Si certaines règles, on a pu le voir, sont communes à toutes les décisions rendues en dernier ressort, ces dernières présentent de nombreux particularismes selon qu'elles émanent de juridictions administratives spéciales ou générales. Il importe maintenant d'aborder ces spécificités pour apprécier entièrement ce qu'est un acte rendu en dernier ressort.

¹¹³ Cf. CE Section 5 avril 1996, Syndicat des avocats de France, p 118 : « aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à peine d'irrégularité de la procédure que la notification des jugements ou des arrêts aux parties comporte la mention des délais et voies de recours ».

Section 1 - La décision définitive spéciale.

Spécial qui peut désigner une sorte de choses ou concerner une *espèce*, s'applique aussi si l'on veut, pour distinguer une caractéristique au sein d'un genre, il est alors un synonyme de *particulier*¹¹⁴. Certaines décisions définitives sont spéciales car elles émanent d'une catégorie de juridictions déterminée, que l'on oppose au juge administratif de droit commun (i.e. : les Tribunaux administratifs, les Cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat). A ce titre, les décisions définitives spéciales émanent d'une espèce ou catégorie de juridictions bien précises. Mais cet ensemble englobe des organismes fort disparates, qui se distinguent, bien souvent, les uns des autres par de nombreuses particularités.

Ces décisions sont spéciales sous deux aspects. Elles sont rendues en dernier ressort par des juridictions particulières et il conviendra d'aborder les règles qui leur sont communes, c'est-à-dire celles qui confèrent un caractère administratif à une juridiction (§1). Mais chacun de ces organismes juridictionnels présente une certaine singularité, celle-ci est le fruit de la compétence d'attribution propre à chaque entité. Nous aborderons ces divergences à travers l'étude de ce qui est spécial à chaque juridiction (§2).

§1. Le caractère administratif d'une juridiction spéciale.

L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, prévoit que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction ». Le décret du 16 fructidor an III dispose : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ». Si ces dispositions ont pendant longtemps interdit l'immixtion de tout juge dans le travail de l'administration, elles ont une portée différente depuis qu'existe une justice administrative indépendante de l'administration active. Ces textes peuvent permettre

¹¹⁴ Cf. Dictionnaire Le Petit Robert.

de définir le domaine de compétence propre à la justice administrative, à l'intérieur de laquelle le juge judiciaire ne peut pas intervenir. En effet, il est de l'essence du procès administratif de connaître des litiges qui ont pour origine *l'action des administrateurs* et ceux qui sont liés à la légalité des *actes administratifs*. Si ces deux éléments définissent l'ipséité de la justice administrative, les juridictions administratives spéciales devraient être compétentes pour juger certains aspects déterminés de l'action administrative. C'est le cas de la Commission de recours des réfugiés qui statue sur le contentieux soulevé par les agissements de l'Office français des réfugiés et apatrides. Néanmoins il n'en va pas toujours ainsi. De nombreuses juridictions spéciales ne jugent ni les actes administratifs, ni l'action des services publics ; en revanche elles apprécient le comportement de certains individus, en raison de faits survenus au cours de leur activité professionnelle, et parce qu'ils appartiennent à une organisation déterminée. Ce sont les juridictions disciplinaires.

Les juridictions administratives spéciales ont pour particularité soit de statuer sur certains contentieux administratifs précis, soit d'avoir été instituées par l'Etat afin de remplir une fonction déterminée. Elles ont comme point commun d'émaner de l'Etat car en droit positif français, aucun organisme ne peut être juridictionnel s'il n'a pas été institué par les pouvoirs publics. C'est la consécration de la définition institutionnelle de la justice (A.). En raison des événements historiques concomitant à leur création ou en fonction de l'évolution de la jurisprudence, ces structures ont été soumises au recours en cassation devant le Conseil d'Etat. En procédant ainsi, l'ordre juridictionnel administratif a été défini de manière empirique (B.).

A. La définition institutionnelle de la justice.

La justice désigne un idéal d'équité mais aussi plus prosaïquement une organisation, à savoir l'ensemble des organes chargés d'administrer la justice ¹¹⁵. Sous cet aspect, la justice est avant tout une institution sociale établie par un pouvoir politique. En tant que structure instituée par les pouvoirs publics, elle est l'expression du principe selon lequel toute justice vient de l'Etat. La définition de la justice est, en droit positif, institutionnelle, car une entité ne peut pas être juridictionnelle, si elle n'a pas été instituée par l'Etat (1°). Pour caractériser si un organisme est une juridiction, il faut impérativement identifier s'il est rattaché aux pouvoirs publics et quelle est la nature de ce lien. En conséquence du caractère institutionnel de la définition de la justice, de nombreux organismes qui auraient pu être juridictionnels ne le sont point, car les autorités étatiques ne leur ont pas conféré cette qualité. De ce point de vue, il sera utile d'examiner les facteurs qui à l'heure actuelle, tendent à limiter l'institution de juridictions (2°), afin de mieux cerner la spécificité des décisions rendues en dernier ressort par les juges administratifs spéciaux.

1°/ Un organisme institué par l'Etat.

Une institution ne peut avoir une mission juridictionnelle que si elle a été établie par les pouvoirs publics. Seul le législateur peut créer des juridictions (a.). Il a été soutenu en doctrine qu'il y avait, en l'absence de qualification législative expresse, une définition jurisprudentielle de la notion de juridiction. Néanmoins, eu égard au caractère supplétif de cette dernière et à la portée éminemment réduite qu'elle pourrait avoir en droit positif, une telle définition paraît davantage correspondre à un mythe (b.) plutôt qu'à une réalité.

¹¹⁵ Cf. Dictionnaire Le Petit Robert.

a./ Le principe selon lequel la loi crée les juridictions.

Seul un acte de nature législative peut régulièrement instituer une structure juridictionnelle. Mais ce principe, s'il est simple dans sa formulation, n'en demeure pas moins complexe à appliquer dans l'hypothèse où la loi a créé un organisme en omettant de préciser sa nature exacte. C'est avant tout la volonté du législateur (α) qui détermine si un organisme est juridictionnel. Et c'est uniquement quand cette volonté paraît insuffisamment précise et qu'un organisme est innommé (β) qu'il sera difficile d'en connaître la nature.

α) La volonté du législateur.

Il existe beaucoup de juridictions administratives spéciales, à tel point que l'on a pu parler de « prolifération¹¹⁶ » de ce type d'organismes. Il y aurait, actuellement, une trentaine de structures de ce genre ¹¹⁷, dont vingt cinq statuent en dernier ressort et sont soumises au contrôle du Conseil d'Etat, juge de cassation¹¹⁸. Les décisions de certaines juridictions spéciales peuvent être contestées par la voie de l'appel et il n'y a pas de lien automatique entre la notion de juge spécial et celle de juridiction statuant en dernier ressort ¹¹⁹.

Aux termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, la loi fixe les règles concernant « la création de nouveaux ordres de juridiction ». Il appartient donc au législateur de créer des juridictions. Déjà, la jurisprudence du Conseil d'Etat, antérieure à 1958, considérait que seule la loi pouvait instituer une juridiction. En effet, la Haute assemblée avait eu l'occasion d'annuler des actes administratifs qui avaient créé des organismes dotés de compétences juridictionnelles ¹²⁰. Cette solution est par ailleurs conforme à l'article 6-1 de la

¹¹⁶ R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 9^{ème} édition, n° 95. Ce mot a été utilisé également par D. Jacquemart dans l'introduction de sa thèse sur « le Conseil d'Etat juge de cassation », LGDJ 1957, p 2.

¹¹⁷ R. Chapus, op. cit., n° 97.

¹¹⁸ Cf. la partie intitulée « Le respect de la compétence d'attribution des juridictions spéciales », p 73.

¹¹⁹ Ainsi, les décisions des Commissions du contentieux de l'indemnisation des rapatriés font l'objet d'un appel devant les Cours administratives d'appel. Les arrêts des Cours administratives pouvant, bien sûr, par la suite être déférées au Conseil d'Etat par la voie de la cassation. Cf. CE Section 28 juin 1996, n°138874, Krief, p 251 ; CE Section 29 novembre 1999, n°188794, n°188878, M. Gille.

¹²⁰ CE Ass. 5 mars 1948, Fédération nationale des entreprises à commerces multiples, p 121. Dans cette affaire l'Assemblée du contentieux constate qu'un organisme, créé par un arrêté ministériel, connaît de litiges qui ressortissent à la compétence des conseils de prud'hommes. Par conséquent, le ministre en cause s'est substitué au législateur, et a excédé ses pouvoirs.

Convention européenne des droits de l'homme, signée le 4 novembre 1950, qui prévoit qu'un tribunal doit être « établi par la loi ».

Dans le cadre de l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, le président de la République peut « prendre toutes les mesures exigées par les circonstances ¹²¹ », et notamment exercer le pouvoir législatif. Il peut donc, dans ces conditions, créer une juridiction. Par une décision en date du 3 mai 1961, le général de Gaulle avait créé un tribunal militaire spécial ayant pour objet de juger les auteurs et complices de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat et contre la discipline des armées. Ce texte déterminait les règles de procédure qu'il convenait de respecter. Dans l'affaire « Rubin de Servens » de 1962, l'Assemblée du contentieux estima qu'il n'appartenait pas au juge administratif de juger une décision ayant le « caractère d'un acte législatif ¹²² ».

En règle générale, les juridictions spéciales sont instituées par une loi et il n'est jamais souhaitable que cette tâche revienne à l'exécutif. Toutefois, si ce principe est simple dans sa formulation, l'histoire du droit français a démontré qu'il est parfois difficile à appliquer. En effet, il a pu arriver que la rédaction d'un acte législatif paraisse si ambiguë qu'il n'était pas évident de savoir si l'organisme qu'il établissait était juridictionnel ou administratif.

β) Les limites du critère législatif : les organismes innomés.

Devant la création de nombreux organismes dont le législateur n'avait pas expressément précisé s'ils avaient un caractère administratif ou juridictionnel, le Conseil d'Etat fut obligé de trancher la question de savoir quelle était leur nature exacte. C'est ce qu'on appela la reconnaissance jurisprudentielle de la qualité de juridiction. Et de nombreux auteurs ont estimé que la Haute assemblée avait fixé ou devait fixer les critères permettant de reconnaître une juridiction administrative. Il est vrai que cette question présente un intérêt certain, puisqu'il s'agit de déterminer les critères jurisprudentiels de distinction entre d'une part la qualité d'administrateur et d'autre part celle de juge administratif. L'enjeu est, ainsi, de définir les règles organisant la séparation des pouvoirs entre administration active et juge administratif spécialisé.

¹²¹ CE Ass. 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres, p 143.

¹²² CE Ass. 2 mars 1962, Rubin de Servens, précité.

Quelle pourrait être la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière ? Face à un organisme innomé, il convient d'analyser le texte qui l'a instauré, afin de trouver une solution rationnelle. De ce point de vue, deux séries de critères furent avancées pour essayer de définir la fonction d'un juge administratif. Un premier critère est organique ou formel : il prend en compte des éléments tirés de la procédure suivie devant l'organisme en cause, pour trancher la question. Le second critère qui fut proposé était matériel. Il s'agit d'apprécier quelle est la nature de la décision à adopter ou d'analyser la mission du juge.

Ces deux critères paraissent s'inspirer de logiques différentes. En effet, le critère formel doit aboutir à conférer à toutes les décisions, émanant d'un organisme statuant sur une procédure juridictionnelle, une nature juridictionnelle. En revanche, en application du critère matériel, seules les décisions intervenant dans un certain domaine doivent être considérées comme des actes juridictionnels. Et un même organisme pourra, selon les questions qu'il aborde, émettre des actes administratifs ou juridictionnels en fonction des matières dans lesquelles il intervient.

Les solutions retenues par la Haute assemblée ne permettent pas d'affirmer qu'elle a entendu choisir entre ces deux critères. Peut-être est-ce dû au nombre relativement réduit d'arrêtés rendus sur ce point ? Mais il nous paraît plus probable que la juridiction administrative suprême se refuse, par principe, à adopter un critère déterminé. Si le Conseil d'Etat retenait un critère précis, il est fort possible qu'il s'avérerait trop contraignant à l'avenir et il n'est jamais opportun que la Haute assemblée adopte une solution déterminée dans une affaire au risque de devoir se contredire quelques années après, dans un autre litige.

Il existe toujours une controverse en doctrine sur la question de savoir si le Conseil d'Etat entend privilégier un critère matériel ou formel alors même que cette controverse repose sur un postulat contestable, à savoir qu'il puisse exister une définition jurisprudentielle de la séparation des pouvoirs.

b./ Le mythe d'une définition prétorienne de la juridiction.

Face au phénomène des organismes innomés, de nombreux auteurs ont prétendu qu'il existait une définition jurisprudentielle de la juridiction administrative. Toutefois une telle affirmation se heurte à deux obstacles. D'abord, il est bien difficile, voire même impossible, d'identifier le ou les critères abstraits qui permettraient de caractériser l'activité juridictionnelle par opposition à celle qui est proprement administrative. Ensuite, les divers arrêts rendus en la matière par le Conseil d'Etat sont d'interprétation délicate. Les formules qui sont utilisées dans leurs motifs ne permettent pas de dégager une théorie jurisprudentielle parfaitement claire. Cette solution n'est certainement pas le fruit du hasard et doit exprimer la volonté de la Haute assemblée de ne pas s'enfermer dans une approche trop dogmatique en ce domaine. Nous examinerons cette double impossibilité à la fois doctrinale (α) et jurisprudentielle (β).

α) L'impossibilité doctrinale.

Si l'on veut répondre à la question de savoir si le Conseil d'Etat peut définir, dans le silence de la loi, la notion de juridiction administrative spéciale, en fonction de critères matériel ou formel, il convient au préalable d'analyser scrupuleusement ce que ces termes peuvent recouvrir.

L'idée qu'il puisse y avoir une définition matérielle de la juridiction paraît impliquer qu'il existe une matière contentieuse. Ainsi, c'est la prise en compte de la « matière » dans laquelle intervient le litige, qui doit pousser à considérer que l'organisme innomé est une juridiction. Or, cette théorie se heurte à un problème majeur qui vient du fait qu'il est difficile d'identifier une activité qui serait par essence juridictionnelle.

Selon J. Chevallier, par exemple, « la fonction contentieuse consiste à trancher des litiges par voie de décisions qui s'imposent aux parties, elle touche à des prérogatives régaliennes que l'autorité publique entend se réserver en propre ¹²³ ». Et « l'administration active continue

¹²³ J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle. », Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p282.

(...) à être investie d'une fonction contentieuse ¹²⁴ ». Il visait d'une part des hypothèses où est exercé un recours gracieux, hiérarchique ou de tutelle, et d'autre part des décisions administratives rendues en matière disciplinaire.

Or comme a pu le souligner J. Chevallier, « la fonction juridictionnelle ne peut faire l'objet d'aucune définition intrinsèque : tout comme la fonction législative consiste en l'émission de lois, la fonction « exécutive » ou administrative en l'édiction d'actes administratifs (...), la fonction juridictionnelle ne peut être dégagée que par le biais des actes juridictionnels ¹²⁵ ». Par conséquent, l'auteur en déduisait : « qu'il est impossible de distinguer d'un point de vue matériel l'acte juridictionnel de l'acte administratif : ce sont tous deux des actes de création et d'exécution du droit ¹²⁶ ».

Pour ces raisons, il n'y a pas de matière spécifiquement juridictionnelle. Mais le juge administratif a, depuis très longtemps, manifesté la volonté d'entourer le prononcé de certaines mesures par l'octroi de garanties en faveur de leurs destinataires. Si de nombreuses sanctions disciplinaires sont prononcées par des juridictions, c'est, bien souvent, parce que le Conseil d'Etat a, lorsque les textes le permettaient, attribué un caractère juridictionnel à ce type d'acte. Le terme juridictionnalisation ¹²⁷ est apparu pour désigner cette démarche. A ce sujet, il a pu être écrit que « le juge administratif a (...) tendance à développer la juridictionnalisation de la fonction contentieuse, dès lors que celle-ci est individualisée par rapport à l'Administration active ¹²⁸ ».

Le critère formel n'apparaît guère plus précis. En effet, de nombreuses structures administratives (notamment les autorités administratives indépendantes) peuvent statuer

¹²⁴ J. Chevallier, op. cit., p 283. « L'exercice de cette fonction contentieuse par l'Administration active s'est accompagné d'une imprégnation progressive des règles protectrices des droits des administrés qui s'appliquent devant le juge administratif », Ibid., p 283.

¹²⁵ J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle. », Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p285.

¹²⁶ J. Chevallier, op. cit., p 285.

¹²⁷ Si ce mot n'est pas dans les dictionnaires, il est cependant utilisé par la doctrine : cf. par exemple R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », 9^{ème} éd., p 92.

¹²⁸ J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle. », Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p289. « C'est ainsi qu'il n'hésitera pas, dès lors que la formulation des textes le lui permet, à se fonder sur la mission assurée par une autorité collégiale pour lui attribuer le statut de Juridiction et lui imposer par ce biais le respect de règles protectrices pour les justiciables », Ibidem, p 289.

selon une procédure pouvant parfois rappeler celles qui sont suivies devant une juridiction ¹²⁹. Cette tendance est encore accrue par le développement de la procédure administrative non contentieuse. De nombreuses règles formelles ne sont pas l'apanage exclusif des procédures juridictionnelles.

C'est sans doute parce qu'il n'est pas possible de définir de manière abstraite la fonction juridictionnelle, que la Haute assemblée n'a pas souhaité créer une définition préétablie et intangible de la juridiction administrative.

β) L'impossibilité d'établir une définition jurisprudentielle.

Il n'y a pas de définition jurisprudentielle de la justice administrative. Le Conseil d'Etat, même confronté à des textes apparemment ambigus, n'a pas la faculté de déterminer si un organisme est juridictionnel. Mais il existe un certain nombre de précédents qui permettent de préciser comment le Conseil d'Etat utilise son pouvoir d'interprétation des lois, pour rechercher la volonté du législateur.

Tout d'abord, la Haute assemblée estime que les organismes émettant uniquement des avis ne sont pas des juridictions ¹³⁰. Par un arrêt d'Assemblée du 13 mars 1981 ¹³¹, il fut décidé que la Commission de la concurrence était un organisme administratif, car la procédure suivie devant cette dernière avait uniquement pour objet d'éclairer le ministre chargé de l'Economie, sur les décisions qu'il lui incombait de prendre dans certains domaines.

En quelque sorte, la jurisprudence du juge suprême donne l'impression d'osciller entre deux objectifs contradictoires. Dans un premier mouvement, le Conseil d'Etat a eu tendance à considérer qu'un organisme investi d'une mission de répression disciplinaire devait être qualifié de juridiction. C'est ce qui fut appelé la politique jurisprudentielle visant à juridictionnaliser la répression disciplinaire. Mais il semblerait, également, que le Conseil d'Etat ne veuille pas multiplier de manière trop importante le nombre des juridictions

¹²⁹ Ainsi, par exemple, certaines mesures administratives ne peuvent être régulièrement adoptées que si l'administration a mis leur destinataire en mesure de « présenter ses moyens de défense ». Cf. CE Section 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier Gravier, p 133.

¹³⁰ CE 13 février 1980, Nal, p 82.

¹³¹ CE Ass. 13 mars 1981, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris et autres, D 1981, Jurisprudence, p 418.

spéciales. Et partant, certaines structures statuant en matière disciplinaire ne sont pas qualifiées de juridictions.

Pour plusieurs raisons, les critères formels et matériels ne semblent guère satisfaisants pour expliquer les solutions retenues par la Haute juridiction. D'abord, les arrêts peuvent être interprétés de manière différente selon que l'on souhaite privilégier l'un ou l'autre de ces critères. Ensuite, le juge administratif ne semble pas vouloir s'enfermer dans une définition abstraite de la notion de juridiction. Il paraît dans chaque espèce se contenter d'analyser les dispositions textuelles, pour préciser, quand cela s'avère nécessaire, la volonté du législateur. Il est vrai que l'analyse de la jurisprudence peut s'avérer, bien souvent, délicate. Mais la Haute juridiction ne donne pas l'impression qu'elle applique des critères élaborés de manière prétorienne. Et dans bien des cas, la solution retenue s'explique uniquement par la mise en œuvre de la technique de l'exégèse.

La décision d'Assemblée « d'Aillières » du 7 février 1947, illustre ce genre de difficultés. Le Conseil d'Etat a estimé : qu'« il résulte de l'ensemble des prescriptions législatives relatives au jury d'honneur et notamment de celles qui concernent tant sa composition et ses pouvoirs que les recours en révision dont il peut être saisi, que cet organisme a le caractère d'une juridiction¹³² ». Pour M. le Professeur Chapus, la qualification de juridiction résulte des dispositions textuelles créant l'organisme, puisqu'il est fait référence à une voie de recours – le recours en révision – qui frappe normalement les décisions de justice¹³³. Mais il ne semblerait pas, non plus, déraisonnable d'affirmer qu'il y a mise en œuvre de la technique du faisceau d'indices et que la référence au recours en révision n'était qu'une remarque incidente, n'ayant pas plus de portée que les autres éléments visés par l'Assemblée du contentieux.

¹³² CE Ass. 7 février 1947, d'Aillières, p 50, RDP 1947, p 68, conclusions R Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, n°3508, note G. Morange.

¹³³ R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative. », Mélanges Eisenmann, Ed. Cujas, 1975, p 273. « S'agissant du Jury d'honneur, on ne peut pas dire que la considération de sa composition et de ses pouvoirs étaient de nature à jouer, en vue de sa qualification, le même rôle que celle du recours en révision ouvert contre ses décisions. Ni cette composition (c'est-à-dire la présidence du Jury par le vice-président du Conseil d'Etat), ni ces pouvoirs n'étaient incompatibles, en effet, avec la négation de son caractère juridictionnel. Et c'est plutôt sa dénomination de « Jury » qui aurait pu, à meilleur escient, être invoquée par l'arrêt d'Aillières pour appuyer la qualification résultant de l'ouverture du recours en révision », R. Chapus, op. cit., p 276, note 41.

Par l'arrêt d'Assemblée « de Bayo » du 12 décembre 1953, la Haute juridiction a retenu une formule apparemment plus engagée. Les décisions concernant l'inscription au tableau, prises par une instance ordinale, n'ont pas, « eu égard à la nature de cette matière et quelles que soient les formes dans lesquelles elles interviennent, le caractère de décisions rendues par une juridiction ¹³⁴ ». Dans cette motivation, le critère matériel est mis en exergue et le critère formel est jugé inopérant. Mais s'agit-il d'autre chose que d'un arrêt d'espèce ? La jurisprudence postérieure ne semble pas avoir retenu des motifs identiques.

Enfin, dans l'affaire « L'Etang », jugée par l'Assemblée du contentieux le 12 juillet 1969, il fut décidé qu'« il ressort des prescriptions constitutionnelles et législatives qui fixent la nature des pouvoirs attribués au Conseil supérieur de la magistrature à l'égard des magistrats du siège, comme d'ailleurs de celles qui déterminent sa composition et ses règles de procédure, que ce Conseil a un caractère juridictionnel lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège ¹³⁵ ». On a pu écrire à propos de cette affaire : « On voit (...) que, dans le cadre de la qualification jurisprudentielle de la juridiction, le recours au critère formel reste une constante pour le juge français [et notamment le Conseil d'Etat], et que, malgré l'arrêt de principe *de Bayo*, le critère matériel n'est pas exclusif ¹³⁶ ».

Mais certains arrêtistes ont tout de même affirmé que la décision « L'Etang » : « semble (...) privilégier un critère matériel tiré de la nature juridictionnelle des actes du Conseil supérieur aux critères formels ou organiques tirés de la composition de l'institution ou des formes dans lesquelles interviennent ses décisions ¹³⁷ ». La Haute assemblée essaierait donc « de distinguer l'institution administrative de l'institution juridictionnelle par l'utilisation du seul critère des pouvoirs conférés à l'organisme en cause ¹³⁸ ».

¹³⁴ CE Ass. 12 décembre 1953, de Bayo, p 544 ; AJDA 1954, II, 138. Selon M. le Professeur Chapus, par cet arrêt le Conseil d'Etat adopte un critère matériel pour déterminer, en l'absence de dispositions textuelles pertinentes, si une structure est une juridiction, cf. R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 7^{ème} éd., N° 117.

¹³⁵ CE Ass. 12 juillet 1969, L'Etang, RDP 1970, p 393.

¹³⁶ O. Gohin, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », Droits, 1989, N° 9, La fonction de juger, p101. Selon cet auteur « le Conseil d'Etat est (...) conduit à combiner les critères matériel et formel pour reconnaître, à défaut de texte clair, le caractère juridictionnel d'un organisme à qualifier », Ibidem, p 101.

¹³⁷ J-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc, Chronique, AJDA 1969, p 559. Pour ces auteurs « la décision met en quelque sorte « en vedette » un critère : elle se fonde en effet essentiellement sur la *nature des pouvoirs* attribués au Conseil supérieur de la magistrature à l'égard des magistrats du siège et, accessoirement, comme l'indique l'emploi de l'adverbe « d'ailleurs » sur sa composition et ses règles de procédure », Ibid., p 559.

¹³⁸ J-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc, op. cit., p 559.

Une autre opinion plus intéressante a été exprimée par M. Waline. Ce dernier a souligné que la question de savoir si le Conseil supérieur de la magistrature était une juridiction ne faisait « pas de doute ¹³⁹ », et il estimait que sur ce point l'arrêt « L'Etang » n'avait pas fait l'objet d'une controverse ¹⁴⁰.

Certes chaque arrêt peut être interprété de manière différente selon que l'on souhaite privilégier tel ou tel critère, mais les motivations des arrêts du Conseil d'Etat se distinguent surtout par le fait suivant : elles se bornent à énoncer certaines caractéristiques de l'organisme analysé et elles n'établissent aucun critère utile permettant d'élaborer une jurisprudence cohérente. Le Conseil d'Etat à chaque fois procède à l'analyse exégétique des textes créant l'organisme en cause, mais il ne choisit pas de rechercher des critères prédéterminés. Il est néanmoins possible d'ajouter que la jurisprudence du Conseil d'Etat présente une certaine pérennité. Elle tend à considérer certains organismes disciplinaires comme des juridictions. L'objectif recherché étant de protéger le mieux possible les droits des personnes poursuivies dans le cadre des procédures disciplinaires.

Mais ce but doit être concilié avec d'autres principes également louables. Il n'est pas souhaitable qu'il y ait un trop grand nombre de juridictions spéciales, ces dernières étant des juridictions d'exception, qui détournent le justiciable du juge de droit commun de l'Administration. Ce souci conduit le Conseil d'Etat à limiter le nombre de structures qui sont susceptibles d'être des juridictions.

2°/ Les facteurs limitant l'institution de juridictions.

Certains organismes dont on aurait pu penser qu'ils puissent avoir un caractère juridictionnel n'ont pas été qualifiés de juridictions par les autorités étatiques. Cette situation a pour effet de souligner les limites des critères matériel et formel pour définir la notion de juridiction. Des structures intervenant matériellement dans un domaine réputé juridictionnel (i.e. : la matière disciplinaire), n'ont pas été considérées comme des juridictions par le Conseil d'Etat. Ce sont

¹³⁹ M. Waline, Note sur CE Ass. 12 juillet 1969, L'Etang, RDP 1970, p 390.

¹⁴⁰ A propos de cette question M. Waline a, en effet, écrit après avoir passé en revue les caractéristiques du Conseil supérieur de la magistrature : « Il ne paraît pas nécessaire d'insister sur ce point, qui, semble-t-il, n'a été contesté par personne », Ibid., p 390.

les organismes disciplinaires non juridictionnels (a.). De même, des entités administratives sont tenues parfois de respecter des procédures et un formalisme aussi stricts que ceux des juridictions. De ce point de vue, le critère formel n'est plus l'apanage exclusif des juridictions. Les organismes administratifs respectant une procédure quasiment juridictionnelle (b.) contribuent à rendre plus ambiguë la distinction entre les fonctions de juge et d'administrateur.

a./ Les organismes disciplinaires non juridictionnels.

Dans certaines hypothèses, le Conseil d'Etat ne va pas essayer de juridictionnaliser un organisme, alors même que ce dernier détient un pouvoir disciplinaire. Un premier cas de figure est relativement anecdotique ; même s'il présente une valeur symbolique, il sera souligné brièvement. Il s'agit de la situation où un seul individu est chargé d'une mission de répression disciplinaire. Une seconde situation mérite d'être abordée plus longuement, c'est celle où une instance disciplinaire a un lien de rattachement insuffisant avec les autorités étatiques. Ce défaut empêche la Haute juridiction de la considérer comme une juridiction.

Tout d'abord, lorsqu'une personne physique exerce seule une mission disciplinaire, le juge suprême n'estime pas qu'elle soit chargée d'une mission juridictionnelle. Sans doute faut-il y voir l'expression d'un principe selon lequel une juridiction administrative spéciale doit présenter un caractère collégial. Mais l'intérêt pratique d'un tel principe paraît éminemment réduit : un individu peut, seul, parfaitement bien juger un litige, alors qu'un groupe d'individus (surtout s'ils n'ont aucune compétence juridique) peut prendre des décisions illégales.

Toujours est-il que par une décision du 20 novembre 1970, « Bouez et UNEF ¹⁴¹ », la Section du contentieux a estimé que les dispositions décrétales, accordant à titre transitoire aux recteurs un pouvoir disciplinaire sur les étudiants, « n'ont aucun caractère juridictionnel ¹⁴² ». Sur ce point, M. le Professeur Chapus a écrit : « on peut comprendre que le Conseil d'Etat ne veuille se prêter en rien et même soit résolument hostile à toute restauration du système de

¹⁴¹ CE S 20 novembre 1970, Bouez et UNEF, p 690. AJDA 1971, p 486, note J. Chevallier.

¹⁴² Affaire Bouez et UNEF, précitée. Le Conseil d'Etat affirme également « que les moyens tirés de la violation de l'article 34 de la Constitution et du principe de la séparation des autorités administratives et juridictionnelles,

l'administrateur - juge¹⁴³ ». L'absence de réelle motivation, dans l'arrêt « Bouez et UNEF », sur les raisons ayant conduit les conseillers d'Etat à penser que les recteurs n'avaient pas de pouvoir juridictionnel, ne permet pas d'affirmer de manière certaine que la Section du contentieux était soucieuse de ne pas rétablir une catégorie d'autorité bicéphale, mi-administratrice, mi-juge. Mais si cette justification est effectivement celle qui a emporté l'adhésion des juges suprêmes, il convient de souligner qu'elle est très théorique et construite de manière relativement abstraite. La collégialité n'est pas une garantie de bonne administration de la justice. Affirmer le contraire reviendrait à penser qu'une ordonnance de référé serait, en général, de meilleure qualité ou plus juste, si elle était rendue par plusieurs magistrats et non par un juge unique. Aucune raison logique ne peut avaliser ce raisonnement. La qualité d'un jugement est indépendante du nombre de personnes qui ont concouru à son délibéré, elle est davantage liée aux aptitudes et au savoir-faire de son (ou ses) auteur(s).

Il est plus fréquent que la Haute juridiction administrative refuse à un organisme un caractère juridictionnel, parce qu'il n'est pas réellement une émanation de l'Etat. Par une décision « Hechter » du 19 décembre 1980¹⁴⁴, la Section du contentieux devait examiner si les structures disciplinaires des fédérations sportives étaient des juridictions administratives spéciales. Le 6 janvier 1978, le Comité des cinq, institué par les statuts du groupement du football professionnel, avait suspendu définitivement M. Daniel Hechter de toutes fonctions, à quelque titre que ce soit, dans un club autorisé à utiliser des joueurs professionnels. M. Hechter a intenté un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat à l'encontre de cette décision.

Il a été jugé, dans cette affaire, que « ni la loi du 29 octobre 1975, ni aucune autre disposition législative, n'ont conféré un caractère juridictionnel aux organes chargés par les fédérations sportives d'exercer le pouvoir disciplinaire qu'elles tiennent de l'article 11 de cette loi¹⁴⁵ ». Mais « il appartient toutefois au Conseil d'Etat, eu égard à la forme collégiale du « Comité des cinq » et à la compétence qu'il exerce, de connaître en premier et dernier ressort des

(...) sont inopérants à l'égard de dispositions relatives à l'exercice par une autorité administrative du pouvoir disciplinaire », Ibidem.

¹⁴³ R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative. », Mélanges Eisenmann, Ed. Cujas, 1975, p 268.

¹⁴⁴ CE S 19 décembre 1980, Hechter, Gaz. Pal., 1981, 2, p 544.

¹⁴⁵ Arrêt Hechter, précité. « Le « Comité des cinq » (...) ne saurait être regardé comme une juridiction », Ibidem.

conclusions de la requête de M. Hechter¹⁴⁶ ». En l'espèce, la forme (collégiale) et la compétence (disciplinaire), conduisent à considérer que la décision attaquée a un caractère administratif.

A la lumière de cette décision, on a pu se demander si l'absence d'agent de l'Etat au sein de cet organisme¹⁴⁷, avait été pris en considération par le juge pour lui refuser la qualité de juridiction ? Mais ceci ne paraît pas avoir été le cas, car d'autres raisons semblent mieux justifier la solution retenue en l'espèce. Il est, probablement, plus important de souligner que l'organisme en cause n'avait pas été institué par le législateur. Et sur ce point, il est intéressant de noter que le commissaire du gouvernement avait conclu de la façon suivante : « l'organisme dit « Comité des cinq » qui ne tire son existence, ni d'une loi, ni même d'un décret, mais des statuts d'une association ne peut pas, à l'évidence, avoir le caractère d'une juridiction. Dans notre droit, il n'est de justice au sens institutionnel qui n'émane de l'Etat ¹⁴⁸ ».

Le fait qu'une structure à qualifier n'ait pas été créée par des dispositions législatives conduit le Conseil d'Etat à ne pas y voir une juridiction. C'est pour cette raison notamment que de nombreuses instances disciplinaires sportives, telles les fédérations sportives par exemple, ne sont pas des juridictions. Les fédérations sportives sont des organismes privés, bénéficiant d'une habilitation, et qui sont associés, par le législateur ¹⁴⁹, à l'exécution d'un service public administratif. Le juge administratif est compétent pour juger les litiges relatifs à la mise en œuvre par ces structures de prérogatives de puissance publique. C'est le cas du contentieux concernant les mesures disciplinaires prises à l'encontre des licenciés et groupements affiliés¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Décision Hechter, précitée. Le Conseil d'Etat se reconnaît compétent parce qu'il estime qu'il est saisi d'un recours en annulation contre une décision administrative émanant d'un organisme collégial à compétence nationale (cf. l'article 2, 6° du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953, issu du décret n° 75-793 du 26 août 1975).

¹⁴⁷ Cette idée a été soutenue par P. Klaussen, « l'absence d'agent de l'Etat au sein d'un organe disciplinaire, [est] une nouvelle contre-indication textuelle, qui, formulée positivement, conduit à dégager un ultime critère formel à la définition jurisprudentielle de la notion de juridiction », cf. « Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. », LPA 30 juillet 1993, N°91, p 28.

¹⁴⁸ B. Genevois, Conclusions sur CE S 19 décembre 1980, Hechter, Gaz. Pal., 1981, 2, p 545. Un an avant l'arrêt « Hechter », le Conseil d'Etat avait posé au Tribunal des conflits la question de savoir à quel ordre de juridictions il appartenait de contrôler les décisions rendues par le « Comité des cinq » : cf. TC Section 7 décembre 1979, Peschaud, p 460.

¹⁴⁹ Cf. loi du 29 octobre 1975.

¹⁵⁰ Cf. CE Section 16 mars 1984, Moreteau, p 108, conclusions M. Genevois.

La loi n° 84-610 du 16 juillet 1984, distingue les fédérations sportives agréées et celles qui bénéficient d'une délégation ministérielle (une seule par discipline) pour organiser des compétitions et délivrer des titres. « Dès lors que l'agrément ne confère aucun monopole à la fédération concernée, les sanctions prises par une fédération sportive simplement agréée à l'encontre d'associations sportives locales ou de leurs dirigeants ne constituent pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique et ne peuvent être contestées que devant l'autorité judiciaire¹⁵¹ ».

Même dans d'autres domaines, le pouvoir disciplinaire mis en œuvre par un organisme collégial n'a pas donné lieu à la reconnaissance d'une juridiction¹⁵², car la structure en cause ne pouvait pas être considérée comme une émanation de l'Etat. Peut-être pourrait-on parler d'un « critère organique¹⁵³ » d'identification des juridictions, si cela veut dire qu'une juridiction ne peut jamais être qu'un organe de l'Etat, créé par le législateur. D'ailleurs, les troisième et huitième sous-sections ont récemment rappelé ce principe. L'Assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie avait créé une Commission territoriale des handicapés chargée de statuer sur les litiges nés des décisions de la Commission d'orientation et de reclassement des handicapés. Les conseillers d'Etat ont souligné qu'aucun acte émanant d'une autorité de l'Etat, ni aucune disposition de la délibération de l'Assemblée territoriale, n'avait conféré à la commission un caractère juridictionnel¹⁵⁴.

Si la Haute juridiction ne souhaite manifestement pas multiplier à l'infini le nombre des juridictions spéciales (ce qui est évidemment une bonne chose), elle est aussi soucieuse d'assurer aux individus faisant l'objet de mesures disciplinaires un minimum de garanties procédurales. C'est pourquoi de nombreuses structures administratives sont tenues de respecter des règles d'essence juridictionnelles.

¹⁵¹ CE 19 décembre 1988, Mme Pascau, n° 79962, p 459. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat souligne que « l'exercice par une fédération du pouvoir disciplinaire à l'égard de ses membres est en lui-même inhérent à l'organisation de toute association », Ibidem.

¹⁵² Voir notamment l'affaire suivante concernant la discipline au sein de la profession d'agent de change : CE 16 novembre 1984, Woetglin, D 1985, jurisprudence, p 58, conclusions B. Stirn. (Solution implicite).

¹⁵³ Conclusions Stirn sur l'arrêt « Woetglin » précité, D 1985, jurisprudence, p 59.

¹⁵⁴ CE (3^{ème} et 8^{ème} sous-section) 19 mai 2000, Dame Rakotomavo, n° 194259. Gaz. Pal. 22-23 juin 2001, p 22. Le Conseil d'Etat n'était donc pas compétent pour connaître de cette affaire par la voie du recours en cassation.

b./ Les organismes administratifs respectant une procédure quasiment juridictionnelle.

Un autre élément tend à réduire le nombre de juridictions administratives spéciales : c'est le développement, parfois très important, que connaît la procédure administrative non contentieuse. Ce phénomène aboutit, à l'heure actuelle, à rendre un peu plus floue la distinction entre autorité administrative et juge administratif. Car si depuis assez longtemps, le Conseil d'Etat vise à faire respecter certains principes qui viennent de la procédure juridictionnelle dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse (droit de la défense, communication d'un dossier ¹⁵⁵, motivation, etc.), il faut constater qu'aujourd'hui loin de diminuer, cette tendance s'accroît.

Ainsi, des formations disciplinaires collégiales ayant une nature administrative, peuvent être tenues de respecter des principes qui relèvent des procédures juridictionnelles. Par une décision de Section « Didier », du 3 décembre 1999, il fut jugé qu'alors « même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne (...) le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 [de la Convention européenne des droits de l'homme] peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision¹⁵⁶ ».

Dans cette affaire, la Haute juridiction constate que l'autorité administrative prend une décision entrant dans le champ d'application de l'article 6-1 ¹⁵⁷. La mesure prise paraît relever par essence du droit pénal (ou plus précisément, elle entre dans la définition de la matière pénale au regard du droit européen). En conséquence, il convient de respecter les stipulations pertinentes de cette convention.

¹⁵⁵ CE Section 24 juin 1949, *Sieur Nègre*, p 304. Annulation d'une éviction d'un emploi public alors que l'intéressé n'avait pas été mis en mesure de demander la communication de son dossier.

¹⁵⁶ CE Section 3 décembre 1999, *M. Didier*, n° 207434, p 399.

¹⁵⁷ « Le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », cf. décision *M. Didier*, précitée.

Cependant, la Section du contentieux estime qu'il n'est pas utile que l'autorité administrative respecte toutes les exigences procédurales édictées par l'article 6-1, car il existe un recours juridictionnel permettant de contester les sanctions prononcées par l'organisme en cause¹⁵⁸. Ainsi, dans la mesure où l'action en justice permettant de remettre en cause la décision litigieuse respecte les impératifs du droit européen, les règles relatives aux procès équitables sont respectées. Ce raisonnement conduit à appliquer avec parcimonie l'article 6-1 à des organismes administratifs prononçant des sanctions.

L'arrêt « Didier » n'en constitue pas moins un revirement jurisprudentiel¹⁵⁹. Auparavant le Conseil d'Etat considérait que, lorsqu'un organisme non juridictionnel prononçait une sanction disciplinaire, les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'étaient pas applicables¹⁶⁰. En effet, la doctrine du Conseil d'Etat était la suivante : « l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'énonce aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi¹⁶¹ ». En application de ce principe, la Haute juridiction avait refusé de vérifier la régularité de la procédure suivie par le Conseil du marché à terme, siégeant en formation disciplinaire, au regard de l'article 6-1¹⁶². Le Conseil des marchés financiers s'est substitué au Conseil du marché à terme¹⁶³.

¹⁵⁸ « Compte tenu du fait que [la] décision [du Conseil des marchés financiers] peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit au procès équitable », Cf. arrêt M. Didier, précité.

¹⁵⁹ Se situant dans le prolongement de l'arrêt « Maubleu » (voir : CE Ass 14 février 1996, Maubleu, p 34.), où le Conseil d'Etat avait admis, s'agissant d'une juridiction disciplinaire, que le droit disciplinaire entrait dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶⁰ CE Ass. 4 mars 1991, Le Cun, n° 112820, p 70.

¹⁶¹ CE 28 février 1997, Rodin, n° 147955, p 58. L'affaire Rodin concernait un recours contre une mesure de radiation de la fonction publique. La même formule a été utilisée s'agissant des décisions prises par la section disciplinaire de conseil national de l'ordre des médecins, statuant en matière administrative. Le mot « sanctions » étant remplacé par celui de « décisions », cf. CE 25 juin 1997, Hayat, n° 171970, DA, décembre 1997, n°392, p23, note R Schwartz.

¹⁶² CE Section 4 mai 1998, Société de bourse Patrice Wargny, n° 164294, p 192. Il s'agit d'un organisme administratif prononçant des sanctions et ces dernières peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction auprès du Conseil d'Etat.

¹⁶³ Cf. loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, art 98.

Les tenants de la théorie selon laquelle le Conseil d'Etat avait adopté une définition matérielle de la juridiction, ont toujours considéré que la matière proprement juridictionnelle était le contentieux de la répression disciplinaire. C'est pour cette raison qu'ils expliquaient que diverses instances disciplinaires ont été qualifiées de juridictions. La situation a évolué en droit positif, car des structures collégiales sont chargées d'une mission disciplinaire, tout en étant des entités administratives. Mais le critère formel n'est pas plus utile pour opérer une distinction entre organismes administratif et juridictionnel, puisqu'un collège disciplinaire administratif peut être amené à statuer au terme d'une procédure quasiment contentieuse. Pour comprendre la jurisprudence moderne, il est donc nécessaire d'abandonner toute référence aux critères formel ou matériel.

Une juridiction administrative spéciale est avant tout une institution créée par la loi. Et le Conseil d'Etat s'efforce, chaque fois qu'il est appelé à statuer sur la nature d'une entité, de vérifier s'il s'agit effectivement d'une émanation de l'Etat ou non. Il est une question encore plus délicate que celle de savoir ce qu'est une juridiction, c'est celle consistant à déterminer quel critère confère à une formation juridictionnelle une nature administrative.

B. La définition empirique de l'ordre administratif.

Des juridictions ont été soumises au recours en cassation devant le Conseil d'Etat et donc intégrées à l'ordre juridictionnel administratif, en raison de facteurs qui sont tirés de l'expérience, plutôt que de la mise en œuvre de critères rationnels déterminés. Depuis deux siècles, des instances juridictionnelles furent soumises au contrôle de la Haute assemblée, ce sont les enseignements acquis au cours de cette période qui ont conduit le législateur ou la jurisprudence à considérer qu'il était préférable de rattacher certains organismes à l'ordre juridictionnel judiciaire ou administratif. C'est en cela que la définition de l'ordre administratif est empirique.

Certes, en vertu de la jurisprudence constitutionnelle, « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la république ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ¹⁶⁴ ». A cet égard, il est normal que certaines juridictions soient administratives parce qu'elles ont pour principale fonction d'apprécier la légalité d'un acte administratif. Mais il arrive également qu'une formation ait cette qualité alors qu'elle prononce des sanctions disciplinaires visant à réprimer des faits survenus à l'occasion d'une activité professionnelle¹⁶⁵. Or s'il paraît normal qu'un juge administratif spécial statue sur certaines questions spécifiques au droit public, il est, au contraire, curieux que relèvent de l'ordre administratif les juridictions disciplinaires compétentes pour juger des personnes n'ayant aucun lien avec l'Etat. Nous aborderons successivement la situation des juridictions réellement administratives, puis celle des instances qui furent rattachées artificiellement au Conseil d'Etat.

En règle générale, pour apprécier si une juridiction est administrative, la Haute assemblée examine la nature du contentieux dont est saisie la juridiction en cause. Ainsi, dans l'affaire « d'Aillières » de 1947, l'Assemblée du contentieux a considéré que le jury d'honneur était

¹⁶⁴ Conseil Constitutionnel 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, (224 DC), Rec. p 8.

¹⁶⁵ Voir J-P Carton, « Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel. », Thèse Lille 2, 1995 : p226 et s. (sur la cassation) et p 436 et s. (sur l'influence du juge administratif) ; J-P Markus, « Les juridictions ordinaires. », LGDJ, 2003.

une juridiction et que « par la nature des affaires sur lesquelles elle se prononce, [elle] appartient à l'ordre administratif et relève à ce titre du contrôle du Conseil d'Etat ¹⁶⁶ ». Il convient donc de considérer qu'il y a mise en œuvre d'un critère matériel : les juridictions sont administratives dès lors qu'elles interviennent en matière administrative.

Les difficultés qu'implique la mise en œuvre de ce critère paraissent toutes résumées dans une affaire célèbre. En effet, dans l'arrêt d'Assemblée « L'Etang » du 12 juillet 1969, il fut jugé, à propos du Conseil supérieur de la magistrature, qu'« en raison de la nature des litiges qui lui sont alors soumis et qui intéressent l'organisation du service public de la justice, il relève du contrôle de cassation du Conseil d'Etat statuant au contentieux ¹⁶⁷ ». Le Conseil d'Etat reprend les critères fixés par le Tribunal des conflits le 27 novembre 1952, dans l'affaire « Préfet de la Guyane ¹⁶⁸ », qui distingue entre l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice. Mais cette distinction n'est pas exempte de toute critique, et l'on a légitimement soutenu qu'elle « répand une fausse clarté ¹⁶⁹ ». En quoi une instance disciplinaire peut-elle intéresser l'organisation du service public de la justice ?

Deux approches peuvent être envisagées pour répondre à cette question :

- soit l'on estime que le contentieux disciplinaire peut aboutir dans certains cas à exclure un magistrat d'une formation de jugement, et partant l'organisation du service peut être affecté.

- soit on considère que l'affaire « L'Etang » ne soulève qu'une question de légalité, et il s'agit uniquement de déterminer si la sanction prononcée est justifiée au regard de la faute commise ¹⁷⁰. Sous ce dernier aspect, d'aucuns se sont étonnés que l'Assemblée du contentieux ait jugé utile de soumettre les décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature au contrôle de cassation du Conseil d'Etat, dans la mesure où l'on imagine mal qu'une juridiction composée principalement de magistrats de l'ordre judiciaire et dirigée par le premier président de la Cour de Cassation puisse commettre une erreur de légalité ¹⁷¹.

¹⁶⁶ CE Ass. 7 février 1947, d'Aillières, p 50, RDP 1947, p 68, conclusions R Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, n°3508, note G. Morange.

¹⁶⁷ CE Ass. 12 juillet 1969, L'Etang, RDP 1970, p 393.

¹⁶⁸ TC 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, p 642.

¹⁶⁹ M. Waline, Note sur CE Ass. 12 juillet 1969, L'Etang, RDP 1970, p 391.

¹⁷⁰ Sur ces questions : cf. M. Waline, Note précitée, RDP 1970, p 391.

¹⁷¹ « On peut se demander s'il est utile, et s'il n'est même pas un peu déplacé, de faire contrôler, même par une juridiction aussi respectable que le Conseil d'Etat, le premier président de la Cour de Cassation et les hauts magistrats qui sont ses assesseurs au Conseil supérieur de la magistrature », M. Waline, op. cit., p 393.

En réalité, dans la décision « L'Etang » le Conseil d'Etat paraît privilégier deux idées. D'abord, « le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du siège ne se rattache pas par lui-même à l'exercice de la fonction juridictionnelle du service public judiciaire ¹⁷² ». Ensuite, la Haute assemblée assimile la situation de magistrat et celle de fonctionnaire ¹⁷³. C'est sous cet angle que l'on peut comprendre pourquoi l'Assemblée du contentieux s'est estimée compétente pour apprécier la légalité des mesures rendues par le Conseil supérieur de la magistrature. Mais la référence au critère tiré de *la nature des litiges* ne doit pas faire illusion : le juge suprême, en l'absence de précision législative pertinente, définit de manière prétorienne quelles affaires ont une portée administrative.

S'il est possible de comprendre que les juridictions disciplinaires compétentes pour juger les membres de la fonction publique relèvent du Conseil d'Etat, il est, en revanche, difficile de justifier que des instances disciplinaires d'Ordres professionnels ou de professions indépendantes ressortissent à la compétence de la Haute juridiction. Dans cette dernière hypothèse, le juge administratif de cassation est conduit non pas à juger l'action administrative, mais doit apprécier la pertinence de sanctions professionnelles prononcées contre des particuliers. Le contentieux disciplinaire de nombreuses professions (médecins, chirurgiens-dentistes, vétérinaires, pharmaciens, experts-comptables et comptables agréés, experts géomètres, commissaires aux comptes, etc.) est contrôlé par les conseillers d'Etat ¹⁷⁴, alors qu'il s'agit de litiges qui ne sont pas réellement administratifs.

Certes, ces instances disciplinaires furent établies par le législateur, les sanctions qu'elles peuvent prononcer sont des prérogatives de puissance publique et ces organisations peuvent être assimilées à un « service public ¹⁷⁵ ». Mais le législateur aurait parfaitement pu rattacher ces structures à la Cour de Cassation ¹⁷⁶, voire instaurer une formation *ad hoc* qui eût tranché souverainement toutes les affaires rendues en matière disciplinaire, ce qui aurait permis la

¹⁷² J-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc, Chronique, AJDA 1969, p 560.

¹⁷³ « On s'accorde à reconnaître qu'il n'existe pas en France un véritable pouvoir judiciaire (...); il existe seulement un service public de la justice assuré par des magistrats qui, à bien des égards, sont des fonctionnaires », J-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc, op. cit., p 560.

¹⁷⁴ Pour les professions médicales (médecins, chirurgiens-dentistes) cf. l'article L 4122 - 3 du Code de la Santé publique. Pour la profession de pharmaciens cf. article L 4234 - 8 du Code de la Santé publique.

¹⁷⁵ Dans l'arrêt « Bouguen » (CE Ass. 2 avril 1943, p 86.) le Conseil d'Etat a estimé, s'agissant de l'Ordre des médecins, que le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public.

¹⁷⁶ Ainsi, la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre des avocats est une juridiction judiciaire : cf. article 19 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et articles 14 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991.

création d'un ordre disciplinaire de juridictions indépendant, chapeauté par une cour suprême spécifique.

Certaines instances disciplinaires relèvent du Conseil d'Etat, alors que d'autres sont surveillées par la Cour de Cassation. Cette répartition est avant tout un legs de l'histoire. Il nous semblerait plus logique que toutes les formations disciplinaires statuant souverainement soient contrôlées par la chambre criminelle de la Cour de Cassation ¹⁷⁷, dans la mesure où le contentieux disciplinaire présente des similitudes avec le droit répressif. Cependant, eu égard à l'encombrement de la Cour de Cassation, une telle réforme ne serait certainement pas très heureuse dans l'immédiat.

Les juridictions administratives spécialisées constituent un ensemble assez hétérogène d'organismes collégiaux. Dans une certaine mesure, elles sont l'expression d'une atténuation de la distinction entre entités administrative et juridictionnelle. Ce phénomène est particulièrement évident s'agissant des instances disciplinaires, qui, à cause de différentes influences (droit européen, évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat, etc.), se voient appliquer un régime procédural relativement similaire, qu'elles aient une nature juridictionnelle ou administrative. Car si des différences demeurent entre le juge disciplinaire et le collège d'administrateur statuant disciplinairement ¹⁷⁸, ces dissemblances ont tendance à s'estomper en droit positif. L'intérêt de ce phénomène est l'émergence d'un droit commun à toutes instances disciplinaires quelle que soit leur nature, ce qui permet d'assurer une certaine égalité de traitement entre les personnes relevant de ce genre d'organisme, puisqu'elles se verront appliquer des règles quasiment harmonisées, quelle que soit la structure dont elles relèvent.

Mais la principale conséquence de l'atténuation des divergences entre le régime procédural des collèges administratif et juridictionnel, c'est qu'il n'apparaît plus nécessaire de judiciariser un organisme pour lui imposer de statuer au terme d'une procédure protégeant effectivement et efficacement les intérêts des parties concernées. Et c'est peut-être pour cette raison que le nombre de juridictions spéciales statuant en dernier ressort tend à diminuer au fil

¹⁷⁷ Alors que ce n'est pas le cas à l'heure actuelle. En effet, le contentieux disciplinaire des avocats est examiné par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation : voir par exemple Civ. 1^{ère} 5 octobre 1999.

¹⁷⁸ La différence essentielle étant que les juridictions disciplinaires de dernier ressort sont contrôlées par le Conseil d'Etat, juge de cassation.

des décennies. Si elles étaient environ 36 en 1957 ¹⁷⁹, et 30 en 1975 ¹⁸⁰, elles ne sont plus que 25 en 2004 ¹⁸¹. La dernière juridiction qui est vouée à disparaître est la commission juridictionnelle prévue à l'article L 51 du Code du service national ¹⁸², en raison de la suppression du service national. A la lumière de ces chiffres il paraît raisonnable d'affirmer que la portée de la controverse relative à la définition de la juridiction spéciale ne présente plus l'intérêt qu'elle pouvait avoir par le passé, car ces organismes sont moins nombreux qu'auparavant.

La grande hétérogénéité au sein des juridictions spéciales s'explique en grande partie par le fait que chacune est appelée à statuer sur un domaine spécifique du droit public. C'est ce caractère spécial, de chaque juridiction qu'il convient que nous abordions maintenant.

§2. Le caractère spécial d'une juridiction administrative.

Toute juridiction administrative spéciale se singularise par un certain nombre de particularités qui lui sont propres. Ces dernières trouvent leur origine dans la compétence d'attributions particulières à chacune d'entre elles. La mission spécifique que chaque juge spécial acquiert du législateur, confère à ce dernier une certaine originalité.

Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions définitives spéciales est marqué par deux caractéristiques. La Haute assemblée ne peut pas ignorer que la loi a institué une structure *ad hoc* pour connaître de certaines questions. Sous cet aspect, les magistrats du Palais-Royal seront tenus de respecter la compétence d'attribution des juridictions spéciales (A.), sinon ils empiéteraient sur les prérogatives attribuées à celles-ci. Mais en même temps, il revient au juge de cassation de faire respecter les grands principes du droit public. Il veillera à ce que les juges spéciaux respectent le droit (B.).

¹⁷⁹ Dans sa thèse G. Peiser, a relevé 36 juridictions (dont 10 temporaires) soumises au recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Cf. « Le recours en cassation en droit administratif français. », Sirey, 1958, voir tout spécialement les pages 234 et suivantes, le chapitre intitulé : relevé des juridictions subordonnées au Conseil d'Etat par la voie de la cassation.

¹⁸⁰ Ce chiffre résulte du recensement effectué en 1975 par la Commission du rapport et des études du Conseil d'Etat. Cf. J. Massot et O. Fouquet, « Le Conseil d'Etat juge de cassation. », Berger-Levrault, L'administration nouvelle, 1993, p 20 et 23 et suivantes.

¹⁸¹ Voir les développements p 73 et s.

¹⁸² Voir CE Section 31 mars 1999, M. Dekhakhni, T p 645, 991.

A. Le respect de la compétence d'attribution des juridictions spéciales.

Il y a deux types de juridictions administratives spéciales, celles qui sont instituées pour juger des personnes en raison de faits survenus à l'occasion de leur activité professionnelle ; et celles qui sont chargées de statuer sur des questions particulières du droit public échappant à la compétence du juge administratif de droit commun. Les instances appartenant à la seconde catégorie sont, sans conteste, des structures ayant pour mission de juger certains aspects de l'action administrative (2°). En revanche, les juridictions relevant du premier groupe ne jugent ni l'Etat, ni les services publics, mais uniquement des personnes : ce sont des juges disciplinaires (1°). Ces deux catégories de compétences d'attributions se distinguent par leur nature, c'est pourquoi il paraît opportun de les aborder séparément. Les juridictions disciplinaires seront examinées dans un premier temps, car elles sont, à la fois, plus nombreuses et présentent un seuil d'originalité plus important, que les organismes qui jugent l'action administrative.

1°/ Les juges disciplinaires.

Les instances disciplinaires statuant en dernier ressort sont regroupées sous diverses appellations. Il y a d'abord le Conseil national de l'Ordre des médecins ¹⁸³, celui des chirurgiens-dentistes ¹⁸⁴ et celui des sages-femmes. Chacune de ces formations se subdivise en une Section disciplinaire ou en une Section des assurances sociales. Ensuite, trois autres Ordres professionnels¹⁸⁵ sont dotés chacun d'un Conseil supérieur, il s'agit de l'Ordre des vétérinaires, de l'Ordre des pharmaciens¹⁸⁶ et de celui des géomètres experts. D'autres professions sont munies, soit d'une Chambre nationale de discipline, c'est le cas des experts-comptables et comptables agréés, des commissaires aux comptes et des architectes, soit d'une Chambre de discipline (ie. les conseils en propriété industrielle). Enfin, la Commission

¹⁸³ CE Section 29 janvier 2001, M. Rousset, p 44.

¹⁸⁴ CE Section 29 décembre 2000, M. Francoual, T p 1207, 1216.

¹⁸⁵ Sur les juridictions ordinaires : J-P. Markus, « Les juridictions ordinaires. », LGDJ, 2003.

¹⁸⁶ Qui se subdivise en une Section disciplinaire et une Section des assurances sociales.

bancaire¹⁸⁷, statuant disciplinairement et la juridiction disciplinaire des personnels scientifiques et médicaux des CHU, ainsi que la commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels sont également des juridictions soumises au contrôle de cassation.

A côté de ces formations qui sont compétentes pour juger des personnes exerçant une profession libérale ou indépendante, deux juridictions disciplinaires ont pour tâche de sanctionner des individus relevant de la fonction publique ou des usagers de certains services publics : le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche¹⁸⁸ et le Conseil supérieur de l'Éducation. Et deux organismes sont compétents pour apprécier le comportement de magistrats : le Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire¹⁸⁹ et le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes.

Le juge disciplinaire doit exercer sa mission consistant à réprimer les manquements à la discipline d'un groupe. Par une décision du 28 janvier 1994, la Section du contentieux a estimé qu'une juridiction disciplinaire ne pouvait pas, sans méconnaître sa compétence, subordonner « sa décision sur l'action disciplinaire à l'intervention d'une décision définitive du juge pénal¹⁹⁰ ». Dans cette affaire, la section disciplinaire du conseil national de l'Ordre des médecins avait été saisie d'un appel contre une décision d'un conseil régional ayant prononcé une interdiction temporaire d'exercer la médecine. Le praticien était poursuivi disciplinairement pour avoir pratiqué des honoraires excessifs, exigé indûment des paiements en espèces et minoré les honoraires portés sur les feuilles de sécurité sociale. L'intéressé était également poursuivi pénalement pour extorsion de fonds. Dans ces circonstances, les instances disciplinaires statuant en appel ont décidé de surseoir à statuer, jusqu'à ce que les poursuites pénales soient définitivement jugées. Les instances ordinales justifiaient leur décision au motif que « les constatations de fait [réalisées au cours du procès pénal] s'imposeraient alors [au juge disciplinaire] avec l'autorité de la chose jugée¹⁹¹ ». Cette

¹⁸⁷ CE Section 20 octobre 2000, Société Habib Bank Limited, Procédures, Février 2001, n° 2, p 23, note S. Deygas ; AJDA 2000, p 1071, chron. M. Guyomar et P. Collin, p 1001.

¹⁸⁸ Cf. par exemple : CE 19 mai 1993, Notin, p 161.

¹⁸⁹ Voir par exemple : CE Section 17 février 1989, Garcin, p 59.

¹⁹⁰ CE Section 28 janvier 1994, Conseil départemental de l'ordre des médecins de Meurthe-et-Moselle c/ L'Hermite, p 44.

¹⁹¹ Arrêt « Conseil départemental de l'ordre des médecins de Meurthe-et-Moselle c/ L'Hermite » précité.

décision fut annulée par le juge de cassation, car elle conduisait la section disciplinaire à « méconnaître sa compétence ¹⁹² ».

Les juridictions administratives spéciales qui ne sont pas purement disciplinaires ont pour mission de statuer sur certaines questions particulières du droit public.

2°/ Les juges de l'action administrative.

Les juridictions intervenant en matières financière (a.), sociale (b.) ou de droit d'asile (c.) ont toutes comme point commun de juger certaines questions particulières de l'action administrative.

a./ Les juridictions financières.

Deux juridictions de dernier ressort interviennent en matière budgétaire. Il s'agit, bien évidemment, de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière ¹⁹³.

On sait que la Cour des comptes juge les comptes des comptables publics, sous réserve de la compétence qui est attribuée, en premier ressort, aux Chambres régionales des comptes. La Cour des Comptes statue sur les appels formés contre les jugements prononcés à titre définitif par les Chambres régionales et territoriales des comptes ¹⁹⁴.

Dans le cadre des présents développements, nous nous contenterons de rappeler quelques grands principes. En premier lieu, si la Cour de Comptes est compétente pour juger les comptes des comptables publics, elle ne peut fonder les décisions qu'elle rend dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que sur des éléments matériels des comptes soumis à son contrôle ¹⁹⁵, à l'exclusion notamment de toute appréciation du comportement personnel des

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Sur le contrôle de cassation des décisions de la Cour des Comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière : D. Jacquemart, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation », LGDJ, 1957, p 107 et s. ; G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel », Sirey, 1958, p 235 et s.

¹⁹⁴ Article L 111-1 du Code des juridictions financières.

¹⁹⁵ Sur cette question et les nuances qu'il convient de garder à l'esprit : M. Lascombe et X. Vandendriessche, « Sur le caractère objectif du contrôle exercé par le juge des comptes... », Rev. Trésor 2003, p 35 ; Sur l'évolution de la législation financière et les controverses en ce domaine : M. Lascombe et X. Vandendriessche,

comptables intéressés¹⁹⁶. En second lieu, le juge des comptes a pour mission d'apurer les comptes qui retracent l'emploi des fonds publics, par les comptables de droit¹⁹⁷ ou de fait¹⁹⁸ des deniers publics.

Rappelons brièvement que la Cour de discipline budgétaire et financière¹⁹⁹ a pour mission de sanctionner des irrégularités commises, non par les comptables, mais par les ordonnateurs visés à l'article L 312-1 du Code des juridictions financières. Les personnes qui sont susceptibles d'être justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière, peuvent être sanctionnées par des amendes²⁰⁰.

b./ Les juridictions sociales.

Cinq formations tranchent en dernier ressort diverses questions relevant de la législation sociale au sens large. La Commission centrale d'aide sociale apprécie, en instance d'appel, la légalité de décisions prises par les présidents de Conseil généraux et les préfets en matière d'aide sociale²⁰¹. La Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale qui est compétente pour statuer sur les contentieux relatifs aux dotations globales, aux remboursements forfaitaires, aux prix de journée et autres tarifs des établissements sanitaires et sociaux²⁰².

« Plaidoyer pour assurer le succès d'une réforme. La loi organique relative aux lois de finances et la nécessaire refonte de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables. », RFDA 2004, p 398.

¹⁹⁶ Voir par exemple : CE Ass. 23 juin 1989, Veque et autres, p 151.

¹⁹⁷ Sur la gestion patente : CE 8 novembre 2002, Buisson, Rev. Trésor 2004, p 135, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; CE 30 juillet 2003, Marty, Rev. Trésor 2004, p 135, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

¹⁹⁸ Sur la gestion de fait : V. Cattoir-Jonville, « Aux origines de la gestion de fait, la gestion occulte. », RFFP n°66, 1999, p 11 ; X. Vandendriessche, « La déclaration de gestion de fait. », RFFP n°66, 1999, p 21 ; CE 30 juillet 2003, Wach, Rev. Trésor 2004, p 136, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

¹⁹⁹ Pour une analyse critique sur le fonctionnement de cette institution : M. Lascombe et X. Vandendriessche, « Plaidoyer pour assurer le succès d'une réforme », op. cit., p 405 et s. Les auteurs proposent de réformer la responsabilité des ordonnateurs.

²⁰⁰ Voir par exemple : CE 30 novembre 1994, Georges, p 520 ; CE 30 octobre 1998, M. Lorenzi, p 374 ; CE 29 mars 1999, M. Longerin, T p 720, 958 ; CE 10 novembre 2000, M. Despessailles, p 510.

²⁰¹ Cf. Article L 134 - 1 du Code de l'action sociale et des familles. Voir par exemple les arrêts suivants : CE Section 28 juillet 1989, Département des Hauts-de-Seine, RFDA 1989, p 918. ; CE Section 28 juillet 2000, 2 affaires : req. n° 211624, Département de l'Hérault c/ M. Paysan. ; req. n° 211623, Département de l'Hérault. ; CE Section 30 mars 2001, Consorts Rothenberger, n°208934.

²⁰² cf. article 59 de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 modifiant l'article L 351-7 du Code de l'action sociale et des familles. Voir également : CE Section 1^{er} décembre 1989, Mme Gillet et autres, p 242 ; CE Section 1^{er} juillet 1998, M. Stockhausen, p 263.

S'agissant de l'aide apportée aux anciens militaires, la Commission supérieure des soins gratuits est compétente relativement aux contestations concernant les soins gratuits dûs aux personnes titulaires d'une pension militaire d'invalidité ²⁰³. En matière de handicap civil, la Commission départementale des handicapés connaît des litiges soulevés par les décisions des commissions techniques d'orientation et de reclassement professionnel et concernant notamment l'obtention de la qualité de travailleur handicapé ²⁰⁴.

Enfin, la Commission spéciale de la taxe d'apprentissage tranche la question de savoir si des contribuables redevables de la taxe d'apprentissage peuvent obtenir des exonérations ²⁰⁵, ces dernières étant accordées notamment lorsque les intéressés ont participé à la formation d'apprentis. Dans la mesure où cette exonération est liée à la participation à la formation professionnelle de certaines personnes, elle paraît poursuivre un but ayant une dimension sociale (l'insertion professionnelle).

c./ La juridiction statuant en matière d'asile politique.

La Commission de recours des réfugiés statue sur le contentieux résultant des demandes d'obtention de l'asile politique. Elle est amenée en général à vérifier si les décisions de refus, du directeur de l'office français de protection des réfugiés et apatrides, d'admettre une personne au statut de réfugié sont légales ²⁰⁶.

Si chacune de ces juridictions a un champ d'intervention très particulier, elles doivent toutes respecter les règles juridiques pouvant être invoquées devant les juridictions administratives.

²⁰³ Cf. CE 29 mars 1985, Loredon, n°62841.

²⁰⁴ Voir : l'article L 323 - 35 du Code du Travail. Cf. les arrêts suivants : CE Section 22 novembre 1985, Benamour, p 331 ; CE 10 juin 1988, Ministre du Travail c/ Association « La Chrysalide - Marseille », n°71755 ; CE 9 décembre 1988, Mme Siddiqui, n°70274 ; CE 22 février 1991, Gibelin, p 64 ; CE 8 mars 1991, Ministre de l'Education nationale c/ M. Roger, p 84.

²⁰⁵ Voir : l'article 227 du Code général des impôts. Voir : CE 4 mars 1994, Ecole supérieure de cinéastes et d'acteurs, p 109.

²⁰⁶ Cf. par exemple : CE Section 28 juillet 1999, M. Kiangana Malengula, T p 832, 961 ; CE Section 20 octobre 1999, M. Akkus, p 321.

B. Le respect du droit.

Le Conseil d'Etat en tant que juge suprême veille à ce que les juridictions administratives spéciales respectent le droit au sens large. Il en résulte deux conséquences manifestes. Les organismes spéciaux sont tenus de statuer au terme d'une procédure juridictionnelle et ils doivent se conformer aux normes juridiques qui s'imposent à eux. Dans le premier cas, il s'agit pour la Haute assemblée de vérifier que les règles régissant le procès administratif ont été correctement appliquées : c'est le respect du droit processuel (1°). Dans le second cas, le juge de cassation examine si le juge spécial a statué sans violer les principes qu'il lui revient de mettre en œuvre, en d'autres mots il doit respecter le droit substantiel (2°). Il est préférable d'aborder ces deux aspects du contrôle de cassation des décisions spéciales séparément, car chacune de ces questions soulève des problèmes différents, eu égard à la nature et aux spécificités des juridictions spéciales.

1°/ Le respect du droit processuel.

Le mot procès vient du latin *processus* qui désigne l'action de s'avancer ainsi que le progrès heureux ou le succès ²⁰⁷. Une des caractéristiques principales des procès est que le déroulement de l'instance est régi et organisé avec beaucoup de précision. Le respect de la procédure revêt une importance majeure pour que le litige soit jugé correctement. L'évolution contemporaine du droit tend d'ailleurs à accentuer le formalisme des procédures juridictionnelles, sans doute parce que l'observation de ces formalités est considérée comme une garantie essentielle pour les justiciables. Toutefois l'essor de ces règles purement formelles trouve sans doute son origine dans le caractère processif de nos contemporains plutôt que dans la poursuite d'un intérêt social clairement identifié. Pour ces raisons, les juridictions spéciales sont tenues de respecter, aujourd'hui peut-être même encore plus

²⁰⁷ Cf. Dictionnaire Le Petit Robert ; F. Gaffiot, Dictionnaire Latin Français.

qu'hier, un droit processuel ²⁰⁸, c'est-à-dire un ensemble de règles régissant le formalisme spécifique aux actes juridictionnels.

Les règles régissant le contentieux administratif sont, en règle générale, clairement identifiées. Il en va ainsi, tout particulièrement, des grands principes retenus à l'occasion d'arrêts, devenus aujourd'hui classiques, du Conseil d'Etat ²⁰⁹. Il en va différemment des règles émanant du droit européen, dont on ne connaît pas toujours la portée exacte qu'elles peuvent avoir dans les procédures en droit interne, mais qui contribuent certainement à modifier le déroulement de nombreuses instances juridictionnelles. Cette question se pose plus précisément à l'égard de l'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La première phrase de cet article prévoit, on le sait, que : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Jusqu'à une époque récente, le Conseil d'Etat a jugé que ce texte ne s'appliquait pas aux juridictions administratives spéciales, puisque ces dernières ne statuent pas sur des affaires civiles ou pénales *stricto sensu*. Ainsi, s'agissant des juridictions disciplinaires, la Haute assemblée estimait que « les juridictions disciplinaires ne statuent pas en matière pénale et ne tranchent pas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil (...), dès lors, les dispositions précitées de l'article 6-1 de la Convention européenne [des droits de l'homme] ne leur sont pas applicables ²¹⁰ ». Cette solution était parfaitement logique, la nature administrative de ces organismes justifiait ce raisonnement.

²⁰⁸ Le mot *processuel* ne figure pas dans les dictionnaires. Cependant l'expression *droit processuel* tend de plus en plus à être utilisé par la doctrine comme expression antinomique à la formule *droit substantiel*. Le terme *droit processuel* a le mérite de désigner certaines formalités qui sont propres à l'activité juridictionnelle. Il ne s'agit donc pas d'un synonyme du mot formalisme, mais d'une sous-catégorie de formalisme. Dans la mesure où le mot *processuel* apporte une précision supplémentaire et n'est pas interchangeable avec celui de formalisme, nous avons préféré l'utiliser dans les présents développements.

²⁰⁹ Il s'agit des principes du respect du contradictoire, des droits de la défense, etc. ; Voir infra les développements p 228 et s.

²¹⁰ CE Ass. 11 juillet 1984, Subrini, p 259. Voir également l'arrêt suivant qui adopte la même solution : CE 2 juillet 1993, Milhaud, p 194.

La solution retenue par le Conseil d'Etat a, cependant, évolué à partir de 1996. Par un arrêt du 14 février 1996, l'Assemblée du contentieux a contrôlé la légalité de dispositions décretales régissant la procédure suivie par la formation disciplinaire du Conseil de l'Ordre des avocats au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹¹. Et dans les années qui ont suivi, la Haute juridiction fut amenée à examiner si les procédures suivies devant différentes formations disciplinaires soumises à son contrôle de cassation respectaient les stipulations de l'article 6-1. Ce fut le cas de la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins²¹², des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des usagers des établissements publics d'enseignement supérieur²¹³, des sanctions prononcées par la Commission bancaire²¹⁴ et des décisions prises par la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins²¹⁵.

La logique de ce raisonnement est plus contestable. Car dans certains arrêts, l'instance disciplinaire est assimilée à une contestation sur des droits et obligations de caractère civil²¹⁶

²¹¹ CE Ass. 14 février 1996, Maubleu, p 34, conclusions Sanson. Les règles régissant la publicité des audiences devant le Conseil de l'Ordre des avocats ont été considérées comme régulières par rapport à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²¹² CE Section 7 janvier 1998, M. Trany, n° 163581, p 1. Il fut jugé que les exigences d'indépendance et d'impartialité ont été respectées, ainsi que les droits de la défense, par conséquent la procédure ne méconnaît pas les stipulations de l'article 6-1.

²¹³ CE Section 3 novembre 1999, M. Zurmely, n° 203748, RFDA 2000, p 1079, conclusions Roul. Les séances des formations de jugement du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche n'étaient pas publiques, la Section du contentieux a estimé que cela constituait un manquement aux exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²¹⁴ CE Section 29 novembre 1999, Société Rivoli Exchange, n° 194721, p 367. Annulation d'une décision de la Commission bancaire qui fut adoptée au cours d'une procédure ne respectant pas le principe de la publicité des audiences édicté par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²¹⁵ CE Section 3 décembre 1999, M. Leriche, n° 195512, DA 2000, n°2, p 26, note R. Schwartz. La Section du contentieux a estimé que la participation du rapporteur au délibéré ne violait pas en l'espèce l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Et l'absence de communication préalable du « rapport » du rapporteur au requérant devant la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins, ne fut pas considérée comme entachant d'irrégularité la procédure disciplinaire au regard des exigences de l'article 6-1 précité.

²¹⁶ Dans certaines décisions la Haute juridiction reprend les termes de l'article 6-1 en recopiant uniquement la formule « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ». Il faut sans doute en déduire que le Conseil d'Etat assimile l'instance disciplinaire en question à une contestation civile et non à une accusation pénale. Cf. CE Ass. 14 février 1996, M. Maubleu, précité note 211 (s'agissant du Conseil de l'Ordre des avocats) ; CE Section 3 décembre 1999, M. Leriche, précité note 215 (à propos du Conseil de l'Ordre des médecins).

Dans d'autres affaires, le Conseil d'Etat peut détailler les motifs le poussant à considérer une instance disciplinaire comme une contestation civile au sens de l'article 6-1. CE Section 3 novembre 1999, M. Zurmely, précité note 213, dans le cadre de l'enseignement supérieur les sanctions peuvent aller jusqu'à l'exclusion définitive de tout établissement d'enseignement supérieur et l'interdiction de passer des examens dans ces établissements. Or « ces sanctions sont de nature à priver l'intéressé de la liberté d'accéder aux professions soumises à une condition de diplôme, laquelle revêt le caractère d'un droit civil » au sens de l'article 6-1. Ibidem.

et dans d'autres à une accusation en matière pénale²¹⁷. Ceci est difficilement compréhensible, le procès disciplinaire a une nature propre, on peut à la rigueur l'assimiler à une instance pénale ou civile, mais il est curieux de vouloir parfois, en fonction des circonstances d'une espèce, considérer qu'il faille l'amalgamer à l'une ou à l'autre²¹⁸. L'instance disciplinaire est soit civile soit pénale, mais comment pourrait-elle être parfois civile et parfois pénale ? Cette nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat repose, en fait, uniquement sur l'incorporation, en droit interne, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁹, qui sous couvert d'interpréter le droit européen, invente des règles nouvelles.

Certaines juridictions administratives spéciales peuvent prononcer des amendes et pour cette raison, on a cru bon de leur appliquer parcimonieusement les stipulations de l'article 6-1²²⁰. Lorsque la Cour de discipline budgétaire et financière est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux amendes prévues par la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948, elle « doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'« accusations en matière pénale » au sens des stipulations [de l'article 6-1] de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²²¹ ». La Cour des comptes et les chambres régionales des comptes sont également regardées comme statuant sur des accusations pénales, lorsqu'elles sont saisies d'agissements pouvant donner lieu aux amendes pour gestion de fait²²².

Le Conseil d'Etat considérait traditionnellement que lorsque la Cour des comptes fixe la ligne de compte de la gestion de fait et met le comptable en débet, elle ne statuait pas en matière pénale et ne tranchait pas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil²²³.

²¹⁷ Le Conseil d'Etat peut préciser qu'une sanction disciplinaire est assimilable à une accusation pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. CE Section 29 novembre 1999, Société Rivoli Exchange, précité note 214, « la Commission bancaire, lorsqu'elle prononce [sur le fondement de l'article 25 de la loi du 12 juillet 1990] des sanctions, doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'« accusations en matière pénale » au sens » de l'article 6-1. Ibidem.

²¹⁸ Ne faut-t-il pas voir dans ce raisonnement l'aveu implicite que l'action disciplinaire n'est jamais entièrement civile ou pénale ?

²¹⁹ Voir les développements infra dans la partie intitulée « L'extension du domaine du droit européen », p 212.

²²⁰ J-Y. Bertucci, « Les juridictions financières et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », RFFP, n°85, 2004, p 99.

²²¹ CE Section 30 octobre 1998, M. Lorenzi, n° 159444, p 374. Annulation d'un arrêt prononçant une amende, alors que l'audience n'était pas publique.

²²² CE Section 16 novembre 1998, SARL Deltana et M. Perrin, n° 172820, p 415. Dans ces conditions, la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes doivent siéger en audience publique.

²²³ CE Section 16 novembre 1998, SARL Deltana et M. Perrin, précité note 222.

Cette position était justifiée par l'idée suivante : la Cour des comptes ne tranche pas de contestation *stricto sensu*, mais juge les comptes des comptables publics²²⁴.

On sait néanmoins que cette manière de voir n'est pas partagée par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière a jugé que le volet civil de l'article 6-1 est applicable à la procédure de gestion de fait²²⁵. Le Conseil d'Etat a ensuite dû adapter sa jurisprudence sur ce point pour la faire coïncider avec celle de la Cour de Strasbourg²²⁶.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment considéré que les procédures qui concernent le jugement des comptes des comptables patents entrent dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme²²⁷.

Enfin, d'autres juridictions spéciales n'entrent toujours pas, pour l'instant, dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, car les affaires qui ressortissent à leur compétence n'ont pas encore été assimilées abusivement à des procès civils ou pénaux. C'est le cas, par exemple, de la Commission de recours des réfugiés²²⁸.

Le contrôle qu'exerce le juge de cassation sur le déroulement des procédures se double, bien évidemment, d'une surveillance quant aux solutions adoptées sur le fond des dossiers par les juges administratifs spéciaux.

²²⁴ CE 19 juin 1991, Ville d'Annecy c/ Dussolier, AJDA, 1992, p 152, conclusions R. Abraham.

²²⁵ CEDH 7 octobre 2003, Mme Richard-Dubarry c/ France, Rev. Trésor 2004, p 307, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; RFDA 2004, p 378, note A. Potteau.

²²⁶ CE 30 décembre 2003, Beausoleil et Mme Richard, RFDA 2004, p 365, conclusions M. Guyomar et note A. Coutant ; Rev. Trésor 2004, p 312, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

²²⁷ CEDH (2^{ème} section) Décision du 13 janvier 2004 sur la recevabilité de la requête n°58675/00 présentée par Michel Martinie c/ France, Rev. Trésor 2004, p 368, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

²²⁸ CE 7 novembre 1990, Dame Serwaah, p 311.

2°/ Le respect du droit substantiel.

La majorité des règles juridiques a pour finalité de mettre en œuvre des principes déterminés. Bien souvent, des prescriptions détaillées sont sous-tendues par des textes ou des droits subjectifs. Les premières paraissent essentielles pour la mise en œuvre des secondes. A tel point qu'elles semblent appartenir à la substance ou à l'essence d'un droit ou d'un texte. C'est dans cette mesure que l'on peut parler de droit substantiel. Dans le cadre de son contrôle, le juge de cassation veille à ce que les décisions définitives spéciales respectent la substance du bloc de la légalité.

Sauf les Commissions départementales des handicapés qui sont dotées de ressorts départementaux, les juridictions administratives spéciales, statuant en dernier ressort, ont une assise nationale. Les concepts qu'elles appliquent, dans leur domaine de compétence, ont donc déjà une définition uniformisée. Et le contrôle de cassation n'apparaît pas comme l'instrument de l'unification du droit, puisqu'il existe déjà au niveau de presque toutes les structures juridictionnelles contrôlées. Le Conseil d'Etat a davantage la mission d'éviter qu'une juridiction spéciale établisse des règles qui ne seraient pas conformes à la jurisprudence administrative générale. Le juge suprême apparaît comme une autorité ayant la faculté de censurer certaines décisions ou chargée de surveiller les instances statuant définitivement afin qu'elles ne dénaturent pas les règles du droit administratif.

Cela est d'autant plus important que les juridictions spéciales sont composées de manière très variée ²²⁹. Sans prétendre être exhaustif, il convient de souligner que si certaines formations sont composées exclusivement de magistrats professionnels (Cour de discipline budgétaire et financière ou Conseil supérieur de la magistrature), d'autres ne comprennent pas, ou très peu, de juges professionnels (les juridictions ordinales et professionnelles). Enfin, certaines sont mixtes : elles comprennent des magistrats et des individus n'ayant pas cette qualité, à savoir en règle général des fonctionnaires (Commission centrale d'aide sociale ou Commission des recours de réfugiés).

²²⁹ Sur cette question : voir par exemple, R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », 9^{ème} éd., p 93 et suivantes.

Il n'est pas possible de dire que la composition d'un organisme influe de manière déterminante sur la légalité des jugements que rend cette entité, mais chacun peut constater que la Haute assemblée a eu plus l'occasion de censurer des décisions émanant d'une instance ordinaire que celles prises par le Conseil supérieur de la magistrature.

Il y a de nombreuses juridictions spéciales soumises au recours de cassation et on peut raisonnablement penser qu'elles sont trop nombreuses. On pourrait envisager de les supprimer, car elles privent les justiciables du droit d'être entendus par leur juge naturel, à savoir les Tribunaux administratifs et les Cours administratives. Leur existence complique inutilement la répartition des compétences au sein de l'ordre administratif de juridiction, alors même que les règles de répartition de compétences en droit français sont déjà éminemment complexes. Certes, il semble difficile de pouvoir supprimer les instances ordinaires. Mais ces dernières pourraient être contrôlées par une ou plusieurs Cours administratives, par la voie de l'appel. Ce qui permettrait, d'abord, de délester le Conseil d'Etat de ce contentieux et ensuite, de soumettre ces structures à un contrôle plus important que celui qu'effectue un juge de cassation. Les droits des personnes relevant de ces instances ne seraient-ils pas mieux protégés, si ces dernières étaient contrôlées plus scrupuleusement ?

Il faut néanmoins souligner que le contrôle des décisions définitives spéciales n'occupe qu'une place marginale, aujourd'hui comme hier, dans l'activité du Conseil d'Etat. Et l'essentiel des recours en cassation a pour objet de déférer à la censure du juge suprême un arrêt émanant d'une Cour administrative. En droit positif, la cassation administrative a comme but principal la surveillance des décisions définitives générales.

Section 2 – La décision définitive générale.

En droit positif, la très grande majorité des décisions définitives émanent des juridictions administratives de droit commun et plus précisément des Cours administratives d'appel. Cette situation est *générale* dans la mesure où elle s'applique à la majorité des cas²³⁰. C'est pour cette raison que l'on peut appeler les arrêts des Cours administratives, des décisions définitives générales. L'originalité de la décision définitive générale ne tient pas uniquement au fait qu'elle émane d'une juridiction de droit commun, ou qu'elle fut rendue à l'occasion d'un procès intervenant dans le domaine du droit administratif général. En fait, la spécificité de ces décisions a pour origine les caractéristiques du régime auquel elles sont soumises.

Le Conseil d'Etat a pour mission d'assurer le fonctionnement correct des Cours administratives et des Tribunaux administratifs, en d'autres mots il est chargé de la régulation d'un système juridictionnel complexe. Or cette tâche a pour particularité de pouvoir être réalisée de deux façons. La Haute assemblée peut réguler l'activité des juridictions générales à travers le contrôle des décisions définitives qu'elles émettent (§1.). Mais elle a également la possibilité de remplir son office avant qu'une décision définitive ne soit rendue dans une affaire (§2.). Dans la première hypothèse, les conseillers d'Etat statuent en tant que juge de cassation et dans la seconde, ils sont habilités à donner des avis sur des questions de droit. La mission régulatrice du juge suprême étant principalement exercée par le biais du recours en cassation, nous examinerons celle-ci en premier.

²³⁰ Cf. Dictionnaire Le Petit Robert.

§1. Réguler l'activité des juridictions générales à travers le contrôle des décisions définitives.

Réguler vient du bas latin *regulare* signifiant régler ²³¹. La régulation de l'activité des juridictions générales, à travers le recours en cassation, revient d'une certaine manière à procéder à deux types de règlements. Le Conseil d'Etat doit d'abord fixer définitivement ou exactement les principes jurisprudentiels que les juges du fond seront tenus de respecter. Il convient ainsi de régler les orientations de la politique jurisprudentielle (A.). Il importe ensuite de résoudre définitivement le contentieux né de la contestation des arrêts rendus en dernier ressort par les juridictions générales. En d'autres termes, la Haute assemblée est chargée de régler le jugement des décisions définitives générales (B.).

A. Régler les orientations de la politique jurisprudentielle.

Si le juge de cassation exerce un contrôle juridiquement identique sur les juridictions administratives spéciales et générales, la finalité de cette surveillance n'est pas tout à fait la même dans les deux cas. Face aux juges spéciaux, le juge suprême doit éviter que ces derniers n'adoptent des décisions illicites. Mais à l'égard des juridictions générales, la Haute assemblée essaie également d'influencer de manière déterminante l'évolution du droit administratif général.

Le contrôle des décisions des juridictions administratives générales est particulier, car la juridiction suprême est conduite à examiner et à unifier des actes émanant de huit Cours administratives d'appel et de 37 Tribunaux administratifs (dont 28 en métropole). L'existence de toutes ces juridictions peut évidemment être à l'origine de jurisprudences divergentes au sein de l'ordre administratif de juridiction. Dans ce contexte, les conseillers d'Etat ont pour mission de coordonner l'activité de ce système juridictionnel complexe. De ce point de vue, le Conseil d'Etat est véritablement une « Cour suprême investie essentiellement d'une fonction de régulation du droit par sa politique jurisprudentielle ²³² ».

²³¹ Cf. Dictionnaire Le Petit Larousse.

²³² T. Tuot, « La cassation sans renvoi devant le juge administratif », RFDA 1989, p 920.

Pour arriver à ce résultat, il a fallu, après l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, adapter le recours en cassation aux réalités du contentieux général. En 1992, à propos du contrôle du juge de cassation sur les contrats administratifs, un commissaire du Gouvernement a conclu : « vos nouvelles compétences comme juge de cassation résultant de la loi du 31 décembre 1987, invitent à réexaminer une jurisprudence (issue de l'arrêt Geisz ²³³) dont les principes ont été arrêtés à l'occasion d'un contentieux très particulier : celui des dommages de guerres, alors que désormais vous ne connaîtrez du contentieux contractuel que par la voie de la cassation ²³⁴ ».

De même il a pu être affirmé à l'occasion cette fois de l'examen en cassation du référé - provision : « l'intervention de loi du 31 décembre 1987, en élargissant le champ d'application de votre fonction de juge de cassation, vous a conduits à engager depuis 1988 une révision en profondeur de votre jurisprudence de cassation justifiée par l'introduction de dispositions nouvelles dans les textes régissant la procédure devant vos formations contentieuses, mais également par la nécessité d'adapter votre fonction essentielle de « chef d'orchestre » des juridictions administratives et de régulateur de l'action administrative ²³⁵ ».

Le Conseil d'Etat a été conduit à trancher la question de savoir ce qu'il souhaitait contrôler par le biais du recours en cassation et en conséquence, quelles politiques jurisprudentielles il allait privilégier en matière de contentieux administratif général.

C'est à l'occasion du jugement des arrêts définitifs émanant des juges du fond que les conseillers d'Etat peuvent dorénavant connaître de pans très importants du droit administratif. Il convient de recenser les décisions définitives qui émanent des juridictions générales afin de pouvoir apprécier à quel moment précis le juge de cassation peut éventuellement intervenir au cours d'un procès.

²³³ Conseil d'Etat, Section, 5 mai 1967, Geisz, p 199. A propos des pouvoirs du juge de cassation en matière contractuelle. Voir aussi : S. Boussard, « L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir », Dalloz, 2002, p 191, p 256 et p 399.

²³⁴ D. Tabuteau, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 avril 1992, Société nationale des chemins de fer français c/ Ville de Paris, RFDA 1993, p 80.

²³⁵ D. Tabuteau, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 avril 1992, Centre hospitalier général d'Hyères, RFDA 1993, p 90.

B. Régler le jugement des décisions définitives générales.

Les décisions définitives générales sont aisées à identifier. Il s'agit normalement des décisions rendues par les Cours administratives (2°). A ces dernières il convient d'ajouter certains jugements émanant de Tribunaux administratifs, qui sont exceptionnellement non susceptibles d'appel (1°). Nous examinerons d'abord les décisions définitives émanant des Tribunaux administratifs, eu égard au caractère exceptionnel de celles-ci, puis nous aborderons la situation des arrêts définitifs, qui eux sont exempts de toute originalité.

1°/ La situation exceptionnelle : le contrôle des décisions définitives des Tribunaux administratifs.

Les décisions des trente-sept ²³⁶ Tribunaux administratifs peuvent, en principe, faire l'objet d'un appel devant une Cour administrative et exceptionnellement devant le Conseil d'Etat. Néanmoins, il existe quelques exceptions à cette règle. Dans les développements qui suivent nous distinguerons, en premier lieu, les solutions admises avant l'année 2000 (1°) et en second lieu, les réformes introduites à partir cette date (2°). Cela nous permettra de constater que, depuis quelque temps, le législateur a souhaité étendre le périmètre des questions qui sont tranchées en premier et dernier ressort par les Tribunaux administratifs. Il convient, bien sûr, d'examiner le bien-fondé de cette politique.

1°) Avant l'année 2000, il était déjà admis que les Tribunaux administratifs peuvent statuer sur un certain nombre de questions sans appel. Mais nous allons constater que ces hypothèses demeuraient relativement exceptionnelles.

C'est d'abord en matière de contentieux fiscal qu'un Tribunal peut rendre des décisions définitives. Le Conseil d'Etat contrôle par la voie de la cassation les décisions des Tribunaux administratifs rendues en matière de référé fiscal en application de l'article L 279 du Livre des procédures fiscales, repris sous l'article L 552 - 1 du Code de justice administrative. Il s'agit

²³⁶ Article R 221 - 3 du Code de justice administrative, anciennement art. R 4 Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cf Décret n° 2000-707 du 27 juillet 2000, JO 28 juillet 2000 ; Gaz. Pal. 1^{er} - 5 septembre 2000, Législation, p 486. Voir Décret n° 2004-2 du 2 janvier 2004.

du contentieux relatif aux demandes faites par des contribuables et visant à obtenir le sursis de paiement de certains impôts. La décision de premier ressort est rendue par le juge des référés du Tribunal administratif. Un appel peut ensuite être interjeté devant le Tribunal administratif, statuant collégalement²³⁷. Ces jugements sont alors rendus en dernier ressort et sans appel possible devant une Cour administrative. Seul le juge de cassation peut annuler les décisions des Tribunaux administratifs en ce domaine²³⁸.

Ensuite, dans le domaine de la passation des contrats et marchés, les recours intentés, dans le cadre de l'article L 551 - 1 du Code de justice administrative²³⁹, contre les ordonnances du juge des référés précontractuels sont des pourvois en cassation. C'est donc un magistrat unique qui statue sans appel sur la question de savoir s'il y a eu des manquements, dans un litige contractuel, aux obligations de publicité ou de mise en concurrence²⁴⁰.

Il convient de souligner que certains jugements du Tribunal administratif de Strasbourg ont aussi un caractère définitif. Ce Tribunal statue en premier et dernier ressort, dans le cadre de l'article L 2541 - 18 du Code général des collectivités territoriales²⁴¹, applicable dans les départements d'Alsace et en Moselle. Tout électeur municipal, ainsi que le préfet, ont la faculté de former une opposition contre une décision d'un Conseil municipal à raison de la participation du maire, d'un adjoint ou d'un conseiller à une délibération sur des affaires dans lesquelles ils sont intéressés personnellement ou comme mandataires²⁴².

Notons qu'en matière d'élections cantonales et municipales, les Tribunaux administratifs sont compétents, en premier et dernier ressort, dans le contentieux relatif au refus d'enregistrement des déclarations de candidatures. En effet, un candidat qui se voit opposer un refus d'enregistrement dispose de vingt-quatre heures pour saisir le Tribunal administratif qui statue

²³⁷ Et non devant une Cour administrative d'appel : cf. sur ce point CAA Nantes 3 septembre 1992, DA 1993, n°31, 1613.

²³⁸ Pour un exemple d'arrêt : CE 5 avril 1993, Launay, RJF, 5 / 1993, n° 738 ; DF 1993, n° 31, 1614. Voir aussi : CE Section 10 février 1984, *Ministre du budget c/ SARL Venutolo*, p 61.

²³⁹ Ancien article L 22 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.

²⁴⁰ Voir les arrêts suivants : CE Ass. 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, p 300, conclusions Lasvignes. ; CE Section 3 novembre 1995, *Société Stentofon - Communications*, p 393, RFDA 1995, p 1077, conclusions C. Chantepy ; CE 22 janvier 1997, *SA Biwater*, p 24. ; CE 2 juillet 1999, *SA Bouygues*, CJEG, octobre 1999, p357, conclusions C. Bergeal.

²⁴¹ Ancien article L 181 - 29 du Code des communes.

²⁴² Cf. CE 4 novembre 1988, *Mme Schott*, p 394 ; AJDA 1989, p 189, obs., X. Prétot.

dans un délai de trois jours. En l'absence de décision dans ce délai, la candidature doit être enregistrée²⁴³.

Enfin, s'agissant du service national, les Tribunaux administratifs statuaient, en premier et dernier ressort, suivant la procédure d'urgence sur les recours intentés à l'encontre des décisions du ministre des armées qui refusaient d'agréer des jeunes gens au statut d'objecteur de conscience²⁴⁴.

Force est de constater que dans toutes les hypothèses qui viennent d'être abordées, la compétence de dernier ressort des Tribunaux administratifs restait bien limitée.

2°) - Avec l'adoption de la réforme des procédures d'urgence par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, nous allons voir que le législateur a souhaité augmenter les cas de figure où le juge de première instance statue sans appel.

A côté des hypothèses que nous venons d'examiner, il faut ajouter celles où le juge des référés d'un Tribunal statue en urgence en vertu des articles L 521 - 1 et suivants du Code de justice administrative²⁴⁵ et bien sûr, à l'exception de l'article L 521 - 2, c'est-à-dire le référé *sauvegarde d'une liberté fondamentale*. En effet, les référés tendant à *la suspension de l'exécution d'une décision administrative*²⁴⁶, ceux visant à *ordonner toutes mesures utiles*²⁴⁷ et les ordonnances modifiant une mesure précédemment prononcée en référé²⁴⁸, sont rendus en dernier ressort²⁴⁹. Il en va de même des ordonnances rejetant une demande sollicitant qu'une mesure soit prise en référé, en application de l'article L 522 - 3 du Code de justice administratif.

Une ordonnance de référé ayant pour objet la *sauvegarde d'une liberté fondamentale* est susceptible, néanmoins, d'un appel devant le Conseil d'Etat²⁵⁰. Mais simultanément, et il

²⁴³ Cf. les articles L 210-1 et L 265 du Code électoral. Voir : P. Cregut, « L'enregistrement des candidatures aux élections municipales », AJDA 1990, p 358. Le recours en cassation ne peut pas être exercé dans cette catégorie de litige : CE Ass. 8 juin 1951, Sieur Brusset, p 321.

²⁴⁴ Article L 116-3 du Code du service national. Ph. Couzinet, « Le nouveau statut des objecteurs de conscience ». TA de Paris, 11 juillet 1984, M. Olivier Borne c/ Ministre de la Défense, RFDA 1985, p 425.

²⁴⁵ Loi n° 2000 - 597 du 30 juin 2000.

²⁴⁶ Article L 521 - 1 du Code de justice administrative.

²⁴⁷ Article L 521 - 3 du Code de justice administrative.

²⁴⁸ Article L 521 - 4 du Code de justice administrative.

²⁴⁹ Article L 523 - 1 du Code de justice administrative.

²⁵⁰ Article L 523 - 1 alinéa 2^{ème} du Code de justice administratif.

importe de le souligner, d'autres procédures d'urgence relevant aussi de la procédure administrative contentieuse de droit commun, à savoir le référé *constatation des faits* ²⁵¹, le référé instruction ²⁵² et le référé provision ²⁵³, sont susceptibles d'un appel devant le président de la Cour administrative d'appel ²⁵⁴ territorialement compétent ²⁵⁵. Le régime des voies de recours à l'encontre des mesures ordonnées en référé par les Tribunaux administratifs n'est aucunement harmonisé. Cette situation est inutilement compliquée.

Il est regrettable que le législateur ait décidé que certaines décisions de référés émanant des Tribunaux administratifs ne puissent pas faire l'objet d'un appel devant le juge des référés d'une Cour administrative d'appel, car cela eût permis d'une part de simplifier les règles de procédure et d'autre part, de ne pas battre en brèche la règle générale selon laquelle seules les décisions d'une Cour administrative d'appel peuvent être déférées à la censure du juge de cassation.

La réforme introduite par le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003 a augmenté, encore un peu plus, le nombre de décisions qui peuvent être rendues en dernier ressort par les Tribunaux administratifs²⁵⁶.

Les Tribunaux sont, dorénavant, compétents pour statuer sans appel sur un certain nombre de matières²⁵⁷, qui sont visées à l'article R 222-13 du Code de justice administrative, c'est-à-dire sur des litiges qui sont susceptibles d'être tranchés par un juge unique.

²⁵¹ Article R 531 - 1 du Code de justice administrative.

²⁵² Article R 532 - 1 alinéa 1^{er} Code de justice administrative.

²⁵³ Article R 541 - 1 Code de justice administrative.

²⁵⁴ Ou le magistrat qu'il désigne à cet effet, cf. : article L 555 - 1 du Code de justice administrative.

²⁵⁵ D'autres mesures de référé, prononcées par le juge des référés d'un Tribunal et concernant les régimes spéciaux de suspension, peuvent être frappées d'appel devant une Cour administrative. Voir : CE 14 mars 2001, Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Vaucluse, DA Mai 2001, p 24 ; où il fut jugé que les décisions prises par le juge des référés d'un Tribunal sur les demandes de suspension présentées par le préfet, en application des articles L 554 - 1 et L 554 - 2 du Code de justice administrative, pouvaient être contrôlées en instance d'appel par une Cour administrative.

²⁵⁶ J. Arrighi de Casanova, « Le décret du 24 juin 2003 relatif aux Cours administratives d'appel et ses incidences sur le contentieux fiscal », RJF 10 / 03, p 760 ; B. Pacteau, « Le décret du 24 juin 2003 au secours des Cours administratives d'appel », RFDA 2003, p 910 ; J-P. Markus, « La légalité du décret du 24 juin 2003 a-t-elle été contestée avec des moyens appropriés ? », note sur CE 17 décembre 2003, Meyet, n° 258253, AJDA 2004, p 712 ; J. Leger, « Les réformes de la procédure devant la Cour administrative d'appel introduites par le décret du 24 juin 2003 », Droit prospectif, 2003, n° spécial, n°18, p 3139.

²⁵⁷ Il s'agit des matières suivantes : les litiges relatifs aux déclarations de travaux exemptés de permis de construire ; ceux relatifs à la redevance audiovisuelle ; les recours relatifs aux taxes syndicales et aux impôts locaux autre que la taxe professionnelle ; la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour refus opposé à une demande de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice ; les requêtes contestant les décisions prises en matière fiscale sur des demandes de remise gracieuse ; les litiges relatifs aux bâtiments menaçant ruine. Sur ces questions, cf. les articles R 222-13 et R 811-1 du Code de justice administrative.

Observons que dans certains domaines, la compétence du Tribunal est déterminée, non seulement par référence à un critère matériel, mais aussi en fonction d'un critère pécuniaire. Le juge de première instance statue en dernier ressort si les sommes demandées par le requérant ne dépassent pas le seuil de 8 000 €²⁵⁸.

Deux exceptions ont été prévues²⁵⁹. En cas de connexité avec un litige susceptible d'appel, les actions indemnitaires peuvent faire l'objet d'un appel. La même solution s'applique aux décisions rendues en ce qui concerne la taxe foncière, lorsqu'elles statuent également, à la demande du même contribuable pour la même année et pour la même commune, sur des conclusions relatives à la taxe professionnelle.

Les dispositions que nous venons d'examiner ont été adoptées afin de lutter contre l'encombrement des Cours administratives d'appel²⁶⁰. C'est pour cette raison que le pouvoir réglementaire a limité la faculté pour certains justiciables d'interjeter appel auprès de ces dernières.

La politique qui tend à étendre le nombre des domaines où les Tribunaux administratifs peuvent statuer en premier et dernier ressort nous paraît critiquable, dans la mesure où cela aboutit à compliquer les règles qui organisent le fonctionnement du procès administratif. Seul l'avenir permettra de savoir si ces mesures, qui restreignent le droit de faire appel, permettront, fût-ce provisoirement, aux Cours administratives de juger plus rapidement les affaires dont elles sont saisies.

²⁵⁸ C'est le cas dans les affaires qui portent sur les matières suivantes : les actions indemnitaires dont le montant réclamé est inférieur à 8 000 € (art. R 222-13-7° du Code de justice administrative) ; les litiges relatifs à la situation individuelle des agents publics et ceux de la Banque de France, à l'exception des affaires qui concernent l'entrée au service, la discipline et la sortie du service ; les litiges en matière de pensions, d'aide personnalisée au logement, de communication de documents administratifs, de service national. Voir les articles R 222-14, R 222-15 et R 811-1 alinéa 2 du Code de justice administrative.

²⁵⁹ Article R 811-1 alinéa 3 du Code de justice administrative.

²⁶⁰ Sur ce point : B. Pacteau, *op. cit.*, p 910.

2°/ La situation normale : le contrôle des décisions émanant des Cours administratives d'appel.

En principe, les décisions des huit Cours administratives sont définitives ²⁶¹. Elles peuvent donc faire l'objet d'un pourvoi en cassation. C'est la situation normale puisque ces Cours statuent en dernier ressort sur les litiges qui leur sont soumis. Il est regrettable que le législateur ait admis que les Tribunaux administratifs puissent rendre des jugements définitifs. Cette solution conduit à battre en brèche la liaison qui devrait exister entre les deux notions suivantes : celle d'acte juridictionnel définitif et celle de juridiction statuant, habituellement et en règle générale, sans appel.

On pourrait souhaiter à l'avenir que toutes les décisions actuellement rendues sans appel par les Tribunaux administratifs puissent faire l'objet d'un appel devant une Cour administrative, à l'exception des jugements rendus par le Tribunal de Strasbourg qui interviennent en matière de droit local. Car cette juridiction chapeaute les trois départements où le droit local est applicable et elle connaît, en quelque sorte, de l'intégralité de ce contentieux. Elle statue sur ces questions un peu comme le ferait une juridiction administrative spécialisée, qui serait la seule dans son domaine sur le territoire national. En revanche, nous ne voyons aucune raison pertinente qui empêcherait le juge des référés d'une Cour administrative de juger par la voie de l'appel les différents jugements émanant des Tribunaux administratifs et qui à l'heure actuelle ne peuvent être contestées que par l'exercice d'un pourvoi en cassation.

La nécessité de juger avec célérité les litiges, au cours d'une instance de référé, ne peut pas justifier que certaines de ces affaires ne fassent pas l'objet d'un double degré de juridiction. Deux raisons nous poussent à considérer, dans une approche *de lege ferenda*, que seules les Cours administratives, et non les Tribunaux, devraient être autorisées à rendre des décisions sans appel. En premier lieu, le recours en cassation ne permet qu'un réexamen partiel des décisions contestées, dès lors une partie de ces dernières sont irrévocablement jugées (ce sont celles relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond). Or, c'est restreindre les droits

²⁶¹ Cf. article R 221 - 7 du Code de justice administrative (Bordeaux ; Douai ; Lyon ; Marseille ; Nancy ; Nantes ; Paris.). Ancien art. R 7 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, modifié par le décret n° 2000-707 du 27 juillet 2000, cf. Gaz. Pal. 1^{er} - 5 septembre 2000, Législation, p 486.

des justiciables que de permettre à un juge de première instance de statuer sur des points qui peuvent être sujets à de délicates controverses, sans appel ²⁶². En second lieu, on ne peut s'empêcher de se poser la question suivante : pourquoi encombrer le Conseil d'Etat d'ordonnances de référés émanant des Tribunaux administratifs, alors que les Cours pourraient fort bien statuer sur ces dernières ? De manière un peu plus polémique, on peut se demander pourquoi les Cours furent créées, si ce n'est pour apprécier en dernier lieu l'intégralité des dossiers soumis aux Tribunaux en première instance.

En fait, la coexistence de décisions définitives rendues à la fois par les Tribunaux et les Cours illustre la trop complexe répartition des compétences au sein des juridictions administratives de droit commun. Le Conseil d'Etat est, selon les cas envisagés, juge de premier et dernier ressort, d'appel ou de cassation. Ce système est inutilement compliqué. Il n'est pas toujours aisé de comprendre pourquoi, en fonction des matières abordées, la Haute juridiction administrative peut disposer de pouvoirs différents. Cette situation ne risque guère de s'améliorer à l'avenir car le législateur a de nouveau, récemment, porté atteinte au principe selon lequel les décisions d'une Cour sont définitives, en admettant qu'une ordonnance de référé émanant du juge des référés d'une Cour administrative et visant à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, soit susceptible d'un appel devant le Conseil d'Etat ²⁶³. Il s'agit d'un précédent qui peut être lourd de conséquences pour l'évolution du droit du contentieux administratif, puisqu'il est admis qu'un acte juridictionnel rendu par une Cour, peut tout de même être dans certains cas frappé d'appel. Si cette solution était étendue à d'autres domaines, la frontière entre juges du fond et juge suprême serait encore plus difficile à saisir.

Or cette situation peut être une source de confusion dans l'esprit du justiciable. A ce titre, les procédures tendant à régler les questions de compétence ²⁶⁴ entre le Conseil d'Etat et les juges

Une huitième Cour est créée à Versailles à partir du 1^{er} septembre 2004, cf. Décret n°2004-585 du 22 juin 2004, JO du 23 juin 2004, p 11317.

²⁶² Ainsi, le juge de cassation n'exerce pas sur la notion d'urgence le contrôle de la qualification juridique des faits. Il en va de même pour la notion de doute sérieux. Or ces deux concepts sont les clefs de voûte d'ordonnances de référés qui ne peuvent être attaquées que par le biais d'un recours en cassation. Sur ces questions : cf. M. Guyomar et P. Collin, Chronique de jurisprudence, in AJDA 2001, p 467 et suivantes.

²⁶³ Article L 523 - 1 alinéa 2 du Code de justice administrative. Certes il est peu probable qu'une telle mesure soit souvent ordonnée en instance d'appel, dans la mesure où cela impliquerait que l'urgence à sauvegarder une liberté n'était pas suffisamment caractérisée au cours de l'instance devant le Tribunal, mais qu'en égard à la détérioration de la situation d'une partie au litige, il faille admettre, en instance d'appel, que cette dernière subit une atteinte inacceptable menaçant une de ses libertés essentielles. Mais rien, à l'heure actuelle, ne permet d'affirmer qu'une telle situation ne se réalisera pas un jour.

²⁶⁴ Articles R 351 - 1 et suivants du Code de justice administrative.

du fond ne permettent pas de résoudre cette complexité, mais seulement d'éviter ses effets les plus néfastes.

La diversité des tâches remplies par le Conseil d'Etat est encore accrue par le fait que cette juridiction peut intervenir dans les procédures, lorsqu'elles sont pendantes, devant les juges du fond et avant qu'il ne soit saisi en tant que juge de cassation.

§2. Réguler l'activité des juridictions générales avant toute décision définitive.

Contrairement à ce qui est admis devant les juridictions administratives spéciales, le Conseil d'Etat peut assurer le fonctionnement correct du système juridictionnel administratif général, avant qu'une décision définitive ait été rendue. C'est la loi n° 87 - 1127 du 31 décembre 1987 qui a introduit cette innovation en procédure administrative contentieuse.

Aux termes de l'article L 113 - 1 du Code de justice administrative, issu de l'article 12 de la loi n° 87 - 1127 du 31 décembre 1987 : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le Tribunal administratif ou la Cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ». Cette procédure fut établie pour « accompagner [la] réforme ²⁶⁵ » du contentieux de 1987. Et sous cet aspect, il paraît utile de rapprocher le recours en cassation et l'avis rendu en application de l'article L 113 - 1, car ce sont deux outils complémentaires tendant à assurer au juge suprême une mainmise absolue sur l'interprétation des normes de droit public.

²⁶⁵ B. Martin-Laprade, « Le « filtrage » des pourvois et les « avis » contentieux. », AJDA 1988, p 85.

L'avis sur une question de droit illustre également comment le législateur a adapté la cassation administrative aux nécessités contemporaines de la procédure contentieuse. En effet, la bonne administration de la justice n'implique-t-elle pas, aujourd'hui, que les justiciables puissent connaître, le plus vite possible, l'opinion des plus Hauts magistrats d'un Etat, sur toutes les questions juridiques ? Et dans cette optique, si une Cour suprême ne s'est jamais prononcée sur une question déterminée, le législateur moderne a reconnu aux parties le droit d'interroger ce dernier, afin de combler cette lacune. L'avis de l'article L 113 - 1 est un des moyens par lequel le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat a été transformé depuis 1987. Cette transformation a eu des effets inattendus qui ont franchi les frontières du droit public et ont permis de modifier l'office des juges de cassation en droit français. Car dès lors qu'une procédure similaire fut instituée devant la Cour de Cassation ²⁶⁶, la doctrine majoritaire admet qu'en droit positif, une juridiction de cassation puisse se prononcer sur certaines affaires avant tout jugement sur le fond.

C'est apparemment le souci de maintenir l'unité d'interprétation du droit fiscal qui aurait conduit à l'adoption de cet article, au cours de la réforme de 1987. En effet, à cette époque, il a été affirmé, « que chaque loi de finances apporte son lot de mesures nouvelles, [alors que] la jurisprudence du Conseil d'Etat n'intervient pour fixer l'interprétation juridictionnelle de ces dispositions qu'environ neuf ans plus tard pour les lois de procédure fiscale, [et] dix à onze ans pour les lois d'assiette ²⁶⁷ ». Il faut, néanmoins, constater que l'avis sur question de droit n'est pas limité au domaine fiscal. D'ailleurs, peu après la création de cette technique, elle fut perçue comme permettant « d'assurer par avance l'harmonie entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celles des cours administratives d'appel, et d'éviter peut-être ainsi que leurs arrêts soient frappés de pourvois ²⁶⁸ ».

²⁶⁶ Voir l'article L 151 - 1 du Code de l'organisation judiciaire, issu de la loi n° 91 - 491 du 15 mai 1991. A l'exception, d'une part, de quelques modifications (le mot « requête » est remplacé par celui de « demande » et l'expression « transmettre le dossier » fut remplacée par « solliciter l'avis » etc.) et d'autre part, de ses quatre dernières phrases , la rédaction de cette article est quasiment identique à celle de l'article L 113 - 1 du Code de justice administrative. Mais l'article L 151 - 1 concerne toutes les juridictions judiciaires, à l'exception des juridictions pénales.

²⁶⁷ Le décalage entre les deux types de lois s'expliquant par le fait que les lois de procédure s'appliquent aux contrôles en cours. Cf. B. Martin-Laprade, « Le « filtrage » des pourvois et les « avis » contentieux. », AJDA 1988, p 89.

²⁶⁸ Ch.-L. Vier, « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987. », AJDA 1988, p 122.

Par rapport au recours en cassation, l'avis rendu sur le fondement de l'article L 113 - 1 pose deux séries de problèmes. En premier lieu, on peut se demander quelle est la nature de la décision par laquelle un Tribunal ou une Cour transmet un dossier au Conseil d'Etat. En second lieu, quelle est la nature de l'avis émis par le juge suprême ?

L'acte par lequel un juge du fond opère la transmission d'un dossier au Conseil d'Etat n'est pas susceptible de recours. Pour certains auteurs, cette décision est « un acte juridictionnel au sens organique ²⁶⁹ ». Mais si c'est le cas, cet acte devrait pouvoir faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat, en application de la jurisprudence « d'Aillières » de 1947, puisqu'il n'est susceptible d'aucun recours ²⁷⁰. Or une telle solution serait singulièrement étonnante : elle impliquerait que la Haute assemblée accepte de vérifier, par le biais d'un pourvoi en cassation, si elle peut légitimement se prononcer sur une demande d'avis, alors qu'il lui suffit, si elle estime la question injustifiée, d'attendre l'expiration du délai de trois mois. En réalité, la décision par laquelle un Tribunal ou une Cour choisit de solliciter l'avis des conseillers d'Etat, est une mesure d'administration judiciaire et c'est à ce titre que l'on peut admettre qu'elle ne puisse guère faire l'objet d'une quelconque contestation.

La transmission d'un dossier au Conseil d'Etat sur le fondement de l'article L 113 - 1, apparaît dès lors comme une procédure interne aux juridictions administratives générales. De ce point de vue, quelle peut être la nature de l'avis émanant de la Haute assemblée ? Car il faut le souligner, ce mécanisme repose sur un paradoxe : juridiquement, l'avis rendu par les juges du Palais - Royal ne lie pas la juridiction ayant posé la question, mais la réponse n'intervient que si le problème concerne de nombreux litiges et a pour principal intérêt d'éviter les divergences de jurisprudence entre les différentes juridictions du fond ²⁷¹.

²⁶⁹ H-M. Darnanville, « La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation. », AJDA 2001, p 423 et 425.

²⁷⁰ CE Ass. 7 février 1947, d'Aillières, p 50, RDP 1947, p 68, conclusions R Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, n°3508, note G. Morange. Cet arrêt pose le principe suivant : l'expression *susceptible d'aucun recours* ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par le législateur, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

²⁷¹ Ch.-L. Vier a noté que « cette recommandation aura, *de facto*, une autorité qui s'étendra bien au-delà de l'instance qui en aura provoqué l'émission et qui sera d'autant plus grande que, s'agissant d'avis émis à l'occasion d'une procédure juridictionnelle, ils seront motivés et rendus publiquement », cf. « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987. », AJDA 1988, p 122.

Sur le plan de la terminologie, l'avis ne serait pas une question préjudicielle ²⁷² parce qu'une juridiction n'est jamais obligée de recourir à la procédure de l'article L 113 - 1. Les Tribunaux ou les Cours sont toujours compétents pour trancher toutes les questions de droit administratif. Il semble donc préférable de parler de « l'avis préjudiciel ²⁷³ ». Cependant, une fois que l'avis est sollicité, il paraît difficile d'imaginer que la juridiction qui l'a demandé ne le respecte pas ²⁷⁴. D'aucuns se sont demandé « quelle serait (...) la sanction d'un Tribunal qui enverrait (...) pour avis au Conseil d'Etat une affaire qui ne présente pas une difficulté sérieuse et dont ne dépend pas le règlement d'autres litiges ? Aucune sanction n'interviendrait ²⁷⁵ ». Mais ceci n'est pas de nature à réduire la portée et l'importance des avis qui sont effectivement rendus par le Conseil d'Etat.

Si certains éléments de procédure rappellent les instances juridictionnelles ²⁷⁶, d'autres s'en éloignent ²⁷⁷. Mais ce qui semble plus intéressant à noter, c'est que l'avis sur une question de droit rompt avec la tradition juridique française. Pendant les débats devant l'Assemblée Nationale, il fut dit à ce sujet : « Il s'agit en fait (...) d'un retour au rescrit impérial du droit romain à l'époque où l'empereur était le juge suprême. Les juges inférieurs avaient alors la possibilité de solliciter de la chancellerie impériale la réponse à une question de droit et la réponse donnée par le rescrit s'imposait dans le jugement de l'affaire ²⁷⁸ ». Il en est de même aujourd'hui devant les juridictions administratives, car si l'avis ne s'impose pas, en théorie, aux juges l'ayant réclamé, il paraîtrait étonnant, en pratique, que ces derniers ne le respectent pas.

²⁷² Sur cette question cf. B. Martin-Laprade, « Le « filtrage » des pourvois et les « avis » contentieux. », AJDA 1988, p 90.

²⁷³ M. J. Lévy et X. Prétot, « Le juge, le justiciable et le tomahawk. », AJDA 1988, p 114.

²⁷⁴ Sur ce point cf. R. Chapus, « Les aspects procédurux. », AJDA 1988, p 94. Pour R. Chapus la liberté de la juridiction ayant posé la question n'est que formelle, puisqu'il est difficile de concevoir qu'elle ne se conforme pas à l'avis rendu par le Conseil d'Etat.

²⁷⁵ M. Rudloff, J.O. Débats Sénat, 10 décembre 1987, séance du 9 décembre 1987, p 5191.

²⁷⁶ Enregistrement au greffe ; instruction par une sous-section ; les parties sont avisées ainsi que le ministre compétent, ils peuvent présenter des observations ; inscription au rôle d'une formation de jugement ; conclusions du commissaire du gouvernement. Sur ces points cf. D. Labetoulle, « Les premières applications de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987. », RFDA 1989, p 893.

²⁷⁷ Absence des mentions habituelles caractérisant les actes juridictionnels : « au nom du peuple français » et « le Conseil d'Etat statuant au contentieux » ; indication que le Conseil d'Etat « rend l'avis suivant », à la place de la formule « décide » ; absence de « considérants ». cf. D. Labetoulle, op. cit.

²⁷⁸ J. Foyer, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3950.

L'avis de l'article L 113-1 est une prérogative du Conseil d'Etat, qui ne se confond pas avec ses attributions contentieuses ou administratives et législatives : le Code de justice administrative lui consacre d'ailleurs un chapitre distinct au sein du Premier titre du Livre premier de ce Code. Ces décisions ne sont pas juridictionnelles puisqu'elles ne tranchent pas de litiges. Elles ne sont pas non plus simplement consultatives, car elles fixent l'interprétation de normes. Et l'avis est d'autant plus important s'il émane d'une formation de jugement élevée dans la hiérarchie du Conseil d'Etat. En vérité, les actes pris sur le fondement de l'article L 113 - 1 sont l'expression d'un pouvoir réglementaire. Il s'agit d'une habilitation législative permettant au juge suprême d'interpréter un problème épineux, à la demande de certains juges du fond. De par sa nature réglementaire, la solution juridique retenue a vocation à régir un nombre indéfini d'affaires présentant les mêmes caractéristiques, mais ne s'impose aucunement aux magistrats ayant sollicité l'avis. Comme de nombreux actes réglementaires, la Haute juridiction peut mentionner que celui-ci sera publié au Journal officiel de la République française ²⁷⁹. Mais contrairement aux actes réglementaires habituels, ceux de l'article L 113 - 1 ne peuvent pas être attaqués par le biais du recours pour excès de pouvoir. Et si une juridiction ne respectait pas l'interprétation du droit énoncée dans un avis, il est fort probable que le juge suprême se bornerait à en rappeler la teneur, sans viser dans sa motivation les références de l'avis dont il confirme la solution.

Quel est le lien entre le Conseil d'Etat « donneur d'avis ²⁸⁰ » et le juge de cassation ? « On devine le souci du législateur d'inciter les juridictions du second degré, lorsqu'elles sont saisies d'une question de principe, à ne pas s'aventurer dans des voies qui pourraient ensuite donner lieu à un recours en cassation ²⁸¹ ». La procédure de l'article L 113 - 1 aurait en quelque sorte pour finalité d'éviter que les requérants saisissent le juge de cassation, mais en aucun cas elle ne leur interdit de déférer la décision définitive qui, le cas échéant, interviendra à la censure de la juridiction de cassation. Or ceci pose le problème de l'impartialité structurelle du Conseil d'Etat qui est successivement donneur d'avis, puis juge de cassation. Le justiciable qui contestera la teneur d'un avis ne dispose pas d'un recours effectif devant un Tribunal indépendant par rapport au Conseil d'Etat. En outre, ne faut-il pas voir dans ce phénomène une atteinte au principe de la plénitude de juridiction reconnue aux Tribunaux et

²⁷⁹ Article R 113 - 4 *in fine* du Code de justice administrative.

²⁸⁰ R. Perrot, « Cour de Cassation et Conseil d'Etat à travers leurs fonctions de juges suprêmes. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 159.

²⁸¹ R. Perrot, *op. cit.*, p 159.

aux Cours ? Ces derniers ne jugent plus entièrement le litige qui leur est soumis, mais se bornent à régler un dossier à la lumière d'un avis du juge suprême.

Observons à ce sujet que dans l'affaire « SA Lorenzy Palanca »²⁸², la formation plénière de la Cour d'appel de Lyon²⁸³ n'a pas respecté l'avis²⁸⁴ donné par les neuvième et huitième sous-sections réunies du Conseil d'Etat. L'arrêt de la Cour d'appel de Lyon a été contesté devant le juge de cassation. Le dossier a été examiné par les mêmes sous-sections et non par une formation de jugement plus solennel, comme la Section du contentieux par exemple. En conclusion, les neuvième et huitième sous-sections réunies ont cassé l'arrêt litigieux²⁸⁵, puis ont renvoyé l'affaire devant la même Cour d'appel²⁸⁶.

Malgré l'indéniable utilité que peut représenter l'interprétation du droit par voie réglementaire, afin d'assurer le fonctionnement efficace du système juridictionnel administratif, il nous semble que ce n'est pas le rôle du juge de cassation de juger, tout ou partie, de certains dossiers, avant les juges du fond. En intervenant dès qu'une difficulté nouvelle apparaît, la Haute assemblée risque de ne pas avoir assez de recul, par rapport à un problème, au moment où elle est appelée à statuer. Il y a beaucoup d'avantages pour une juridiction de cassation à laisser aux juges du fond, une marge de discrétion, afin qu'ils puissent innover et adapter les normes juridiques à la diversité des situations pouvant se présenter en matière contentieuse.

Nous avons vu que pour assurer le fonctionnement correct des juridictions générales, le Conseil d'Etat intervient parfois au cours des procédures pendantes devant ces dernières, mais aussi, et c'est plus normal, après qu'elles ont rendu une décision définitive. Il serait préférable que le juge de cassation ne puisse connaître des litiges qu'après qu'ils ont été tranchés et jamais auparavant, afin de laisser aux juges du fond la faculté d'innover. Le juge suprême se bornerait alors à entériner les solutions qui lui sembleraient les mieux adaptées aux nécessités sociales.

²⁸² Voir : Y. Gaudemet, B. Stirn, Th. Dal Farra, F. Rolin, « Les grands avis du Conseil d'Etat », Préface M. Long, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p 17.

²⁸³ CAA Lyon (Plénière) 5 avril 1993, SA Lorenzy Palanca, RJF 5/93, n°687, p 412.

²⁸⁴ CE (Avis) 9^{ème} / 8^{ème} sous-sections réunies, 4 novembre 1992, n°138380.

²⁸⁵ CE 9^{ème} / 8^{ème} sous-sections réunies, 6 mai 1996, SA Lorenzy Palanca, n°148503.

²⁸⁶ CAA Lyon (2^{ème} Ch.) 11 mars 1998, SA Lorenzy Palanca, n°96LY01392.

Aucune catégorie de requérants ne dispose d'un accès privilégié au juge de cassation, aucun justiciable ne peut déférer au Conseil d'Etat autre chose qu'une décision définitive. Nous allons voir, maintenant, que cette égalité entre requérants est maintenue, s'agissant des conditions permettant de filtrer les recours. De la même façon en effet, les conseillers d'Etat ne souhaitent pas, dans ce domaine, établir de discriminations entre justiciables.

Chapitre 2 – L'égalité des requérants devant les filtres restreignant la saisine du juge de cassation.

Le législateur de 1987 a voulu limiter la saisine du Conseil d'Etat, statuant en tant que juge de cassation. C'est pourquoi, il fut décidé que « le pourvoi en cassation (...) fait l'objet d'une procédure préalable d'admission ²⁸⁷ ». Au cours des débats parlementaires, cette procédure a été comparée à un « filtre ²⁸⁸ » : elle a pour but d'assurer le filtrage des requêtes, d'éliminer celles qui ne sont manifestement pas fondées et qui ne peuvent pas aboutir à provoquer l'annulation de la décision attaquée. La volonté de faire en sorte que « les critères d'admission soient les plus réduits, les plus précis possible ²⁸⁹ » est, bien sûr, justifiée par l'idée qu'il importe d'éviter d'encombrer le prétoire de la juridiction administrative suprême. La procédure d'admission n'est pas la seule technique permettant de restreindre le nombre de recours qui peuvent être déférés au juge de cassation. En effet, les règles traditionnelles régissant la recevabilité des pourvois permettent également d'écarter certaines affaires ne remplissant pas les conditions préétablies. Ces dernières sont aussi des filtres, dans la mesure où elles déterminent ce qui peut être discuté à l'occasion d'une instance de cassation. Elles conduisent à rejeter certains recours pour cause d'irrecevabilité et en conséquence à limiter le nombre d'affaires que l'Assemblée du contentieux juge sur le fond.

Les règles visant à restreindre la saisine du juge de cassation ont en commun de ne pas établir de discrimination entre requérants, puisqu'elles leur sont toutes également opposables. Aucune catégorie de justiciables ne dispose d'un accès privilégié à la juridiction de cassation, au détriment d'un autre groupe de plaideurs. Les usagers du service public de la justice administrative peuvent tous se voir confronter à un filtre classique (section 1) ou moderne (section 2). Nous examinerons d'abord le premier, afin de pouvoir apprécier, à sa juste valeur, l'apport du second.

²⁸⁷ Dispositions introduites en droit positif par l'alinéa 1^{er} de l'article 11 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 et aujourd'hui codifiées à l'article L 822-1 du Code de justice administrative.

²⁸⁸ Voir notamment : M. Sapin, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3952.

²⁸⁹ M. Sapin, *ibidem*.

Section 1 - Le filtre classique : le maintien des restrictions traditionnelles à l'exercice du recours en cassation.

L'introduction d'un pourvoi en cassation est soumise à un certain nombre de principes qui gouvernent la recevabilité de cette catégorie de recours. Ces règles sont autant de filtres qui doivent être respectés pour que le requérant ait la faculté d'être entendu par le juge de cassation. Les restrictions à la saisine du juge suprême sont de deux ordres. Les premières concernent la présentation des requêtes (§1.) et organisent les formes à respecter pour soumettre une demande à la Haute assemblée. Les secondes définissent le périmètre de ce qui peut être discuté au cours de l'instance de cassation : elles précisent quels moyens peuvent être invoqués à cette occasion (§2.). Les formalités à remplir pour être entendu par un juge, précédant, au cour d'un procès, la question de savoir ce qui peut, très exactement, faire l'objet de la controverse judiciaire, nous aborderons ces divers points dans l'ordre dans lequel ils sont soulevés à l'occasion d'un litige.

§1. Les restrictions affectant la présentation des recours.

Les règles organisant la présentation des pourvois ont pour effet de limiter ou réduire le nombre de recours dont le juge de cassation peut être saisi. C'est en ce sens qu'elles restreignent l'accès au juge suprême. Il y a traditionnellement deux manières de contenir le nombre de recours : d'abord en imposant le respect de certaines formes, ensuite en limitant le nombre de personnes habilitées à déférer une décision définitive à la censure du juge de cassation. Il est plus facile pour le juge de cassation de voir si une requête est recevable en la forme, que d'apprécier si le requérant est autorisé à attaquer un arrêt. En effet, les causes d'irrecevabilité attachées à la personne du requérant nécessitent d'examiner le rôle que ce dernier a pu jouer au cours de la procédure devant les juridictions du fond, ce qui peut prendre plus de temps que de voir si un mémoire est conforme aux exigences procédurales. C'est pourquoi nous aborderons les règles relatives à la forme des recours (A.), avant celles concernant la personne du requérant (B.).

A. Les formes du recours.

Les recours en cassation doivent respecter les règles générales s'imposant à toutes les requêtes introduites devant le Conseil d'Etat ²⁹⁰. Bien souvent ces formalités peuvent être régularisées en cours d'instance. On sait que depuis le 1^{er} janvier 2004, le droit de timbre a été supprimé en contentieux administratif ²⁹¹. Avant cette date, un droit de timbre de 15 € devait être acquitté lors de l'introduction de la requête ²⁹², sauf si le requérant bénéficiait de l'aide juridictionnelle totale ou partielle ²⁹³. Parmi les formalités exigées, deux sont particulièrement importantes. Le pourvoi doit, tout d'abord, être présenté par un avocat aux conseils (1^o), ensuite il doit intervenir dans les délais de recours (2^o).

1^o/ La représentation par un avocat aux conseils.

En vertu de l'article R 821 - 3 du Code de justice administrative, « le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est obligatoire pour l'introduction, devant le Conseil d'Etat, des recours en cassation, à l'exception de ceux dirigés contre les décisions de la commission centrale d'aide sociale et des juridictions de pension ». Il s'agit d'une règle ancienne ²⁹⁴, qui n'est d'ailleurs pas spécifique au pourvoi en cassation puisqu'en principe, devant la Haute juridiction, les requêtes et les mémoires des parties doivent être présentés par un avocat aux conseils ²⁹⁵.

En revanche, « l'Etat est dispensé du ministère d'avocat au Conseil d'Etat (...). Les recours et les mémoires, lorsqu'ils ne sont pas présentés par le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat, doivent être signés par le ministre intéressé ou par le fonctionnaire ayant reçu délégation à cet effet ²⁹⁶ ».

²⁹⁰ Article R 411-1 et s. du Code de justice administrative. Doivent notamment être indiqués ou adressés : le nom et le domicile des parties ; une copie de la décision attaquée ; autant de copies de la requête qu'il y a de parties et deux copies supplémentaires.

²⁹¹ B. Pacteau, « Le contentieux administratif, affranchi du timbre. », RFDA 2004, p 89.

²⁹² Ancien article L 411-1 du Code de justice administrative (abrogé par l'article 2 de l'Ordonnance n°2003-1235 du 22 décembre 2003, JORF 24 décembre 2003, p 22068) ; et l'article 1089 B du Code général des impôts, modifié par l'article 6 de l'Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000.

²⁹³ Ancien article 1090 A III du Code général des impôts, abrogé par l'Ordonnance n°2003-1235 du 22 décembre 2003, précitée.

²⁹⁴ Elle était auparavant codifiée par l'article 11 du décret n° 53 - 934 du 30 septembre 1953, portant réforme du contentieux administratif.

²⁹⁵ Sur ce point voir : l'article R 432-1 du Code de justice administrative.

²⁹⁶ Cf. article R 432-4 du Code de justice administrative.

Il est mentionné, dans la notification de la décision rendue en dernier ressort, que le ministère d'avocat est obligatoire pour intenter un pourvoi. Mais dans le cas où la notification ne comporte pas cette mention, le Conseil d'Etat invite le requérant à régulariser sa requête ²⁹⁷.

Au cours du débat parlementaire concernant la réforme du contentieux de 1987, certains avaient contesté le monopole des avocats aux conseils pour la représentation des parties devant la Haute juridiction, dans l'hypothèse où une juridiction du fond solliciterait un avis sur une question de droit ²⁹⁸. Néanmoins, en droit positif, si une partie souhaite présenter des observations, devant le Conseil d'Etat statuant sur une question de droit ²⁹⁹, elle est obligée de recourir à un avocat aux conseils, si la procédure devant la juridiction ayant posé la question implique une représentation obligatoire par un avocat ³⁰⁰. Dans le cadre du recours en cassation, le législateur de 1987 n'a jamais eu l'intention d'abolir le monopole des avocats aux conseils ³⁰¹. Il paraît possible, toutefois, d'émettre deux critiques à l'égard de ce monopole concernant la représentation des parties.

En premier lieu, ce monopole empêche les justiciables d'être représentés, au cours de l'instance de cassation, par un avocat inscrit auprès d'une autre juridiction et, automatiquement, cela restreint la liberté qu'ont ces derniers de choisir librement leur défenseur. En second lieu, le monopole de la représentation est établi en faveur d'un barreau, qui a pour caractéristique d'être composé d'officiers ministériels. Ces avocats ont à ce titre acquis leur office. Or cet achat représente un coût financier très important ³⁰², dont le poids sera, en dernière analyse, supporté par les clients de ces cabinets. Les honoraires pratiqués doivent très certainement inclure les frais de fonctionnement de l'office et le montant de ces derniers est, probablement, alourdi par le service de la dette contractée afin d'acheter la charge. Il n'est, peut-être, pas déraisonnable de penser que les honoraires des avocats aux

²⁹⁷ Article R 821 - 4 du Code de justice administrative. Il semblerait, de manière générale, que l'irrecevabilité tirée de l'absence de ministère d'avocat ne puisse être retenue, qu'après que le juge administratif a invité le requérant à prendre un avocat et si l'intéressé s'est abstenu de donner suite à cette invitation. Sur ce point voir : CE Section 27 janvier 1989, *Chrun*, p 37.

²⁹⁸ Voir l'intervention de J-P. Michel devant l'Assemblée Nationale : *Débats Ass. Nat.*, 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3943 et suivante.

²⁹⁹ Sur le fondement de l'article L 113 - 1 du Code de justice administrative.

³⁰⁰ Cf. article R 113 - 2 alinéa 2 du Code de justice administrative. Mais les observations qui émanent d'un ministre n'ont pas à être présentées par un avocat aux conseils.

³⁰¹ Sur cette question : cf. *J.O. Débats Sénat* 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3784 et 3785.

³⁰² Ces questions financières sont évoquées dans les articles 21, 22 et 27 du décret n° 91 - 1125 du 28 octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation.

conseils seraient moins élevés, si ceux-ci n'étaient pas, bien souvent, tenus de rembourser un emprunt pour pouvoir exercer leur profession ³⁰³.

Pour ces raisons, nous pensons que le monopole institué en faveur des avocats aux conseils représente une limitation des droits des justiciables, car d'une part, les pourvois ne peuvent être valablement présentés que par un nombre restreint d'avocats et d'autre part, l'organisation interne de ce barreau (ie. situation de monopole, coûts financiers pour acquérir une charge) peut conduire les justiciables à devoir payer des honoraires plus élevés que ceux que pourrait pratiquer un cabinet soumis à des frais de fonctionnement moins importants. Dans ces conditions, ne serait-il pas préférable d'autoriser davantage d'avocats à pouvoir plaider devant le Conseil d'Etat, juge de cassation ?

Par ailleurs, il importe de souligner que les avocats français, inscrits auprès d'un Tribunal de grande instance, peuvent plaider devant les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg, mais non devant leurs propres Cours suprêmes ³⁰⁴. Comment justifier cette situation ?

Une autre restriction traditionnelle au droit de présenter un recours en cassation est l'obligation faite aux parties de respecter les délais impartis pour présenter une requête.

2°/ Les délais de présentation du recours.

Le délai pour intenter un recours en cassation est de deux mois à compter de la notification de la décision définitive attaquée ³⁰⁵. C'est le même délai qu'en matière de cassation civile ³⁰⁶ et dans le domaine du recours pour excès de pouvoir ³⁰⁷. Une fois le délai dépassé, la décision rendue en dernier ressort devient irrévocable.

³⁰³ Cette remarque ne concerne pas les justiciables bénéficiant de l'aide juridictionnelle totale, puisqu'ils ne supportent pas personnellement la charge d'honoraires.

³⁰⁴ Hormis les cas limités où la représentation par un avocat aux conseils n'est pas obligatoire. Pour la Cour de Cassation : voir les articles 983 et suivants du Nouveau code de procédure civile.

³⁰⁵ Cf. article R 821 - 1 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative. On peut souligner que si un acte juridictionnel définitif omet dans sa notification de préciser qu'un recours en cassation doit être formé par le ministère d'un avocat aux conseils, cette circonstance ne fait pas obstacle à ce que la notification fasse courir le délai de recours en cassation : CE 4 avril 1997, Derrier, DA, juin 1997, n° 220, obs. J-H. Stahl.

³⁰⁶ Voir l'article 612 Nouveau code de procédure civile.

³⁰⁷ Article R 421 - 1 du Code de justice administrative.

Mais ce principe connaît de nombreuses exceptions, car dans plusieurs domaines, le délai peut être réduit à quinze jours. En premier lieu, il s'agit des pourvois contre les ordonnances prises par le juge des référés statuant en urgence. En d'autres termes, ce sont les actes définitifs prononçant la suspension d'une décision, ordonnant une mesure utile, modifiant des mesures antérieurement mis en œuvre ou rejetant une demande sollicitant qu'il statue en urgence³⁰⁸.

En second lieu, les ordonnances rendues par le président d'une Cour administrative d'appel ou par le magistrat qu'il désigne, et qui ont pour objet, soit d'ordonner un constat ou une mesure d'instruction, soit d'accorder une provision à un créancier, sont également susceptibles d'un recours en cassation, dans la quinzaine de leur notification³⁰⁹.

En troisième lieu, les décisions du président d'un Tribunal administratif ou du magistrat qu'il délègue, intervenant en matière de passation de contrats et de marchés, peuvent aussi être frappées d'un recours en cassation dans un délai de quinze jours³¹⁰.

L'exigence d'un délai, à l'intérieur duquel il faut impérativement intenter un recours en cassation, est tout à fait normale. Il est d'ailleurs exceptionnel qu'une voie de recours en soit dispensée. Si c'est le cas, par exemple, du pourvoi dans l'intérêt de la loi³¹¹, c'est parce que ce recours est réservé aux ministres et qu'il n'a pas pour finalité de remettre en question la décision juridictionnelle adoptée par les juges du fond. Le recours dans l'intérêt de la loi doit uniquement permettre au Conseil d'Etat d'exprimer une opinion relative à la solution qui fut retenue dans un litige. Ce genre d'arrêt est sans influence sur l'issue d'un procès et ne préjudicie donc pas aux droits des parties, c'est pour ces raisons que, dans cette hypothèse, il n'y a pas de délai de recours à respecter. Il en va différemment s'agissant du recours en cassation. L'arrêt de cassation est susceptible de remettre en cause la situation juridique des justiciables; il importe, afin d'assurer une certaine stabilité des situations juridiques ainsi que l'ordre social, que les actes définitifs puissent rapidement passer en force de chose jugée, pour qu'il ne soit plus possible de les contester.

³⁰⁸ Ce sont donc les ordonnances prises sur les fondements suivants : articles L 521 - 1, L 521 - 3, L 521 - 4 et L 522 - 3 du Code de justice administrative. Cf. article R 523 - 1 du même Code.

³⁰⁹ S'agissant du constat et du référé instruction : voir l'article R 533 - 3 du Code de justice administrative. Concernant le référé provision cf. l'article R 541 - 5 du Code de justice administrative.

³¹⁰ Voir l'article R 551 - 4 du Code de justice administrative.

³¹¹ Sur ce point : voir R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », 9^{ème} éd., p 1198.

Cependant, si la préservation de l'ordre social est un but légitime qu'il convient de réaliser, il est nécessaire de le concilier avec d'autres principes d'égale valeur. Au cours d'une procédure juridictionnelle, un requérant doit être à même de présenter le maximum d'arguments pertinents au soutien de ses prétentions. Or, dans la cassation administrative, l'expiration du délai de voie de recours clôt, également, la période à l'intérieur de laquelle le requérant peut, en principe, faire valoir ses revendications. Cette solution est sévère pour les demandeurs en cassation, qui disposent de peu de temps pour préparer leur pourvoi.

En effet, dans les délais du recours, le demandeur en cassation doit présenter une requête suffisamment motivée : elle doit contenir un exposé sommaire des faits et des moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge de cassation ³¹². Après l'expiration du délai, un requérant ne peut pas valablement procéder à la régularisation d'une requête introduite en temps utile, mais insuffisamment rédigée ³¹³.

Un certain seuil de précision est traditionnellement exigé. Ainsi, en tant que juge d'appel, le Conseil d'Etat estime que les requérants qui pour certains moyens se bornent, purement et simplement, à faire référence à l'argumentation présentée dans les mémoires de première instance, ne mettent pas la Haute juridiction en mesure de se prononcer sur les erreurs que les premiers juges auraient pu commettre en rejetant ces moyens. Ces moyens sont donc irrecevables ³¹⁴. Une telle solution paraît transposable dans le cadre du recours en cassation, puisque les écritures des parties doivent expliciter en quoi la décision attaquée a méconnu une norme qu'elle devait respecter.

En outre, conformément à la jurisprudence « Société Intercopie ³¹⁵ » de 1953, à l'expiration du délai de recours, le requérant ne pourra plus invoquer de moyen tiré d'une cause juridique distincte par rapport à celle soulevée dans les délais. Cela conduit les avocats des requérants à invoquer systématiquement, et dans les délais du recours, un moyen de légalité interne et un autre de légalité externe, afin de préserver les intérêts des plaideurs.

³¹² Article R 411 - 1 du Code de justice administrative.

³¹³ Voir par exemple l'arrêt suivant : CE 1^{er} juin 1953, Vasnier, p 254.

³¹⁴ Sur cette question, cf. CE 10 juillet 1981, Mathio et autres, T p 885.

³¹⁵ CE Section 20 février 1953, Société Intercopie, p 88.

Enfin, il importe de souligner qu'un pourvoi incident ³¹⁶ peut être présenté à tout moment de l'instance, avant la clôture de l'instruction. Il en va de même à propos du pourvoi provoqué³¹⁷. Mais si ces deux pourvois peuvent être formés sans conditions de délai, ils ne peuvent pas aboutir à étendre la saisine du juge de cassation. En effet, ils ne sont recevables que s'ils ne soulèvent pas un litige distinct par rapport à celui qui a fait l'objet du pourvoi principal³¹⁸. Les pourvois incident et provoqué ne permettent donc pas de déroger aux règles relatives aux délais impartis pour introduire un recours en cassation.

Les restrictions affectant la forme des pourvois sont complétées par d'autres règles, qui tendent aussi à limiter la saisine du juge de cassation, et qui déterminent quelles sont les personnes qui peuvent régulièrement introduire un recours en cassation.

B. La personne du requérant.

N'importe qui ne peut pas intenter un pourvoi en cassation à l'encontre d'un arrêt définitif. Ce recours ne peut être régulièrement présenté que par certains justiciables. Pour qu'une personne puisse être admise à déférer une décision à la censure du juge de cassation, elle doit non seulement justifier d'un intérêt pour agir (1°), mais également avoir été une partie au litige devant les juges du fond (2°). La première exigence est fréquente en procédure administrative contentieuse, car il est habituel qu'un requérant ne puisse agir que s'il justifie d'un intérêt personnel. En revanche, la seconde condition est plus spécifique au recours en cassation. Elle permet de mieux saisir l'originalité de cette procédure, par rapport à d'autres instances administratives contentieuses ; c'est pourquoi nous ne l'aborderons qu'après l'examen de la notion d'intérêt à agir, qui, elle, est commune à de nombreux recours introduits devant la justice administrative.

³¹⁶ Le pourvoi incident permet à l'adversaire du demandeur en cassation d'introduire une demande reconventionnelle. Cf. article R 631-1 du Code de justice administrative.

³¹⁷ Le pourvoi provoqué permet à une partie, qui n'a pas intenté un recours principal, de préserver ses intérêts au cours de l'instance de cassation.

³¹⁸ CE 21 octobre 1992, Société Setec-Travaux Publics, T p 1260. Sur les notions de pourvois incident et provoqué cf. infra les développements p 118 et s.

1°/ L'intérêt pour agir.

Un acte juridictionnel définitif ne peut être valablement déféré au Conseil d'Etat que si l'auteur du pourvoi a objectivement intérêt à contester cette décision. Le juge suprême se reconnaît le droit de rejeter un recours si la personne qui en est à l'origine n'est pas personnellement lésée ou affectée par l'arrêt attaqué. Il s'agit d'un filtre important dans la mesure où les conseillers d'Etat refusent à un requérant le droit d'intenter une voie de recours, au motif que l'intéressé n'est pas suffisamment impliqué par la mesure dont il conteste la teneur, alors que, par hypothèse, l'auteur du pourvoi pense le contraire.

En premier lieu, seules les parties dont les prétentions formulées dans les conclusions qui n'ont pas été retenues dans la décision attaquée peuvent intenter le recours. Et l'on comprend aisément qu'un justiciable ne puisse pas exercer un pourvoi à l'encontre d'une décision accueillant ses prétentions³¹⁹. De même, l'acquiescement à la décision juridictionnelle par la partie à qui elle faisait grief, s'oppose à ce que cette dernière intente un recours en cassation³²⁰.

En matière disciplinaire, une décision des instances ordinales estimant qu'il n'y a pas lieu de statuer sur un appel, en raison de l'intervention d'une loi d'amnistie, ne peut pas faire l'objet d'un recours devant le juge de cassation, de la part de la personne qui avait été mise en cause³²¹. Celle-ci est considérée comme n'ayant pas intérêt à contester la décision définitive prononçant le non-lieu³²². Mais encore faut-il, dans ce cas, que la décision de première instance prononçant une sanction n'ait pas fait l'objet d'un commencement d'exécution³²³.

En second lieu, certaines autorités, eu égard à leurs fonctions, seront réputées présenter un intérêt pour agir. Ainsi, le commissaire du gouvernement auprès du conseil supérieur d'un ordre professionnel a, en principe, qualité pour se pourvoir en cassation contre une décision de la chambre nationale de discipline de l'ordre. C'est ce qui fut admis, par exemple, pour le commissaire du gouvernement auprès du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-

³¹⁹ CE 6 août 1920, Société des Etablissement Lenoir, p 828.

³²⁰ CE 27 octobre 1961, Ministre des Armées c/ Pannetier, p 593. Dans cet arrêt il fut notamment décidé que le ministre n'avait pas procédé à un acquiescement après l'introduction du recours en cassation.

³²¹ CE Section 4 mars 1977, Prince, p 127.

³²² D'ailleurs lorsqu'un requérant a formé un recours en cassation contre une décision intervenant en matière disciplinaire, postérieurement à l'entrée en vigueur d'une loi d'amnistie, ce recours est sans objet, et donc irrecevable cf. sur ce point CE 20 mars 1957, de Massia, p 190.

³²³ CE Section 4 mars 1977, Prince, précité.

comptables. Ce dernier peut demander l'annulation d'une décision rejetant la plainte d'un particulier contre des experts-comptables ³²⁴.

En l'absence d'intérêt personnel à contester une décision, le pourvoi est déclaré irrecevable. L'auteur d'une plainte disciplinaire ne peut pas agir en cassation, au motif que la peine prononcée par le juge disciplinaire, statuant en dernier ressort, n'est pas assez sévère ³²⁵. Cette solution fut notamment appliquée dans l'arrêt de Section « Falola » de 1989.

Dans cette affaire, M. Falola avait, par une lettre en date du 14 décembre 1985 adressée au président du Conseil supérieur de l'Ordre des vétérinaires, fait appel d'une décision par laquelle la chambre régionale de discipline de Rennes avait rejeté sa plainte dirigée contre un de ses confrères et prononcé la relaxe de celui-ci. En instance d'appel, la chambre supérieure de discipline de l'Ordre des vétérinaires avait, par une décision du 13 novembre 1986, prononcé à l'encontre du confrère en cause la peine de la réprimande. M. Falola avait intenté un recours en cassation contre cette décision, mais le Conseil d'Etat a considéré qu'il ne justifiait pas « d'un intérêt lui donnant qualité pour se pourvoir en cassation contre cette décision ³²⁶ ».

C'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de décider, si un requérant est personnellement concerné par un arrêt. Cette situation n'est pas particulièrement libérale, car elle conduit le juge suprême à apprécier l'intérêt que peut avoir un justiciable à intenter une procédure : or les juges ont pour mission de trancher des litiges et non d'autoriser ou de refuser à une partie, qui s'estime concernée par l'issue d'une affaire, le droit d'exercer une action. Les justiciables sont parfaitement à même de décider s'ils ont intérêt à attaquer un arrêt.

Toutefois, il est bien rare, nous semble-t-il, que les conseillers d'Etat refusent à un requérant le droit d'agir en cassation et dans ce cas, on peut constater que cela permet, avant tout, d'évacuer des pourvois introduits par des gens excessivement procéduriers. Mais cette faculté de déclarer qu'une personne n'a pas d'intérêt à se pourvoir en cassation, constitue

³²⁴ Cf. CE 3 décembre 1993, Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés, T p 984. (Solution implicite.) ; Voir également, à propos de la Cour des Comptes l'arrêt suivant : CE Assemblée plénière, 30 juin 1961, procureur général près de la Cour des comptes c/ Mazer, p 451.

³²⁵ CE Section 3 mars 1989, M. Falola, n° 84716, conclusions S. Daël, RFDA 1989, p 950.

³²⁶ CE Section 3 mars 1989, Falola, précitée, p 959.

indéniablement un filtre additionnel, qui vient s'ajouter au principe, déjà très restrictif, limitant l'exercice du recours aux personnes qui ont la qualité de parties à l'instance.

2°/ La qualité de partie ou de représenté dans l'instance.

Le recours en cassation n'est ouvert qu'aux personnes ayant été partie à l'instance qui s'est déroulée devant les juges du fond. Et c'est parce que la procédure devant les juridictions subordonnées fut juridictionnelle que seules les parties peuvent saisir le juge suprême.

Le caractère juridictionnel de l'acte définitif s'oppose à ce que certaines personnes puissent introduire un pourvoi, alors même qu'elles pourraient y avoir un intérêt légitime. Tout d'abord, il est exclu que les membres d'une juridiction puissent déférer une décision au juge de cassation, fût-ce au motif que la juridiction du fond était irrégulièrement composée ³²⁷, et il en va évidemment de même s'ils désapprouvent la solution retenue sur le fond. Par ailleurs, les juges de première instance ne peuvent pas déférer au juge de cassation la décision rendue par la juridiction d'appel ³²⁸.

Mais il n'est pas toujours aisé d'identifier si un requérant peut être effectivement considéré comme une partie. Tout dépend des circonstances propres à chaque affaire. Ainsi, dans le contentieux de la répression disciplinaire au sein des Ordres professionnels, un ministre ne peut pas intenter un recours en cassation contre une décision ordinaire, s'il n'a pas été précédemment partie au procès ³²⁹. En revanche, une Université, « qui a été partie dans l'instance qui a donné lieu aux décisions par lesquelles le Conseil supérieur de l'éducation nationale a annulé les décisions de la section disciplinaire de cette université (...) infligeant des sanctions à [des étudiants] et [qui] a régulièrement reçu notification de ces décisions, a qualité pour former un recours en cassation contre lesdites décisions du Conseil supérieur de l'éducation nationale ³³⁰ ».

³²⁷ Sur ce point, cf. CE 4 mai 1917, Mauguin, p 349.

³²⁸ CE Section 10 février 1950, Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de la 18^{ème} région sanitaire, p 98.

³²⁹ CE 12 mars 1954, Ministre de la Santé publique et de la Population, p 158.

³³⁰ CE Section 17 janvier 1992, Université de Dijon c/ Dames Picard et Brachet, p 24.

Il arrive, néanmoins, que les textes régissant certaines professions accordent aux auteurs d'une plainte la qualité de parties, lors de l'instance d'appel. Un conseil départemental de l'Ordre des médecins peut intenter un recours en cassation, dès lors qu'il est à l'origine de la plainte contre le praticien et qu'il a été mis en cause devant la juridiction d'appel³³¹. Il en va de même, pour le plaignant présent en appel, devant les instances disciplinaires de l'Ordre des pharmaciens³³².

Cependant, il existe une exception à la règle selon laquelle seules les parties à l'instance peuvent exercer un recours en cassation. Dans l'affaire « Ville d'Annecy contre M. Dussolier » de 1991, il fut admis qu'une commune pouvait exercer un recours en cassation à l'encontre d'une décision de la Cour des Comptes, afin de contester la décision de mettre en débet un comptable public au bénéfice de la commune en cause³³³. Cette solution peut paraître surprenante, car d'une part, la commune d'Annecy n'était pas partie à l'instance devant la Cour des Comptes, et d'autre part, la décision en cause ne semblait pas lui faire grief³³⁴. Le Conseil d'Etat aurait, en l'espèce, privilégié le principe suivant en la matière : « quel que soit le sens de l'arrêt, et alors même qu'il est favorable à ses intérêts, la collectivité publique concernée est recevable à se pourvoir contre lui³³⁵ ».

En adoptant un tel raisonnement, la Haute juridiction administrative paraît renouer avec une solution qui avait été retenue dans une décision du 5 mai 1882, « Ministre de l'intérieur contre Chateau ». Dans cette affaire, les juges du Palais - Royal devaient apprécier si un ministre pouvait demander l'annulation d'un arrêt de la Cour des comptes qui concernait la comptabilité de la Ville de Paris ?

³³¹ CE Section, 18 mars 1994, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord c/ M. Gueniot, Conclusions D. Kessler, RFDA 1995, p 668. Voir aussi : B. Glorion, « L'ordre des médecins : quels pouvoirs ? », Pouvoirs, 89, 1999, p 141.

³³² CE 9 avril 1993, Théodore, T p 1002.

³³³ CE 19 juin 1991, Ville d'Annecy c/ M. Dussolier, AJDA 1992, p 152, conclusions R. Abraham.

³³⁴ L'arrêt contesté déclarait le comptable débiteur à l'égard de la commune d'Annecy, ce qui était conforme aux intérêts financiers de cette dernière. Cf. R. Abraham, conclusions sur cette affaire in AJDA 1992, p 150.

³³⁵ R. Abraham, conclusions sur CE 19 juin 1991, Ville d'Annecy c/ M. Dussolier, AJDA 1992, p 151. Cette solution peut s'analyser, peut-être, comme la transposition en cassation de la solution retenue dans un arrêt du 5 novembre 1982, Ministre délégué chargé du budget c/ Roussel, p 373, où le Conseil d'Etat avait annulé une décision de la Cour des Comptes déclarant irrecevable un « recours en révision présenté par [un] ministre à l'encontre d'un arrêt définitif rendu à l'encontre d'un comptable et au bénéfice du Trésor », cf. R. Abraham, op. cit., p 151. L'arrêt « Roussel » de 1982 admet donc que le ministre de l'économie et des finances puisse demander la révision d'un arrêt définitif de la Cour des comptes, même dans le cas où l'erreur a été commise au bénéfice du trésor public.

Le commissaire du gouvernement Marguerie avait soutenu que c'était possible aux motifs suivants : « M. le ministre de l'intérieur est le chef de l'administration départementale et communale ; il a le contrôle supérieur de la gestion financière des communes, et s'il estime qu'un arrêt de la Cour des comptes est de nature à causer un préjudice à l'administration des finances de la ville de Paris, il ne fait qu'accomplir un devoir qui lui incombe et user d'un droit qui lui appartient, en vous déférant cet arrêt (...) ; il agit à l'occasion d'une affaire concernant son département ³³⁶ ». Le Conseil d'Etat avait admis cette argumentation en accueillant le recours du ministre.

La portée de cette exception est éminemment restreinte et elle n'a ni pour objet, ni pour effet d'accroître substantiellement le nombre des personnes qui peuvent être admises à intenter un pourvoi en cassation. Les restrictions traditionnelles à la saisine du juge de cassation ne se limitent pas seulement aux conditions de présentation des recours, mais englobent également les principes gouvernant la recevabilité des moyens au cours de l'instance de cassation.

§2. Les restrictions relatives aux moyens invocables devant le juge de cassation.

Il est traditionnellement admis que le juge de cassation peut définir les moyens pouvant être invoqués au cours de l'instance de cassation et ainsi restreindre le périmètre de ce qui peut être discuté à cette occasion. La finalité du contrôle de cassation est de permettre au juge suprême de vérifier si un litige, que des justiciables ont soumis aux juges du fond, a été correctement réglé. C'est ce que traduit le principe selon lequel la juridiction de cassation juge le jugement et non le litige (A.). Il en résulte que seuls les moyens déjà invoqués au cours des instances antérieures sont recevables devant le Conseil d'Etat. Toutefois un juge suprême, eu égard aux diverses missions qu'il doit remplir, ne peut pas systématiquement écarter un moyen pour ce motif. Certaines questions sont si importantes qu'il importe peu de savoir si elles furent préalablement soumises aux juges du fond. Le Conseil d'Etat devra, d'une certaine manière, concilier l'interdiction de principe avec une autre règle, que l'on peut définir de la manière suivante : juger un jugement, c'est encore juger le litige (B.). Pour saisir toute la portée de ce filtre, il convient d'examiner successivement le principe et ses exceptions.

³³⁶ M. Marguerie, conclusions sur CE 5 mai 1882, Ministère de l'intérieur c/ Chateau, p 420.

A. Le principe : juger le jugement et non le litige.

Au delà des règles particulières régissant le formalisme des requêtes ³³⁷, il existe un principe général qui limite les pouvoirs du juge de cassation et restreint le périmètre de ce qui peut être discuté devant le juge suprême. Il est admis que la Haute assemblée doit se contenter d'apprécier la légalité de l'acte attaqué et non de rejouer l'affaire dans son intégralité. Dès lors, il appartient au Conseil d'Etat de déterminer quels moyens méritent véritablement d'être examinés au cour de l'instance de cassation.

Si le juge de cassation envisageait son rôle comme étant principalement celui d'un juge de la légalité, il pourrait permettre aux requérants de présenter tous les moyens tendant à démontrer qu'une décision définitive méconnaît un élément du bloc de la légalité. D'un autre côté, si les juges du Palais - Royal souhaitent uniquement vérifier la régularité des arrêts qui leur sont déférés, ils peuvent ne déclarer recevables que les moyens qui ont déjà été soumis aux juges du fond.

Il ne fait aucun doute que c'est cette seconde manière de voir qui prévaut dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : pour être recevable en cassation, un moyen doit avoir été présenté par les parties aux juges du fond ³³⁸. Et *a priori*, un requérant ne peut pas se prévaloir, pour la première fois, devant le juge de cassation, d'un moyen qui n'avait pas été soulevé au cours des instances précédentes ³³⁹. Aucun type de contentieux ne fait exception à la règle, ceci étant particulièrement vrai en matière fiscale, où les parties disposent pourtant, devant les juridictions du fond, d'une certaine latitude quant à la possibilité de présenter des moyens nouveaux ³⁴⁰.

³³⁷ Ainsi, une requête non motivée n'est pas recevable : CE 1^{er} juin 1953, Sieur Vasnier, p 254. Et le recours en cassation doit être dirigé contre le dispositif, et non les motifs, de la décision attaquée, sous peine d'irrecevabilité cf. CE 7 juin 1950, Rougier, p 347.

³³⁸ CE 17 mai 1961, Caisse artisanale de retraite Auvergne Velay, p 332.

³³⁹ CE Section 29 juillet 1994, S. A. Prodès international, n° 111884, p 390. Voir également : CE Section 6 février 1974, Ministre des Anciens Combattants et Victimes de Guerre c/ Rondot, p 618 ; CE 8 décembre 1995, Société Sogéa p 434. Pour une solution en sens contraire : CE 30 décembre 1998, Association syndicale du Nevon, RFDA 1999, p 763, conclusions H. Savoie.

³⁴⁰ Sur le fondement de l'article L 199 C du Livre des procédures fiscales qui prévoit : « L'administration, ainsi que le contribuable, dans la limite du dégrèvement ou de la restitution sollicités, peuvent faire valoir tout moyen nouveau, tant devant le Tribunal administratif que devant la Cour administrative d'appel, jusqu'à la clôture de l'instruction ». Cette disposition est seulement applicable devant le Conseil d'Etat, lorsque ce dernier a prononcé l'annulation d'un arrêt d'une Cour administrative et qu'il a décidé de régler l'affaire au fond sur le fondement de l'article L 821 - 2 *in fine* du Code de justice administrative. Sur ce point cf. CE 17 janvier 1996, SA Nike, p 2.

Les moyens qui avaient été invoqués en première instance mais qui ne furent pas repris en appel, ne sont pas recevables en cassation. C'est une solution ancienne ³⁴¹. Après avoir analysé les pièces soumises à la juridiction d'appel, le Conseil d'Etat constate si le requérant a repris en appel le moyen litigieux ³⁴². Les pièces nouvelles ne sont pas recevables en cassation. De même les conclusions demandant une expertise ne sont pas recevables en cassation ³⁴³.

Ces règles sont justifiées par le principe selon lequel : « Juge du jugement et non du fond, le juge de cassation ne peut se prononcer qu'au regard des moyens dont les juges du fond ont été saisis ³⁴⁴ ». Si ce principe est éminemment logique, il ne peut cependant pas être appliqué de manière très stricte, car cela conduirait le juge suprême à adopter des solutions beaucoup trop inique, en bien des occasions.

Que se passe-t-il, s'il y a eu défaillance du demandeur en cassation, au cours de l'instance d'appel ? Faut-il estimer que le fait de ne pas produire de défense en appel prive la partie défaillante du droit d'être entendue par le juge de cassation ?

Cela ne serait de toute évidence guère équitable. Et la jurisprudence a reconnu à la partie défaillante la possibilité de choisir parmi les deux alternatives suivantes : soit faire opposition – l'affaire litigieuse sera rejugée en appel – ; soit tenter un recours en cassation, mais seule la légalité de la décision d'appel pourra être examinée.

³⁴¹ CE 10 décembre 1924, Société Dufour et compagnie, p 993. Dans cette affaire le Conseil d'Etat applique ce principe au recours pour excès de pouvoir ouvert par l'article 11 de la loi du 1^{er} juillet 1916, à l'encontre des décisions de la Commission supérieure des bénéficiaires de guerre, organisme ayant une nature juridictionnelle. Sur ce dernier point, cf. G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. », Sirey, 1958, p 136.

³⁴² CE 20 février 1991, Scotto, p 56.

³⁴³ CE 2 juillet 1954, Bourret, T p 737.

³⁴⁴ D. Kessler, Conclusions sur CE, Section, 18 mars 1994, Caisse nationale d'assurance maladie c/ M. Cohen, RFDA 1995, p 664.

C'est la solution qui fut admise par un arrêt « Joseph », rendu par la Section du contentieux, le 20 novembre 1992. Dans le considérant de principe, la Haute juridiction affirme « que si, en vertu des règles générales de la procédure, le recours en cassation n'est recevable que contre une décision définitive à l'égard de laquelle aucune autre voie de recours et, notamment, celle de l'opposition, ne reste ouverte, et si, par conséquent, les personnes à l'égard desquelles une cour administrative d'appel a statué par défaut ne sont, en principe, recevables à se pourvoir en cassation contre l'arrêt les concernant qu'après l'expiration du délai de deux mois ouvert pour former opposition, il ressort des pièces du dossier que le pourvoi en cassation formé prématurément le 6 février 1990 par M. Joseph contre l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Paris, dont il a reçu notification le 10 janvier 1990, s'est trouvé régularisé par l'expiration du délai d'opposition contre ledit arrêt; qu'ainsi la requête de M. Joseph est recevable ³⁴⁵ ».

Mais il semblerait que dans cette hypothèse : « une partie défaillante qui choisit la voie du recours en cassation n'est pas recevable à exciper devant le juge de cassation d'autres moyens que ceux que toute partie présente à l'instance peut exciper pour la première fois en cassation ³⁴⁶ ».

Mais la rigueur de cette règle est atténuée par l'effet dévolutif de l'appel : certains moyens seront réputés avoir été *soumis* à la juridiction d'appel, dans l'intérêt de la partie défaillante, car cette dernière les avait auparavant présentés à la juridiction de première instance. En effet, dans une affaire en date du 18 mars 1994 ³⁴⁷, le juge de cassation a estimé que le juge d'appel, qui censure le jugement qui lui est déféré, est nécessairement saisi, par l'effet dévolutif de l'appel, des moyens de défense qu'une partie avait produits en première instance, même si cette dernière avait été défaillante en appel. Par la suite, si le défaillant est devenu demandeur en cassation, il peut faire valoir ses moyens de première instance, sans qu'ils puissent être considérés comme nouveaux.

³⁴⁵ CE Section 20 novembre 1992, Joseph, n°114667. L'arrêt attaqué, dans cette affaire, avait été rendu par défaut.

³⁴⁶ D. Kessler, Conclusions sur CE, Section, 18 mars 1994, Caisse nationale d'assurance maladie c/ M. Cohen, RFDA 1995, p 665.

³⁴⁷ CE Section 18 mars 1994, CNAM c/ M. Cohen, précité.

Enfin, le principe de l'interdiction des moyens nouveaux, en instance de cassation, ne s'oppose pas à ce que certaines demandes, incidentes ou provoquées, soient présentées, parfois même pour la première fois, devant le juge de cassation.

Lorsqu'une partie intente un pourvoi en cassation, son adversaire peut également présenter des moyens de cassation, au Conseil d'Etat, par le biais d'un pourvoi incident. Ceci permet donc au défendeur en cassation d'agir reconventionnellement. Mais si les conclusions incidentes sont recevables lors de l'instance en cassation ³⁴⁸, elles doivent remplir certaines conditions. En premier lieu, le recours incident n'est recevable que si le recours principal est recevable. En second lieu, le pourvoi incident ne doit pas soulever un litige différent ou distinct de celui qui a fait l'objet du pourvoi principal ³⁴⁹. Lorsque les conclusions incidentes sont relatives à des chefs de préjudice distincts de celui sur lequel portait le pourvoi principal ³⁵⁰, le recours incident est irrecevable.

Lorsqu'un pourvoi en cassation est exercé et qu'il peut avoir pour conséquence d'aggraver la situation d'une partie adverse, celle-ci peut présenter ses conclusions au juge de cassation. En effet, le Conseil d'Etat admet la technique du pourvoi provoqué lors d'une instance de cassation. Sous peine d'irrecevabilité, le pourvoi provoqué doit remplir les conditions suivantes. Le pourvoi principal doit avoir été accueilli ³⁵¹. Les conclusions provoquées ne doivent pas soulever de litige distinct par rapport au pourvoi principal ³⁵². En outre, le pourvoi principal débouche, du fait du renvoi devant les juges du fond, sur une aggravation possible de la situation de l'auteur du pourvoi provoqué ³⁵³.

C'est parce que les conclusions incidentes et provoquées ne soulèvent pas de litige distinct par rapport au pourvoi principal, qu'elles ne constituent pas des exceptions à la prohibition des moyens nouveaux en instance de cassation.

³⁴⁸ Cf. par exemple : CE Section 24 octobre 1952, Caisse primaire de Sécurité sociale de Grenoble, p 470. Voir également : CE 25 janvier 1995, Ministre de l'Equipement c/ Commune de Simiane-Collongue, p 40.

³⁴⁹ CE 21 octobre 1992, Société Setec-Travaux publics, T p 1260.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Dès lors que le pourvoi principal est rejeté, les conclusions provoquées sont irrecevables. Cf. CE Section 19 avril 1991, SARL Cartigny, p 163, RFDA 1991, p 965, conclusions G. Le Chatelier ; Voir également : CE 10 juin 1994, S.A. Les grands travaux de Franche-Comté (G.T.F.C.), n° 124761, RFDA 1995, p 674.

³⁵² CE 21 octobre 1992, Société Setec-Travaux Publics, T p 1260.

³⁵³ Décision « Société Setec-Travaux Publics » précitée. Solution implicite.

Après avoir présenté ces solutions, il convient de rappeler qu'un moyen est, par nature, irrecevable devant le juge de cassation. Un requérant ne peut jamais soutenir que les juges du fond ont commis un détournement de pouvoir. En effet, la Haute juridiction estime que « le moyen tiré de ce que la décision attaquée serait entachée de détournement de pouvoir n'est pas recevable à l'appui d'un pourvoi en cassation ³⁵⁴ ». Cette solution repose sur l'idée suivante : les « notions de détournement de pouvoir et de décision juridictionnelle sont absolument incompatibles ³⁵⁵ ». Une telle justification n'est pas très convaincante, car elle est fondée sur un présupposé, un axiome qui admet qu'une formation de jugement ne va pas adopter un acte contraire à l'intérêt public ou qui préserverait un intérêt public différent de celui que la juridiction aurait dû prendre en compte. De même, une décision juridictionnelle ne saurait jamais, par principe, avoir été rendue au terme d'une procédure autre que celle qui aurait dû être utilisée en réalité. Certes on peut admettre que de telles hypothèses ne doivent que très rarement se produire et, si c'était le cas, il est fort probable que ce genre d'irrégularités pourraient être sanctionnées sur un autre fondement juridique que la théorie du détournement de pouvoir ³⁵⁶. Mais pourquoi exclure, systématiquement, du périmètre de ce qui peut être discuté en justice, une catégorie de moyens déterminée ? L'activité de certains juges administratifs est parfois très proche de celle de certains administrateurs, et il n'est peut être guère souhaitable de priver les justiciables d'une cause de nullité, qui, si elle s'avérait fondée, mériterait d'être sanctionnée sous la qualification juridique appropriée.

En conclusion, on peut souligner que « les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de Cassation ³⁵⁷ ». Il y a donc une identité de solution, sur ce point, entre les juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Cependant, ce principe connaît des exceptions et la portée réelle de ce motif d'irrecevabilité ne peut être saisie que si l'on examine ces dérogations de manière détaillée.

³⁵⁴ CE Section 7 avril 1967, Koster, p 151.

³⁵⁵ Chardeau conclusions sur CE Section 6 mars 1953, Abbé Giloteaux, , p 120.

³⁵⁶ Sur ce point : R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », 9^{ème} éd., n° 1326.

³⁵⁷ Article 619 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civil.

B. Les exceptions : juger le jugement, c'est encore juger le litige.

La règle prohibant au juge de cassation de statuer sur des moyens non invoqués au cours des instances antérieures connaît deux exceptions. La première est justifiée par l'idée qu'il était matériellement impossible de soulever certaines questions *avant* que les juges du fond aient rendu leur décision définitive. Il s'agit de l'hypothèse où le requérant invoque un moyen tiré de l'irrégularité du jugement attaqué (1°). La seconde exception permet au juge de cassation d'apprécier la pertinence d'un moyen sur lequel la juridiction du fond aurait dû statuer, car il présentait un caractère d'ordre public (2°). Dans ces deux cas de figure, statuer sur la décision déferée revient presque à juger le litige, puisqu'au-delà du simple contrôle de l'arrêt définitif, le juge de cassation réexamine le dossier afin de vérifier si un problème n'a pas échappé aux juges du fond. La Haute assemblée refuse d'analyser des moyens nouveaux, hormis ces exceptions. Ainsi le Conseil d'Etat restreint le contrôle qu'il exerce et refuse, en particulier, de trancher les moyens présentant des questions de pur droit (3°). Les moyens par lesquels un requérant conteste la pertinence de l'arrêt attaqué, ne soulèvent que peu de difficultés et constituent une règle de bon sens, c'est pourquoi nous l'aborderons en premier. Ensuite, les moyens d'ordre public seront examinés avant de se demander pourquoi le juge suprême refuse de statuer sur les moyens de pur droit, car cette dernière question ne peut être abordée utilement qu'après avoir analysé précisément les moyens nouveaux recevables en cassation.

1°/ Les moyens tirés de l'irrégularité du jugement attaqué.

Un moyen nouveau est parfaitement recevable, en instance de cassation, s'il a pour objet de sanctionner une illégalité inhérente à l'arrêt attaqué. Il s'agit d'une règle de bon sens visant à permettre aux requérants de déférer au juge suprême des décisions viciées, dont ils n'ont pas été à même de pouvoir auparavant contester le bien-fondé. Le motif d'annulation sera, bien souvent, tiré de l'irrégularité de la procédure suivie devant la juridiction statuant en dernier ressort ³⁵⁸, ou du fait que la décision attaquée n'est pas régulière en la forme ³⁵⁹.

³⁵⁸ CE Section 14 mars 1975, Rousseau, p 194.

³⁵⁹ Ibid.

Par ailleurs, le demandeur en cassation peut, ainsi, parfaitement solliciter qu'il soit sursis à l'exécution de la décision juridictionnelle attaquée³⁶⁰. En revanche, le requérant ne peut guère solliciter du juge de cassation le sursis ou la suspension de l'acte administratif litigieux. Avant l'entrée en vigueur du Code de justice administrative, les conclusions demandant l'octroi du sursis à l'exécution de l'acte administratif qui était à l'origine du litige tranché par les juges du fond, n'étaient pas recevables en cassation³⁶¹. Le juge de cassation ne pouvait que se prononcer sur la régularité de la décision des juridictions du fond, refusant ou octroyant le sursis à exécution d'une décision administrative. Depuis le 1^{er} janvier 2001, il semble que le juge de cassation, saisi d'une requête tendant à l'annulation d'une décision ordonnant la suspension d'un acte administratif³⁶², se borne à examiner la légalité du jugement rendu en référé et n'apprécie aucunement la pertinence de l'acte administratif à l'origine du procès.

Les moyens tirés de l'illégalité de la décision contestée sont recevables, parce que le requérant n'a pas pu les soumettre aux juridictions du fond. Dans le cas contraire, les moyens de cassation concernant les irrégularités des arrêts attaqués devront avoir été présentés, préalablement, aux juges du fond, sous peine d'être déclarés irrecevables.

Ainsi, un requérant ne peut pas se prévaloir, devant le juge de cassation, de l'inimitié qu'il y aurait entre lui et un membre de la juridiction ayant rendu la décision attaquée, s'il n'a pas demandé la récusation de cette personne devant la juridiction à laquelle elle appartenait³⁶³. De même, la question de savoir si le fait que deux rapporteurs successifs aient été désignés, au cours d'une procédure d'instruction, entachait d'irrégularité la procédure suivie devant une juridiction disciplinaire, ne peut guère être soulevée pour la première fois en cassation, dès lors que la requérante avait « été avisée avant l'audience du changement de rapporteur dans un délai suffisant pour pouvoir présenter des observations sur ce point³⁶⁴ ».

³⁶⁰ Cf. l'article R 821 - 5 du Code de justice administrative. Voir par exemple : CE Section 15 avril 1966, Penne, p 261, conclusions Rigaud.

³⁶¹ Ainsi dans des conclusions relevant du contentieux fiscal, on peut lire : « Les conclusions à fin de sursis à exécution de l'avis de mise en recouvrement lui-même ne sont pas recevables puisque les conclusions à fin de sursis ne peuvent qu'être jointes à des conclusions au fond et que dans la nouvelle architecture résultant de la loi du 31 décembre 1987, vous n'êtes plus compétent pour vous prononcer, en tant que juge de cassation, directement sur une décision d'imposition », cf. conclusions J. Gaeremynck, sur CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, RFDA 1991, p 944.

³⁶² Sur le fondement de l'article L 521 - 1 du Code de justice administrative.

³⁶³ CE 19 octobre 1979, Darlet, p 380. La solution est différente si le requérant démontre qu'il existe une circonstance l'ayant empêché de demander la récusation d'un juge devant la juridiction de dernier ressort.

³⁶⁴ CE 20 mai 1994, Mme Durif, p 255.

Un requérant ne peut pas demander pour la première fois au juge de cassation l'annulation d'une décision d'une juridiction ordinaire, au motif qu'elle a été rendue à l'issue d'une audience non publique. L'intéressé aurait dû d'abord contester devant le juge disciplinaire la décision prononçant le huis clos ³⁶⁵. Enfin, un requérant ne peut pas soutenir en cassation que son désistement devant les juges du fond n'était pas authentique, dès lors qu'il a reçu en temps utile un récépissé de son désistement, et qu'il a été mis à même de le contester devant le juge d'appel ³⁶⁶. Ce moyen est irrecevable.

La jurisprudence considère qu'un moyen nouveau n'est pas recevable en cassation, si le requérant qui l'invoque a été en mesure de contester cette irrégularité, en temps utile, devant les juges du fond, mais s'est abstenu de le faire, quelle qu'en soit la raison. Il est possible d'établir un parallèle entre cette solution et les dispositions de l'article 112 du Nouveau code de procédure civile, qui prévoit que « la nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement ; mais elle est couverte si celui qui l'invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité ». Devant les deux ordres de juridictions, les irrégularités doivent, en principe, être contestées très peu de temps après qu'elles ont été accomplies, sinon elles ne pourront plus être invoquées à l'avenir.

De plus, la hiérarchie des juridictions doit être respectée. Et les moyens concernant l'irrégularité de la procédure de première instance devront d'abord être soumis au juge d'appel pour pouvoir être invoqués en cassation ³⁶⁷. Un médecin, sanctionné par les instances disciplinaires, ne peut pas valablement soutenir, pour la première fois en cassation, que la plainte à l'origine des poursuites disciplinaires ne lui avait pas été notifiée régulièrement ³⁶⁸.

Un moyen tiré de l'irrégularité de l'arrêt attaqué est recevable en instance de cassation, nonobstant sa nouveauté, à la condition que celui qui l'invoque ait été dans l'impossibilité de le soumettre aux juges statuant en dernier ressort. Il s'agit d'une exception interprétée de façon restrictive par les conseillers d'Etat. Mais la Haute juridiction examinera également une question qui n'a pas été soumise aux juges du fond, dès lors qu'elle est d'ordre public.

³⁶⁵ CE 26 juillet 1996, Ezelin, p 305.

³⁶⁶ CE 13 décembre 1993, Tshisuaka, T p 984.

³⁶⁷ CE Section 7 avril 1967, Koster, p 151. La solution est différente si le moyen invoqué par le requérant est d'ordre public.

³⁶⁸ CE 11 janvier 1980, Roujanski, p 11.

2°/ Les moyens d'ordre public.

L'ordre public en cassation est à la fois dépendant et autonome, par rapport à ce qu'il peut être devant les juridictions du fond. L'autonomie se traduit par l'idée suivante : les moyens d'ordre public soulevés au cours d'une instance de cassation ne doivent pas conduire le juge suprême à se substituer aux juridictions du fond. Mais, les conseillers d'Etat n'ont guère voulu aller plus en avant dans l'autonomie d'appréciation dont dispose le juge de cassation (a.), en la matière. En effet, la juridiction de cassation ne définit pas de manière indépendante les moyens d'ordre public qu'elle estime devoir examiner. Les moyens d'ordre public qui peuvent être invoqués en cassation, sont exactement les mêmes que ceux qui peuvent être soumis aux juges du fond. C'est en cela que l'on peut parler de dépendance conceptuelle : car l'ordre public en cassation n'est pas défini autrement que dans les autres recours juridictionnels intéressant le droit administratif, et ce, afin de maintenir l'unité de la définition de l'ordre public (b.).

a. / L'autonomie d'appréciation du juge de cassation.

Les moyens d'ordre public peuvent être soulevés d'office par le juge de cassation ³⁶⁹, ou présentés, pour la première fois devant le juge de cassation, par le requérant ³⁷⁰. Mais pour être recevables, il convient néanmoins qu'ils remplissent certaines conditions. En effet, pour être admis, ils doivent être, d'une part, manifestes au vu du dossier, et d'autre part, ils ne doivent pas impliquer une nouvelle appréciation des faits d'une affaire.

Le juge de cassation accueillera un moyen d'ordre public, si les juges du fond ont été en mesure de le soulever. C'est pourquoi ce genre de moyen doit être apparent au vu du dossier soumis aux juges du fond ³⁷¹. De toute évidence, c'est le principe selon lequel le juge de cassation juge le jugement et non le litige qui justifie cette décision. Et de ce point de vue, on ne peut s'empêcher de se demander quelle est la différence entre les moyens d'ordre public et

³⁶⁹ CE 19 mai 1961, Gianotti, p 346.

³⁷⁰ CE 29 janvier 1964, Sieur Mezergue, p 63 ; CE 8 janvier 1982, Devillechaise, T p 728.

³⁷¹ Pour des exemples d'arrêts où le Conseil d'Etat a estimé que le grief invoqué par le requérant, pour la première fois en cassation, ne ressortait pas des pièces du dossier soumis aux juges du fond, cf. : CE 1^{er} mars

les moyens normalement recevables en instance de cassation, dans la mesure où chacun doit avoir été soumis (implicitement ou explicitement) aux juges du fond ?

Sur le plan théorique, il paraît indéniable que la double condition régissant la présentation des moyens d'ordre public en cassation tend à uniformiser le régime de recevabilité des moyens déferés aux juges suprêmes, qu'ils soient ordinaires ou d'ordre public. Toutefois, il convient de nuancer la portée de ce phénomène. Il doit être assez exceptionnel qu'un moyen d'ordre public ne soit pas apparent au vu d'un dossier, et ce, eu égard à la nature même de ce genre de moyen. S'il y a eu un manquement à une règle procédurale qui est d'ordre public, l'erreur en question sera, en général, visible dans une pièce de procédure. De même, si sur le fond du droit, l'arrêt attaqué a violé une norme d'ordre public, les conseillers d'Etat en concluront que les magistrats ayant rendu cet acte auraient dû appliquer le principe pertinent. Par ailleurs, les règles d'ordre public étant essentiellement juridiques, elles ne concernent pas *stricto sensu* l'appréciation des circonstances de fait d'une espèce.

Pour ces diverses raisons, il nous semble que les restrictions encadrant la présentation des moyens d'ordre public devant le juge de cassation sont plus formelles que réelles. Et qu'à ce titre, elles impliquent un véritable réexamen du litige (au vu de toutes les pièces du dossier). Le juge suprême ne se limitant pas seulement à examiner la validité de l'acte juridictionnel contesté.

Enfin, on peut rappeler que lorsque la décision paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent présenter leurs observations ³⁷². Ce principe est toutefois tempéré par la règle suivante : lorsqu'il apparaît, au vu de la requête introductive d'instance, que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, le président de la sous-section peut décider qu'il n'y a pas lieu à instruction ³⁷³.

Malgré une certaine autonomie d'appréciation, la Haute assemblée n'a jamais voulu créer une catégorie de moyens d'ordre public qui serait spécifique à la cassation et ce, afin de préserver l'unité et l'intégrité du concept d'ordre public.

1972, Ducreux, p 179 ; CE Section 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, p 268, RFDA 1993, p 78, conclusions Le Chatelier.

³⁷² cf. article R 611-7 Code de justice administrative.

³⁷³ cf. article R 611-8 Code justice administrative.

b. / Le maintien de l'unité de la définition de l'ordre public.

Il aurait été parfaitement possible, pour le juge de cassation, de considérer que seuls certains moyens d'ordre public auraient pu être admis d'office ou pour la première fois au cours de l'instance de cassation. Il y aurait ainsi eu un *ordre public renforcé*, invocable exclusivement devant la juridiction de cassation, et qui aurait été différent de l'ordre public tel qu'il est défini devant les juges du fond. Cette solution aurait consacré la pleine autonomie de la cassation administrative et consacré l'indépendance du contrôle de cassation par rapport à certains aspects de la décision attaquée, dont on aurait estimé qu'ils étaient irrévocablement et définitivement tranchés.

Mais le Conseil d'Etat n'a pas retenu une telle solution. Et les principes d'ordre public pouvant être invoqués, au cours d'une instance de cassation, sont rigoureusement identiques à ceux qui peuvent être appliqués devant les juges du fond. De ce point de vue, l'ordre public, en cassation, est *défini par référence* à ce qui est admis dans les divers domaines du droit administratif. L'ordre public en cassation n'est pas d'une essence particulière par rapport à celle qui est invoquée devant les juridictions du fond.

Notons cependant la solution apportée par la Section du contentieux dans l'arrêt « Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre » de 2003³⁷⁴. Le juge de cassation devait trancher la question suivante : le moyen selon lequel les juges du fond ont expressément écarté un moyen d'ordre public est-il lui-même un moyen d'ordre public ?

Dans cette affaire, une association demandait au Conseil d'Etat d'annuler l'arrêt de la Cour administrative d'appel qui avait expressément considéré que la responsabilité sans faute de l'Etat n'était pas en l'espèce engagée. Or la question de savoir si la responsabilité sans faute de l'Etat est encourue est un moyen d'ordre public³⁷⁵. Comme l'ont noté MM. Donnat et Casas, le juge de cassation a estimé que « le moyen de cassation tiré de ce que le juge du fond

³⁷⁴ CE Section 30 juillet 2003, Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre, AJDA 2003, p 1815, chronique F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2004, p 144, conclusions F. Lamy, p 156, note D. Pouyaud.

³⁷⁵ F. Lamy, *op. cit.*, p 145 ; D. Pouyaud, *op. cit.*, p 160.

aurait à tort expressément écarté un moyen tiré de la responsabilité sans faute est un moyen d'erreur de droit, lequel n'est pas lui-même d'ordre public ³⁷⁶ ».

Ces auteurs ajoutent : « En d'autres termes, le fait que le moyen d'erreur de droit porte ici sur l'étendue d'une question d'ordre public explicitement écartée ne saisit pas le juge de cassation d'une question d'ordre public ³⁷⁷ ». On est amené à se demander si cet arrêt ne constitue pas un précédent qui pourrait déboucher sur une jurisprudence tendant à restreindre l'examen des moyens d'ordre public par le juge de cassation ?

Sous réserve de cette précision, l'examen de l'ordre public en cassation se confond avec l'étude de l'ordre public devant les juridictions administratives. Pour éviter l'excès de digressions, tout en analysant pleinement le recours en cassation, nous aborderons, mais sans rechercher à être exhaustif, les différents types de situations où le juge de cassation peut être conduit à sanctionner une décision pour non-respect d'une norme d'ordre public.

De ce point de vue, il est possible de distinguer deux types de moyens d'ordre public, d'une part, les moyens qui peuvent être invoqués dans toutes les catégories de contentieux, et d'autre part, les moyens qui relèvent uniquement de certains contentieux particuliers. Les premiers apparaissant plus généraux que les seconds, car ils peuvent être utilement invoqués dans tous les litiges soumis à la juridiction de cassation. En revanche, les seconds ne relèvent que de certaines matières (contentieux contractuel, de la responsabilité, etc.), et ne peuvent guère être invoqués en dehors de celles-ci. Nous examinerons les moyens généraux avant ceux qui sont spécifiques à certaines matières.

Les moyens présentant un certain seuil de généralité régissent soit le droit procédural, soit le droit substantiel.

En matière d'ordre public procédural, le juge de cassation sanctionnera les décisions rendues par une juridiction incompétente, ou des actes pris en méconnaissance de certaines règles de procédure. Ainsi, une juridiction doit être composée régulièrement pour statuer valablement³⁷⁸

³⁷⁶ F. Donnat et D. Casas, op. cit., p 1816.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ CE 19 mai 1961, Gianotti, p 346. Dans cette affaire une juridiction avait siégé dans une composition qui n'était pas conforme aux dispositions qu'elle devait respecter.

et elle doit remplir sa mission juridictionnelle ³⁷⁹. De même, un requérant peut soutenir devant le juge de cassation que la juridiction disciplinaire de première instance qui l'a sanctionné n'avait pas été saisie d'une plainte régulière déposée contre lui. Or la règle selon laquelle la saisine du juge disciplinaire est subordonnée au dépôt d'une plainte émanant d'une structure ou personne intéressée, revêt un caractère d'ordre public, dont l'examen ne comporte aucune appréciation de fait ³⁸⁰. Enfin, le juge de cassation vérifiera si la demande est recevable, c'est-à-dire si elle fut introduite dans les délais ou par une personne habilitée. Une plainte disciplinaire ne peut pas être introduite par une personne non qualifiée ³⁸¹.

En ce qui concerne les hypothèses où le fond d'une décision méconnaît une règle d'ordre public, trois questions méritent d'être tout particulièrement abordées, car elles paraissent présenter un intérêt singulier, au regard de l'étude de la cassation administrative : il s'agit des problèmes soulevés par la détermination du champ d'application d'une loi (1°), par l'application des lois d'amnistie (2°) et par les conséquences à tirer d'une annulation pour excès de pouvoir (3°).

1°) - Un moyen est particulier au contentieux administratif. Il vise à sanctionner les mesures qui sont prises à tort sur le fondement d'une loi, car elles n'entrent pas dans son champ d'application. La décision attaquée applique une norme, alors que cette dernière n'était pas applicable dans les circonstances de l'affaire. Il peut y avoir méconnaissance du champ d'application d'une loi en raison de circonstances de temps ou de lieu (non-applicabilité dans le temps ou l'espace) ou parce qu'une condition d'application quelconque n'existait pas.

Deux conditions doivent être réunies pour que le juge administratif ait l'obligation de soulever d'office un moyen tiré du non-respect du champ d'application de la loi. D'abord, le moyen ne doit pas démontrer qu'il y a une simple violation de la loi, mais qu'il y a inapplicabilité de celle-ci. Ensuite, le juge ne peut pas statuer sur les moyens dont il est saisi sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi ³⁸².

³⁷⁹ CE 6 octobre 1995, Hassini, T p 994.

³⁸⁰ CE 8 janvier 1982, Devillechaise, T p 728.

³⁸¹ Ibid.

³⁸² cf. A. Bernard conclusions sur CE Section 21 mars 1958, Delteil p 197.

En matière fiscale, le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer, à propos de la rétroactivité *in mitius*, que « dès lors qu'une contestation propre aux pénalités a été présentée au juge de l'impôt, il appartient à celui-ci d'examiner d'office s'il y a lieu de faire application de la loi répressive nouvelle plus douce. Dans cette hypothèse, en effet, il ne pourrait statuer sur le moyen dont il est saisi, sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi dans le temps. Pour déterminer la loi applicable à la pénalité contestée devant lui, le juge de l'impôt doit, comme juge de plein contentieux, se placer à la date à laquelle il statue ³⁸³ ».

Dans le domaine de la fiscalité des personnes, le juge de l'impôt doit vérifier d'office la qualification des revenus imposables. Ainsi, même si les parties au litige sont d'accord pour penser qu'une somme n'entre pas dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux, cette qualification constitue un moyen d'ordre public, que les magistrats ont l'obligation d'examiner d'office ³⁸⁴.

Le moyen tiré de la violation du champ d'application de la loi repose sur l'idée qu'il est possible de distinguer entre l'inapplicabilité et l'illégalité d'un texte. Or il est parfois difficile de délimiter la frontière séparant ces deux notions. C'est tout particulièrement le cas lorsqu'une norme de droit interne paraît inapplicable, parce qu'incompatible avec une règle internationale.

Mais le Conseil d'Etat a refusé de considérer que la question de la compatibilité d'un règlement national, avec les objectifs d'une directive communautaire, constituait un moyen tiré du champ d'application de la loi ³⁸⁵. Et le moyen tiré de ce qu'un texte de droit national serait incompatible avec une directive communautaire, ne peut pas être soulevé pour la première fois devant le juge de cassation. Ce genre de moyen n'est pas d'ordre public ³⁸⁶.

³⁸³ CE Section (avis) 5 avril 1996, Houdmond, p 116.

³⁸⁴ CE 25 mars 1991, M. Yaffi, DF 1991, N° 41, comm. 1846, conclusions M-D. Hagelsteen.

³⁸⁵ CE Section 11 janvier 1991 Société Morgane, p 9 ; RFDA 1991, p 652, conclusions M-D. Hagelsteen ; AJDA 1991, note E Honorat et R Schwartz, p 111.

³⁸⁶ CE 28 juillet 1993, Bach, p 237.

Cette jurisprudence n'est sans doute pas très cohérente, si l'on songe qu'un texte contraire à une norme internationale est illégal et en conséquence, ne devrait pas être applicable ³⁸⁷. Par ailleurs, il n'est peut-être pas superflu de souligner que la Cour de justice des Communautés européennes considère que le juge national est parfois tenu d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été soulevée par les parties à l'instance ³⁸⁸.

2°) - Le juge de cassation est souvent appelé à statuer sur la légalité des décisions rendues par des instances disciplinaires. A l'occasion de ce genre de pourvoi, il est fréquemment soutenu par la personne sanctionnée que les faits litigieux ont été amnistiés par le législateur. Sur le plan théorique, ce phénomène est très certainement regrettable dans la mesure où il consacre une confusion entre la répression purement disciplinaire (tendant à la répression des actes contraires à la déontologie d'une profession) et le droit pénal ³⁸⁹ (qui a pour finalité de sanctionner les comportements considérés comme socialement défectueux commis par tout individu).

Pour la Haute juridiction administrative, les dispositions des lois d'amnistie sont d'ordre public ³⁹⁰. Et une juridiction disciplinaire qui a infligé une sanction, postérieurement à l'entrée en vigueur d'une loi d'amnistie, « a implicitement mais nécessairement refusé à l'intéressé le bénéfice de l'amnistie ³⁹¹ ».

On a pu se demander quelle devait exactement être la portée des lois d'amnistie et jusqu'à quel point le juge suprême devait veiller à ce qu'elle soient correctement appliquées.

³⁸⁷ Sur cette question, cf. M-D. Hagelsteen, conclusions précitées sur l'arrêt « SA Morgane », RFDA 1991, p655 : « on se trouve en présence d'un moyen tiré du champ d'application de la loi dès lors qu'est en cause l'application d'un texte légalement inapplicable, quel que soit le motif de cette inapplicabilité. Or, il est bien clair qu'un *texte illégal* n'est pas applicable ».

³⁸⁸ CJCE 14 décembre 1995, (2 affaires), Peterbroeck (C-312/93) et Van Schijndel (C-430/93) ; AJDA 1996, p 276, obs. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues.

³⁸⁹ Sur cette question voir par exemple : « L'amnistie en matière disciplinaire. » Debbasch, D 1963, chronique, p259 et suivantes.

³⁹⁰ CE 20 mai 1955, Sieur Chabert, p 270.

³⁹¹ CE 15 décembre 1993, Pham, T p 1001. Le juge disciplinaire qui a prononcé une sanction, mais qui a omis de se prononcer expressément sur le bénéfice d'une loi d'amnistie, ne peut pas être saisi à nouveau de la question de savoir si les faits qui étaient à l'origine de la sanction ont été amnistiés. Sur ce point, cf. CE 30 juin 1993, Maitrot, T p 981.

A ce sujet, M. le commissaire du gouvernement Kessler a eu l'occasion d'affirmer dans l'affaire « Conseil départemental de l'Ordre des médecins du Nord contre M. Gueniot » de 1994 :

« Nous ne croyons pas que l'amnistie soit un bloc. Si son examen est un devoir pour le juge, nous pensons qu'il faut distinguer le principe de son application et les conditions de son application. En la matière, l'ordre public n'est pas réversible. La circonstance que le juge ait à tort appliqué la loi d'amnistie n'échappe évidemment pas aux catégories traditionnelles de l'erreur de fait, de droit ou de qualification juridique. Ainsi, dès qu'il vérifie si les faits sont contraires à l'honneur ou à la probité, le juge de cassation est tenu par l'appréciation souveraine qu'ont opérée les juges du fond et vous jugez qu'en vérifiant si les faits sont contraires à l'honneur ou à la probité, le juge opère une qualification juridique. Vous reconnaître le pouvoir de soulever d'office le moyen tiré de ce qu'une juridiction ait à tort, selon vous, déclaré des faits amnistiés ou, au contraire, qu'elle ait à tort déclaré des faits contraires à l'honneur, en les qualifiant comme tels, reviendrait à accroître de façon importante les pouvoirs du juge de cassation. Une chose est d'appliquer la loi, qui est d'ordre public, d'office. Vérifier les conditions de son application est autre chose³⁹². »

M. le commissaire du gouvernement Kessler, proposait de rejeter la requête au motif que « le conseil départemental ne peut pas pour la première fois en cassation, alors qu'il ne l'a pas fait lors du débat devant les juges du fond, soutenir que les faits reprochés au docteur Gueniot sont contraires à l'honneur³⁹³ ». Mais la Section du contentieux n'a pas suivi son commissaire du gouvernement sur ce point.

Le juge de cassation n'a pas voulu restreindre le contrôle qu'il exerce sur les lois d'amnistie. Le Conseil d'Etat a préféré aborder le fond de l'affaire. Il a récapitulé l'ensemble des circonstances pertinentes du dossier et a conclu que « l'ordre des médecins n'a pas fait une inexacte application de la loi [d'amnistie] susvisée³⁹⁴ ». La loi d'amnistie est donc un *bloc* et le juge suprême examinera, même d'office, si ces dispositions ont été régulièrement appliquées.

³⁹² D. Kessler, conclusions sur CE Section, 18 mars 1994, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord c/ M. Gueniot, RFDA 1995, pp 668 et 669.

³⁹³ D. Kessler, conclusions précitées, in RFDA 1995, p669. Dans cette affaire, l'auteur du recours en cassation avait été mis en cause lors de l'instance d'appel, mais n'avait pas produit de mémoire.

³⁹⁴ CE Section, 18 mars 1994, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord c/ M. Gueniot, RFDA 1995, p 671. Il s'agissait de la loi n°88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie.

3°) - Lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule un acte administratif, cette décision juridictionnelle produit un effet *erga omnes*. L'autorité de la chose jugée s'attache non seulement au dispositif de ce jugement, mais également aux motifs qui en sont le support nécessaire. Les conseillers d'Etat ont estimé que l'autorité de la chose jugée par une décision prononçant une annulation pour excès de pouvoir est d'ordre public. En conséquence, le moyen tiré de ce qu'une mesure administrative a été prise en application d'un texte annulé ou si elle a été adoptée afin de faire échec à une décision rendue par le juge de l'excès de pouvoir, peut être invoqué, pour la première fois, devant le juge de cassation ou même soulevé d'office par celui-ci ³⁹⁵.

Mais le juge n'a pas la possibilité de soulever d'office un moyen qui serait tiré de la violation d'une décision ne produisant que des effets *inter partes*. En effet, les décisions juridictionnelles, qui sont revêtues de l'autorité relative de la chose jugée, ne sont pas d'ordre public ³⁹⁶.

Le moyen d'ordre public tiré de la violation de l'autorité absolue de la chose jugée présente un intérêt théorique dans la mesure où il est spécifique au contentieux administratif. Il est évidemment rare, en pratique, que le Conseil d'Etat soit saisi de ce genre de problème. On pourrait toutefois imaginer que cela puisse être le cas si une décision émanant du juge de l'excès de pouvoir soulevait une quelconque difficulté d'interprétation. Dans ce cas, le juge de cassation pourrait être conduit à déterminer s'il a été porté atteinte à ce jugement ambigu. Mais il s'agit d'une situation éminemment marginale. Et il est plus fréquent que la Haute juridiction statue sur un moyen d'ordre public relevant d'un domaine particulier du droit public.

De nombreux moyens d'ordre public sont spécifiques à certains types de contentieux. Ils ne relèvent que de certains domaines du droit administratif. Ces moyens n'intéressant qu'indirectement l'étude du recours en cassation, nous nous limiterons à citer un exemple particulièrement significatif.

³⁹⁵ CE 4 octobre 1972, SCI de construction des 5 et 5 bis rue des Chalets à Bourges, p 598. Cet arrêt fut rendu par le Conseil d'Etat statuant en tant que juge de l'excès de pouvoir, au cours d'une instance d'appel ; mais rien n'empêche de transplanter le raisonnement suivi dans cette affaire, en matière de recours en cassation.

³⁹⁶ CE 26 mars 1971, Devillers, p 259.

Dans le domaine du contentieux de la responsabilité, le principe selon lequel une personne publique ne peut pas être tenue de payer une somme qu'elle ne doit pas, est d'ordre public. En effet, le Conseil d'Etat estime qu'une « collectivité publique ne pouvant être condamnée à verser une somme qu'elle ne doit pas, il appartient au juge administratif à qui une telle condamnation est demandée, de soulever d'office, lorsque cela ressort des pièces du dossier, que le préjudice invoqué a déjà été, en tout ou partie, indemnisé par un tiers ³⁹⁷ ».

Ainsi, le juge de cassation peut constater, qu'au vu du dossier, la réalité du préjudice allégué par une partie est contestable, et qu'en conséquence, la responsabilité de la puissance publique pouvait n'être pas engagée ³⁹⁸. Dans ce cas l'arrêt attaqué, qui condamnait l'Etat à payer une indemnité, est annulé.

Le Conseil d'Etat juge de cassation dispose de pouvoirs importants pour apprécier certaines questions, concernant le fond des dossiers qui lui sont soumis, et ce, alors même que ces dernières n'avaient pas été présentées aux juridictions du fond. Néanmoins, la Haute assemblée n'a jamais souhaité admettre, ce qui peut paraître paradoxal si l'on pense qu'un juge de cassation ne juge une affaire qu'en droit, la recevabilité des moyens nouveaux ne soulevant que des questions de pur droit.

3°/ Le refus d'examiner les moyens de pur droit.

L'article 619 du Nouveau code de procédure civile dispose que les moyens de pur droit peuvent être invoqués pour la première fois devant la Cour de Cassation. Cette dernière peut même relever d'office un moyen de pur droit ³⁹⁹.

A ce sujet, M. le commissaire du gouvernement Kessler a pu rappeler, à l'occasion de l'affaire « Cohen » de 1994 : « Dans nos conclusions devant l'Assemblée du contentieux sur l'affaire Milhaud, nous avons, au contraire, proposé l'introduction de ce concept dans l'arsenal du droit public dans la mesure où il nous paraissait élargir utilement les pouvoirs du

³⁹⁷ CE (avis) 15 octobre 1993, Jezequel et Vallée, p 280.

³⁹⁸ CE Section 25 janvier 1995, Commune de Simiane-Collongue, p 40 ; DA 1995, commentaires 103.

³⁹⁹ Article 620 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile.

juge de cassation tout en conservant les limites strictes dans lesquelles la cassation doit se tenir. Votre Assemblée ne nous [a] pas suivi sur ce point ⁴⁰⁰ ».

Pour la Haute juridiction administrative, un moyen de pur droit ne peut pas être soulevé d'office par un juge. Cette attitude n'est pas nouvelle : d'ailleurs, dans une décision rendue par l'Assemblée du contentieux le 12 octobre 1979 ⁴⁰¹, une disposition réglementaire qui aurait autorisé le juge judiciaire à relever d'office les moyens de pur droit, sans l'obligation de respecter le principe du respect du contradictoire, fut annulée, au motif qu'il apportait « à ce principe des limitations illégales ⁴⁰² ». Mais dans cette dernière hypothèse, il est vrai, il était porté atteinte au principe du contradictoire.

Devant le Conseil d'Etat, la prohibition des moyens du pur droit peut se comprendre par l'idée suivante. En effet, en matière de contentieux objectif, l'admission de cette solution comporterait des conséquences fâcheuses, puisque l'enjeu du litige repose essentiellement sur la confrontation de deux normes. Admettre, en matière d'excès de pouvoir, que les parties puissent présenter devant le juge de cassation des moyens de pur droit, reviendrait à vider de toute substance le principe prohibant en ce domaine la présentation des moyens nouveaux en cassation, dans la mesure où, dans un contentieux objectif, les mémoires des parties soulèvent des questions principalement, voire purement juridiques. Les arguments pertinents étant bien souvent de pur droit, on comprend aisément qu'ils ne puissent guère être recevables, en instance de cassation, afin d'éviter de transformer le juge suprême en un nouveau degré de juridiction.

Mais il en va différemment dans les contentieux subjectifs : il convient alors de concilier les droits et obligations d'au moins deux parties ayant des intérêts divergents. Dans cette hypothèse, il ne serait pas toujours inutile de pouvoir déférer au juge de cassation un moyen de pur droit, qui ne serait pas d'ordre public, mais présenterait un intérêt particulier dans la résolution d'un cas.

Certes, il ne serait sans doute guère aisé de restreindre la recevabilité des moyens de pur droit aux seules questions intervenant en matière de contentieux subjectif. Car cela poserait le

⁴⁰⁰ D. Kessler, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 18 mars 1994, Caisse nationale d'assurance maladie c/ M. Cohen, RFDA 1995, p 665.

⁴⁰¹ CE Ass. 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, p 371.

⁴⁰² Ibidem.

problème de trouver une définition opérationnelle permettant de distinguer efficacement contentieux objectif et subjectif. On sait, en effet, qu'un litige subjectif (visant par exemple à déterminer si tel agissement est susceptible de constituer une faute) peut parfaitement impliquer l'appréciation d'une question de droit objectif (l'autorité administrative en cause pouvait-elle valablement adopter l'acte à l'origine du préjudice dont il est demandé indemnisation ?). Mais de telles difficultés ne sont certainement pas insurmontables. Dans une approche *de lege ferenda*, on pourrait envisager que le législateur ou le Conseil d'Etat puissent admettre que les moyens de pur droit sont recevables en cassation, dans la mesure où ils ne concernent pas *stricto sensu* l'appréciation de la validité d'une norme.

Admettre la recevabilité des moyens de pur droit, chaque fois que les parties se bornent à contester des questions qui sont étrangères à l'appréciation de la validité d'une norme, permettrait au juge de cassation de se prononcer sur des questions juridiques qui pourraient être importantes, sans se soucier de la question de savoir si les juges du fond en furent préalablement saisis. Evidemment, une telle solution entraînerait une extension du domaine où le juge de cassation interviendrait pour juger directement le litige et non simplement le jugement. Mais cet accroissement des pouvoirs du juge suprême s'inscrit très exactement dans ce que doit être la mission de la Haute assemblée : une juridiction statuant sur des questions juridiques importantes. Il n'y aurait donc aucune dénaturation du rôle dont sont investis les conseillers d'Etat.

La définition du périmètre de ce qui peut faire l'objet de la controverse judiciaire, au cours de l'instance de cassation, permet d'exclure du contrôle de cassation toute une série de questions, quelle que puisse être, par ailleurs, leur pertinence. Et c'est sans doute le grand inconvénient du filtre classique. Qu'il s'agisse des règles de recevabilité des requêtes ou de celles régissant la présentation des moyens, ces restrictions à l'exercice du recours en cassation n'abordent nullement la question de savoir si un pourvoi est sérieux ou non. En effet, le filtre classique n'examine pas si un recours a des chances sérieuses d'aboutir à l'annulation de la décision attaquée, il ne permet guère non plus de retenir des affaires pouvant présenter un intérêt sérieux pour l'édification du droit jurisprudentiel.

La gageure du législateur de 1987 fut d'essayer d'instituer une procédure tendant à remédier à cette situation. Il s'agissait d'établir en quelque sorte un filtre intelligent, qui puisse permettre aux conseillers d'Etat d'évacuer les dossiers ne présentant pas un seuil de sérieux suffisant, en application d'une procédure rapide, sinon expéditive. Ce fut l'objectif de la procédure d'admission : véritable filtre moderne, venant s'ajouter à l'ancien, il est conçu pour améliorer le fonctionnement du Conseil d'Etat.

Section 2 – Le filtre moderne: la procédure d’admission.

Conçue pour permettre un filtrage des requêtes, tout en protégeant les droits des requérants, l’instance d’admission poursuit des objectifs contradictoires. Elle veut, tout à la fois, limiter efficacement les saisines non justifiées, protéger les intérêts légitimes des plaideurs et ne pas rallonger les délais de procédure. La Haute assemblée souhaiterait régler le contentieux de l’admission rapidement et efficacement, mais dès son instauration, ce filtre présente une ambiguïté. En effet, la procédure d’admission repose sur un paradoxe : elle permet au Conseil d’Etat d’adopter une décision juridictionnelle sur une procédure par essence non juridictionnelle. L’article L 822-1 du Code de justice administrative dispose que la décision refusant l’admission est une décision juridictionnelle. Cependant le pouvoir réglementaire, qui est compétent pour organiser l’instance d’admission ⁴⁰³, a institué une procédure ne respectant pas certains principes fondamentaux que les actes juridictionnels doivent respecter. Ainsi par exemple, la procédure d’admission n’est pas une procédure contradictoire. Il est indéniable que la procédure d’admission a des points communs avec les procédures juridictionnelles et c’est sans doute la raison pour laquelle elle est présumée ou réputée telle (§1.). Néanmoins, en l’absence de certains éléments cruciaux, il paraît en fait difficile d’attribuer une nature *réellement* juridictionnelle à la procédure d’admission (§2.). Nous aborderons successivement les ressemblances, puis les divergences entre l’instance d’admission et ce que l’on est en droit d’attendre d’une procédure contentieuse, afin d’analyser en quoi le filtre de l’article L 822-1 du Code de justice administrative n’est finalement pas assimilable à une instance juridictionnelle.

§1. Une procédure réputée juridictionnelle.

Toutes les juridictions disposent de procédures permettant de rayer rapidement du rôle des affaires devenues sans objet. Ainsi, dans le cadre de la cassation administrative, « lorsque le pourvoi devient sans objet avant son admission, le président de la sous-section peut constater

⁴⁰³ Cf. les articles R 822-1 et suivants du Code de justice administrative.

par ordonnance qu'il n'y a pas lieu d'y statuer⁴⁰⁴ ». Le législateur de 1987 est allé plus loin, instituant une véritable procédure permettant d'apprécier la pertinence et l'opportunité d'un recours. C'est en vertu de l'article 11 alinéa 1^{er} de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, qu'il fut décidé que « le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux ». Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées à l'article L 822 - 1 du Code de justice administrative⁴⁰⁵.

Dans un premier temps, la procédure d'admission fut organisée par le décret n° 88 - 905 du 2 septembre 1988, qui modifiait le décret n° 63 - 766 du 30 juillet 1963 relatif au Conseil d'Etat⁴⁰⁶. Mais, presque dix ans après, cette procédure initiale fut remplacée par celle instituée par les dispositions du décret n° 97 - 1177 du 24 décembre 1997. Ces dernières sont aujourd'hui reprises aux articles R 822-1 et suivants du Code de justice administrative.

La procédure d'admission a pour finalité de permettre une « gestion intelligente du stock⁴⁰⁷ » dès l'enregistrement des affaires, en évitant de rallonger les délais de procédure. Sur le plan pratique, la procédure d'admission paraît filtrer efficacement les pourvois en cassation. Ainsi entre 1992 et 1994, à peu près 30 % des pourvois sont admis⁴⁰⁸, et la procédure semble durer « entre un et cinq mois⁴⁰⁹ ».

La procédure d'admission paraît juridictionnelle pour deux raisons. Tout d'abord, elle est mise en œuvre par des conseillers d'Etat, ce qui est un élément formel qui tend à établir une similitude entre le contentieux de l'admission et les instances juridictionnelles devant le Conseil d'Etat. Ensuite, la décision de refus d'admission peut être contestée comme un acte juridictionnel : cet acte peut être contesté comme s'il s'agissait d'une décision de justice. Nous aborderons ces deux points successivement.

⁴⁰⁴ Cf. l'article R 822 - 5 alinéa 2 du Code de justice administrative.

⁴⁰⁵ L. Keller, « La procédure d'admission des pourvois en cassation devant la Conseil d'Etat », in « Le nouveau juge administratif des référés », sous la direction de P. Wachsmann, Presses Universitaires de Strasbourg, 2002, p 185. Une procédure similaire a été introduite devant la Cour de Cassation par la loi n°2001-539 du 25 juin 2001 : cf. l'article L 131-6 du Code de l'organisation judiciaire.

⁴⁰⁶ Décret portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n°45 - 1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

⁴⁰⁷ B. Martin-Laprade, « Le « filtrage » des pourvois et les « avis » contentieux. », AJDA 1988, p 85.

⁴⁰⁸ E. Douat, « Cassation. », Juris-Classeur Administratif, Fascicule 1106, p 12 et s.

⁴⁰⁹ E. Douat, op. cit. p 12.

L'autorité exécutive avait initialement prévu, en 1988, l'instauration d'une commission d'admission des pourvois en cassation. Cette dernière fut supprimée en 1997 et dorénavant, chaque formation de jugement statue elle-même sur la question de savoir si une requête est admissible en cassation. Il est, cependant, indéniable que, dans l'une ou l'autre de ces procédures, le contentieux de l'admission était entièrement contrôlé par les magistrats du Palais - Royal. Nous examinerons d'abord les règles instituées en 1988, puis nous verrons en quoi elles furent modifiées en 1997.

A l'origine, la commission d'admission des pourvois en cassation était une formation spéciale au sein de la Section du contentieux, qui était chargée de filtrer les pourvois. Elle comprenait un président, un président suppléant et des assesseurs choisis parmi les conseillers d'Etat en service ordinaire. Des conseillers d'Etat en service ordinaire, des maîtres des requêtes et des auditeurs lui était affectés en qualité de rapporteurs ⁴¹⁰.

Dès qu'un pourvoi en cassation était présenté au Conseil d'Etat, le secrétaire de la Section du contentieux le transmettait au président de la commission d'admission pour examen ⁴¹¹. Le président de la commission ou l'un de ses assesseurs, pouvait :

- Soit transmettre le pourvoi au président de la Section du contentieux, afin qu'il soit procédé à son instruction dans les conditions ordinaires. Dans cette hypothèse, le recours était considéré comme suffisamment sérieux pour ne pas être soumis à la commission. Le requérant était avisé de cette transmission.

- Soit soumettre l'affaire à l'examen de la commission, s'il apparaissait que l'admission pouvait être refusée ⁴¹².

Lorsque la commission examinait les dossiers qui lui était soumis, elle était composée de trois membres, ayant voix délibérative : le président (ou le président suppléant), un assesseur et un rapporteur ⁴¹³. Un commissaire du Gouvernement donnait ses conclusions sur chaque affaire ⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Article 28 - 1 du décret n° 63 - 766 du 30 juillet 1963, issu du décret n° 88 - 905 du 2 septembre 1988.

⁴¹¹ Article 57 - 3 du décret du 30 juillet 1963, modifié par le décret n° 88 - 905 précité.

⁴¹² Article 57 - 4 du décret du 30 juillet 1963, modifié par le décret n° 88 - 905 précité.

⁴¹³ Article 57 - 5 du décret 30 juillet 1963, modifié par le décret n° 88 - 905 précité.

⁴¹⁴ Article 57 - 6 alinéa 2 du décret du 30 juillet 1963, modifié par le décret n° 88 - 905 précité.

Une fois que la commission était saisie, un rapporteur était chargé de rédiger une note sur la recevabilité du pourvoi, et le cas échéant, il écrivait le projet de décision refusant l'admission. Le dossier était ensuite instruit par un assesseur : remplissant la fonction de réviseur, il exprimait un avis. Puis c'était, à nouveau, au président de la commission de décider s'il fallait transmettre le dossier en séance publique de la commission ou, au contraire, l'envoyer au président de la Section du contentieux afin qu'il soit procédé à l'instruction du recours. Si, finalement, il était décidé d'envoyer l'affaire devant une audience de jugement de la commission, il y avait transmission du dossier à un commissaire du Gouvernement. Ce dernier préparait alors ses conclusions sur le dossier ⁴¹⁵.

Les séances de la commission étaient publiques et le requérant était averti du jour de la séance. Les avocats aux conseils étaient admis à présenter des observations orales ⁴¹⁶. Finalement, la commission délibérait et décidait d'admettre ou non le pourvoi. S'il y avait refus d'admission, cette décision juridictionnelle était notifiée au requérant ⁴¹⁷.

En 1997, le pouvoir règlementaire a, d'une part, supprimé la commission d'admission et, d'autre part, procédé à une simplification de la procédure d'admission ⁴¹⁸.

Les formations de jugements sont maintenant seules compétentes pour admettre ou rejeter les recours ⁴¹⁹. Cette mesure tend à renforcer les droits accordés aux personnes exerçant un recours en cassation. Les pourvois en cassation présentés au Conseil d'Etat sont répartis entre les dix sous-sections de la Section du contentieux. C'est le président de la Section du contentieux qui procède à la répartition des affaires entre les sous-sections.

⁴¹⁵ Cette procédure est minutieusement détaillée dans l'ouvrage de MM. J. Massot et O. Fouquet « Le Conseil d'Etat, juge de cassation. », Berger-Levrault, L'administration nouvelle, 1993, au point n° 0040.

⁴¹⁶ Article 57 - 6 alinéa 1^{er} du décret du 30 juillet 1963, modifié par le décret n° 88 - 905 précité.

⁴¹⁷ Article 57-7 du décret du 30 juillet 1963, modifié par le décret n° 88-905 précité.

⁴¹⁸ C'est l'apport du décret n° 97 - 1177 du 24 décembre 1997, actuellement codifié aux articles R 822 - 1 et suivants du Code de justice administrative.

⁴¹⁹ Dès 1988, R. Chapus s'était déclaré favorable à ce que le contentieux de l'admission soit attribué aux sous-sections et non à une sous-section spécialisée ou à une commission ad hoc. L'auteur notait que « l'attribution de la compétence aux diverses sous-sections permettrait de tirer profit de leurs spécialisations respectives : familiarisées avec des contentieux déterminés, elles se prononceraient plus vite et plus sûrement, sinon sur l'irrecevabilité (...), du moins sur l'absence de moyen sérieux des recours relevant des contentieux dont elles ont habituellement à connaître », cf. « Les aspects procéduraux. », AJDA 1988, p 97.

Le caractère juridictionnel de la décision refusant l'admission ⁴²⁰ entraîne deux conséquences, affectant la manière dont il est possible de contester ce genre d'acte. En premier lieu, la décision de refus d'admission a l'autorité de la chose jugée. Celle-ci fait obstacle à ce qu'un requérant réitère, par la voie de conclusions incidentes ou provoquées, pour une cause juridique identique, une demande tendant à l'annulation d'un arrêt d'une Cour administrative d'appel ⁴²¹.

En second lieu, la décision juridictionnelle de refus d'admission qui est notifiée au requérant est susceptible de faire l'objet d'un recours en rectification d'erreur matérielle ou d'un recours en révision ⁴²². Le premier de ces recours ne peut pas être utilement mis en œuvre pour rectifier les appréciations juridiques contenues dans la décision refusant l'admission : si le juge de l'admission a estimé qu'un pourvoi n'était pas sérieux, au sens de l'article L 822 - 1 du Code de justice administrative, le juge de la rectification des erreurs matérielles n'examinera pas le bien-fondé de cette solution ⁴²³. En revanche, un acte refusant l'admission est entaché d'une erreur matérielle, s'il considère comme non sérieux, un moyen non soulevé par le requérant et qu'il ne répond pas aux moyens figurant dans les écritures de ce dernier ⁴²⁴. Il y a également erreur matérielle, lorsque le juge de l'admission se trompe sur l'objet d'une requête et l'analyse, à tort, comme tendant à l'annulation d'une décision de la Commission des recours des réfugiés, alors qu'en réalité elle est dirigée contre une ordonnance par laquelle le président d'une Cour administrative avait statué sur une demande visant à obtenir une pension de réversion ⁴²⁵.

Les personnes dont les pourvois ne furent pas admis, peuvent également intenter un recours en révision, sur le fondement de l'article R 834 - 1 du Code de justice administrative ⁴²⁶. Le recours en révision est normalement dirigé contre une « décision contradictoire du Conseil d'Etat ⁴²⁷ ». Or l'acte refusant l'admission ne fut pas rendu au terme d'une procédure

⁴²⁰ Voir les articles L 822 - 1 et R 822 - 3 du Code de justice administrative.

⁴²¹ CE 16 mai 1994, Société Arcus Air Logistic, T p 1153.

⁴²² Article R 822 - 3 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative. La rédaction de cet article exclut toute autre voie de recours.

⁴²³ CE 9 avril 1993, Mme Baudoin, T p 989.

⁴²⁴ CE 22 juillet 1994, Mme Fares, p 362 et T p 1153.

⁴²⁵ CE 31 mai 1995, Mme Salah Ben Ouali, T p 1009.

⁴²⁶ Cet article prévoit trois cas d'ouverture : 1° si la décision attaquée a été rendue sur de fausses pièces ; 2° si une pièce décisive était retenue par l'adversaire du requérant ; 3° s'il y a eu violation des règles relatives à la composition des formations de jugement, à la tenue des audiences ou à la forme et au prononcé des décisions.

⁴²⁷ Article R 834 - 1 du Code de justice administrative.

contradictoire ⁴²⁸. Il s'agit donc d'une hypothèse exceptionnelle : le recours en révision contre une décision non contradictoire. En outre, il a été jugé que le requérant en révision ne peut pas utilement soutenir que son adversaire a procédé à la rétention d'une pièce décisive, dès lors que la partie adverse n'a pas eu communication du pourvoi et qu'elle n'a pas été invitée à produire les documents en cause. Dans ces conditions, les pièces ne sauraient être regardées comme ayant été retenues par la partie adverse ⁴²⁹.

Lorsque la formation de jugement ne refuse pas l'admission du pourvoi, il est procédé à l'instruction de l'affaire dans les conditions ordinaires. Le requérant en est avisé ⁴³⁰. Le cas échéant, lorsque les conclusions d'un pourvoi en cassation sont assorties de conclusions à fin de sursis à exécution, le président de la sous-section peut, s'il y a lieu, rejeter ces dernières conclusions sans instruction. Dans le cas contraire, les conclusions à fin de sursis sont instruites par la sous-section dans les conditions habituelles ⁴³¹.

Les formations du jugement disposent d'une très grande liberté pour apprécier si un pourvoi mérite d'être admis en cassation. Cette décision ne pourra être utilement contestée, dans la majorité des cas, que si une erreur matérielle a été commise. Mais en toute hypothèse, une fois que le refus d'admission est prononcé, les motifs juridiques, qui en sont le support nécessaire (ie : la cause d'irrecevabilité ou l'absence de sérieux des moyens), ne pourront plus être rediscutés. La seule vraie garantie offerte aux justiciables réside dans l'expérience des conseillers d'Etat et leur faculté à anticiper les chances de succès d'un recours. Cela permet d'assurer aux justiciables que leurs pourvois seront triés de manière sérieuse, mais est-ce vraiment suffisant pour conférer une nature juridictionnelle à la procédure d'admission ?

⁴²⁸ Voir infra les développements consacrés à l'absence de procédure contradictoire, dans le cadre du contentieux de l'admission, p 143.

⁴²⁹ CE 1^{er} décembre 1997, Me Guillemonat et Farrel, T p 1043.

⁴³⁰ Cf. article R 822 - 3 alinéa 2 du Code de justice administrative.

⁴³¹ Article R 822 - 4 du Code de justice administrative.

§2. Une procédure en réalité non juridictionnelle.

Malgré les termes de l'article L 822 - 1 du Code de justice administrative, où il est affirmé que la décision refusant l'admission a une nature juridictionnelle, force est de constater que le contentieux de l'admission n'est pas jugé en application d'une procédure conférant aux diverses parties au litige suffisamment de garanties formelles. Le droit public français a depuis fort longtemps admis qu'il existait un lien entre la notion d'acte juridictionnel et l'exigence d'un seuil élevé de garanties d'ordre procédural. Admettre qu'une décision puisse être juridictionnelle en l'absence de garanties essentielles revient à battre en brèche ce que la doctrine a appelé le critère formel de définition de la décision de justice.

Au-delà de l'opération intellectuelle consistant à requalifier l'acte rendu sur le fondement de l'article L 822 - 1, en acte d'administration judiciaire *sui generis*, il importe d'examiner quel est l'apport de la procédure d'admission à la cassation administrative, en le comparant aux autres filtres qui ont pour objet de restreindre la saisine de la Haute assemblée. Dès lors que la procédure d'admission aboutit à écarter de nombreux recours, au motif qu'ils sont infondés, et ce, en l'absence de garanties essentielles de procédure (A.), il paraît raisonnable d'affirmer que les justiciables n'ont a priori aucun droit à être entendus par le juge suprême. En d'autres termes, il n'y a pas de droit au juge de cassation (B.). Il est d'abord nécessaire d'analyser quelles sont les garanties procédurales auxquelles le filtre de l'article L 822 - 1 porte atteinte, avant d'apprécier la nature du droit autorisant une partie à déférer un arrêt à la censure du Conseil d'Etat.

A. L'absence de certaines garanties de procédure.

La décision refusant l'admission d'un pourvoi en cassation est, d'une part, motivée de manière stéréotypée, ce qui empêche le requérant de connaître en détail les motifs qui sont à la base de cet acte (2°) ; et d'autre part, elle est adoptée au terme d'une procédure qui n'est pas contradictoire (1°). D'ordinaire, un acte juridictionnel doit respecter ces garanties. Nous examinerons, dans un premier temps, les manquements affectant la procédure proprement dite, puis dans un second temps, les lacunes concernant la forme de l'acte en lui-même.

1°/ L'absence de procédure contradictoire.

La procédure de l'article L 822 - 1 du Code de justice administrative ne respecte pas le principe du respect du contradictoire. Le juge de l'admission ne communique pas à l'adversaire du requérant en cassation une copie du pourvoi et il n'est pas à même de présenter à ce stade de la procédure des observations sur le bien-fondé du recours intenté par le demandeur en cassation. Car le rival du demandeur en cassation n'est, tout simplement, pas avisé de ce qui se passe lors de la procédure préalable d'admission.

Sans doute faut-il considérer que le souci de ne pas alourdir à l'excès le formalisme de la procédure préalable d'admission militait en faveur de l'idée que le juge de l'admission devait statuer rapidement et donc au terme d'une procédure simplifiée. Mais, et en toute logique, comme cela avait été souligné par certains auteurs, le caractère juridictionnel de la procédure et des décisions refusant l'admission militaient « en faveur de la communication du pourvoi au défendeur au cours de la procédure d'admission préalable ⁴³² ». En effet, il est difficilement admissible qu'un acte juridictionnel puisse être adopté à l'issue d'une procédure non contradictoire, lorsque cela n'est pas strictement justifié par les nécessités d'agir de toute urgence. Or il paraît difficile d'admettre qu'il y ait urgence à statuer systématiquement sur la recevabilité de tous les pourvois. Dès lors, comment parler de juridictionnalisation de la procédure permettant de saisir le juge de cassation, alors qu'il est porté atteinte à une règle aussi fondamentale que le principe du contradictoire ?

D'aucuns estiment cependant qu'eu égard à la nature du contentieux de l'admission, celle-ci n'a pas à être contradictoire, car elle ne serait pas susceptible de porter atteinte à l'intérêt de l'adversaire du demandeur en cassation. A ce sujet, M. Chapus a écrit : « Le principe de la contradiction n'est pas pour autant méconnu. En effet, le refus d'admission ne peut que satisfaire l'intérêt du défendeur. Et, si c'est l'admission qui est décidée, il y aura évidemment instruction contradictoire ⁴³³. »

⁴³² Ch.-L. Vier, « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987. », AJDA 1988, p 124.

⁴³³ R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », 9^{ème} éd., n° 1418, 2°.

Dans une décision « M. Maury ⁴³⁴ » du 1^{er} avril 1996, le Conseil d'Etat était saisi d'une requête d'une personne intentant un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite du Premier ministre refusant d'abroger les articles 57-3 à 57-10 du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, dans leur version issue du décret du 2 septembre 1988. Les quatrième et première sous-sections réunies ont estimé que la procédure suivie devant la commission d'admission respectait les exigences de la contradiction telles qu'elles s'imposent aux juridictions. Les conseillers d'Etat ont considéré « que, lorsqu'elle statue par une décision juridictionnelle, la commission d'admission des pourvois en cassation peut uniquement refuser l'admission des pourvois dont l'examen lui a été confié sans qu'elle puisse se fonder sur des éléments qui n'auraient pas été connus des demandeurs; qu'ainsi, la circonstance que le décret dont la légalité est contestée ait prévu que la commission se prononcerait sans que la requête ou le recours soit transmis au défendeur ne peut être regardée comme portant atteinte au principe du caractère contradictoire de la procédure. »

Cette décision fut rendue avant la réforme de 1997, supprimant la commission d'admission des pourvois en cassation. Mais cet arrêt demeure toujours intéressant, dans la mesure où, la procédure actuelle n'organise pas de transmission du pourvoi au rival du requérant en cassation.

En droit positif, s'il apparaît que l'admission du pourvoi peut être refusé, le président de la sous-section transmet le dossier au commissaire du gouvernement en vue de son inscription au rôle. Et le requérant est averti du jour de la séance. En revanche, si l'admission semble justifiée, le président de la sous-section décide qu'il sera procédé à l'instruction du pourvoi dans les conditions ordinaires. Les requérants intéressés sont également avisés de ces types de décisions ⁴³⁵.

Contrairement à la solution retenue d'habitude quand une formation du Conseil d'Etat instruit un dossier, la sous-section chargée d'examiner la recevabilité d'un pourvoi n'informe pas les parties, avant la séance de jugement, des moyens relevés d'office qui peuvent, le cas échéant, justifier la décision ⁴³⁶. Nous observons que le requérant n'est pas appelé à présenter des

⁴³⁴ CE 1^{er} avril 1996, Maury, p 110 et T p 1134.

⁴³⁵ Article R 822 - 2 du Code de justice administrative.

⁴³⁶ Article R 822 - 6 du Code de justice administrative.

observations. Cette solution n'est pas très protectrice des intérêts des demandeurs en cassation qui se voient privés d'un des droits les plus élémentaires habituellement reconnus à un justiciable, celui de présenter ses observations sur tous les points d'une affaire les concernant.

L'absence de caractère contradictoire du contentieux de l'admission entraîne une autre conséquence fâcheuse. La décision d'admission peut s'analyser comme un *préjugement* admettant, implicitement mais nécessairement, que la requête n'est ni irrecevable, ni fondée sur aucun moyen sérieux. En conséquence, le défendeur en cassation ne peut contester la recevabilité du pourvoi de son adversaire, qu'après qu'une sous-section a considéré que la requête était recevable et relativement sérieuse. Ne serait-il pas plus logique que le défendeur puisse présenter ses observations relativement aux questions de recevabilité et de sérieux du pourvoi, en temps utile, c'est-à-dire avant qu'une formation de jugement n'ait porté une première appréciation sur ces points ? Car finalement, si l'on peut concevoir qu'une décision de refus d'admission ne peut guère porter préjudice au rival du requérant, ne faut-il pas penser que l'avis par lequel une formation de jugement admet l'admission d'une requête porte toujours atteinte aux droits du défendeur en cassation ?

Une autre garantie essentielle de procédure fait défaut en matière de contentieux d'admission : les actes refusant l'admission ne sont motivés que de façon sommaire.

2°/ L'absence de motivation détaillée.

La motivation de l'acte rendu sur le fondement de l'article L 822 - 1 du Code de justice administrative est stéréotypée. Le Conseil d'Etat se borne à énumérer les prétentions du requérant, puis affirme par exemple « qu'aucun de ces moyens ne présente un caractère sérieux ⁴³⁷ ». Une motivation aussi réduite ne permet pas de connaître les motifs précis justifiant la décision de non admission. Il est difficile pour le requérant de connaître les raisons précises du refus d'admission. Toutefois cette solution n'est pas le fruit du hasard, mais au contraire est voulue par le juge suprême, afin, apparemment, d'éviter la constitution

⁴³⁷ CE 20 mars 1992, Mme Houry Reby, DA, mai 1992, n° 257.

d'une jurisprudence qui soit spécifique à la procédure préalable ⁴³⁸. Il est vrai que ce risque pouvait exister lorsque fonctionnait la commission d'admission des pourvois en cassation.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat avait estimé dans l'arrêt « M. Maury » du 1^{er} avril 1996 ⁴³⁹, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre les dispositions décrétales régissant la procédure d'admission, que les décisions émises par la commission d'admission des pourvois en cassation étaient suffisamment motivées. Les quatrième et première sous-sections réunies avaient estimé « qu'il résulte des termes même de l'article 11 (...) de la loi du 31 décembre 1987 que la décision refusant l'admission d'un pourvoi en cassation a le caractère d'une décision juridictionnelle, qui doit par suite, en l'absence de disposition législative contraire, être motivée; qu'aucune des dispositions contestées du décret du 30 juillet 1963 n'a pour objet ou pour effet de faire obstacle à l'application du principe de la motivation des décisions juridictionnelles aux décisions refusant l'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'Etat; que, par suite, le moyen tiré de ce que lesdites dispositions ne prévoiraient pas la motivation des décisions refusant l'admission en violation de la loi du 31 décembre 1987 et d'un principe général du droit ne peut être accueilli ».

Depuis la suppression de la commission d'admission, chaque sous-section apprécie si un pourvoi mérite d'être admis. Le risque de divergence de jurisprudence disparaît puisque ce sont les mêmes formations qui statuent sur l'admission, puis sur le fond des requêtes. Mais, même aujourd'hui, lorsqu'un pourvoi n'est pas admis, il semble que la décision de refus d'admission soit très sommairement motivée.

Il existe deux motifs de non-admission, soit un recours est irrecevable, soit il n'est fondé sur aucun moyen sérieux ⁴⁴⁰. Dans la première hypothèse, il s'agit d'un critère qui tend à être objectif : le juge de l'admission vérifie si un pourvoi satisfait aux conditions de recevabilités classiques. Et l'admission sera refusée si le recours est hors délai ou s'il n'a pas été présenté par un avocat lorsque cela est nécessaire.

⁴³⁸ C'est apparemment une des critiques qui avaient été faites à propos de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation. En effet, « les arrêts de rejet de la chambre des requêtes risquaient de comporter des contrariétés de jurisprudence avec celle de la chambre civile puisque les membres de ces deux instances étaient totalement distincts », cf. B. Martin-Laprade, « Le « filtrage » des pourvois et les « avis » contentieux. », AJDA 1988, p 87.

⁴³⁹ CE 1^{er} avril 1996, M. Maury, n°168715, p 110 et T p 1134.

⁴⁴⁰ Article L 822 - 1 du Code de justice administrative.

Dans la seconde hypothèse, le juge de l'admission doit mettre en œuvre un critère éminemment subjectif : il lui faut examiner la question de savoir si le pourvoi n'est fondé sur aucun moyen sérieux. Même si ce n'est pas la première fois que le législateur fait référence à la notion de moyen sérieux ⁴⁴¹, il s'agit d'un standard délicat à mettre en œuvre. Cette notion soulève la question de savoir quelle est la frontière entre, d'une part, le simple examen du sérieux d'un moyen, et d'autre part, l'examen au fond de la validité d'une prétention. Il serait fort audacieux d'affirmer qu'il puisse y avoir, en l'espèce, une délimitation précise entre le domaine du contentieux de l'admission et celui relevant du jugement du recours au fond. Cette ambiguïté n'avait d'ailleurs pas échappé au législateur comme le montre l'affirmation suivante prononcée au cours des travaux parlementaires : « Pour savoir si le pourvoi est fondé ou non sur un moyen sérieux, il faut examiner le fond ⁴⁴² ».

En toute hypothèse, lorsque le Conseil d'Etat estime qu'un moyen n'est pas sérieux, au sens de l'article L 822 - 1 du Code de justice administrative, il effectue une appréciation juridique qui ne pourra pas être remise en cause par la voie d'une requête en rectification d'erreur matérielle ⁴⁴³ ni par celle du recours en révision ⁴⁴⁴.

L'acte émis sur le fondement de l'article L 822 - 1 du Code de justice administratif apparaît essentiellement comme un acte d'administration judiciaire, car il est pris au cours du déroulement d'une instance juridictionnelle et ne peut faire l'objet d'aucun recours utile, afin d'en contester le bien-fondé. Or, malgré tout, la décision de refus d'admission porte préjudice au requérant, en l'empêchant de déférer son litige au juge suprême, alors qu'un acte d'administration judiciaire ne devrait pas, en principe, nuire à un justiciable. Dans ces conditions, on peut se demander s'il existe vraiment un droit au profit des justiciables de pouvoir saisir le juge de cassation ou si ces derniers n'ont que la faculté de soumettre leur affaire au juge suprême, qui demeure toujours libre de considérer qu'un pourvoi n'est pas suffisamment sérieux pour être jugé.

⁴⁴¹ Sur ce point : cf. Ch.-L. Vier, « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987. », AJDA 1988, p 124. La notion de moyens sérieux avait déjà auparavant été utilisée par le législateur, en matière d'aide juridictionnelle (cf. l'article 7 de la loi n° 91 - 647 du 10 juillet 1991.) ; ainsi que dans le domaine du sursis à exécution (cf. l'article R 811 - 17 et l'article R 821 - 5 du Code de justice administrative.).

⁴⁴² M. Dreyfus-Schmidt, J.O. Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance 10 novembre 1987, p 3785.

⁴⁴³ CE 9 avril 1993, Mme Baudoin, T p 989.

B. L'absence de droit au juge de cassation.

On comprend aisément le problème auquel était confronté le Conseil d'Etat. Il lui fallait adopter un filtre qui lui permette, non seulement d'évacuer rapidement les recours qui ne remplissaient pas les conditions pour être accueillis en vertu de raisons purement formelles, comme l'absence d'un avocat lorsque ce ministère est obligatoire par exemple, mais il convenait également d'écarter les recours ne présentant aucun intérêt, parce qu'étant dirigés contre des décisions de justice parfaitement légales. Dans le premier cas, la tâche du juge est relativement aisée, car il s'agit de porter un jugement objectif sur la recevabilité d'un pourvoi. Mais restreindre le contentieux de l'admission aux questions de recevabilité, c'était prendre le risque de ne pas lutter assez efficacement contre l'encombrement de la juridiction suprême. En effet de nombreux pourvois peuvent être parfaitement recevables en la forme et voués à l'échec sur le fond du droit. Dans la seconde hypothèse, en revanche, l'appréciation effectuée par le juge de l'admission est éminemment subjective, mais elle est très certainement susceptible de permettre au Conseil d'Etat d'évacuer rapidement des recours sans intérêt.

Peut-on, en droit positif, parler d'un « droit au juge du droit ⁴⁴⁵ » ? Il y a deux possibilités :

- Soit l'on considère que le pourvoi en cassation est un droit, car il constitue une garantie juridictionnelle fondamentale et il convient alors d'accueillir largement les recours en cassation. Et les auteurs adhérant à cette manière de voir estiment que le rôle d'une juridiction de cassation est le suivant : « il consiste à garantir à chacun des justiciables, dans les cas concrets dont elle est saisie (...), le strict respect de la légalité ⁴⁴⁶ ».

- Soit l'on estime que le justiciable dispose d'autres garanties juridictionnelles et que le contrôle de cassation n'a pas pour objet de rejurer en droit tous les procès rendus par les juges du fond. Auquel cas il apparaît légitime de concilier l'exercice du recours en cassation avec d'autres objectifs de même valeur. Et l'on peut envisager de concilier la faculté, dont

⁴⁴⁴ Il s'agit des seules voies de recours pouvant être intentées contre une décision de refus d'admission, cf. l'article R 822 - 3 du Code de justice administrative.

⁴⁴⁵ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 213.

⁴⁴⁶ R. Perrot, « Cour de Cassation et Conseil d'Etat à travers leurs fonctions de juges suprêmes. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 151. Dans cette citation l'auteur parlait uniquement de la Cour de Cassation, mais il nous semble que

disposent les justiciables, d'exercer un recours en cassation avec la nécessité de ne pas encombrer le prétoire du juge suprême. Il n'est alors pas choquant d'introduire des critères permettant de sélectionner les recours qui présentent des difficultés sur l'application des règles de droit : car seules ces questions sont légitimes en instance de cassation. Dans cette approche, l'instance de cassation doit tendre « à clarifier l'interprétation de façon abstraite en ne retenant que les seules affaires de nature à présenter objectivement un intérêt sur le plan de l'élaboration jurisprudentielle ⁴⁴⁷ ».

En apparence, la procédure d'admission telle qu'elle fonctionne aujourd'hui devant le Conseil d'Etat paraît ancrée dans la tradition française, car elle semble reconnaître à tout justiciable le droit d'être entendu par le juge suprême. Ce dernier est alors tenu de vérifier la légalité de l'acte juridictionnel attaqué. Mais les critères adoptés afin de filtrer les pourvois en cassation devant le Conseil d'Etat sont-ils exempts de toute ambiguïté ? Dès lors que les conseillers d'Etat opèrent un tri entre les pourvois et écartent ceux qui ne sont pas suffisamment sérieux, il convient d'admettre qu'un choix ou une sélection est effectué. On s'éloigne ainsi progressivement de la tradition française fondée sur l'admission non conditionnelle de tous les pourvois quel que soit leur mérite et un nouveau système est mis en place.

C'est un souci d'efficacité qui a conduit le législateur à d'adopter ce mécanisme de sélection des requêtes ; il n'est probablement pas très utile, ou convaincant, d'en remettre en cause le bien-fondé, mais il convient de souligner que les justiciables ne disposent plus que d'un droit conditionnel à saisir le Conseil d'Etat juge de cassation. Il en est ainsi lorsque le pourvoi n'est pas abusif. Mais la décision refusant l'admission, peut parfaitement condamner le requérant à une amende pour recours abusif ⁴⁴⁸.

Ce droit limité, voire cet absence de droit à saisir le juge de cassation, est un des aspects fondamentaux de la procédure d'admission. L'adoption du filtre moderne a certainement permis au Conseil d'Etat d'évacuer rapidement un nombre important de pourvois. Mais cela est peut-être fait au détriment des justiciables, dans la mesure où ces derniers n'ont plus la

rien ne s'oppose à ce que l'on puisse considérer que cette remarque s'applique à toutes les juridictions de cassation.

⁴⁴⁷ R. Perrot, op. cit., p 150.

⁴⁴⁸ CE 20 mars 1992, Mme Houry-Reby, DA, Mai 1992, n° 257.

garantie que leur dossier sera véritablement instruit, s'il apparaît, au vu d'un examen qui demeure finalement relativement sommaire, que leur recours n'est pas suffisamment sérieux. Dans ce contexte, il peut être utile de particulièrement soigner la rédaction de la requête initiale, car l'appréciation de la recevabilité du pourvoi pourra dépendre, dans certains cas, du soin apporté à rédiger l'argumentation du requérant.

La règle fondamentale régissant l'accès au prétoire du juge de cassation était le principe de l'égalité de traitement des usagers du service public de la justice administrative. Il conduit le juge suprême à retenir des règles identiques pour toutes les catégories de requérants et leurs assure à tous, de manière similaire, un égal accès au contrôle de cassation. Ce souci d'assurer une égalité de traitement entre les justiciables a pour prolongement logique la volonté du Conseil d'Etat d'assurer, au cours de l'examen du bien-fondé des requêtes, un contrôle égalitaire de certaines questions. Ces dernières, si elles sont soulevées en cours d'instance, seront systématiquement examinées par le juge suprême. C'est le contrôle standard effectué par le juge de cassation.

Titre Deuxième : L'égalité des requérants devant le contrôle standard du juge de cassation.

Standard renvoie à une norme de fabrication en série, et au sens figuré, cet adjectif désigne quelque chose qui est conforme à un modèle habituel et qui est sans originalité ⁴⁴⁹. Pour remplir son rôle, le juge de cassation doit juger un contentieux volumineux. Dans ces conditions, il a élaboré un contrôle qui est conforme à un modèle de raisonnement et qui peut être invariablement mis en œuvre dans chaque litige. Ce contrôle ne présente aucune nouveauté ou originalité d'une affaire à l'autre, ce qui garantit une parfaite égalité entre les requérants en ce domaine. En effet, dès qu'un justiciable invoque la violation d'un moyen entrant dans le périmètre du contrôle standard, le juge suprême vérifiera le bien-fondé de cette allégation. Ce contrôle uniformisé du juge de cassation (**Chapitre 2.**) regroupe les principaux cas d'ouverture à cassation, à l'exception notable du contrôle exercé sur la qualification juridique des faits et de celui portant sur la dénaturation des faits ⁴⁵⁰.

Sur le plan conceptuel, il existe un modèle unique de cassation administrative (**Chapitre 1.**) et ce, malgré la très grande diversité des juridictions administratives qui sont soumises au recours en cassation devant le Conseil d'Etat. En effet, les justiciables relevant d'organismes fort variés peuvent déférer une décision définitive les intéressant à la censure des magistrats du Palais-Royal, qui examineront la validité de l'acte attaqué à la lumière du même modèle conceptuel.

⁴⁴⁹ Dictionnaire Le Petit Robert.

⁴⁵⁰ Ces notions sont abordées dans le Titre Premier de la Deuxième Partie.

Chapitre 1- L'égalité des justiciables devant un modèle unique de cassation.

Il existe plusieurs juridictions de cassation. Le pourvoi qui est mis en œuvre par la Cour de Cassation, diffère sur bien des points de celui qu'applique le Conseil d'Etat. Et il n'est sans doute pas impossible que les juridictions de cassation à l'étranger aient mis en place des règles procédurales très différentes de celles pratiquées en France.

Cependant en droit public français, il n'existe qu'un seul modèle de cassation. Il n'y a qu'une forme de raisonnement qui sert ou qui devrait servir d'objet d'imitation pour analyser la pertinence d'une décision attaquée et qui est reproduite (ou tout au moins susceptible d'être reproduite) dans chaque dossier.

Avant le 1^{er} avril 2002, la Commission spéciale de cassation des pensions adjointe au Conseil d'Etat, et qui était compétente pour statuer sur les pourvois dirigés contre les décisions des Cours régionales des pensions militaires d'invalidité, appliquait les mêmes solutions que les conseillers d'Etat. Cela ne faisait qu'accentuer l'unicité de régime de la cassation, en droit administratif. On sait que la Commission spéciale de cassation a été supprimée par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 ⁴⁵¹.

Pour la doctrine majoritaire, ce recours s'analyse comme un recours en droit, c'est-à-dire une voie de recours qui est limitée à l'examen de questions juridiques. Cette manière de voir repose sur une simplification réductrice, ne donnant qu'une image imparfaite de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Or, il importe de dépasser les apparences afin de trouver quel est le vrai modèle de la cassation administrative. C'est pourquoi il convient de laisser de côté le paradigme mythique de la cassation administrative (**section 1**), afin de trouver celui qui est réellement retenu par les magistrats du Palais-Royal (**section 2**).

⁴⁵¹ Voir supra p 41.

Section 1 – Le paradigme mythique de la cassation administrative.

Il y a un modèle théorique de pensée qui oriente la recherche et la réflexion ⁴⁵² doctrinale lorsqu'il s'agit d'étudier le pourvoi en cassation. Ce paradigme postule que le juge de cassation se borne à examiner les affaires qui lui sont soumises en droit et non en fait. Ce postulat est contestable, car il repose sur deux constructions de l'esprit qui sont difficilement démontrables : en premier lieu, il existerait un contrôle qui ne porterait que sur des questions purement juridiques, à l'exclusion de toutes autres considérations ; et en second lieu, il y aurait un raisonnement par essence juridique, c'est-à-dire limité aux questions de droit et qui serait mis en œuvre par le juge suprême. Il n'est guère aisé de distinguer, au cours de l'instance de cassation puis au délibéré, le contrôle proprement dit du raisonnement retenu dans la motivation de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat : ces deux opérations pouvant, à bien des égards, se dérouler de manière concomitante. Mais s'il est difficile de séparer ces démarches l'une de l'autre, il est peu crédible de contester qu'elles ont bien lieu : le juge suprême procède à une opération de contrôle, puis adopte une solution raisonnée. Néanmoins, il n'est pas possible d'identifier un contrôle (§ 1.) puis un raisonnement (§ 2.) qui puissent être purement juridiques.

§1. Le mythe d'un contrôle purement juridique.

Schématiquement, une opération de contrôle revient à vérifier la conformité, ou tout au moins la compatibilité, entre, d'une part, l'objet contrôlé et d'autre part, une norme de référence. Si l'on considère qu'il existe un contrôle purement juridique, il faut reconnaître que la norme de référence est strictement juridique : le juge de cassation veillerait à ce que les décisions des juridictions qui lui sont subordonnées respectent le Droit. Certes cette approche a le mérite d'être claire et facilement intelligible, mais elle se heurte, dans la pratique, à un problème de définition quasiment insurmontable : comment définir ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas ? Qu'est-ce que l'essence de juridicité ? Il en est ainsi parce qu'il est difficile de distinguer, d'un point de vue intellectuel, le fait du droit et que toute distinction en ce domaine paraît reposer sur des bases arbitraires (A.). Probablement en raison de ces

⁴⁵² Dictionnaire Le Petit Larousse.

difficultés, le juge de cassation ne semble pas s'enfermer dans un contrôle purement juridique. Il choisit d'assurer le respect de certaines normes, qu'elles soient juridiques ou non. Ces choix paraissent principalement guidés par des préoccupations tirées de politiques jurisprudentielles, et n'excluent pas un certain seuil d'arbitraire dans la détermination des normes qu'il convient de contrôler ou de délaissier (B.).

A. L'arbitraire distinction entre le droit et le fait.

Dans le langage judiciaire, il est courant d'opposer le fait au droit, comme en témoigne l'adage : « *da mihi factum, dabo tibi jus* ⁴⁵³ ». Mais il est bien évident également que les parties ne se bornent pas à présenter les faits et le juge à dire le droit. Certes l'écrit judiciaire sépare nettement la présentation des faits de l'argumentation en droit ⁴⁵⁴. Mais il s'agit davantage d'une habitude pratique, plutôt que d'une distinction reposant sur un socle rationnel et scientifique. En effet, il est très difficile de distinguer le fait du droit pour deux raisons : d'abord il n'existe pas de définition matérielle du droit (1°) et ensuite, l'opposition entre les deux concepts est atténuée par le phénomène suivant, à savoir que les normes juridiques tendent à conceptualiser les faits (2°).

1°/ L'absence de définition matérielle du droit.

Chaque fois que la doctrine essaie de définir ce qui est proprement juridique, elle adopte une démarche qui est contestable intellectuellement. On a pu essayer de définir le droit en l'assimilant à la loi, voire à la jurisprudence. Cette identification du droit avec une de ces sources, n'emporte guère l'adhésion si l'on songe que le juge se doit d'acclimater la norme abstraite dans les litiges concrets qui lui sont soumis.

⁴⁵³ Donne-moi le fait, je te donnerai le droit. cf. H. Roland et L. Boyer, « Adages du droit français », Litec 3^{ème} éd., 1992, p 139 et s.

⁴⁵⁴ C'est le cas dans les mémoires des parties, dans les conclusions du commissaire du gouvernement et, mais peut-être dans une moindre mesure, dans les décisions de justice. Sur cette question : J-M. Denieul, « Petit traité de l'écrit judiciaire. », 2^{ème} éd., Dalloz, 2002.

On sait qu'au cours de la Révolution, les membres de la Constituante avaient une vision très singulière de la Loi. Ils envisageaient qu'il devait y avoir une totale fusion entre droit et Loi. Cette dernière devait, d'ailleurs, régir toutes les situations envisageables. Afin qu'un tribunal n'ait aucune prérogative, sinon celle d'appliquer les dispositions législatives pertinentes, qui devaient être les plus claires possible et exemptes de toute ambiguïté.

Dans cette optique, le recours en cassation était conçu comme un contrôle de la légalité. Il tendait uniquement à protéger la Loi contre les atteintes qui pouvaient lui être portées⁴⁵⁵. Il est bien évident aujourd'hui, que cette approche n'est absolument pas réaliste.

A l'heure actuelle, c'est une tout autre manière de voir qui tend à être adoptée par de nombreux auteurs. En effet, la grande majorité de la doctrine s'accorde à penser que les sources de droit écrit ne peuvent pas résoudre toutes les questions soulevées à l'occasion d'un procès⁴⁵⁶. Il existe une tendance à opérer une certaine confusion entre droit et jurisprudence⁴⁵⁷ et, en outre, la juridiction de cassation apparaît elle-même comme une source de droit. On a pu qualifier de « jurisprudence législative⁴⁵⁸ », les jurisprudences des Cours suprêmes.

Un rôle particulier est attribué au juge au cours d'une instance juridictionnelle. Il lui revient d'acclimater une norme théorique aux réalités d'une époque. La règle doit être intégrée dans le contexte sociologique où elle sera amenée à évoluer. Pour être applicable et effective, une norme doit, au préalable, être incorporée dans ce que l'on pourrait appeler la réalité sociale d'une époque. A l'occasion d'un procès, une juridiction est tenue d'appliquer une règle aux circonstances concrètes d'une espèce, quitte à en atténuer la rigueur, afin de ne pas heurter un contexte sociologique donné.

⁴⁵⁵ Selon une formule de Ch. Perelman, « le tribunal de cassation était considéré comme le policier, désigné par le pouvoir législatif ». cf. « Logique juridique Nouvelle rhétorique. », Dalloz, 2^{ème} éd., p 16.

⁴⁵⁶ « Les normes, loin d'apporter des réponses, posent des questions », souligne, par exemple, T. Ivainer, cf. « L'interprétation des faits en droit. », in « Lire le droit. Langage, texte, cognition. », sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, LGDJ 1992, p 169.

⁴⁵⁷ Sur ce point : Ch. Leben, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire. », in « Chaim Perelman et la pensée contemporaine. », Textes rassemblés par G. Haarscher, Bruylant, Bruxelles, 1993, p 219.

⁴⁵⁸ F. Zenati, « La jurisprudence. », Dalloz 1991, p 179.

A ce sujet M. Markus a écrit : « il est inexact d'affirmer que le contrôle de cassation est un contrôle de pur droit. Le juge ne contrôle pas la règle de droit en tant que telle, abstraction faite de toute autre considération. Il fait porter son examen sur l'application concrète de la règle de droit ⁴⁵⁹ ». D'une manière générale, certains auteurs ont souligné qu'une juridiction suprême devait adapter les normes aux exigences sociales. Ainsi, s'agissant de la Cour de Cassation, M. Bachelier a affirmé : « Sa mission de gardienne de l'unité du droit est avant tout de contribuer à l'élaboration d'un droit conforme aux besoins de la société. La Cour de Cassation n'est pas le législateur ; elle n'a pas le pouvoir créateur que confère l'élection démocratique. Il ne lui appartient pas de faire évoluer la société ; elle doit être seulement à l'écoute de celle-ci ⁴⁶⁰ ».

Selon M. Atias : « Il est permis de penser que les juges du droit se demandent, dans chaque espèce, s'ils ont exercé leur contrôle dans des hypothèses analogues et s'il est opportun qu'ils l'exercent cette fois. La qualification de fait ou de droit vient ensuite couvrir une démarche assez largement instinctive. Serait-ce aller trop loin que de soutenir que la position adoptée n'est pas toujours sans rapport avec le degré d'encombrement du rôle de la juridiction ? Une telle constatation éclaire évidemment d'un jour particulier la véritable conception de la légalité républicaine ⁴⁶¹ ».

En toute hypothèse, il n'est guère possible de définir matériellement ce qui est juridique. En outre, la délimitation entre le droit et le fait est également atténuée par le phénomène de la conceptualisation du fait.

⁴⁵⁹ J-P. Markus, « Qualification juridique des faits et cassation administrative fiscale. », AJDA 1995, p 76.

⁴⁶⁰ X. Bachelier à propos de « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. » in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. » Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p 92.

⁴⁶¹ C. Atias, « Epistémologie juridique. », PUF, 1985, p 127.

2°/ La conceptualisation du fait.

« Pour pénétrer dans le droit, les faits ont besoin d'être « conceptualisés »⁴⁶² ». Cette formule de Virally illustre, nous semble-t-il, toute la difficulté qu'il peut y avoir à essayer de distinguer le fait du droit. Tous les termes utilisés par une norme juridique tendent à acquérir une dimension juridique. Or s'il est vrai que les normes juridiques conceptualisent des situations de fait, le produit de cette conceptualisation doit-il être perçu comme du droit ou du fait ? Certes, on peut toujours penser, à l'instar de Virally, que « la « conceptualisation » du fait n'en change pas la nature. Ce n'est que le moyen de le soumettre à un traitement intellectuel. Cela ne permet pas de le transporter au plan des normes⁴⁶³ ».

Cependant lorsqu'une notion - il peut s'agir de mots courants - est utilisée dans une norme juridique (loi, jurisprudence...), elle acquiert indéniablement une dimension juridique. Des mots simples, parfois fort anodins, peuvent devenir les conditions de mise en œuvre d'un concept juridique. Comme le précise Marty : « Du moment qu'un mot, même usuel, est employé par la loi, la notion correspondante quoique tirée de la vie courante devient notion légale⁴⁶⁴ ». Et à ce sujet, M. Cayla, a très justement souligné à l'aide d'un exemple simple : « Il n'y a pas, dans la nature, de critère disponible de la maison (un bâtiment, destiné au logement, de tel volume, de telle forme, comportant tant de pièces, construite avec tel matériau, etc.). Attribuer à un objet, à la faveur d'un acte de nomination, la qualité d'une « maison », est une question de droit, où prédomine le respect de l'autorité, et non de fait, où l'emporte le souci de la vérité⁴⁶⁵ ».

⁴⁶² M. Virally, « La pensée juridique. », (réédition) Editions Panthéon Assas, collection les introuvables, 1998, p16. « Le droit doit désigner le fait auquel il attache des conséquences juridiques », Ibidem. Voir aussi : J-L Bergel, « Théorie générale du droit. », 2^{ème} éd., Dalloz 1989, p 294 et s.

⁴⁶³ M. Virally, op. cit., p 17. « Un fait historique ne peut produire d'effets juridiques par ses qualités intrinsèques. Il faut donc que la règle de droit lui attribue une qualité qui lui manque, qu'il ne présente pas naturellement. (...) en même temps qu'elle le désigne, elle lui assigne une signification particulière – bien évidemment une signification juridique – justifiant qu'un certain comportement soit, en réaction, observé à son égard : autorisé, interdit, ordonné, c'est le contenu de l'effet de droit, des pouvoirs et des obligations qu'il définit », Ibidem, p 17 et 18.

⁴⁶⁴ G. Marty, « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 206.

⁴⁶⁵ O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit. », Droits n°18, p 15.

La conceptualisation des faits est un phénomène juridique important qui brouille de manière irréversible toute tentative visant à cloisonner hermétiquement le fait du droit ⁴⁶⁶. En réalité, le droit n'a de sens que s'il décrit et régit des situations de fait et le fait acquiert aisément une dimension juridique, dès lors qu'il est conceptualisé dans une notion déterminée.

L'impossibilité de distinguer le droit du fait d'un point de vue rationnel doit conduire nécessairement à considérer que cette opposition n'est pas appropriée pour être le critère répartissant les compétences respectives entre ce que le juge de cassation contrôle et ce qui est laissé à l'appréciation souveraine des juridictions du fond ⁴⁶⁷. En conséquence, l'analyse des cas d'ouverture à cassation doit être abordée sans faire référence à la dualité fait - droit qui jette une fausse clarté sur le mécanisme du pourvoi en cassation. Il en va de même de la théorie du seuil de « densité juridique » d'après laquelle le juge de cassation tend à contrôler les notions à forte densité juridique, alors que celles à faible densité sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette thèse élude les difficultés plus qu'elle ne les résout, elle ignore aussi qu'il est impossible d'évaluer rationnellement le seuil de juridicité d'une notion. La dichotomie fait et droit est un schéma de raisonnement totalement inapproprié pour l'étude du recours en cassation.

En réalité, une juridiction de cassation définit le droit et le fait, comme le note M. Zenati, en fonction des « besoins suscités par le contrôle de chaque type de contentieux ⁴⁶⁸ ». Par ailleurs, l'idée que le juge de cassation exerce un contrôle purement juridique se heurte à une seconde série d'objections, à savoir : il choisit dans une certaine mesure les normes qu'il entend contrôler.

⁴⁶⁶ A titre d'exemple, il est intéressant de souligner qu'une pré-qualification peut déterminer une qualification (sur cette question voir F. Blanchard, « Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémiques de la catégorisation. », in « Lire le droit Langage, texte, cognition. », sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, LGDJ 1992, p 227.). Il ne nous paraît guère convaincant d'affirmer que la pré-qualification doit être du fait et qu'une qualification doit être juridique.

⁴⁶⁷ La doctrine majoritaire ne partage pas cette opinion, même si de nombreux auteurs estiment que la distinction entre droit et fait est floue. F. Gény avait déjà pu dire que « le droit n'est guère plus, qu'une condensation des faits, envisagés sous un angle spécial (l'angle juridique) », (cf. « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. », LGDJ 1919, p 205 note 1.) mais cet auteur considérait aussi que la distinction du fait et du droit devait demeurer « pour contenir, en ses bornes normales, la mission de [la] Cour suprême » de l'ordre judiciaire. (op. cit., p 207.).

⁴⁶⁸ F. Zenati, « La jurisprudence. », Dalloz 1991, p 229.

B. L'arbitraire distinction entre normes contrôlées et délaissées.

Dans l'exercice de son contrôle de cassation, le Conseil d'Etat dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer quel sera l'étalon de référence, ou plus précisément les normes de référence, que devront respecter les décisions qui lui sont déférées. Les normes de référence fixent quels aspects ou quelles notions inclus dans les actes attaqués seront contrôlés, au cours de l'instance de cassation. Le déterminant rationnel qui conduit le juge de cassation à vérifier si telle règle fut régulièrement mise en œuvre dans une affaire qui lui est soumise, n'est pas juridique, mais relève plutôt de l'opportunité et de motifs liés à l'édification d'une politique jurisprudentielle. C'est pour cette raison que les conseillers d'Etat ne contrôlent pas systématiquement l'application de toute les notions juridiques contenues dans les jugements attaqués : c'est le phénomène des normes à double visage (1°). Par ailleurs, ils excluent aussi du périmètre de ce qu'ils examinent les normes contractuelles, ces dernières sont en conséquence extralégales (2°).

1°/ Les normes à double visage.

Il n'existe pas un critère unanimement reconnu de la juridicité. Mais il est toutefois habituel de considérer qu'un certain nombre de notions sont jugées juridiques, par la grande majorité des auteurs, parce qu'elles produisent de manière incontestable des effets de droit. Or il arrive que le juge de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juridictions du fond le soin d'appliquer ce type de normes. Le juge suprême ne les contrôle donc pas. Ainsi, on aboutit à un résultat intellectuellement étonnant qui fait que l'on considère certaines règles comme juridiques devant les juges du fond et comme factuelles, au regard du contrôle de cassation. C'est ce que l'on peut appeler les normes à double visage.

Ainsi, la notion d'erreur manifeste d'appréciation est pour le juge de l'excès de pouvoir un aspect de la légalité d'un acte administratif, mais il s'agit d'une question qui n'est pas contrôlée par le juge de cassation et qui est laissée à l'appréciation des juges du fond ⁴⁶⁹, dans le cadre de la cassation.

⁴⁶⁹ CE Section 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 679, conclusions B. du Marais.

De même, dans certains cas, la loi impose une obligation de motivation à l'administration et l'on a pu souligner, à ce sujet, que : « le caractère incontestablement juridique du contrôle de motivation exercé par le juge du fond sur l'administration n'empêche (...) pas le juge de cassation, devant qui est contestée la pertinence de son contrôle, de n'y voir que l'exercice d'un pouvoir souverain d'appréciation⁴⁷⁰ ».

Le juge de cassation choisit dans une certaine mesure les normes qu'il désire contrôler. C'est ce que confirme le phénomène des normes extralégales.

2°/ Les normes extralégales.

Certaines notions produisant des effets de droit, et que l'on peut à ce titre qualifier de normes, ne sont pas incluses dans le bloc de la légalité. Ces normes extralégales sont principalement contenues dans des stipulations contractuelles. M. de Béchillon a pu soutenir que les contrats administratifs contiennent des normes juridiques, dans la mesure où les stipulations contractuelles sont source de droits et d'obligations pour les cocontractants⁴⁷¹. La jurisprudence de la Haute assemblée considère cependant que l'interprétation des stipulations contractuelles⁴⁷², ou des pièces d'un contrat⁴⁷³, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Ne conviendrait-il pas que la juridiction de cassation exerce un contrôle plus important en matière de contrats administratifs ? Les contrats contiennent des dispositions normatives et il ne serait peut-être pas inutile que la juridiction suprême exerce un contrôle sur ces dernières.

⁴⁷⁰ J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 921.

⁴⁷¹ Cette opinion est soutenue par D. de Béchillon (cf. « Le contrat comme norme dans le droit public positif. », in RFDA 1992, p 15.). Cet auteur assimile le contenu des contrats (i.e. les obligations contractuelles) à des normes juridiques. Il considère qu'une « norme est justement un contenu, la « signification » d'un acte. Dans cette conception, il faut admettre que la norme contractuelle est une norme de droit objectif », D. de Béchillon, op. cit., p 24.

⁴⁷² CE Section 5 janvier 1945, Sieur Erb, p 7.

⁴⁷³ CE 24 avril 1992, Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve, T p 1264.

Certes ces normes ne sont pas incluses dans le bloc de la légalité ⁴⁷⁴ et, par là même, elles sont extralégales.

Dans ses conclusions sur l'affaire « SNCF contre Ville de Paris » de 1992, M. Tabuteau a eu l'occasion d'affirmer : « Il nous semble (...) que le caractère normatif d'un acte dépend de la possibilité pour le juge de sanctionner ou non l'irrespect de ses prescriptions lorsqu'elles sont violées et non de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte. Et à la lumière de ce critère, il est bien possible de regarder le contrat administratif comme susceptible dans certains cas de constituer une norme conventionnelle objective ⁴⁷⁵ ». M. Tabuteau analyse la jurisprudence administrative récente comme permettant de dire qu'il semble « clairement ressortir de ces décisions, que les contrats administratifs sont susceptibles par nature de constituer des règles de droit objectives ou du moins comportant des « effets objectifs » ⁴⁷⁶ ».

Selon M. Tabuteau, le Conseil d'Etat ne devrait pas renoncer à exercer un rôle régulateur sur les services publics. Or on peut constater, aujourd'hui, un recours fréquent aux techniques contractuelles en droit public ⁴⁷⁷. En effet, « le partage entre le domaine du contrat et celui de l'acte unilatéral devient de plus en plus difficile à faire, la frontière entre l'action contractuelle de l'administration et son action unilatérale commence à s'estomper. Dans ces conditions, il nous semble dans la logique qui préside à la séparation des ordres juridictionnels, de voir le Conseil d'Etat s'adapter à cette évolution profonde du droit de l'action publique et affirmer son contrôle de l'interprétation des normes conventionnelles en cassation ⁴⁷⁸ ». Mais le Conseil d'Etat n'a pas suivi l'opinion exprimée par M. Tabuteau.

Nous avons vu qu'il n'existe pas de norme de référence par nature juridique. Nous allons maintenant constater qu'il n'y a pas non plus de logique purement juridique.

⁴⁷⁴ Ceci n'est évidemment pas contesté par D. de Béchillon lorsqu'il affirme le caractère normatif du contenu d'un contrat. Il considère que l'article 1134 du Code Civil donne « le fondement de la force obligatoire des contrats entre les parties. Il fait de la convention une norme, une prescription impérative, mais ne lui imprime pas la valeur d'une loi ou d'un principe général du droit », op. cit., p 29.

⁴⁷⁵ D. Tabuteau, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 avril 1992, Société nationale des chemins de fer français c/ Ville de Paris, RFDA 1993, p 81.

⁴⁷⁶ D. Tabuteau, op. cit., p 82.

⁴⁷⁷ Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge administratif peut annuler une mesure prise en méconnaissance de clauses contractuelles. Cette possibilité est limitée à une catégorie déterminée de contrat administratif, cf. CE Section 31 mars 1989, Département de la Moselle, p 105.

⁴⁷⁸ D. Tabuteau, op. cit., p 84.

§2. Le mythe d'un raisonnement purement juridique.

Pour de nombreux auteurs, le pourvoi en cassation est un recours purement juridique et le juge de cassation ne raisonnerait qu'en droit sur les affaires qui lui sont soumises. Mais l'identification d'un raisonnement spécifiquement juridique, qui serait le reflet d'une logique par essence juridique, paraît impossible d'un point de vue pratique. En effet, l'idée qu'il puisse exister une dialectique exclusivement juridique semble reposer sur deux postulats difficilement démontrables : en premier lieu, il y aurait, au sein de tous les raisonnements, un raisonnement typiquement judiciaire et parmi ces derniers on pourrait, en second lieu, isoler une logique éminemment abstraite ou juridique, c'est-à-dire un mode de raisonnement qui permettrait d'examiner un dossier en faisant totalement abstraction des circonstances concrètes qui sont à l'origine du litige. N'est-il pas étonnant de penser qu'une formation de jugement, saisie pour trancher un contentieux déterminé, puisse valablement rendre une décision en se désintéressant complètement des circonstances litigieuses qui sont à l'origine de sa saisine ?

Nous verrons que le juge de cassation ne raisonne guère d'après une logique parfaitement abstraite. Il n'est pas possible d'établir un modèle type de raisonnement juridictionnel (A.) qui serait reproduit dans toute affaire de manière immuable, uniforme et intangible. En réalité, le raisonnement qu'adopte une formation de jugement est influencée par divers facteurs (B.), qu'il convient d'appréhender globalement et dont il n'est pas aisé de déterminer lesquels peuvent être effectivement déterminants, si l'on songe que les décisions des instances collégiales sont prises à la majorité des voix et que plusieurs magistrats peuvent voter dans un même sens, mais pour des motifs divergents.

A. L'impossible modélisation du raisonnement juridictionnel.

Plusieurs modes de raisonnement ont pu être avancés par la doctrine, pour tenter de schématiser et d'explicitier la démarche intellectuelle suivie par des magistrats, au cours d'un procès, pour arriver à une solution. Aucun ne donne une vision globale et cohérente du raisonnement juridictionnel. Ce cheminement intellectuel n'est pas réductible à une opération rationnelle nettement identifiable et pouvant être reproduite de la même façon dans chaque espèce : il n'y a tout simplement pas de logique mécanique dans le domaine de la justice. En

effet, le raisonnement d'un juge ne peut pas être assimilé à une inférence (1°), une subsumption (2°) ou à la recherche d'une identité de situation (3°) entre plusieurs cas présentant un certain seuil de similitude.

1°/ L'inférence.

Dans une approche classique, la décision de justice était considérée comme un syllogisme ⁴⁷⁹. Cette approche fut abandonnée, après que la doctrine eut démontré l'absence d'inférence dans la majorité des jugements. Certes, aujourd'hui encore, certains auteurs se réfèrent toujours à l'idée qu'il existe un « syllogisme jurisprudentiel ⁴⁸⁰ », mais il s'agit alors d'un pseudo-syllogisme.

En effet, comme le note M. Cayla, « il y a longtemps que la démonstration n'a plus à être apportée de l'inanité du modèle syllogistique de la logique formelle pour rendre compte des déterminations qui ont réellement cours dans le raisonnement juridique, et l'on sait que la solution d'un cas est plus souvent, pour des raisons de bonne « politique » jurisprudentielle, arrêtée d'avance, quitte à se préoccuper après coup seulement de la qualification des faits qui s'ajuste le mieux au résultat souhaité, sans parler même de la possibilité de créer prétoriquement le régime juridique qui favorisera, par son application au cas, l'obtention d'un tel résultat, si d'aventure il n'est pas déjà disponible dans le droit en vigueur ⁴⁸¹ ».

Le raisonnement judiciaire ne peut pas non plus être assimilé à une subsumption.

⁴⁷⁹ Sur cette question cf. F. Génay, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. », LGDJ 1919, p54 et s. Voir aussi : M. Troper, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française. », in Mélanges offerts à Jacques Velu, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 832 et s.

⁴⁸⁰ Olsen A. Ghirardi, « Le raisonnement judiciaire. », Traduit par N. Aldana de Prol, Editions Bière, 1999, p114.

⁴⁸¹ O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit. », Droits n°18, p 9.

2°/ La subsomption.

En logique, le terme de subsomption désigne « l'opération consistant à inscrire le particulier sous le général ⁴⁸² ». C'est le raisonnement permettant de « voir dans un cas particulier l'application d'une loi ⁴⁸³ ». Les juristes allemands appellent « Subsumtion » ce que nous appelons la qualification juridique des faits ⁴⁸⁴. C'est apparemment ce qui se passe lorsqu'un juge identifie « une situation de fait à une notion légale ⁴⁸⁵ ». Est-il possible de considérer que juger, c'est subsumer le fait particulier sous la norme abstraite ? ⁴⁸⁶

Si l'on considère que chaque litige particulier renvoie à une situation de fait qui doit être régie par un principe juridique pertinent, on peut, en effet, estimer qu'un jugement peut s'analyser comme une forme de subsomption. Néanmoins, cette manière de voir présente quelques inconvénients. En premier lieu, elle ne prend pas suffisamment en compte le fait que lorsqu'un juge procède à une qualification juridique, il peut très bien préciser le sens et la portée d'une norme abstraite. En second lieu, certaines opérations de qualification juridique des faits ne paraissent pas se contenter de *placer* une situation particulière sous une norme générale, mais semblent résolument mettre en œuvre un raisonnement plus complexe.

Bien souvent, les faits qualifiés (les circonstances propres à une affaire) permettent d'éclairer la définition du concept qualificateur (la notion juridique qu'il faut appliquer). Dans cette hypothèse, la définition du concept qualificateur n'est pas évidente et plusieurs interprétations paraissent envisageables. Il convient que le juge éclaire la définition de la règle, afin de

⁴⁸² S. Auroux, « Les notions philosophiques Dictionnaire. », Tome 2, Encyclopédie philosophique universelle, PUF, 1998, p 2485.

⁴⁸³ P. Foulquié, « Dictionnaire de la langue philosophique. », PUF, 1969, 2^{ème} éd., p 695.

⁴⁸⁴ Sur ce point : cf. F. Ferrand, « Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de Cassation française et par la Cour fédérale de Justice de la République fédérale d'Allemagne. », PUF, 1993, p 136 et s. Mais il est bien évident que des juristes francophones utilisent le mot « subsumer » comme synonyme de qualifier : Ch. Perelman, « Logique juridique Nouvelle rhétorique. », Dalloz 2^{ème} éd., p 33.

⁴⁸⁵ J. Boré, « La cassation en matière civile. », Sirey, 1980, N° 1448.

⁴⁸⁶ Constantin M. Stamatis souligne que chez Kant, « la faculté de juger est la capacité intellectuelle qui consiste à penser le particulier comme compris sous l'universel, Kant distingue entre deux types de jugements. Un jugement est *déterminant*, lorsque l'universel (une règle, un principe, une loi) est donné à notre faculté de juger et que la subsomption du particulier sous celui-ci est carrément aisée. En revanche notre jugement sera *réfléchissant*, si seul le particulier est donné et si la faculté de juger doit trouver l'universel qui lui correspond ». cf. C. Stamatis, « Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique. », PUBLISUD, 1995, p 163 et 164.

pouvoir l'appliquer dans l'affaire dont il est saisi. Partant, le magistrat privilégie une interprétation d'une norme et qualifie les faits en conséquence. La qualification n'est pas neutre, mais subjective ⁴⁸⁷.

Dans ces conditions, il n'est peut-être pas évident que l'on puisse toujours parler de subsumption pour décrire le raisonnement suivi par le juge. Car le juge ne se borne pas systématiquement à appliquer aux circonstances d'un litige la norme juridique appropriée. Finalement, cette question ne revient-elle pas à se demander s'il est crédible d'affirmer qu'à chaque situation litigieuse correspond une règle juridique préétablie ?

Nous pensons que ce qui ressemble à une subsumption peut cacher une opération intellectuelle consistant à interpréter et définir une notion juridique. Nous allons maintenant voir que certaines opérations de qualification juridique ne sont pas assimilables à des subsumptions. C'est notamment le cas lorsqu'il est fait application du principe de proportionnalité.

Le juge administratif est parfois conduit à mettre en œuvre le principe de proportionnalité, les qualifications alors opérées ne nous paraissent pas pouvoir être analysées comme des subsumptions. En matière d'arrêtés de reconduite à la frontière ou enjoignant de quitter le territoire national, le juge de l'excès de pouvoir vérifie si l'atteinte qui est éventuellement portée à la vie privée et familiale du destinataire de l'acte est justifiée, au regard des nécessités liées au maintien de l'ordre public dans une société démocratique ⁴⁸⁸. Ce contrôle vise à savoir si un acte réalise une atteinte disproportionnée, par rapport aux buts en vue desquels il fut édicté. Il ne s'agit pas vraiment de savoir si une situation déterminée se place sous une norme. Il convient plutôt d'apprécier la légitimité d'un acte (sinon son opportunité), à la lumière d'une situation concrète.

A la lumière des exemples qui précèdent, la théorie de la subsumption ne paraît pas à même d'expliquer la logique mise en œuvre au cours d'une instance juridictionnelle.

⁴⁸⁷ Sur cette idée voir : A. Ollero-Tassara, « Droit « positif » et droits de l'homme. », Traduit de l'espagnol par D. Pohe Tokpa, Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit, Editions Bière, 1997, p 187.

⁴⁸⁸ CE Ass. 19 avril 1991, M. Belgacem, n° 107470 ; Mme Babas, n° 117680, conclusions R. Abraham, p 152.

Examinons l'idée selon laquelle la logique judiciaire tend à traiter de manière identique des situations similaires.

3°/ Une identité entre situations.

Une des théories les plus intéressantes avancées pour tenter d'explicitier le raisonnement judiciaire est celle qui fut développée par Chaïm Perelman (1°). Mais nous verrons que cette théorie se heurte au fait qu'il est difficile de cerner les causes exactes qui peuvent pousser une juridiction à estimer qu'il y a, entre deux affaires distinctes, identité ou divergence de situation (2°).

1°) - Perelman et Olbrechts-Tyteca, dans leur ouvrage « La nouvelle rhétorique », ont affirmé que « la règle de justice exige l'application d'un traitement identique à des êtres ou à des situations que l'on intègre à une même catégorie ⁴⁸⁹ ». Selon eux, « pour que la règle de justice constitue le fondement d'une démonstration rigoureuse, les objets auxquels elle s'applique auraient dû être identiques, c'est-à-dire complètement interchangeables. Mais, en fait, ce n'est jamais le cas. Ces objets diffèrent toujours par quelques aspects, et le grand problème, celui qui suscite la plupart des controverses, est de décider si les différences constatées sont ou ne sont pas négligeables ou, en d'autres termes, si les objets ne diffèrent pas par les caractères que l'on considère comme essentiels, c'est-à-dire les seuls dont il faille tenir compte dans l'administration de la justice ⁴⁹⁰ ».

Les auteurs de la « Nouvelle rhétorique » en concluent qu'en fait « dans toute situation concrète, une classification préalable des objets et l'existence de précédents quant à la façon de les traiter sera indispensable. La règle de justice fournira le fondement permettant de passer des cas antérieurs à des cas futurs, c'est elle qui permettra de présenter sous la forme d'une argumentation quasi logique l'usage du précédent ⁴⁹¹ ».

⁴⁸⁹ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, « La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation. », Tome premier, PUF, 1958, p 294 et 295. « La rationalité de cette règle et la validité qu'on lui reconnaît se rattache au principe d'inertie, duquel résulte notamment de l'importance que l'on accorde au précédent », Ibidem.

⁴⁹⁰ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, op. cit., p 294 et 295. « La règle de justice reconnaît la valeur argumentative de ce que l'un d'entre nous a appelé la justice formelle, d'après laquelle les « êtres d'une même catégorie doivent être traités de la même façon ». La justice formelle ne précise ni quand deux objets font partie d'une même catégorie essentielle ni quel est le traitement qu'il faut leur accorder », Ibidem.

⁴⁹¹ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, op. cit., p 294 et 295.

D'autres auteurs ont également adhéré à cette manière de voir, ou en tout cas ont adopté une position sensiblement similaire. Ainsi, s'agissant de la Cour de Cassation, M. Atias n'a-t-il pas dit : « L'unité du droit se fait par imitation de raisonnements qui emportent la conviction. L'autorité de la Cour de Cassation est fondée en raison. Elle persuade par la qualité de la motivation de ses arrêts. Les raisons de ses décisions sont les guides que suivent les juges, comme les interprètes. S'il leur arrive d'adhérer d'emblée à une solution, c'est qu'elle leur paraît évidemment et immédiatement fondée. Dès lors qu'il y a difficulté, c'est par ces raisons qu'ils se laissent convaincre. Ce sont ces raisons qu'ils sauront retrouver dans d'autres espèces analogues ⁴⁹² ».

Toutefois il n'est guère aisé d'identifier le lien de similitude existant entre les deux cas. Le juge suprême dispose de la faculté d'étendre ou de restreindre une solution qui fut retenue précédemment en jurisprudence. De ce point de vue, on peut affirmer que c'est avec du recul et l'écoulement du temps qu'il est réellement possible de saisir le sens et la portée d'un précédent.

2°) - La question de savoir si deux affaires présentent des similitudes de nature à faire en sorte qu'il convienne de leur appliquer la même solution, fait intervenir un certain degré de subjectivité : il ne s'agit aucunement d'une opération purement objective.

Ainsi, la question de savoir si un ouvrage public présente un caractère *exceptionnellement dangereux*, au sens de l'arrêt « Dalleau ⁴⁹³ » de 1973, nous paraît illustrer ce phénomène. Le juge administratif doit examiner si un ouvrage présente un seuil de dangerosité suffisant pour être qualifié d'exceptionnellement dangereux. Bien sûr, le seuil de risque imposé aux usagers est jugé normal ou anormal, en dernière instance, par le juge de cassation. Notons qu'à l'heure actuelle, le Conseil d'Etat a retenu une définition éminemment restrictive du concept d'ouvrage exceptionnellement dangereux. Cela conduit le juge de cassation à estimer qu'une route de montagne normalement dangereuse ⁴⁹⁴, n'est pas exceptionnellement dangereuse ⁴⁹⁵.

⁴⁹² C. Atias à propos de « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. » in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. » Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p77.

⁴⁹³ CE Ass. 6 juillet 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Sieur Dalleau*, p 482.

⁴⁹⁴ Conclusions G. Le Chatelier sur l'affaire « Cala », RFDA 1993, p 70.

⁴⁹⁵ CE Section 5 juin 1992, *Ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer c/ M. et Mme Cala*, conclusions G. Le Chatelier, RFDA 1993, p 68.

Le fait qu'il ne soit guère envisageable, dans bien des cas, de déduire rationnellement l'issue d'un litige, entraîne de nombreuses conséquences. Cela conduit à penser par exemple qu'une juridiction décide, par le biais d'un acte de volonté, quelle solution il convient de donner à une affaire. Le jugement n'est pas un acte de connaissance, puisque les magistrats sont conduits à choisir, entre diverses interprétations du droit, celle qui leur paraît la plus adéquate pour la résolution d'un litige. De ce point de vue, on peut conclure que dans les décisions juridictionnelles « la volonté a éliminé toute trace de raison ⁴⁹⁶ ».

Nous avons constaté que le raisonnement judiciaire échappe à toute schématisation logique. C'est pour cela qu'une décision de justice est, bien souvent, imprévisible et, que selon certains, elles ont un caractère « aléatoire ⁴⁹⁷ ». En conséquence, le recours en cassation ne peut pas être calqué sur un modèle logique déterminé. C'est un mécanisme qui est souple : il est instrumentalisé, c'est un outil entre les mains de la juridiction suprême. Il a pour finalité de lui permettre d'assurer la suprématie de sa jurisprudence et plus précisément de son interprétation du droit.

Pour toutes ces raisons, il convient de se demander si un arrêt de cassation est uniquement « la chose voulue en dernière instance ⁴⁹⁸ » ? Cela revient à se demander quels sont les éléments qui en définitive influencent le raisonnement judiciaire.

⁴⁹⁶ A. Ollero-Tassara, « Droit « positif » et droits de l'homme. », Traduit de l'espagnol par D. Pohe Tokpa, en collaboration avec : M. P. Fuertes-Azpillaga, Mmes C. Garcin et H. Maadi, Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit, Editions Bière, 1997, p 190.

⁴⁹⁷ A. Lajoie, R. Robin et A. Chitrit, « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous. », in « Lire le droit Langage, texte, cognition. », sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, LGDJ 1992, p 157.

⁴⁹⁸ A. Ollero-Tassara, op. cit., p 190.

B. La multiplicité des facteurs influençant le raisonnement juridictionnel.

Il n'existe pas de logique spécifiquement juridique, distincte de par sa nature de celle intervenant dans d'autres domaines de l'activité humaine. A bien des égards, le raisonnement du juge de cassation est influencé par de nombreux facteurs. En effet, hormis les cas où un texte impose une solution déterminée, qui n'apparaît guère discutable ⁴⁹⁹, la juridiction de cassation sera dans un contexte où elle est à même d'effectuer un véritable choix. Elle peut, bien souvent, choisir entre plusieurs solutions qui peuvent être parfaitement envisageables, pour résoudre un litige, en raison de l'état de la législation, à un moment donné.

La marge d'appréciation du juge suprême est à la fois restreinte et étendue. Elle est d'abord limitée par l'obligation faite aux juges de respecter les règles contenues dans le bloc de la légalité et c'est uniquement en cas d'imprécision de ces dernières qu'ils sont habilités à interpréter ⁵⁰⁰ les normes juridiques afin d'en indiquer la portée. Les magistrats du Palais-Royal disposent d'un pouvoir normatif dérivé ⁵⁰¹ et non pas originaire. Mais il s'agit tout de même d'une prérogative exceptionnelle, car les silences de la loi sont relativement fréquents, malgré la pléthore de textes votés annuellement.

Ainsi, le législateur n'a aucunement défini le cadre conceptuel dans lequel devait évoluer le juge de cassation, laissant par là même une grande liberté de manœuvre au Conseil d'Etat pour définir lui-même ce qu'il convient de décider en ce domaine. De ce point de vue, le juge de cassation fixe le périmètre de sa propre compétence et paraît omnipotent (1°). Mais l'instance suprême de l'ordre juridictionnel administratif doit tout de même prendre en compte une multitude de facteurs, pour convaincre, pour provoquer l'adhésion à sa jurisprudence, et ce, afin que son pouvoir ne soit pas considéré comme purement arbitraire. Il en résulte une forme d'autolimitation (2°) de la juridiction de cassation.

⁴⁹⁹ Mais il nous semble que, par hypothèse, il est relativement rare qu'une partie intente un procès si elle est certaine de perdre, sauf à poursuivre une stratégie tendant à la contestation systématique devant les tribunaux de toute mesure qui lui déplaît.

⁵⁰⁰ Sur les différents sens du terme « interprétation », cf. P-A. Côté, « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes. », in « Lire le droit Langage, texte, cognition. », sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, LGDJ 1992, p 134 et s.

⁵⁰¹ Sur cette idée voir notamment : F. Zenati, « La jurisprudence. », Dalloz 1991, p 220. Selon cet auteur, « la fonction législative du juge suprême n'est que dérivée ».

1°/ L'omnipotence du juge de cassation.

M. Bachellier a écrit, très justement, à propos de la Cour de Cassation : « On demande [...] beaucoup à la Cour de Cassation, on se tourne sans cesse vers elle (que va dire la Cour de Cassation ?), et dans le même temps, paradoxalement, on ne lui reconnaît du point de vue institutionnel aucun pouvoir normatif ⁵⁰² ». Il nous semble que ce paradoxe pourrait également s'appliquer au Conseil d'Etat.

Les conseillers d'Etat disposent d'un pouvoir juridictionnel important. A bien des égards, cette puissance paraît absolue et sans limitation. En effet, ne peut-on parler de pouvoir absolu, lorsqu'une juridiction dispose de la compétence de sa propre compétence ? Le Conseil d'Etat définit lui-même les différentes étapes du raisonnement suivi au cours d'une instance de cassation ⁵⁰³ : les cas d'ouverture à cassation ont été définis par la Haute assemblée. Le Code de justice administrative est muet en la matière⁵⁰⁴. Le législateur est en effet bien gardé de s'immiscer dans ce domaine *de facto* réservé aux magistrats du Palais-Royal.

Il n'est nullement besoin ici d'insister sur le fait que la Haute juridiction est également détentrice d'un pouvoir souverain, lorsqu'elle interprète une norme relevant du droit interne. Ce pouvoir d'intervenir en dernière instance confère aux solutions retenues par les conseillers d'Etat un caractère irréfragable. Les juridictions européennes ne pouvant remettre en cause la jurisprudence administrative que dans leurs domaines de compétences, l'évolution du droit communautaire et conventionnel ne peut qu'atténuer marginalement, mais non entièrement, le pouvoir souverain d'appréciation qui appartient aux conseillers d'Etat. A la lumière de cette situation, il importe de se demander s'il n'existe pas un risque d'arbitraire de la part du juge suprême.

⁵⁰² X. Bachellier à propos de « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. » in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. » Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p 92.

⁵⁰³ Voir par exemple : CE Section 2 février 1945, Sieur Moineau, p 27.

⁵⁰⁴ Il n'y a pas de définition législative ou réglementaire du concept de cassation administrative.

2°/ L'autolimitation du juge de cassation.

M. Martens reconnaît aux juges une « fonction pacificatrice ⁵⁰⁵ ». Cela doit conduire un magistrat à adopter une solution qui puisse être considérée comme raisonnable par un maximum de personnes. En pratique, il semble possible d'affirmer que le pouvoir d'un juge oscille entre les « contorsions sémantiques ⁵⁰⁶ », « l'audace ⁵⁰⁷ » et une « autolimitation ⁵⁰⁸ », voire une forme « [d'] autocensure ⁵⁰⁹ ».

Le raisonnement suivi par une juridiction est fondé et légitimé par ce que l'on a pu appeler « une logique du vraisemblable ⁵¹⁰ ». Celle-ci se manifeste lorsqu'une décision de justice emporte l'adhésion d'un large auditoire ⁵¹¹. On sait que les idées d'adhésion et d'auditoire sont au cœur de la pensée de Perelman ⁵¹². Il nous semble que le fait qu'une formation de jugement puisse chercher à persuader et convaincre est un élément fondamental qui est de nature à atténuer, voire supprimer, les effets les plus contestables du caractère volitif de l'acte juridictionnel.

Dès lors qu'un magistrat cherche l'adhésion d'un maximum de personnes à son jugement, cela doit être de nature à limiter l'arbitraire qui est mis en œuvre dans chaque procès, lorsqu'il convient d'interpréter le sens et la portée d'une norme.

⁵⁰⁵ P. Martens, op. cit., p 63. L'auteur ajoute : « Ce qui fait la légitimité du juge, c'est (...) sa préoccupation de rendre des décisions acceptables par ceux qui s'adressent à lui ». Ibidem.

⁵⁰⁶ P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité. », in *Mélanges offerts à Jacques Velu, « Présence du droit public et des droits de l'homme. »*, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 59.

⁵⁰⁷ P. Martens, op. cit., p 59.

⁵⁰⁸ P. Martens, op. cit., p 63.

⁵⁰⁹ F. Zenati, « La jurisprudence. », Dalloz 1991, p 242.

⁵¹⁰ F. Terré, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman. », in « *Chaim Perelman et la pensée contemporaine.* », Texte rassemblés par G. Haarscher, Bruylant, Bruxelles, 1993, p 253. Cette logique est distincte, selon l'auteur, « de la démonstration scientifique et de l'arbitraire propre aux croyances ». Ibidem.

⁵¹¹ Sur cette question cf. Ch. Perelman, « Logique formelle et logique informelle. », in « *De la métaphysique à la rhétorique. Essais à la mémoire de Chaim Perelman avec un inédit sur la logique* rassemblés par Michel Meyer. », Edité par M. Meyer, Editions de l'Université de Bruxelles, Faculté de Philosophie et Lettres XCIX, Philosophie et Histoire des Idées, 1986, p 17 et s.

⁵¹² Sur les notions d'adhésion et d'auditoire, cf. P. Dubouchet, « La pensée juridique avant et après le Code Civil. », L'HERMES, 4^{ème} édition, 1998, p 413 et s. Voir aussi : P. Dubouchet, « Pour une théorie générale du droit. Essai sur les rapports du normatif et du logico-grammatical. », L'HERMES, 1993, p 140 et s.

Si en dernière analyse le jugement est un acte de volonté, celle-ci ne s'exerce pas de manière autoritaire, mais dans un espace démocratique : elle se doit d'être crédible. Cela devrait contribuer à atténuer l'arbitraire qu'il peut y avoir dans la fonction de juger.

Dès lors que le règlement d'un litige repose davantage sur un acte d'autorité que sur un acte de connaissance, la décision de justice paraît comme l'expression d'une forme d'arbitraire ⁵¹³. Sous cet aspect, il apparaît fondamental d'encadrer cet arbitraire juridictionnel, et le droit processuel est l'instrument privilégié pour jouer ce rôle ⁵¹⁴. Il nous semble que c'est là l'idée majeure qui explique l'essor du formalisme juridictionnel à notre époque : il apparaît comme la légitimation principale de la validité des décisions de justice ⁵¹⁵.

Au terme de cette section, nous sommes arrivé aux conclusions suivantes. Le modèle théorique de pensée qui oriente les recherches de la doctrine majoritaire, repose sur des assises fort contestables. Le postulat selon lequel le juge de cassation examine des litiges uniquement sur le fondement de la règle de droit soulève une kyrielle de questions sur la nature du concept de droit et le seuil minimal d'abstraction que doit présenter une norme pour pouvoir être qualifiée de juridique.

Finalement cette approche, et c'est le plus important, ne débouche pas sur un mode de raisonnement permettant de comprendre la logique interne au recours de cassation, à savoir connaître et expliciter les solutions concrètes qui sont retenues par le Conseil d'Etat. C'est pourquoi, il paraît préférable d'essayer de dépasser cette vision traditionnelle du pourvoi en cassation, en d'autres mots de rejeter le paradigme mythique et de lui substituer une toute autre approche, reposant sur une représentation plus réaliste du travail du juge suprême.

⁵¹³ Sur cette idée cf. A. Ollero-Tassara, « Droit « positif » et droits de l'homme. », Traduit de l'espagnol par D. Pohe Tokpa, Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit, Editions Bière, 1997, p 28 et p 60. « Le droit cesse d'être un contenu rationnel qui contrôle l'arbitraire pour se transformer en un arbitraire contrôlable seulement de manière formelle ». Ibidem, p 60.

⁵¹⁴ « Dorénavant, l'on souscrit à une *légitimation* purement formelle, que le procédural (ou procédé) n'aide pas à capter, mais crée ». A. Ollero-Tassara, op. cit., p 61.

⁵¹⁵ Dans son ouvrage « Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen », M. Carlos Miguel Herrera souligne bien l'importance que le formalisme revêt chez de nombreux auteurs de notre temps : « Comme le résumait déjà Bergbohm, même la loi la plus infâme doit être tenue pour obligatoire, si elle a été produite selon une procédure formellement correcte, propos repris par Kelsen lorsqu'il considère que le droit peut avoir tout contenu, même le plus absurde, pourvu qu'il ait été produit de la manière déterminée par les normes de l'ordre juridique », (Editions Kimé, Paris, 1997, p 66).

Section 2 – Le paradigme réaliste de la cassation administrative.

Un paradigme est toujours une représentation théorique d'un problème. Dans ces conditions, il pourrait paraître surprenant de vouloir avancer un modèle par essence *théorique*, mais qui tendrait à décrire de manière *réaliste* une difficulté. Cette contradiction n'est qu'apparente. En effet, s'il est de la nature même d'un paradigme d'être abstrait, il prétend apporter une image plus fidèle de l'objet représenté, par rapport à ce qui fut fait précédemment. Or, il est un élément de réflexion sur lequel, nous semble-t-il, la doctrine dominante n'insiste qu'insuffisamment : le juge de cassation n'est en mesure d'exercer un contrôle quelconque sur les décisions qui lui sont soumises, que si ces dernières sont motivées de manière assez détaillée. En l'absence de motivation développée, il paraît difficile aux juges de cassation de pouvoir appréhender et apprécier les motifs et le raisonnement retenus par les juges du fond.

De ce point de vue, le contrôle de cassation, tel qu'il est pratiqué par le Conseil d'Etat, paraît correspondre au modèle suivant. En premier lieu, le degré de contrôle du juge de cassation est proportionné au seuil de motivation que les juridictions du fond doivent respecter (§1.). En second lieu, le juge suprême n'entend pas rejurer l'intégralité des litiges qui lui sont soumis. Cette dernière caractéristique est une des préoccupations majeures des conseillers d'Etat depuis la réforme de 1987. Elle influence profondément la nature du contrôle exercé par les magistrats du Palais-Royal et conduit ces derniers à restreindre la portée de leur contrôle. Il en résulte que celui-ci est nécessairement partiel (§2.). Ces deux aspects du recours en cassation sont si fondamentaux qu'ils affectent profondément l'étendue et la nature de la surveillance effectuée par le juge suprême : ils ont des répercussions sur le modèle même de la cassation administrative.

§1. Un contrôle proportionné au seuil de motivation exigé.

Il y a un rapport de proportionnalité entre d'une part l'étendue de l'examen que peut réaliser la juridiction de cassation et d'autre part, le seuil de motivation auquel est tenue de satisfaire une décision rendue en dernier ressort. Si toutes les décisions définitives doivent indiquer, fût-ce brièvement, sur quels motifs elles se fondent, il convient de souligner que, selon les

domaines, le juge suprême exige une motivation plus au moins détaillée. En effet, les actes juridictionnels n'ont pas à être motivés de la même manière : le seuil de motivation exigé est variable ⁵¹⁶. Ces changements dans la précision à apporter à la rédaction des jugements ne sont pas neutres. Ils conditionnent la portée et l'intensité du contrôle que les conseillers d'Etat peuvent effectuer.

La motivation n'apparaît guère comme une simple exigence d'ordre formel, mais plutôt comme une obligation imposée aux juges du fond par le juge suprême, chaque fois que ce dernier souhaite exercer un contrôle relativement approfondi sur une catégorie de contentieux déterminée. Et si l'on admet l'idée selon laquelle les conseillers d'Etat souhaitent que les juges du fond explicitent en détail leurs solutions, chaque fois que le juge de cassation entend surveiller scrupuleusement l'activité des juridictions subordonnées, il faut aussi reconnaître que le juge suprême ne souhaite pas surveiller de façon très approfondie les décisions juridictionnelles rendues dans des matières où le seuil de motivation valablement admissible est fort réduit. Il y a là une forme d'aveu implicite émanant du Conseil d'Etat, et qui lui permet de laisser entendre qu'il souhaite laisser à la sagesse des juridictions du fond le soin de régler souverainement les questions pouvant être motivées succinctement, voire sommairement. C'est pourquoi, la motivation apparaît comme une condition au contrôle de cassation (A.). Il arrive, par ailleurs, que le Conseil d'Etat limite son contrôle à la réformation de la motivation de l'acte juridictionnel attaqué (B.). Enfin, le fait que l'intensité du contrôle dépende du seuil de motivation est de nature à atténuer la dichotomie entre légalité interne et externe (C.).

A. La motivation : condition du contrôle.

Pour contrôler la pertinence d'un raisonnement, le juge de cassation doit obligatoirement contraindre les juges du fond à expliciter les motifs justifiant leur décision. La motivation n'est pas simplement une condition de régularité formelle de l'acte juridictionnel, mais plutôt une condition préalable pour que le juge de cassation puisse effectivement contrôler l'activité des juridictions du fond. Sous cet aspect, la motivation paraît, en premier lieu, comme la condition permettant l'effectivité du contrôle de cassation (1°), en second lieu, il convient de souligner que le contrôle porté sur la motivation s'exerce de manière relativement

⁵¹⁶ Sur cette question cf. M. Degoffe, « La juridiction administrative spécialisée. », LGDJ, 1996, p 456 et s.

indépendante par rapport aux différents cas d'ouverture à cassation et que cela peut conduire le juge suprême à empiéter sur les appréciations réputées souveraines des juges du fond (2°).

1°/ Une condition de l'effectivité du contrôle de cassation.

D'aucuns l'ont souligné, le contrôle de la motivation est très important, voire « primordial⁵¹⁷ ». D'ailleurs, à ce sujet, le Président Odent n'avait-il pas affirmé : « Plus le juge de cassation est exigeant quant à la précision des motifs que doivent contenir les décisions juridictionnelles, plus il rend effectif son contrôle⁵¹⁸ ». C'est à l'occasion du contrôle des décisions rendues en matière de sursis à exécution (1°), que le juge de cassation a souligné, de manière particulièrement claire, le rapport de proportionnalité entre l'exigence de motivation et l'effectivité du contrôle. Mais ce modèle de raisonnement est parfaitement transposable à toute instance en cassation (2°).

1°) - En matière de sursis à exécution, le Conseil d'Etat a adopté un contrôle « asymétrique⁵¹⁹ » de la motivation. Elle est sommaire si les juges du fond refusent le sursis et détaillée, dans le cas contraire. Une Cour administrative ne peut pas se borner à relever qu'un des moyens invoqué par le demandeur à l'instance paraît de nature à justifier l'annulation, afin d'accorder le sursis d'un acte litigieux. En effet, les juridictions du fond doivent désigner le moyen sur lequel elles fondent leur décision accordant le sursis, et ce, afin que le juge de cassation soit « en mesure d'exercer son contrôle⁵²⁰ ». Cette dernière formule révèle très exactement quelles sont l'utilité et la finalité de la motivation de ce genre d'acte. En revanche, dans le cas où les juges du fond refusent d'octroyer le sursis, le juge de cassation se contente d'une « motivation minimale, pratiquement stéréotypée⁵²¹ ».

⁵¹⁷ « L'objectif de ce contrôle [de la motivation] est primordial. En effet, la motivation du jugement soumis au contrôle de cassation est au cœur de ce contrôle. Elle est indispensable pour comprendre le raisonnement des juges du fond. Vous qualifiez ainsi d'insuffisantes les motivations qui n'ont pas « mis à même le juge de cassation d'exercer le contrôle de la légalité qui lui appartient » ». cf. B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 681.

⁵¹⁸ Cours, p 2079 ; cité par B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 681.

⁵¹⁹ B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 681.

⁵²⁰ CE Section 5 novembre 1993, Commune de Saint-Quay-Portrieux, RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz ; AJDA 1993, p 844, chronique C. Mauglé et L. Touvet.

⁵²¹ E. Picard, « La cassation administrative : Premier bilan en matière de responsabilité et premiers arrêts en matière de sursis. », JCP, éd. G., 1994, I (doctrine), n°3751, p 168.

L'étendue de la motivation des décisions avant dire droit soulève des questions particulièrement intéressantes. En effet, il faut d'un côté que le Conseil d'Etat soit à même d'exercer la surveillance qui lui revient, mais d'un autre côté, les juridictions subordonnées ne doivent pas être perçues comme préjugant le dossier sur le fond, ce qui serait, bien évidemment, susceptible d'entacher de partialité l'acte juridictionnel clôturant l'instance au fond. Sur ces questions, et à l'occasion du contentieux du sursis à exécution, certains ont souligné qu'il paraissait difficile pour une Cour administrative de donner les motifs qui la poussaient à penser qu'un moyen était sérieux sans préjuger le fond d'une affaire. En outre, il en irait de même pour la question de savoir si un préjudice est difficilement réparable : car il s'agirait d'une « appréciation de pur fait dépendant (...) des seules circonstances propres à l'espèce ⁵²² ». Face à ces difficultés, on a pu se demander s'il n'était pas souhaitable que la juridiction de cassation autorise les juges du fond à motiver sommairement leurs décisions avant dire droit, quitte à ce que le juge suprême contrôle cette catégorie d'actes par le biais d'une autre technique que celle de la motivation.

Dans ses conclusions sur la décision de Section « Société de fait Couderc » de 1991, M. Gaeremynck proposait que le juge de cassation contrôle les solutions des juges du fond non à travers la motivation des arrêts, mais « au vu des pièces du dossier ⁵²³ », afin, le cas échéant, d'annuler les arrêts attaqués qui dénatureraient les faits d'une affaire. S'il n'est peut-être pas inutile de souligner que dans le texte de l'arrêt « Société de fait Couderc », le Conseil d'Etat a effectivement admis que la Cour n'a pas commis une « dénaturation des pièces du dossier qui lui était soumis ⁵²⁴ » ; il convient cependant de reconnaître que seule une motivation détaillée permet aux juges de cassation de connaître les motifs qui ont déterminé les juges de fond à adopter la solution qu'ils ont rendue.

S'il est évidemment fort utile pour les conseillers d'Etat de disposer des pièces du dossier qui avaient été soumises aux juges du fond, il faut bien admettre que l'examen de ces dernières permet non d'apprécier la licéité de la décision définitive attaquée, mais plutôt de rejuger la question de savoir s'il est opportun d'accorder ou de refuser un sursis. Et dans ce second cas,

⁵²² J. Gaeremynck, conclusions sur CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, RFDA 1991, p 945. « L'appréciation du préjudice fait nécessairement intervenir une séquence d'événements futurs qui n'ont par définition qu'un caractère éventuel, et la rendent encore plus délicate », op. cit., p 945.

⁵²³ J. Gaeremynck, conclusions sur CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, RFDA 1991, p 946. Il estime en effet « qu'une motivation sommaire des décisions des juges du fond n'est pas nécessairement incompatible avec un certain contrôle de cassation », op. cit., p 946.

⁵²⁴ CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, RFDA 1991, p 948.

ce n'est pas le jugement, mais le litige qui est jugé, or ceci n'est pas conforme à l'office du juge de cassation. Pour rester en adéquation avec sa fonction, la juridiction de cassation doit être en mesure d'apprécier les motifs qui sont le fondement de l'acte attaqué.

2°) - La technique consistant pour le Conseil d'Etat à moduler son contrôle en fonction du seuil de motivation exigé, est mise en œuvre dans tous les domaines où peut intervenir le recours en cassation. A titre d'exemple, les conclusions de M. Marais, prononcées à l'occasion de l'affaire « Société Clichy Dépannage », illustrent ce mode de raisonnement.

Dans l'affaire « Société Clichy Dépannage ⁵²⁵ » de 1994, le Conseil d'Etat devait trancher la question de savoir si les juges du fond avaient suffisamment motivé leur refus de considérer que les auteurs d'un plan d'occupation des sols avaient commis une erreur manifeste d'appréciation, en limitant les activités susceptibles d'être exercées dans une zone déterminée.

M. Marais concluait à la solution suivante : « La nature du contrôle de cassation nous paraît l'élément le plus déterminant pour justifier une motivation succincte⁵²⁶ ». Car, précisait-il, « dès lors que vous renoncez à tout contrôle de la légalité interne, vous pourriez passer en dessous d'une motivation minimale ⁵²⁷ ». On peut le constater : dans ces conclusions, un lien est très clairement établi entre la portée du contrôle du juge de cassation et le seuil de motivation exigé de la part des décisions des juridictions du fond.

Force est de reconnaître que cette solution est finalement très logique. Elle conduit à imposer une exigence formelle, dans la mesure où celle-ci est strictement nécessaire pour permettre à la juridiction suprême de remplir son office. Mais malgré l'évidente cohérence de cette solution, il convient de se demander quelles peuvent être les répercussions de ce phénomène sur les questions réputées souverainement appréciées par les juges du fond ? En clair, le contrôle exercé sur les motivations n'est-il pas de nature à empiéter sur le pouvoir souverain des juridictions du fond ?

⁵²⁵ CE Section 18 novembre 1994, Société Clichy dépannage, RFDA 1995, p 688, conclusions B du Marais.

⁵²⁶ B. Marais, conclusions précitées, p 682. Il ajoutait : « Il faut (...) partir de l'étendue de votre contrôle pour définir les exigences en matière de motivation et non procéder par l'inverse ».

⁵²⁷ B. Marais, op. cit., p 682.

2°/ L'empiètement sur les appréciations réputées souveraines des juges du fond.

Quand une juridiction de cassation exige une motivation détaillée de la part des juridictions subordonnées, il ne faut pas y voir le fruit du hasard, mais l'instrument permettant aux magistrats de cassation de s'immiscer dans tous les aspects de l'argumentation des juges du fond. Or, il semble que l'on puisse raisonnablement affirmer que ce contrôle s'exerce, indistinctement, sur l'ensemble des motifs, qui sont à la base d'un acte juridictionnel. Le contrôle exercé sur les motivations est mû par une logique spécifique et ne respecte pas forcément le cadre notionnel du recours en cassation.

Dans les développements à venir nous appellerons « cadre notionnel » les différents cas d'ouverture à cassation, c'est-à-dire les diverses notions qui permettent de censurer une décision définitive.

Dans une approche traditionnelle du pourvoi en cassation, il est habituel de présenter les différents cas d'ouverture à cassation. Ces derniers recensent les différentes notions qui peuvent permettre aux conseillers d'Etat de prononcer une décision d'annulation. La doctrine majoritaire admet que si une cause d'annulation n'est pas justifiée, l'arrêt attaqué est insusceptible d'être remis en question : il a été définitivement et souverainement jugé par les juges du fond.

Le contrôle des motivations remet en cause cette manière de voir. Le Conseil d'Etat exige, en quelque sorte, que les magistrats du fond rendent compte de leur travail. Ces derniers sont, relativement à certaines questions, tenus de donner tous les motifs qui fondent leurs jugements. Le contrôle des motivations n'étant pas inséré et enfermé dans le cadre notionnel des cas d'annulation, il bouscule les frontières établies et autorise l'immixtion du juge suprême au sein du périmètre des questions réputées souverainement jugées par les juges du fond. Cette ingérence du juge de cassation peut être constatée lorsque ce dernier estime qu'une motivation n'est pas assez détaillée (1°) ou n'est pas suffisante (2°).

1°) - Dans l'affaire « Urtiaga Martinez ⁵²⁸ » de 1987, les deuxième et sixième sous-sections réunies ont annulé une décision de la Commission des recours des réfugiés, parce que la motivation de cette dernière n'était pas assez détaillée. Les circonstances du litige étaient les suivantes. A l'appui de sa demande tendant à ce que lui soit accordé le bénéfice du statut de réfugié, M. Urtiaga Martinez, ressortissant espagnol d'origine basque, a notamment fait valoir les menaces pour sa vie dont il était l'objet, même en territoire français, de la part de groupements et organismes qui seraient tolérés ou encouragés par les autorités espagnoles.

Il a produit à l'appui de ses dires une pièce, provenant d'un juge d'instruction de Bayonne, confirmant que sa photographie et le numéro de son véhicule ⁵²⁹ avaient été trouvés en la possession d'un membre présumé du « groupement antiterroriste de libération » inculpé de complicité d'arrestation illégale, de séquestration de personnes et de transport d'armes prohibées.

Dans ces circonstances, la décision contestée fut annulée au motif « qu'en se bornant à affirmer, sans autre précision, que ces faits ne permettaient pas de considérer que M. Urtiaga Martinez craignait avec raison des persécutions au sens des stipulations (...) de la Convention de Genève, la Commission des recours des réfugiés n'a pas mis le juge de cassation en mesure d'apprécier si elle a fait une exacte application desdites stipulations et si elle n'a pas dénaturé les faits qui lui étaient soumis ⁵³⁰ ».

2°) - Bien souvent, les conseillers d'Etat peuvent être amenés à considérer qu'une motivation est insuffisante. Nous examinerons ce cas de figure grâce à deux exemples, l'un tiré du contentieux de la répression disciplinaire et l'autre issu du droit de la responsabilité en droit public.

Dans le domaine du contentieux disciplinaire, le juge du fond apprécie souverainement les faits qu'il retient contre une personne, mais ces faits doivent être relevés « avec suffisamment de précision pour permettre au Conseil d'Etat, juge de cassation, d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient ⁵³¹ ». Le juge disciplinaire ne peut se borner à indiquer qu'un

⁵²⁸ CE 2e/6e Sous-section réunies, 4 décembre 1987, Urtiaga Martinez, n° 61376, p 398 ; AJDA 1988, p 154, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre.

⁵²⁹ Chronique de jurisprudence de M. Azibert et M. de Boisdeffre, op. cit., p 156.

⁵³⁰ CE 4 décembre 1987, Urtiaga Martinez, précité.

⁵³¹ CE 15 décembre 1993, Bénitah, p 366.

praticien « a exécuté des actes de qualité non conforme aux données actuelles de la science, sans se référer expressément à aucun des cas précis soumis à son examen ⁵³² ». Cette motivation est insuffisante.

En matière de responsabilité de la puissance publique, une Cour administrative ne peut pas déclarer l'Etat responsable du préjudice subi par un appelé, à la suite de sa tentative de suicide, durant la période où ce dernier effectuait son service militaire, en retenant uniquement que « l'intéressé s'était blessé avec son arme de service ⁵³³ ». Le juge de cassation souligne que ce fait, en lui-même, ne permet pas d'établir le lien avec le service de nature à mettre en jeu la responsabilité de l'Etat. De plus, les juges du fond auraient dû rechercher « si la tentative du suicide de [l'intéressé] dans laquelle le préjudice trouvait son origine directe avait eu elle-même pour cause déterminante, en l'espèce, des circonstances tenant au service ⁵³⁴ ». La Haute juridiction donne ainsi des directives très strictes au juge de renvoi.

Le contrôle de la motivation ne remet sans doute pas fondamentalement en cause la distinction entre appréciations souveraines et celles qui sont de nature à être remises en cause par les conseillers d'Etat, au cours d'une instance en cassation. Mais il convient toutefois de souligner que les exigences prétoriennes en matière de motivation contribuent à atténuer la frontière séparant ces deux entités.

L'essence du contrôle de la motivation est éminemment ambiguë. En effet, la motivation est d'une part la technique permettant au juge de cassation de vérifier si un cas d'ouverture à cassation est légitimement invoqué dans une instance en cassation. Sous cet aspect, elle est le support nécessaire qui met à même le Conseil d'Etat d'exercer la mission qui lui revient. Mais d'un autre point de vue, le contrôle de la motivation échappe au cadre notionnel de la cassation. Il ne s'agit plus alors d'une obligation auxiliaire, imposée aux juges du fond afin de savoir si ces derniers remplissent correctement leurs obligations principales (i.e. : rendre des décisions conformes au droit en vigueur) ; la motivation est érigée au rang de moyen de contrôle à part entière. Elle devient un procédé permettant au juge suprême de s'immiscer dans une multitude d'appréciations effectuées par les juridictions du fond et dont certaines auraient pu paraître souveraines et inattaquables par le biais des autres cas d'ouverture à

⁵³² CE 15 décembre 1993, Bénitah, précité.

⁵³³ CE Section 28 juillet 1993, *Ministre de la Défense c/ Stéfani*, p 231.

⁵³⁴ Ibid.

cassation. La motivation, qui paraissait jusqu'à présent le serviteur fidèle permettant de savoir si une cause d'annulation est justifiée, est en réalité une modalité de contrôle à part entière, qui permet de dépasser le cadre notionnel classique de la cassation. Le contrôle de la motivation est mû par une logique propre et à ce titre on doit souligner que ce contrôle peut se suffire à lui-même : c'est le cas lorsque le juge de cassation limite son contrôle à la réformation de la motivation de la décision attaquée.

B. Le contrôle limité à la réformation de la motivation.

Le contrôle de la motivation est mû par une logique propre et à ce titre, il acquiert une place particulière au sein de l'arsenal des instruments de surveillance mis à la disposition du juge suprême. Le contrôle exercé sur les motifs de l'acte juridictionnel attaqué peut se suffire à lui-même et s'exercer de manière indépendante par rapport aux autres cas d'ouverture à cassation. Et le juge de cassation peut restreindre son contrôle à la réformation de la motivation. Ce contrôle autonome s'exerçant sur les motifs de la décision attaquée permet au juge de cassation, soit de substituer à un motif erroné un motif qui serait adéquat (2°), soit, en cas de pluralité de motifs, d'écarter un motif non valable, mais de constater qu'il n'y a pas lieu à cassation dans la mesure où le motif illicite était surabondant et non déterminant (1°). A ces deux cas de figure, il faut en ajouter un autre : celui où le Conseil d'Etat est amené à censurer une décision entachée de contradiction de motifs (3°).

1°/ Motif déterminant et surabondant.

Si le Conseil d'Etat est saisi d'un moyen d'annulation pertinent, il n'est cependant pas toujours tenu d'annuler la décision attaquée. Les juges ont la possibilité de considérer que le motif entaché d'illégalité est surabondant ⁵³⁵. En revanche, le juge de cassation annule une décision juridictionnelle, quand il y a plusieurs motifs déterminants et que certains d'entre eux sont erronés ⁵³⁶. Les motifs erronés n'étant plus simplement surabondants, la décision attaquée est cassée. D'où l'importance de savoir reconnaître le caractère déterminant d'un motif.

⁵³⁵ En vertu de l'article 620 du Nouveau code de procédure civile, la Cour de Cassation dispose de la même faculté.

⁵³⁶ Sur ce point cf. : CE 11 mai 1990, Siron, T p 946.

Dans bien des cas, l'identification d'un motif surabondant ne pose guère de difficulté. Un motif erroné est surabondant, s'il est secondaire par rapport au raisonnement suivi par les juges du fond. Ce peut être le cas lorsque (comme dans l'exemple suivant issu du contentieux des contraventions de grande voirie) une Cour d'appel décide qu'une servitude « *non aedificandi* » fait obstacle à l'exécution de travaux simplement confortatifs et aux travaux de reconstruction totale ou partielle. Le juge de cassation a pu souligner que dans les circonstances de l'espèce, la servitude n'interdisait pas les travaux confortatifs. Néanmoins, si ce motif est erroné, il est, également, surabondant, car la Cour avait « exactement qualifié de reconstruction les travaux effectués ⁵³⁷ » et pouvait donc « légalement en déduire que ceux-ci avaient porté atteinte à la servitude ⁵³⁸ » en cause. En d'autres termes, cette technique permet de censurer un *obiter dictum*. Et, plus généralement, le motif qui est fondé doit justifier, à lui seul, la décision attaquée ⁵³⁹.

Il en va différemment si le motif erroné n'a pas ce caractère secondaire. Dans l'affaire « Vilain » de 1993, la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins avait infligé la sanction de l'interdiction du droit de donner des soins aux assurés sociaux pendant trois mois, au motif que l'intéressé avait demandé des honoraires à sa propre mère à l'occasion des soins médicaux qu'il lui dispensait et que des abus avaient été relevés dans ses cotations tenant au caractère répété de la cotation applicable aux visites effectuées le dimanche et les jours fériés. Les quatrième et première sous-sections réunies ont considéré que les juges du fond avaient principalement fondé leur décision sur le fait que le praticien avait demandé des honoraires à sa mère. Ce motif n'était, dès lors, pas surabondant, or il « ne constitue pas par lui-même une violation des règles de déontologie ou des règles applicables à la cotation des actes de nature à justifier une sanction ⁵⁴⁰ ». La décision contestée a donc été annulée.

⁵³⁷ CE 30 décembre 1996, Goudeau, p 521.

⁵³⁸ Ibidem.

⁵³⁹ Pour un autre exemple de décision où le juge de cassation estime qu'un motif erroné est surabondant : CE 31 mars 1993, S.A. Clinique Lafourcade, p 90.

⁵⁴⁰ CE 7 juillet 1993, Vilain, p 209. Voir également les arrêts suivants où le juge de cassation considère qu'un motif erroné n'est pas surabondant et qu'il convient d'annuler la décision de la juridiction disciplinaire : CE 18 juin 1982, Gourion, T p 728 ; CE 27 mars 1987, Fontaine, p 111. Pour d'autres exemples de motifs erronés non surabondants cf. : CE 29 décembre 1995, Société Sudfer, p 466, concernant l'assujettissement à la TVA ; CE 28 juillet 1989, Bakhci, T p 685, 686, relatif à la qualité de réfugié.

L'appréciation du caractère principal ou secondaire d'un motif erroné revêt, on s'en doute, une certaine dose de subjectivité en certaines occasions. Toutefois cette liberté d'appréciation laissée au juge suprême n'est pas ici plus importante que dans d'autres domaines du recours en cassation. Elle n'est qu'une illustration de ce pouvoir de contrôle dont dispose le Conseil d'Etat et qui s'exerce à travers l'examen des motivations des arrêts déférés. Le contrôle de la motivation peut également conduire le juge de cassation à valider *a posteriori* une décision mal fondée : c'est ce qui se produit quand les conseillers d'Etat substituent, à un motif erroné, un autre qui ne l'est pas.

2°/ Substitution de motifs.

La substitution de motifs implique deux conditions cumulatives.

Premièrement, le motif qui justifie la décision attaquée doit être, soit d'ordre public⁵⁴¹, soit un moyen qui a déjà été présenté devant les juges du fond⁵⁴². Ainsi, le juge de cassation peut, par exemple, soulever d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité d'un appel⁵⁴³, et substituer ce motif à ceux qui avaient conduit les juges du fond à rejeter la demande de l'intéressé. Le Conseil d'Etat peut aussi soulever d'office la fin de non-recevoir résultant du fait qu'un moyen présenté par le requérant est insuffisamment précis.

Ainsi, dans l'affaire « Cohen » de 1993, le juge de cassation avait substitué à l'argumentation erronée des juges du fond, selon laquelle la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des textes internationaux ne sont pas applicables aux sanctions fiscales, le motif d'ordre public tiré du fait que le requérant n'indiquait pas en quoi cette jurisprudence ou ces conventions faisaient obstacle à l'application des pénalités en cause⁵⁴⁴.

Deuxièmement, le motif ne doit pas impliquer que le juge de cassation apprécie à nouveau les faits de l'affaire⁵⁴⁵. On peut se demander quelle est la portée exacte de cette seconde

⁵⁴¹ CE 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk, AJDA 2003, p 1946, note M. Deguergue.

⁵⁴² CE Section 9 octobre 1964, Mansillon, p 461.

⁵⁴³ Le requérant n'ayant présenté sa défense qu'oralement devant la juridiction d'appel, en méconnaissance du principe selon lequel la procédure administrative revêt un caractère essentiellement écrit : CE 25 janvier 1980, Gras, p 50.

⁵⁴⁴ CE 3 mai 1993, Cohen, p 145.

⁵⁴⁵ Sur ce point cf. : les arrêts « Gras » de 1980 et « Cohen » de 1993 précités.

condition ? Elle paraît davantage être une clause de style qu'une réelle restriction au pouvoir de substitution, dans la mesure où le juge de cassation dispose d'une large liberté pour tracer la frontière entre ce qu'il estime être les questions de fait et les questions de droit.

La substitution de motifs aboutit à considérer que le motif invoqué par les juges du fond est implicitement surabondant, par rapport à un motif licite qui aurait dû figurer dans la motivation de l'arrêt attaqué. Ceci autorise le juge de cassation à re-motiver l'acte contesté. Mais cette technique n'est envisageable que si la motivation des juges du fond est cohérente et exempte de toute contradiction.

3°/ La contradiction de motifs.

Le Conseil d'Etat annule les décisions définitives qui sont entachées d'une contradiction logique dans la rédaction de leur motivation. Cette antinomie dans les prémisses d'un arrêt est un vice que le juge de cassation se doit de sanctionner. Il peut y avoir contradiction soit entre les motifs et le dispositif, soit entre plusieurs motifs d'une décision.

Le juge suprême a estimé qu'un arrêt était entaché d'une contradiction entre ses motifs et son dispositif, dès lors qu'une Cour administrative estime d'une part, qu'un jugement de première instance n'a pas procédé à « une insuffisante évaluation de l'indemnité ⁵⁴⁶ » due par une commune responsable de dégradations causées à une immeuble appartenant à la société demanderesse et que d'autre part, le juge d'appel annule entièrement le jugement précité et rejette l'ensemble des conclusions présentées par la société en première instance ⁵⁴⁷.

Mais plus couramment le juge de cassation est conduit à censurer, au sein d'une motivation, des motifs se contredisant, expressément ou implicitement. Ce peut être le cas si une juridiction de dernier ressort n'a pas « tiré les conséquences légales de ses propres constatations ⁵⁴⁸ » ou si la motivation contient des propositions antinomiques ⁵⁴⁹. Par ailleurs, il peut arriver que la Haute assemblée sanctionne une contradiction de motifs sur le

⁵⁴⁶ CE 12 avril 1995, SCI Elisa, req. n° 147167, T p 1006.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ Sur ce point : cf. CE 15 janvier 1992, M. Perrichet, DF 1992, n° 48-49, comm. 2288, conclusions M-D. Hagelsteen.

⁵⁴⁹ CE 8 juillet 1983, Association gestionnaire de l'école Violet, p 304.

fondement de l'erreur de droit ⁵⁵⁰. Ceci traduit peut-être une réticence de la part du Conseil d'Etat à annuler des arrêts définitifs sur le terrain de la contradiction des motifs ⁵⁵¹.

Enfin, en matière de contentieux fiscal et s'agissant de la question de savoir si une association peut être soumise à l'impôt sur les sociétés, parce qu'elle exerce une activité économique, dans des conditions similaires à une entreprise, une association avait soutenu que les juges de dernier ressort avaient entaché leur décision d'une contradiction de motifs. Ce raisonnement était habile, eu égard au caractère subjectif des appréciations qu'il convient d'opérer pour déterminer si une association relève de l'impôt sur les sociétés ⁵⁵².

Néanmoins, il fut jugé par la Haute assemblée qu'il n'y avait pas contradiction de motifs, quand un arrêt décide que la gestion d'une clinique par une association est désintéressée, mais que cependant « son exploitation présentait un caractère lucratif, eu égard (...) [à] la nature des services offerts par la clinique, [aux] prix de journée pratiqués et [à] l'absence de convention avec les autorités publiques en vue de l'accueil de bénéficiaires de l'aide sociale⁵⁵³ ». En conséquence, l'association en question, qui exploitait l'établissement en cause, entrait dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés. Ainsi, un organisme désintéressé peut être exploité de manière lucrative.

Le contrôle que le juge de cassation exerce sur la motivation des actes juridictionnels qui lui sont déférés s'exerce de manière relativement indépendante par rapport au cadre notionnel du recours en cassation, c'est-à-dire par rapport aux différents cas d'ouverture à cassation. Ceci n'est pas neutre. La juridiction suprême a forgé un instrument lui permettant d'intervenir dans de nombreuses questions dont on aurait pu légitimement penser qu'elles relevaient de l'appréciation souveraine des juges du fond.

⁵⁵⁰ CE 17 mai 1995, Flory, RJF 7 / 1995, n° 818.

⁵⁵¹ Sur cette question : cf. J. Massot, O. Fouquet, J-H. Stahl et M. Guyomar, « Le Conseil d'Etat juge de cassation. », Berger-Levrault L'administration nouvelle, 5^{ème} éd., 2001, p 216.

⁵⁵² Sur cette question : cf. M. Cozian, « Précis de fiscalité des entreprises », 25^{ème} éd., 2001-2001, Litec, p 269 et suivantes.

⁵⁵³ CE 13 décembre 1993, Association Clinique Saint-Martin-La-Forêt, p 364. Pour un autre exemple de décision où il fut jugé qu'il n'y avait pas de contradiction de motifs : CE 18 juin 1997, Rejany, RJF 8-9 / 1997, n° 813 (en matière de contentieux fiscal).

Cet interventionnisme du juge de cassation tend à bousculer les analyses traditionnelles qui furent proposées par la doctrine pour expliciter les diverses étapes du raisonnement suivi par un juge investi d'une mission de contrôle de la légalité. Car à bien des égards, le contrôle de la motivation tend à atténuer la distinction entre légalité interne et externe.

C. L'atténuation de la dichotomie entre légalité interne et externe.

Dans le contentieux de l'annulation dont le recours en cassation fait partie, il est traditionnel de distinguer entre d'une part, le contrôle de la légalité externe et d'autre part, celui portant sur la légalité interne d'un acte. Mais il convient de souligner que le contrôle de la motivation, mû par une logique spécifique, s'applique indistinctement à ces deux aspects du contrôle de la légalité. C'est de ce point de vue que le contrôle porté sur les motifs d'une décision contribue à atténuer la dichotomie entre légalité externe et interne. Pour la doctrine majoritaire, le juge de cassation exerce un contrôle en deux phases sur la légalité d'un acte juridictionnel. C'est ce que l'on peut appeler un contrôle dualiste (1°). Mais en réalité, eu égard à la spécificité du contrôle sur les motifs, le juge de cassation paraît exercer un contrôle transversal (2°).

1°/ Le contrôle dualiste de la légalité.

Il est traditionnel en droit public français de dire, à propos d'un juge contrôlant la légalité d'un acte, qu'il peut être amené à vérifier successivement la légalité externe ⁵⁵⁴, puis la légalité interne ⁵⁵⁵ de la décision attaquée. Schématiquement, le premier aspect de la légalité s'intéresse à la question de savoir si la procédure à l'issue de laquelle l'acte fut édicté est régulière, alors que le second examine le bien-fondé des raisons à la base de l'acte litigieux.

⁵⁵⁴ Le juge sanctionne à ce titre les vices suivants : incompétence ; vice de forme et vice de procédure.

⁵⁵⁵ Le juge pourra annuler un acte sur le fondement d'un des moyens suivants : détournement de pouvoir ou de procédure (ces cas d'ouverture concernant exclusivement le domaine de l'excès de pouvoir) ; la violation de la loi ; l'erreur de droit ou de fait ; l'inexactitude des faits ; la qualification juridique erronée.

Cette distinction est retenue par le Conseil d'Etat. Dans le cadre de la jurisprudence « Intercopie ⁵⁵⁶ », un requérant ne peut pas, après l'expiration du délai de recours en cassation, présenter une demande nouvelle relevant d'une cause juridique distincte par rapport à celle qui fut introduite en temps utile. Ainsi, un requérant ne peut pas invoquer un moyen de légalité externe, après l'expiration des délais, si dans sa requête sommaire, il n'avait présenté que des moyens de légalité interne ⁵⁵⁷.

C'est surtout à propos du recours en cassation dans le domaine de l'excès de pouvoir que l'on a pu se demander comment concilier cette juxtaposition successive de deux contrôles de la légalité. La problématique était la suivante. Les juridictions du fond devenaient, à partir de la réforme de 1987, compétentes pour statuer en dernier ressort sur la légalité d'un certain nombre d'actes administratifs. Les décisions des magistrats du fond rendues sur ces questions pouvaient être déférées à la censure du juge de cassation. En d'autres termes, les magistrats du fond jugent une question de légalité et leur décision peut elle-même faire l'objet d'un contrôle de légalité. D'aucuns ont estimé qu'il y aurait trois degrés de juridiction (i.e. : double degré de juridiction *plus* une instance de cassation équipollente aux instances précédentes.) statuant sur la même question juridique. Le risque était d'aboutir à un contrôle de la légalité au cube, ce qui de toute évidence n'était pas de nature à accélérer les délais de jugement des litiges.

Pour éviter cet écueil, il a été souligné par certains auteurs que « si le juge du fond contrôle l'acte de l'administration, le juge de cassation ne contrôle que la décision juridictionnelle, ce qui n'implique pas que le second réexamine toute l'argumentation qui avait été soumise au premier ⁵⁵⁸ ». Et assez rapidement, la doctrine majoritaire a, semble-t-il, adhéré à cette manière de voir. Ainsi, les craintes engendrées par la réforme du contentieux de 1987 se sont dissipées, lorsqu'il est apparu que le juge de cassation pouvait statuer sur une question de légalité, tout en restant *en retrait* par rapport à certains points souverainement tranchés par les juges du fond ⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ CE Section 20 février 1953, p 88.

⁵⁵⁷ CE 2 mars 1990, Deplus, p 55. Voir également : CE 7 décembre 1994, Tournier, p 540.

⁵⁵⁸ J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 920.

⁵⁵⁹ Après 1987, on aurait pu craindre la solution suivante : « un raisonnement par analogie avec le rôle du juge de l'excès de pouvoir aurait pu se concevoir, s'agissant de l'étendue du contrôle de cassation sur la régularité formelle des actes de l'administration, débouchant sur un entier contrôle de ces questions ». cf. J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 920.

Dans le cadre de la cassation en matière d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat examine trois questions, nous semble-t-il. D'abord, il vérifie la légalité externe du jugement définitif dont il est saisi (première question). Ensuite, il aborde la légalité interne du jugement en cause, à savoir la rectitude du raisonnement contenu dans la décision juridictionnelle contestée. Or ceci ne revient-il pas à examiner deux autres points : d'une part, la régularité externe de l'acte administratif à l'origine du litige (deuxième question); et d'autre part, la régularité interne de ce même acte administratif (troisième question).

La doctrine majoritaire paraît considérer que le Conseil d'Etat se contente de juger l'administration passive (i.e. : la décision juridictionnelle de dernier ressort) et non l'administration active (c'est-à-dire l'acte administratif à l'origine du procès). Néanmoins, on peut se demander si une telle manière de voir est conforme à la réalité. Lorsque le Conseil d'Etat exige une motivation détaillée de la part des juges du fond, elle lui permet de contrôler tous les aspects du raisonnement adopté par les juges de dernier ressort. Les conseillers d'Etat peuvent s'immiscer dans les questions réputées souverainement tranchées et les remettre en cause en exigeant par exemple plus de précision. En d'autres termes, le contrôle de la motivation n'est pas « enfermé » dans la distinction légalité externe et interne. Le contrôle sur les motivations permet au juge de cassation de surveiller tous les aspects de la légalité qu'il souhaite examiner. A ce titre, il s'agit d'un outil de contrôle transversal.

2°/ Le contrôle transversal de la légalité.

Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'activité des juges du fond a une finalité : il s'agit de vérifier si l'activité administrative est scrupuleusement soumise à la règle de droit et si les magistrats ont rempli leur mission juridictionnelle.

Le juge de cassation veille à ce que les juridictions du fond contrôlent de manière effective la motivation des actes administratifs quand celle-ci est obligatoire.

Ainsi en matière fiscale, les décisions mettant à la charge de contribuables des pénalités, pour cause de mauvaise foi, doivent être motivées par l'administration fiscale. Les juges du fond doivent apprécier si cette motivation est licite, suffisante et pertinente. Le Conseil d'Etat

requiert des juridictions subordonnées qu'elles examinent scrupuleusement si dans une affaire l'administration fiscale a régulièrement motivé sa décision d'infliger une sanction fiscale. Et les juges du Palais-Royal ont pu annuler un arrêt qui admettait que la lettre de motivation des pénalités infligées à un contribuable avait pu légalement se référer à la notification de redressement antérieurement adressée à ce dernier, « sans rechercher si cette notification comportait en elle-même l'indication d'éléments caractérisant la mauvaise foi ⁵⁶⁰ ».

S'agissant des procédures d'imposition d'office, certains textes prévoient seulement l'indication des bases et éléments de calcul. Le juge de cassation estime que relève de l'appréciation souveraine la question de savoir si la notification adressée à un contribuable imposé d'office à l'impôt sur le revenu satisfait à l'exigence de précision formulée par le législateur ⁵⁶¹. Mais le Conseil d'Etat ne laisse pas aux juges du fond un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. En effet, la juridiction de cassation vérifie si l'arrêt attaqué n'a pas dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis. Or, comme on sait, le contrôle de la dénaturation peut être assez poussé. Il a pu conduire, par exemple, le Conseil d'Etat à annuler une décision des juridictions subordonnées qui estimait que l'administration avait régulièrement motivé la notification d'une imposition d'office. En effet, il a été jugé que le juge du fond ne peut pas estimer qu'une notification d'imposition d'office est suffisamment précise « alors que le service y fait état de renseignements communiqués par des tiers sans mentionner la nature et le contenu desdits renseignements ni l'identité des personnes qui les ont fournis et n'indique pas en quoi certaines disponibilités employées par le contribuable pouvaient trouver leurs origines dans les recettes de son entreprise ⁵⁶² ».

Il nous semble que le contrôle qui s'exerce sur la motivation de la décision juridictionnelle définitive (i.e. : sur le régularité interne de celle-ci) permet par contrecoup aux conseillers d'Etat, d'analyser tout ou partie de la légalité interne de l'acte administratif à l'origine du procès devant les juges du fond. Et ce glissement est parfaitement logique, si l'on songe que l'examen de la légalité de l'action administrative est le point essentiel qu'il importe de trancher en matière de recours pour excès de pouvoir ou plus généralement dans le cadre du contentieux objectif.

⁵⁶⁰ CE 7 décembre 1994, Tournier, p 540.

⁵⁶¹ En l'espèce, l'exigence de précision résultait de l'article 181 A alinéa 1^{er} du Code général des impôts, transféré à l'article L 76 du Livre des procédures fiscales. Cf. CE 13 décembre 1993, Beaume, T p 706 ; 718 ; 787. (solution implicite).

⁵⁶² CE 13 décembre 1993, Beaume, T p 706 ; 719.

Le contrôle de la motivation peut être poussé assez loin et c'est un instrument de contrôle très efficace. Il brouille la délimitation entre légalité interne et externe, bouscule les frontières établies et permet au juge de cassation de s'immiscer dans le détail des raisonnements, quitte à s'aventurer dans le domaine réputé avoir été souverainement jugé par les juges du fond.

Le contrôle de la motivation peut faire fi des barrières, des délimitations de compétences et des différentes phases du contrôle de la légalité. Il est mû par une logique propre qui échappe, dans une certaine mesure, à celle mise en œuvre dans le cadre notionnel de la cassation, c'est-à-dire lors de l'examen des différents cas d'ouverture à cassation.

Si le contrôle du juge de cassation est proportionné au seuil de motivation exigé des juridictions du fond, cela implique que l'intensité de la surveillance effectuée par le juge suprême diminue chaque fois qu'il admet que les juges du fond peuvent motiver succinctement, voire sommairement, leurs décisions juridictionnelles. C'est ce second aspect du contrôle de cassation qu'il convient que nous abordions maintenant : il s'agit d'une forme d'autolimitation des conseillers d'Etat. Ces derniers sont très attachés à l'idée selon laquelle ils ne doivent statuer que sur un nombre limitatif de questions qui furent précédemment appréciés par les juges du fond.

§2. Un contrôle nécessairement partiel.

On le sait, le juge de cassation n'a pas pour mission de rejuger les litiges qui lui sont soumis. Le contrôle de cassation n'a vocation qu'à contrôler une partie des jugements définitifs qui sont contestés devant le Conseil d'Etat. C'est en cela que le recours en cassation est partiel : il est limité à l'examen d'un nombre restreint de cas d'ouverture. Il en découle qu'inéluctablement la surveillance du juge de cassation est fragmentaire et incomplète. De plus, cette situation peut être aggravée par l'incidence du phénomène des décisions définitives faiblement motivées. Les conseillers d'Etat peuvent parfaitement admettre, dans certaines matières, que les juridictions du fond rendent des décisions très peu motivées.

Il découle de tout ceci une première conséquence : le juge de cassation adopte, dans certains litiges, une attitude volontairement en retrait (A.) par rapport à ce qu'il peut faire en d'autres occasions. Ce retrait peut s'exercer de deux manières. Parfois le juge suprême paraît ne pas vouloir utiliser pleinement son arsenal d'outils de contrôle : il semble *en arrière* par rapport à ce que permettrait la pleine utilisation des cas d'ouverture à cassation. A d'autres moments, la juridiction de cassation s'immisce de manière moins avancée, moins audacieuse dans le contrôle de la motivation des arrêts attaqués. De ce fait, elle n'aborde pas scrupuleusement les questions qui furent précédemment jugées par les juges du fond.

Ce premier constat entraîne lui-même une seconde conséquence : la technique de la cassation ne répond pas à toutes les exigences processuelles qui ont été élaborées dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour de Strasbourg prend en compte la question de savoir si une voie de recours présente un caractère effectif. Et de ce point de vue, le contrôle de cassation est lacunaire au regard du droit européen (B.).

A. Un contrôle en retrait.

Les conseillers d'Etat ne souhaitent aucunement se substituer aux juges du fond et à bien des occasions, certaines questions ne seront guère réexaminées en instance de cassation. Cela débouche sur les phénomènes suivants : certaines questions seront clairement délaissées par le juge de cassation, alors que d'autres peuvent faire l'objet d'un contrôle apparent, mais fort limité en pratique, voire inexistant. Dans le premier cas, l'absence de contrôle est patent (2°), dans le second cas, le contrôle est un trompe-l'œil (1°).

1°/ Le contrôle en trompe-l'œil.

En certaines occasions, le contrôle du juge de cassation n'est pas sans rappeler ces peintures qui vues de loin, donnent l'impression de la réalité. En effet, il peut arriver que le Conseil d'Etat paraisse exercer un contrôle sur une décision qui lui est déférée, mais il n'en est rien en pratique. C'est ce *faux contrôle* que nous qualifions de contrôle en trompe-l'œil.

Tout d'abord, le contrôle en trompe-l'œil joue dans les domaines où une décision définitive peut être valablement et régulièrement rendue sur le fondement d'une motivation sommaire, voire stéréotypée. Dans ce cas, les conseillers d'Etat se désintéressent, en quelque sorte, de la solution adoptée par les juges du fond, et le fait qu'ils admettent une motivation réduite trahit leur absence d'intérêt pour l'acte en cause. Ce phénomène a déjà été précédemment abordé et il n'apparaît guère nécessaire de s'étendre à nouveau dessus. On se contentera, dans les présents développements, de souligner qu'il existe d'autres hypothèses de contrôle en trompe-l'œil. En effet, il peut arriver qu'un recours en cassation soit institué à l'encontre d'une décision, mais il s'avère, en réalité, privé de tout effet utile. Cela se produit, en premier lieu, lorsque le Conseil d'Etat ne statue pas en temps utile pour apprécier la pertinence de la décision déférée (1°). En second lieu, l'assemblée du Palais-Royal peut estimer que les juges du fond ont tiré les conséquences qui s'imposaient de leurs constatations et qu'ils ont correctement jugé un litige, alors que la solution contraire eût paru préférable (2°).

1°) - Il n'est pas impossible qu'un événement survienne, en cours d'instance, et rende sans objet le pourvoi en cassation. Cette situation n'est pas *a priori* choquante. Ce qui peut l'être, en revanche, c'est que l'événement en question soit parfaitement prévisible et que la juridiction de cassation ne prenne pas les mesures adéquates pour juger le recours en temps utile, c'est-à-dire avant la survenance de l'événement en cause. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire « Stentofon-Communications ⁵⁶³ » de 1995. Un recours en cassation avait été intenté par une société contre une ordonnance prise par le délégué du président d'un Tribunal administratif, en matière de référé précontractuel. Au cours de l'instance de cassation, le contrat dont il était demandé que la passation soit suspendue, a été définitivement conclu. Et le juge de cassation a prononcé, pour ce motif, le non-lieu dans cette affaire. Le pourvoi en cassation a donc pu être introduit, dans les délais, mais il n'a servi à rien, dans la mesure où le juge de cassation n'a pas examiné la requête en temps utile, c'est-à-dire avant que le contrat ne soit définitivement conclu.

⁵⁶³ CE Section 3 novembre 1995, Société Stentofon-Communications, p 393, conclusions Ch. Chantepy, RFDA 1995, p 1077.

2°) - Il peut également y avoir un contrôle en trompe-l'œil quand le juge de cassation estime qu'une affaire a été régulièrement jugée, alors que cela paraît contestable. L'arrêt « Dollet⁵⁶⁴ » en date du 25 juillet 1980, rendu en matière d'obtention du statut d'objecteur de conscience, illustre ce phénomène. La question essentielle, sur laquelle reposait le litige, était de savoir si le requérant avait des convictions personnelles d'ordre philosophique ou religieuse qui faisaient qu'il était opposé à l'usage personnel des armes. La Commission juridictionnelle compétente, en dernier ressort, pour accorder ou refuser le statut d'objecteur de conscience avait estimé que l'intéressé n'apportait pas la preuve de telles convictions personnelles.

M. Dollet a déféré la décision des juges du fond à la censure du juge de cassation. Mais ce dernier a rejeté ce recours. En effet, la Haute juridiction administrative a d'abord considéré que la procédure avait été régulière, car l'intéressé avait été mis à même de présenter toutes les observations qu'il jugeait pertinentes pour démontrer la sincérité de ses convictions ; et par ailleurs, les juges du fond avaient pu valablement apprécier que ces pièces n'étaient pas suffisamment probantes. Ensuite, le Conseil d'Etat a affirmé que la Commission juridictionnelle n'avait pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que le demandeur n'avait présenté aucun argument personnel. Enfin, pour les magistrats du Palais-Royal, les faits n'avaient pas reçu une qualification erronée. Ce qui, au demeurant, était correct ; puisque les juges du fond n'avaient jamais prétendu que les allégations du requérant n'étaient pas de nature à lui accorder le bénéfice du statut d'objecteur de conscience, ces derniers se bornaient à soutenir que l'intéressé n'apportait pas la preuve de la sincérité de ses convictions⁵⁶⁵.

Autrement dit, le jugement attaqué avait été rendu au terme d'une procédure régulière et les juges du fond n'avaient pas entaché leur appréciation d'une erreur quelconque. Il n'en demeure pas moins que la décision de la Commission était contestable sur le fond. Les circonstances de l'affaire étaient les suivantes : M. Dollet était membre d'un groupe qui militait pour que le statut d'objecteur de conscience soit accordé à tous ceux qui le demandaient⁵⁶⁶ et il avait déclaré par écrit être opposé sincèrement à l'usage des armes⁵⁶⁷. Il nous semble raisonnable d'affirmer que ces circonstances paraissaient suffisamment étayer la sincérité des convictions de l'intéressé.

⁵⁶⁴ CE Section CE 25 juillet 1980, p 323, AJDA 1981, p 154, conclusions J-F. Théry.

⁵⁶⁵ En ce sens cf. J-F. Théry, op. cit., p 156.

⁵⁶⁶ J-F Théry, conclusions précitées, AJDA 1981, p 154.

⁵⁶⁷ J-F Théry, op. cit., p 155.

On se souvient que la Commission juridictionnelle avait pour mission d'évaluer la sincérité des convictions ⁵⁶⁸ des jeunes gens qui lui soumettaient une requête. Or, il est difficile, sinon impossible, pour un individu de prouver la sincérité d'une conviction. Peut-être la Commission juridictionnelle souhaitait-elle que M. Dollet argumente davantage les raisons qui le poussaient à avoir des idées pacifiques. Et elle eût probablement accueilli sa demande s'il avait présenté une lettre faisant état de convictions mieux motivées. Mais le législateur se contentait d'exiger des convictions personnelles sincères et un requérant peut avoir une opinion de cette nature sans pour autant être en mesure d'argumenter, ou penser qu'il convienne de la motiver, d'une façon très détaillée ⁵⁶⁹.

C'est pourquoi nous pensons que la décision de la Commission juridictionnelle était contestable : au lieu de se borner à constater la sincérité des idées du requérant, elle a exigé qu'il l'exprime de manière rationnelle. Le Conseil d'Etat n'a pas annulé le jugement attaqué. Or, l'arrêt intervenait dans un domaine où la Haute juridiction exerce un contrôle approfondi sur les faits qui sont à la base de la décision ⁵⁷⁰. Mais le jugement contesté n'a pas été cassé, bien qu'il ne paraisse guère justifié sur le fond. Pour toutes ces raisons, il nous semble que le contrôle du juge de cassation dans cette affaire est, paradoxalement, à la fois approfondi et d'une portée fort restreinte.

Le juge de cassation adopte aussi une attitude de retrait dans certaines affaires, quand il refuse d'examiner si certaines questions furent correctement jugées ou appliquées par les juridictions du fond. Ce sont ces hypothèses où il y a absence de contrôle qu'il convient que nous abordions maintenant.

⁵⁶⁸ « Son rôle est presque celui d'un confesseur » notait le commissaire du gouvernement Théry dans ses conclusions précitées, p 155.

⁵⁶⁹ De plus, il y a une différence entre ressentir quelque chose sincèrement et argumenter une position habilement : de la même manière qu'un avocat peut soutenir une thèse sans personnellement y adhérer, un justiciable peut sincèrement adhérer à une opinion sans être à même de justifier les raisons qui sous-tendent cette conviction. Et une personne peut ressentir une conviction sans pouvoir convaincre autrui de la sincérité de cette dernière.

⁵⁷⁰ En effet, le Conseil d'Etat a examiné si les juges du fond avaient procédé à une qualification juridique correcte des faits de l'espèce. Si la décision attaquée avait été administrative, on aurait pu dire que le juge exerce un contrôle normal, et non simplement restreint, sur la qualification juridique des faits.

2°/ L'absence de contrôle.

Une question n'est pas contrôlée par le juge de cassation, lorsque cette dernière n'est nullement appréhendée par les conseillers d'Etat pour apprécier le bien-fondé de l'acte attaqué. Il s'agit donc principalement des points jugés souverainement par les juridictions du fond et qui ne sont pas indirectement remis en cause par le contrôle exercé sur la motivation de l'arrêt déféré. On se contentera ici de présenter quelques exemples d'affaires qui paraissent bien caractériser ce phénomène. Au demeurant, le périmètre de la notion d'appréciation souveraine des juges du fond sera abordé ultérieurement de manière plus approfondie.

En matière de contraventions de grande voirie sur le domaine public maritime, le juge administratif peut être conduit à apprécier si un lotissement empiète sur le rivage de la mer. Conformément à la jurisprudence « Kreitmann ⁵⁷¹ », la limite du domaine public maritime est fixée, quel que soit le rivage, jusqu'au point où les plus hautes mers peuvent s'étendre en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles. La notion de *perturbations météorologiques exceptionnelles* est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Par un arrêt « Funel ⁵⁷² » du 26 janvier 1994, les conseillers d'Etat ont refusé de contrôler l'application que les juges du fond avaient pu faire de cette notion. Cela mérite d'être souligné, parce que les juges suprêmes auraient probablement adopté une solution différente dans ce litige s'ils avaient examiné cette question. En effet, il semblait bien que dans les circonstances de l'affaire « Funel », la délimitation du rivage avait été réalisée à un moment où prévalaient des conditions météorologiques exceptionnelles. C'est d'ailleurs ce à quoi concluait le commissaire du gouvernement dans ce dossier ⁵⁷³.

Dans le domaine du recours pour excès de pouvoir, les juridictions administratives peuvent être saisies de la question de savoir si une autorité administrative a commis un détournement de pouvoir ⁵⁷⁴. Les juges du fond apprécient souverainement la pertinence de ce moyen

⁵⁷¹ CE Ass. 12 octobre 1973, Kreitmann, p 563.

⁵⁷² CE 26 janvier 1994, M. Funel, RFDA 1995, p 678, conclusions J. Arrighi de Casanova.

⁵⁷³ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, RFDA 1995, p 678.

⁵⁷⁴ Sur ce point : CE 26 novembre 1875, Pariset, p 934.

lorsqu'une partie l'invoque. En effet, la juridiction de cassation ne paraît nullement vouloir examiner le bien-fondé de ce vice de la légalité ⁵⁷⁵.

On sait que dans le cadre du contrôle de la qualification juridique des faits, le juge de l'excès de pouvoir peut parfois mettre en œuvre la théorie du bilan coûts - avantages. Cette dernière permet à la juridiction administrative de faire dépendre la légalité d'un acte administratif de la cohérence de la balance qui s'établit entre d'une part l'intérêt qu'il peut y avoir à l'adopter et d'autre part les inconvénients qu'implique cette adoption.

En matière d'expropriation, le juge de l'excès de pouvoir peut mettre en œuvre la théorie du bilan pour apprécier l'utilité publique d'une opération. La règle à appliquer est la suivante, elle est issue des arrêts « Ville Nouvelle Est ⁵⁷⁶ » et « Sainte-Marie de l'Assomption⁵⁷⁷ » : « Une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

Le contrôle du juge de cassation sur la notion d'utilité publique d'une opération d'expropriation implique de scinder le raisonnement des juges du fond en deux étapes⁵⁷⁸. Dans une première étape il convient de déterminer quels sont les faits pertinents qui doivent figurer au bilan. Dans une seconde étape, il faut apprécier, au vu du bilan établi, si l'opération en cause présente une utilité publique⁵⁷⁹. On sait que le juge de cassation ne contrôle pas la première partie du raisonnement, mais seulement la seconde.

Sur cette question, F. Raynaud et P. Fombeur ont souligné que « le juge de cassation n'est pas appelé à dire si l'opération en elle-même présentait une utilité publique (...) mais seulement si les juges du fond ont correctement manié la notion juridique d'utilité publique, à partir des données qu'ils ont eux-mêmes retenues dans leur arrêt ⁵⁸⁰ ». Le Conseil d'Etat se contente de

⁵⁷⁵ CE Section 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p 112, conclusions P. Hubert ; RFDA 1999, p123, note A. Bourrel ; D 1999, jurisprudence, p101, note R. Hostiou ; AJDA 1998, p 792, chronique F. Raynaud et P. Fombeur.

⁵⁷⁶ CE Ass. 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, p 409, conclusions Braibant.

⁵⁷⁷ CE Ass. 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, p 657, conclusions Morisot.

⁵⁷⁸ CE Section 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, précité. Voir S. Boussard, « L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir », Dalloz, 2002, p 236 et s.

⁵⁷⁹ Voir : F. Raynaud et P. Fombeur, op. cit., p 793.

⁵⁸⁰ Ibid.

contrôler si les juges du fond ont déduit du bilan coût-avantage les conclusions qu'il convenait de faire ⁵⁸¹.

Dans les différentes affaires qui viennent d'être abordées, le Conseil d'Etat n'intervient qu'en retrait par rapport aux juridictions du fond. En effet, le juge suprême laisse à ces dernières une autonomie d'appréciation pour juger quelle solution doit être retenue, sur tel ou tel aspect d'un litige déterminé. Les conseillers d'Etat s'autolimitent. Ils ne sont prêts à intervenir que si l'appréciation effectuée par les juges du fond est manifestement et évidemment contestable, ce qui est, bien évidemment, peu fréquent ⁵⁸².

La conséquence du caractère essentiellement partiel du recours en cassation est que cette procédure s'est vue critiquée par le juge européen. Certes, ce dernier n'affirme nullement que la technique de la cassation est par essence contraire aux exigences procédurales inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme. Mais la Cour de Strasbourg a pu estimer que le pourvoi en cassation présente certaines lacunes au regard du droit à un procès équitable. Or, cela n'est pas sans conséquences ; et ce sont ces dernières qu'il convient que nous abordions à présent.

B. Un contrôle lacunaire au regard du droit européen.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme joue un rôle de plus en plus important en droit français et notamment en matière de procédure juridictionnelle. Face à ce mouvement de fond, on a pu constater le développement d'une jurisprudence européenne intéressant la technique du pourvoi en cassation. Or, les décisions rendues par la Cour de Strasbourg en la matière soulignent certaines des lacunes que cette voie de recours peut présenter par rapport aux diverses exigences relatives au droit à un recours effectif ou à la notion de procès équitable. Le droit européen tend à émettre deux types de critiques à l'encontre du recours en cassation. Les premières concernent l'insuffisance des pouvoirs du

⁵⁸¹ Voir également : CE Section 15 mars 1999, Mme Canonne, n° 162036, T p 833, 987 ; CE Section 2 juillet 1999, Commune de Volvic, n° 178013, p 238.

⁵⁸² C'est par le biais de l'*erreur de droit* ou de la *dénaturation* que le juge de cassation peut sanctionner une appréciation souveraine manifestement entachée d'un vice logique. Voir infra les développements consacrés à ces deux notions : p 279 et p 378. Pour un exemple illustrant cette démarche intellectuelle du juge de cassation : cf. J. Arrighi de Casanova, conclusions sur l'arrêt « Funel » précité, RFDA 1995, p 677 et s. Dans ce texte, M. Arrighi de Casanova décrit parfaitement la nature et la portée du contrôle en retrait du juge de cassation.

juge de cassation (1°) et les secondes, la procédure suivie devant certaines juridictions de cassation (2°).

1°/ Le pouvoir du juge de cassation.

La Cour européenne des droits de l'homme a développé deux théories intéressant l'étendue des pouvoirs d'une juridiction. Il s'agit premièrement de la théorie de l'organe judiciaire de pleine juridiction (1°) et deuxièmement de celle relative au recours effectif (2°).

1°) - La Cour de Strasbourg estime qu'un justiciable a le droit de soumettre un litige qui entre dans le champ d'application de l'article 6-1, à un « organe judiciaire de pleine juridiction⁵⁸³ ». Ce concept n'est pas clairement défini par le juge européen. Sur le plan terminologique, il semblerait que l'expression soit « empruntée⁵⁸⁴ » au droit du contentieux administratif français. Mais cela ne permet aucunement d'éclairer la signification de cette notion en droit européen, car l'homonymie est trompeuse : les définitions européenne et française des mots *recours de pleine juridiction* n'ont rien à voir entre elles. En droit européen, la *pleine juridiction*, c'est pour un tribunal la faculté d'apprécier l'universalité des points faisant l'objet d'une controverse judiciaire : c'est l'exercice d'un « contrôle complet⁵⁸⁵ ». La *pleine juridiction* au sens européen ne se confond donc pas avec le recours de *pleine juridiction*, prévu en droit français, et qui (si l'on ose dire) n'est qu'une catégorie de voie de recours qui peut être intentée devant les juridictions administratives françaises⁵⁸⁶.

Il existe toutefois un point commun entre les définitions française et européenne de la pleine juridiction : dans les deux cas, le juge dispose *des pleins pouvoirs* pour examiner les questions qui lui sont soumises et le cas échéant, adopter les mesures utiles pour vider le litige au fond. Il résulte de tout ce qui précède *qu'a priori* le juge de l'excès de pouvoir français peut être considéré comme un tribunal de pleine juridiction au sens européen, dans la mesure où il examine le bien-fondé de tous les moyens qui lui sont soumis, qu'ils soient circonstanciel ou

⁵⁸³ Cour EDH 10 février 1983, *Albert et Le Compte*, Série A, n° 58, § 29.

⁵⁸⁴ M. Melchior, « La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. », in *Mélanges J. Velu*, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 1992, p 1331.

⁵⁸⁵ M. Melchior, *op. cit.*, p 1343.

⁵⁸⁶ On sait qu'en droit français le recours de pleine juridiction s'oppose notamment au recours pour excès de pouvoir. Sur ces questions : cf. R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », Montchrestien, 9^{ème} éd., p 185 et s.

légal. Et à ce sujet, M. Melchior a d'ailleurs pu affirmer que le droit européen exigeait en réalité, en matière de contentieux objectif, « un recours de *pleine légalité*⁵⁸⁷ ».

Ce qu'il est intéressant de souligner, à l'occasion de l'étude du recours en cassation, c'est que les magistrats européens vont considérer que les juridictions de cassation ne sont pas des organes de pleine juridiction. Dans l'affaire « Le Compte, Van Leuven et de Meyere contre Belgique » de 1981, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que la Cour de Cassation de Belgique ne jugeait que partiellement les litiges qui lui étaient soumis. En effet, vers la fin du 51^{ème} point de cette décision, la Cour de Strasbourg a pu émettre les remarques suivantes : « Pas plus pour les contestations civiles que pour les accusations pénales, l'article 6-1 ne distingue entre points de fait et questions juridiques. A l'égal des secondes, les premiers revêtent une importance déterminante pour l'issue d'une procédure relative à des « droits et obligations de caractère civil ». Le « droit à un tribunal » et à une solution juridictionnelle du litige vaut donc pour eux autant que pour elles. Or il n'entre pas dans les compétences de la Cour de Cassation [belge] de corriger les erreurs de fait ni de contrôler la proportionnalité entre faute et sanction⁵⁸⁸ ».

Fort logiquement, le juge européen devait admettre la même solution à l'égard des juridictions de cassation françaises. Dans l'affaire « Diennet contre France » de 1995, il fut jugé que « lorsque le Conseil d'Etat statue en cassation (...) il ne peut passer pour un organe judiciaire de pleine juridiction⁵⁸⁹ ».

Cette solution n'est pas neutre ; au contraire, elle entraîne deux conséquences, dont dépend la régularité de la procédure suivie en droit interne, au regard du droit à un procès équitable. En premier lieu, la Cour de Strasbourg va estimer qu'une juridiction de cassation peut parfaitement être instituée par un Etat contractant, à la condition que cette dernière intervienne postérieurement à un tribunal disposant d'une compétence de pleine juridiction⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ M. Melchior, *op. cit.*, p 1345.

⁵⁸⁸ Cour EDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43, § 51.

⁵⁸⁹ Cour EDH 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 34.

⁵⁹⁰ Sur ce point : cf. Décision « *Le Compte, Van Leuven et de Meyere* » précitée, § 51. Voir également L. Potvin-Solis, « Les effets des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français. », LGDJ 1999, p 300 et s.

En second lieu, le juge européen considère que si les organes juridictionnels statuant avant la juridiction de cassation ne respectent pas les exigences de l'article 6-1 de la Convention, les lacunes constatées préalablement à l'instance de cassation ne pourront pas toujours être comblées par l'intervention du juge de cassation. Dans l'affaire « Diennet contre France » de 1995, la Cour européenne affirme que l'exercice du recours en cassation devant le Conseil d'Etat ne permet pas de combler « la lacune constatée au stade de la procédure disciplinaire⁵⁹¹ », c'est-à-dire l'absence de publicité des débats devant les instances disciplinaires du Conseil de l'Ordre des médecins.

2°) - Le caractère partiel du recours en cassation entraîne certaines conséquences du point de vue des justiciables. La plus importante étant la suivante : une partie n'a pas toujours intérêt à agir en cassation. Cette voie de droit peut être inadaptée pour contester non seulement les questions laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais aussi les positions juridiques bien établies par la juridiction de cassation.

Dès lors que l'exercice du pourvoi en cassation peut apparaître comme inefficace pour faire triompher les prétentions d'une partie, cette dernière pourra souhaiter porter sa contestation directement devant la Cour européenne des droits de l'homme. On sait que la saisine de cette juridiction est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours en droit interne⁵⁹². Le juge européen, dans une interprétation libérale, estime que cette disposition impose aux personnes désireuses d'intenter une action devant les organes de Strasbourg, d'user préalablement des recours internes qui sont adéquats et effectifs. Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat français ne présente pas ces caractéristiques, dès lors qu'en application d'une jurisprudence constante des magistrats du Palais-Royal, le requête aurait été rejetée⁵⁹³.

⁵⁹¹ Cour EDH 26 septembre 1995, Diennet c/ France, série A n° 325-A, § 34. En fait, une solution identique avait auparavant été retenue à propos de la Cour de Cassation de Belgique lorsqu'elle contrôlait l'activité d'instances ordinales statuant disciplinairement : cf. Décision « Le Compte, Van Leuven et de Meyere contre Belgique » de 1981, précitée § 60 et 61.

⁵⁹² Article 35 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵⁹³ Cour EDH 20 mai 1998, Gautrin c/ France, Recueil 1998-II, § 38.

Dans cette hypothèse, un justiciable peut saisir la Cour européenne, dans un délai de six mois suivant la date où il a eu connaissance de l'arrêt définitif, sans pour autant être tenu d'intenter un recours en cassation devant le Conseil d'Etat ⁵⁹⁴.

Certains aspects de la procédure suivie devant la Haute juridiction peuvent aussi faire l'objet de critiques au regard du droit européen.

2°/ La procédure de cassation.

Certains aspects de la procédure de cassation suivie par le Conseil d'Etat peuvent faire l'objet de critiques à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ces dernières peuvent être regroupées en deux catégories. En premier lieu, il est possible de regrouper les critiques européennes qui visent le modèle juridictionnel pratiqué dans plusieurs pays d'Europe continentale. Ces reproches concernent un grand nombre de juridictions, qu'elles soient administratives ou non. Ils ne visent pas exclusivement les juridictions de cassation. Il s'agit par exemple des questions suivantes :

1°) La communication du rapport du rapporteur à une autorité exerçant les fonctions de commissaire du gouvernement ou d'avocat général auprès d'une Cour de Cassation ⁵⁹⁵ vicie-t-elle la procédure suivie devant la juridiction en cause ?

2°) Le droit à une procédure contradictoire implique-t-il que les conclusions du commissaire du gouvernement soient communiquées aux parties ⁵⁹⁶ avant l'audience ?

3°) La participation du Commissaire du gouvernement ou de l'avocat général auprès d'une Cour de Cassation au délibéré ⁵⁹⁷ est-elle légitime ou non ?

Dans la mesure où ces questions se rattachent à la détermination des règles qui doivent gouverner toutes les instances juridictionnelles, nous les aborderons en même temps que l'examen des grands principes régissant l'instance administrative.

⁵⁹⁴ En effet, « en cas d'incertitude, comme par exemple sur la question de savoir si un pourvoi en cassation (...) est un recours « efficace » qu'il faut vider, il sera souhaitable de contourner le risque de forclusion en saisissant simultanément la Cour suprême et celle de Strasbourg, puisqu'alors, la Cour étant saisie, le délai de 6 mois ne pourra plus s'épuiser lui-même ». cf. F de La Vaissière, « Strasbourg, mode d'emploi. », Gaz. Pal. 24-26 juin 2001, p 49 et 50.

⁵⁹⁵ Cour EDH 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaid c/ France, D 1998, somm. p 366 ; § 105.

⁵⁹⁶ Cour EDH 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, Recueil 1996-I, § 33. Voir également : Cour EDH 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaid c/ France, précité, § 106.

⁵⁹⁷ Cour EDH 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, précité, § 34.

Il existe une seconde catégorie de critiques, que le juge européen est susceptible d'adresser au Conseil d'Etat français. Ces dernières doivent nécessairement déboucher sur une réflexion permettant de savoir si elles sont fondées et, le cas échéant, s'il est possible d'y remédier. Sous ce dernier aspect, il est possible de se demander ce que le juge suprême peut faire d'une part pour que les délais de procédure soient les plus raisonnables possible (1°), et d'autre part, on peut se demander si l'assemblée du Palais-Royal est à l'abri de tout reproche d'impartialité structurelle (2°) ?

1°) - L'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit, on le sait, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable⁵⁹⁸. La Cour de Strasbourg a été conduite à préciser le contenu de cette stipulation. Cela l'a amenée d'une part à indiquer quelle période devait être prise en considération, et d'autre part, elle a explicité les critères à retenir pour déterminer si la durée d'une procédure est déraisonnable.

Tout d'abord, la période à prendre en compte comprend toute la durée de la procédure juridictionnelle proprement dite, « jusqu'à la décision vidant la contestation ⁵⁹⁹ ». A cette période, il convient parfois d'ajouter des phases contentieuses qui sont préalables à la saisine d'une juridiction (la phase pré-juridictionnelle) ainsi que les périodes qui sont nécessaires pour obtenir l'exécution de la décision juridictionnelle (la phase post-contentieuse). En matière administrative, la période à prendre en compte englobe celle qui est nécessaire pour effectuer les démarches obligatoires à l'obtention d'une décision administrative préalable ⁶⁰⁰.

Une fois la période de référence fixée, le juge européen apprécie si elle présente un caractère raisonnable à la lumière du standard suivant : « Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard (...) notamment [à] la complexité de l'affaire, [au] comportement du requérant et [à] celui des autorités compétentes ⁶⁰¹ », c'est-à-dire, dans le cadre du procès administratif, les autorités administratives et judiciaires. En réalité, il semble que la jurisprudence européenne admette qu'il y ait dépassement du délai raisonnable, dès lors que la longueur de l'instance n'est guère

⁵⁹⁸ P. Mozol, « Le contentieux administratif français face aux exigences du droit à être jugé dans un délai raisonnable », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, n°2004-2 (volume I), p 1015.

⁵⁹⁹ Cour EDH 21 février 1997, *Guillemin c/ France*, AJDA 1997, p 399 ; § 36.

⁶⁰⁰ Cour EDH 31 mars 1992, *X c/ France*, Série A, n° 234-C, § 31.

⁶⁰¹ Affaire « X contre France » de 1992 précitée, § 32.

justifiée par la nécessité de trancher une question particulièrement complexe⁶⁰² et que cette situation paraît imputable - en grande partie - aux comportements d'une autorité étatique⁶⁰³. Sous ce dernier aspect, la Cour de Strasbourg a pu considérer qu'un Tribunal administratif devait utiliser « ses pouvoirs d'injonction pour presser la marche de l'instance⁶⁰⁴ », et « inviter instamment [un] ministre à produire son mémoire en défense ou statuer sans ce dernier⁶⁰⁵ ».

Face à cette jurisprudence et lorsque l'on songe aux fréquentes dénonciations de la lenteur de la justice en France⁶⁰⁶, on ne peut s'empêcher de se demander comment doit réagir le juge de cassation administratif ? Si l'on considère, avec de nombreux auteurs, que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est une des pierres angulaires du droit contemporain, ne faut-il pas que les juges suprêmes adoptent des mesures adéquates⁶⁰⁷ afin de faire en sorte qu'il soit mieux garanti en France ?

Dans l'arrêt « Magiera » de 2002, l'Assemblée du contentieux a considéré que les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives, reconnaissent aux justiciables le droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable. La méconnaissance de ce droit révèle un fonctionnement défectueux du service public de la justice. Si celui-ci cause un préjudice, la victime peut obtenir réparation du dommage causé devant les juridictions administratives⁶⁰⁸.

⁶⁰² Pour un exemple d'affaire ne présentant aucune complexité particulière : Cour EDH 26 mars 1992, Editions Périscope c/ France, Série A, n° 234-B, § 44. Mais l'existence de difficultés structurelles liées à la dualité des ordres de juridictions judiciaire et administrative en France, ne fait pas échec à ce que soit constaté le dépassement du délai raisonnable : Cour EDH 21 février 1997, Guillemin c/ France, précité, § 43 et 44. Mais il est vrai que dans cette dernière affaire les délais de procédure avaient été indiscutablement longs.

⁶⁰³ Une diligence normale est exigée des parties et seules des lenteurs imputables à l'Etat peuvent amener à conclure à l'inobservation du délai raisonnable : Cour EDH 24 octobre 1989, H c/ France, série A 162-A, § 55.

⁶⁰⁴ Affaire « X contre France » de 1992 précitée, § 48.

⁶⁰⁵ Ibidem.

⁶⁰⁶ Pour lutter contre ce phénomène des mesures ont été adoptées dans le cadre de la loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 (JO n°211 du 10 septembre 2002, p 14934). Cette loi comporte notamment des dispositions qui tendent à réduire les délais de traitement des affaires civiles et pénales et à renforcer la justice administrative dans le sens de la célérité : voir l'annexe de la loi n° 2002-1138 précitée.

⁶⁰⁷ Dans les présents développements, nous n'examinerons pas les mesures adoptées par le législateur, afin de renforcer la justice administrative dans le sens de la célérité (cf. le titre VI et l'annexe C de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002). Nous nous contenterons d'examiner si le Conseil d'Etat peut, dans le cadre du contrôle de cassation, inciter les juges du fond à juger plus rapidement les litiges dont ils sont saisis.

⁶⁰⁸ CE Ass. 28 juin 2002, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Magiera, n°239575, AJDA 2002, p 596, chronique F. Donnat et D. Casas. Voir également : CAA de Paris 11 juillet 2001, M. Magiera, n°99PA02164 et n°01PA00227.

Toutefois en droit positif, le non-respect de l'obligation de juger dans un délai raisonnable n'a pas d'incidence sur la validité de la décision juridictionnelle prise à l'issue d'un procès anormalement long⁶⁰⁹.

De lege ferenda, ne serait-il pas opportun que le juge de cassation intègre, dans son appréciation du bien-fondé des décisions qui lui sont déférées, la question de savoir si elles ont été rendues dans des délais raisonnables ?

Quelle serait l'utilité de cette mesure ? Principalement de permettre aux conseillers d'Etat d'examiner si les juridictions du fond ont utilisé leurs pouvoirs d'instruction, afin d'accélérer, chaque fois que cela paraît nécessaire, le cours d'une procédure.

De même, on pourrait imaginer que les juges du fond puissent, sous le contrôle du juge suprême, concilier le droit à ce qu'une requête soit jugée dans un délai raisonnable, avec les autres règles fondamentales du droit processuel (contradictoire, publicité, impartialité, etc.), et ce afin d'accélérer le cours des procès.

Une autre question soulève autant de difficultés que celle tendant à réduire la durée des instances juridictionnelles : il s'agit de savoir si une juridiction peut régulièrement cumuler des fonctions consultative et juridictionnelle.

2°) - Par un arrêt du 28 septembre 1995 « Procola contre Luxembourg », le juge européen a consacré le principe du non-cumul des fonctions consultatives et juridictionnelles. Dans cette affaire, quatre des cinq membres qui composaient le comité du contentieux du Conseil d'Etat luxembourgeois, ont eu à se prononcer sur la légalité d'un règlement qu'ils avaient auparavant examiné dans le cadre de leur mission consultative. La Cour de Strasbourg a estimé que cette situation était objectivement de nature à entacher leur impartialité et ne pouvait être régulièrement admise au regard des exigences de l'article 6-1 de la Convention.

Le point 45 de cette décision mérite d'être partiellement reproduit, car il paraît poser un principe important : « Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité

⁶⁰⁹ Sur cette question : cf. l'arrêt d'Assemblée de 2002 « Magiera » précité.

structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux se soient sentis liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question⁶¹⁰». Cette solution nous paraît parfaitement fondée. Elle part de l'idée qu'un juge doit avant tout se présenter comme un tiers⁶¹¹ désintéressé par rapport aux parties et par rapport à *l'objet* du litige. Ce tiers ne doit guère avoir été impliqué dans le processus de création d'un acte qui par la suite fait l'objet d'une contestation juridictionnelle.

La jurisprudence « Procola » peut avoir des répercussions sur l'organisation du Conseil d'Etat français dans la mesure où ce dernier cumule, on le sait, des fonctions consultative et juridictionnelle. On peut se demander si cette situation est de nature à compromettre l'impartialité structurelle de l'assemblée du Palais-Royal. En fait, deux cas de figure peuvent intervenir : soit les conseillers d'Etat rendent un avis en réponse à une question posée par une juridiction du fond dans le cadre de l'article L 113-1 du Code de justice administrative ; soit ils émettent un avis en application des articles L 112-1 et suivants du même Code, c'est-à-dire dans l'exercice d'attributions administrative ou législative.

Dans la première hypothèse, cela ne paraît pas poser de problème : l'avis est rendu à l'occasion d'une procédure juridictionnelle et concourt à la création d'un acte juridictionnel qui tend à résoudre un litige et qui n'est pas, bien évidemment, l'objet du litige. Toutefois, il en va autrement dans la seconde hypothèse : l'avis peut être émis à l'occasion de l'élaboration d'un acte administratif, qui pourra être contesté par voie d'action ou par voie d'exception devant le Conseil d'Etat. La question d'une éventuelle impartialité structurelle de la Haute juridiction administrative pourrait alors être posée.

⁶¹⁰ Cour EDH 28 septembre 1995, « Procola c/ Luxembourg », série A n° 326, § 45 ; AJDA 1996, p 383, commentaire J-F. Flauss ; RFDA 1996, p 777, note J-L Autin et F. Sudre. Voir également : F. Rolin note sur CEDH 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, in AJDA 2003, p 1490.

⁶¹¹ Sur ce point cf. D. de Béchillon, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat. », Préface de Pierre Bon, Collection droit public positif, Economica, 1996, p 109 et s.

Il nous semble qu'il conviendrait de revenir à la règle édictée par l'article 20 de la loi du 24 mai 1872 selon laquelle « les membres du Conseil [d'Etat] ne pourront participer au jugement des recours contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération ⁶¹² ».

Le contrôle de cassation a strictement pour objet de vérifier la régularité des décisions définitives rendues par les juridictions du fond. Cette technique n'a nullement pour effet de rejurer les litiges qui furent soumis aux juges de dernier ressort. Il en résulte que le juge de cassation n'exerce qu'un contrôle partiel des affaires qui lui sont déférées. Cela explique que l'instance de cassation ne soit pas un recours de pleine juridiction, au sens du droit européen, mais tende, seulement, à vérifier si les litiges furent tranchés légalement par les juges du fond.

Le caractère partiel du contrôle de cassation implique qu'une répartition des compétences soit prévue entre le juge suprême et les juridictions de dernier ressort. La dichotomie entre fait et droit ne permet pas d'être un critère répartiteur de compétences entre ces deux catégories de juridictions, eu égard au caractère par essence insaisissable de cette distinction. En outre, il n'existe pas de logique qui permettrait de distinguer, en toute hypothèse, les questions abstraites de celles qui sont concrètes. Il n'est donc pas envisageable de restreindre le recours en cassation au jugement de questions purement abstraites.

Les jugements de dernier ressort ont tous une caractéristique en commun : ils sont, dans la majorité des cas, obligatoirement motivés. Ces décisions ont une forme discursive. C'est par rapport à la logique incluse dans les motivations que le juge de cassation peut apprécier la pertinence des actes juridictionnels qui lui sont soumis. Le contrôle sur la rationalité du discours des juges du fond est, nous semble-t-il, l'élément primordial sur lequel repose le travail du juge suprême.

L'effectivité du contrôle du juge de cassation varie en fonction du degré d'immixtion que ce dernier est prêt à faire dans l'analyse des motivations qui lui sont déférées. Ainsi, le juge suprême peut alléger le seuil de motivation obligatoire, dans certains domaines déterminés, s'il souhaite laisser la résolution de ces questions à la sagesse des juridictions du fond. En

⁶¹² Article cité par L. Potvin-Solis, « L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français. », LGDJ 1999, p 322. Article également cité par G. Braibant dans ses conclusions sur : Conseil d'Etat 2 mars 1973, Demoiselle Arbousset, RDP 1973, p 1075.

revanche, les conseillers d'Etat peuvent imposer aux juridictions du fond des motivations éminemment détaillées chaque fois qu'ils décident de contrôler scrupuleusement l'activité de celles-ci.

Dans cette approche, les cas d'ouverture à cassation (i.e. les notions permettant de prononcer un arrêt de cassation), sont interprétées dans chaque domaine. Il paraît possible d'affirmer qu'en fonction du type de contentieux envisagé, le juge suprême interprète le sens à donner à un moyen d'annulation. Et de la même manière qu'il interprète une norme substantielle, il lui est loisible de définir la portée d'une règle procédurale.

Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'il y a une dissociation entre le modèle conceptuel et le cadre notionnel de la cassation administrative. Par cadre notionnel, nous désignons les divers moyens d'annulation. Tandis que le modèle conceptuel désigne l'idée selon laquelle le contrôle de cassation est proportionné au seuil de motivation exigée. Nous aurions tendance à penser que l'effectivité du contrôle de cassation varie selon l'intensité du contrôle exercé sur les motivations.

L'effectivité du contrôle d'un acte (administratif ou juridictionnel) dépend de l'intensité avec laquelle le juge compétent va examiner le bien-fondé des motifs qui sont le support nécessaire de celui-ci. Le stade ultime de ce contrôle consiste à déterminer s'il y a une parfaite adéquation entre d'une part les motifs de l'acte et d'autre part le but poursuivi par ce dernier.

En matière d'excès de pouvoir, le juge peut vérifier l'adéquation entre un acte administratif et les circonstances qui ont motivé son édicton. Et le contrôle du juge de l'excès de pouvoir devient de plus en plus effectif au fur et à mesure qu'il examine, à l'occasion du contrôle des qualifications, si une mesure est adaptée à une situation donnée. Chaque moyen d'annulation correspond à une étape du contrôle et l'examen de la qualification juridique des faits débouche sur un contrôle poussé à son maximum. Le juge a la possibilité de juger tous les aspects d'un acte administratif.

Il en va différemment en matière de cassation, parce que la juridiction de cassation ne contrôle pas tous les aspects d'un dossier qui lui est déféré : de nombreuses questions sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond. Parmi les éléments qui peuvent ne pas être réexaminés par le juge de cassation, il y a des règles juridiques et des appréciations

concernant les circonstances d'un litige. Par conséquent, d'importantes questions ne sont pas forcément ré-appréciées par le juge suprême. En définitive, c'est par le biais du contrôle des motivations que le juge de cassation peut exercer *une forme de contrôle maximum*, mais non par la technique de la qualification juridique des faits, comme c'est le cas en matière d'excès de pouvoir.

L'égalité des justiciables devant les juridictions administratives demeure garantie par le fait qu'il existe un contrôle uniforme des requêtes de la part du juge de cassation. Ce sont les principaux cas d'ouverture à cassation que nous allons aborder, à travers l'étude du contrôle uniforme.

Chapitre 2 – L'égalité des justiciables devant le contrôle uniformisé du juge de cassation.

Les requêtes des justiciables sont traitées de façon égalitaire quand le juge de cassation les examine d'une manière scrupuleusement identique. C'est le cas lorsque le Conseil d'Etat intervient dans le cadre du contrôle standard : il s'agit d'un contrôle uniforme et invariable. Dès lors qu'un requérant invoque qu'il a été porté atteinte à un principe entrant dans le périmètre du contrôle uniformisé, les conseillers d'Etat examineront le bien-fondé de cette allégation ⁶¹³; ils n'affirmeront pas que cette question a été souverainement tranchée par les juges du fond ⁶¹⁴.

Nous verrons que le Conseil d'Etat exerce un contrôle uniforme, en instance de cassation, sur deux types de questions. En premier lieu, il veille à ce que les juridictions du fond aient statué au terme d'une procédure régulière. En cas de contestation, les conseillers d'Etat vont s'assurer de la régularité processuelle des instances antérieures (**Section 1**). En second lieu, ils peuvent être amenés à apprécier la régularité intellectuelle de l'acte juridictionnel attaqué (**Section 2**).

⁶¹³ A supposer, bien sûr, que la requête soit recevable et le moyen admissible en instance de cassation.

⁶¹⁴ Au contrôle standard s'oppose un contrôle discrétionnaire (portant sur la qualification des faits et sur la dénaturation des faits) et qui est abordé dans le Titre Premier de la Deuxième Partie.

Section 1 – La régularité processuelle des instances antérieures.

L'instance désigne l'ensemble des actes de procédure qui sont adoptés par une juridiction, depuis le moment où cette dernière est saisie, jusqu'au moment où elle rend la décision juridictionnelle mettant un terme au procès. Le pourvoi en cassation introduit une instance spécifique dans un litige déterminé. Mais l'une des principales caractéristiques de l'instance de cassation est de permettre au Conseil d'Etat de vérifier, s'il est saisi de conclusion en ce sens, la régularité des phases du procès qui sont antérieures à l'introduction du recours en cassation. Ce contrôle se fait à la lumière de normes qui définissent les règles qui encadrent le déroulement du procès administratif.

Sous l'impulsion de divers facteurs, ce domaine du droit a considérablement évolué tout au long des dernières décennies du 20^{ème} siècle. A tel point que l'on serait tenté d'affirmer que le cadre processuel de l'instance administrative (§1.) est à l'heure actuelle dynamique et appelé à évoluer, car il est sous l'influence de plusieurs sources de droit, qui paraissent s'inspirer de traditions juridiques divergentes. Cela a débouché sur une véritable révolution formelle de l'instance administrative(§2.). En effet, le juge de cassation a dû faire évoluer de nombreuses règles formelles afin de les adapter aux nouvelles exigences contemporaines en matière d'équité et de justice.

§1. Le cadre processuel de l'instance administrative.

Le droit processuel, c'est-à-dire « le droit du procès ⁶¹⁵ », regroupe tous les principes régissant ou intéressant les instances juridictionnelles contentieuses. En France, traditionnellement, c'est au pouvoir réglementaire qu'il appartient de définir les règles organisant la procédure administrative contentieuse. Le rôle du législateur est réduit en ce domaine, car il est prévu seulement que « la loi fixe les règles concernant (...) la procédure pénale ⁶¹⁶ ». A cette source de droit, il convient d'en ajouter une autre : la Convention européenne des droits de l'homme, qui, à l'heure actuelle, a tendance à être souvent invoquée pour apprécier si les règles de procédure suivies devant les juridictions administratives respectent le principe régissant l'organisation d'un *procès équitable*.

D'une manière générale, les règles de droit interne sont beaucoup plus précises et détaillées que les normes internationales. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant, puisqu'il revient à chaque Etat d'organiser souverainement le déroulement des instances juridictionnelles qui peuvent être introduites devant ses juridictions. Les engagements internationaux régulièrement ratifiés ne viennent introduire que des modifications ponctuelles à l'ordre juridique national.

Toutefois, cet apport des conventions internationales revêt aujourd'hui une importance cruciale, car il tend à modifier sur des points essentiels l'organisation des instances juridictionnelles françaises. Il en est ainsi parce que, bien souvent, les sources de droit nationale et européenne s'inspirent de logiques différentes. Il en résulte qu'elles peuvent consacrer ou préconiser des solutions divergentes en matière de contentieux administratif. L'instance juridictionnelle administrative est donc soumise à deux cadres de références, l'un européen (A.), l'autre national (B.).

⁶¹⁵ J. Vincent et S. Guinchard, « Procédure civile », Précis Dalloz, 24^{ème} éd., p 7, n° 11.

⁶¹⁶ Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

A. Le cadre processuel européen.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de développer une abondante jurisprudence en matière de droit processuel. Celle-ci se fonde principalement, mais non exclusivement, sur une interprétation téméraire de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A bien des égards, cet article n'avait pas vocation à s'appliquer aux procès administratifs et c'est par l'intermédiaire d'une interprétation extensive de son domaine d'application (1°) que la Cour de Strasbourg a pu considérer qu'il était applicable à ce type d'instance.

En ayant recours à la théorie de l'autonomie d'interprétation du droit européen, la Cour de Strasbourg a créé un véritable « fonds commun européen ⁶¹⁷ » de règles en matière procédurale. Ces dernières ont influencé les juridictions suprêmes nationales qui se sont inspirées de cet esprit nouveau et cela a débouché sur une multiplication des interprétations du droit européen (2°), manifestant un intérêt accru et rénové pour les questions de procédure.

1°/ L'extension du domaine du droit européen.

Aux termes de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

⁶¹⁷ J. Vincent et S. Guinchard, « Procédure civile », Précis Dalloz, 24^{ème} éd., p 7, n° 11.

Il est bien évident que les juridictions administratives respectent la grande majorité des principes édictés dans ce texte. Mais malgré cela, ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer à l'ensemble du contentieux administratif. Elles ne sont applicables aux litiges relevant de la compétence des juridictions administratives que s'ils peuvent être assimilés à des contestations civiles (a.) ou des accusations pénales (b.) au sens du droit européen. La question de savoir si un litige administratif relève du champ d'application des stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme s'avère parfois déterminante, dans la mesure où ce texte peut prescrire des mesures différentes de celle qui sont retenues en droit interne ⁶¹⁸.

a./ La notion de contestation civile.

Le juge européen a donné une définition très large de ce que constitue une contestation civile au sens de l'article 6 de la Convention (1°), cette manière de voir englobe notamment des litiges relatifs à l'exercice d'une activité professionnelle (2°).

1°) - Dès l'arrêt « Ringeisen » de 1971, la Cour de Strasbourg a admis que : « Pour que l'article 6-1 s'applique à une contestation, il n'est pas nécessaire que (...) les deux parties au litige soient des personnes privées. Le libellé de l'article 6-1 est beaucoup plus large ; les termes français « contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil » couvrent toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé. Le texte anglais, qui vise « the determination of (...) civil rights and obligations », confirme cette interprétation ⁶¹⁹ ». En conséquence, « peu importe dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative, etc.) et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe administratif, etc.) ⁶²⁰ ».

⁶¹⁸ Les présents développements sont essentiellement consacrés, d'une part aux conditions d'applicabilité de l'article 6-1 précité, et d'autre part aux divergences d'interprétation dont ce texte peut faire l'objet de la part des Cours souveraines françaises. En d'autres termes, il s'agit de déterminer les conditions pour que les parties à l'instance de cassation puissent invoquer les préceptes relevant du cadre processuel européen.

En revanche, les solutions concrètes qui sont préconisées par la Cour de Strasbourg en matière de procédure juridictionnelle en général et dans le domaine du contentieux administratif en particulier, sont abordées infra dans les développements p 228 et s. En effet, les principes dégagés par les magistrats du Palais des droits de l'homme sont appelés à s'intégrer et à être incorporés aux normes procédurales applicables devant les juridictions administratives. Et il paraît plus utile d'examiner l'apport de la jurisprudence européenne à la lumière de règles processuelles instaurées par les autorités françaises ou par le Conseil d'Etat.

⁶¹⁹ Cour EDH 16 juillet 1971, Ringeisen, série A n° 13, § 94.

⁶²⁰ Affaire « Ringeisen » précitée, § 94.

A l'occasion de l'affaire « König » de 1978, il fut précisé que : « si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est (...) pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique ⁶²¹ ». « En conséquence, pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause ⁶²² ».

Par ailleurs, comme il a été souligné dans l'arrêt « Le Compte, Van Leuven et De Meyere » de 1981, « la Cour estime que l'article 6-1 (...) ne se contente pas d'un lien ténu ni de répercussions lointaines : des droits et obligations de caractère civil doivent constituer l'objet – ou l'un des objets – de la « contestation », l'issue de la procédure [doit] être directement déterminante pour un tel droit ⁶²³ ».

2°) - Dans la ligne de cette jurisprudence, il fut jugé que la répression des infractions à la morale professionnelle, eu égard aux conséquences qu'elle peut entraîner, a un caractère civil. En effet, dès 1981, la Cour européenne des droits de l'homme, a eu l'occasion de considérer que les sanctions disciplinaires prononcées par les instances ordinales représentant les médecins, en Belgique, entraient dans le champ d'application de l'article 6-1. Pour la Cour de Strasbourg, l'exercice à titre libéral de la médecine constitue un droit de caractère privé. En conséquence, les décisions des instances ordinales prononçant des suspensions temporaires d'exercice de la médecine ont été assimilées à des contestations civiles au sens de la Convention ⁶²⁴. Deux ans plus tard, la Cour de Strasbourg confirmait cette solution. Elle soulignait que des décisions ordinales prononçant des radiations temporaires ou définitives de médecins « aboutissaient à dépouiller, de manière temporaire (...) ou définitive ⁶²⁵ » les intéressés du droit d'exercer la médecine.

Par la suite, la Cour de Strasbourg a estimé que le contentieux disciplinaire concernant d'autres professions libérales, lorsqu'il peut aboutir à priver une personne du droit d'exercer une profession, doit respecter les stipulations de l'article 6-1. Il a été jugé, par exemple, que le contentieux portant sur le droit d'exercer la profession d'avocat en Belgique revêtait un

⁶²¹ Cour EDH 28 juin 1978, König, série A n° 27, § 90.

⁶²² Arrêt « König » précité, § 90.

⁶²³ Cour EDH 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, série A n° 43, § 47.

⁶²⁴ Sur cette question voir : l'arrêt « Le Compte, Van Leuven et De Meyere » précité, § 47 et 48.

⁶²⁵ Cour EDH 10 février 1983, Albert et Le Compte, série A n° 58, § 28.

caractère civil au sens de la Convention ⁶²⁶. Par un arrêt du 26 septembre 1995 ⁶²⁷, la Cour européenne a examiné si le contentieux disciplinaire devant le Conseil de l'Ordre des médecins en France respectait les exigences de l'article 6. Ces solutions prétoriennes allaient avoir des répercussions en France sur l'organisation de la justice ordinaire. Elles ont conduit le Conseil d'Etat à modifier sa jurisprudence en la matière sur certains points.

Cependant il importe de souligner que tout différend qui porte sur la question de savoir si un individu présente les aptitudes requises pour exercer une profession, ne constitue pas une *contestation civile*. Ainsi, il fut décidé qu'une juridiction compétente pour déterminer si une personne disposait des qualités exigées pour être expert-comptable, ne tranchait pas une contestation au sens de l'article 6-1, mais procédait à une évaluation qui s'apparentait à un contrôle des connaissances ⁶²⁸.

L'immixtion de l'article 6-1 en droit administratif français peut également se faire par le biais de l'assimilation du procès administratif à la répression pénale.

b./ La notion d'accusation pénale.

C'est essentiellement l'assimilation des sanctions administratives à des sanctions pénales au sens de la Convention, qui permet de considérer que le juge administratif statue sur des accusations pénales (1°). Cela a été rendu possible parce que le juge européen a adopté des critères relativement souples pour définir ce qui peut constituer une accusation pénale au sens européen (2°).

⁶²⁶ Cour EDH 30 novembre 1987, H c/ Belgique, série A n° 127, § 37-48.

⁶²⁷ Cour EDH 26 septembre 1995, Diennet c/ France, série A n° 325-A, § 27 à 39. La Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 6-1, au motif que la cause du requérant n'a pas été entendue publiquement.

⁶²⁸ Cour EDH 26 juin 1986, Van Marle, série A n° 101, § 36 - 37. « Une telle évaluation des connaissances et de l'expérience nécessaires pour exercer une certaine profession sous un certain titre s'apparente à un examen de type scolaire ou universitaire et s'éloigne tant de la tâche normale du juge que les garanties de l'article 6 ne sauraient viser des différends sur pareille matière », Ibidem § 36. Certaines activités non contentieuses qui sont confiées à des juridictions n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'article 6-1.

1°) - Les magistrats du Palais des droits de l'homme se reconnaissent la faculté de requalifier une sanction afin de déterminer si elle peut constituer une accusation pénale au sens de la Convention. Ainsi, une peine qui à la lumière du droit national n'est pas de nature pénale, peut entrer dans la matière pénale telle que l'entendent les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ⁶²⁹.

La logique de ce raisonnement a été explicitée dans l'arrêt « Engel » de 1976 : « Si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, (...) le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s'assurer (...) que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal ⁶³⁰ ». Par la suite, à l'occasion de l'affaire « Öztürk » de 1984, la Cour de Strasbourg reprend le raisonnement suivi dans la décision « Engel » de 1976, mais en l'adaptant aux sanctions administratives. Par conséquent, « la Cour doit rechercher si la « contravention administrative » commise par le requérant relève ou non de [la] « matière [pénale] » ⁶³¹ ».

2°) - Depuis l'arrêt « Engel » de 1976, la Cour européenne se réfère à trois critères pour apprécier s'il convient de juger qu'une mesure non pénale entre ou non dans la notion de matière pénale au sens du droit européen ⁶³². Mais en réalité seuls les deux derniers sont déterminants. En effet, dans un premier temps, la Cour examine la qualification retenue en droit interne : s'agit-il d'une législation pénale ou non ? Mais, comme on peut s'en douter, l'intérêt de ce premier critère est réduit, car « les indications fournies par le droit interne n'ont qu'une valeur relative ⁶³³ ».

Dans un second temps, le juge européen examinera d'une part, la nature de l'infraction, et d'autre part, le degré de sévérité de la sanction, afin de voir s'il convient de procéder à une éventuelle requalification d'une mesure administrative en sanction pénale. On voit

⁶²⁹ La Cour européenne a opté pour une approche matérielle de la notion d'accusation. Cette dernière « lui commande de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure en litige », cf. Cour EDH 27 février 1980, Deweer, série A n° 35, § 44.

⁶³⁰ Cour EDH 8 juin 1976, Engel et autres, série A n° 22, § 81.

⁶³¹ Cour EDH 21 février 1984, Öztürk, série A n° 73, § 50.

⁶³² Voir l'affaire « Engel » précitée, § 82 et s. ; Cour EDH 21 février 1984, Öztürk, série A n° 73, § 50 à 54 ; Cour EDH 28 juin 1984, Campbell et Fell, série A n° 80, § 71 et s ; Cour EDH 22 mai 1990, Weber, série A n° 177, § 30-35.

⁶³³ Cour EDH 28 juin 1984, Campbell et Fell, série A n° 80, § 71.

immédiatement que ces deux derniers critères sont les éléments cruciaux qui sont pris en compte par les juges de Strasbourg.

Tous les procès administratifs n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention, mais peu de domaines du droit administratif échappent totalement à son emprise. A ce sujet, l'exemple du droit de la fonction publique paraît particulièrement intéressant.

Dans un premier temps, il avait été jugé que lorsque le litige porte sur le recrutement, la carrière et la cessation d'un fonctionnaire, il est situé en dehors de champ d'application de l'article 6⁶³⁴. Il en allait différemment chaque fois que le procès repose sur un « droit purement patrimonial⁶³⁵ ».

Depuis l'arrêt « Pellegrin » de 1999⁶³⁶, la Cour européenne a abandonné ce critère économique, pour adopter un « critère fonctionnel fondé sur la nature de l'emploi exercé par l'agent⁶³⁷ ». Aujourd'hui, les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique de l'administration publique, c'est-à-dire lorsque celle-ci agit comme détenteur de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux sont exclus du champ d'application de l'article 6-1⁶³⁸. Notons cependant que les procès relatifs aux pensions entrent dans le cadre de l'article 6-1⁶³⁹.

Le droit européen étant complexe, il existe un risque qu'il soit interprété différemment par les diverses juridictions suprêmes nationales.

⁶³⁴ Cour EDH 17 mars 1997, « Neigel c/ France », Rec 1997-II, § 43.

⁶³⁵ L Potvin-Solis, « L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français. », LGDJ, 1999, p 334. Mme Potvin-Solis recensait, pour l'essentiel, deux grands domaines pouvant échapper à l'emprise de l'article 6-1 en matière administrative : les droits à caractère politique (dont celui d'éligibilité) et les droits à caractère public (notamment le droit de la fonction publique). Cependant, même dans ces domaines, il n'était pas exclu qu'une sanction soit intégrée à la « sphère pénale » (op. cit. p 333.) ou qu'un litige ait un dimension patrimoniale pour un agent public.

⁶³⁶ CEDH 8 décembre 1999, Pellegrin c/ France, AJDA 2000, p 530, chronique J-F. Flauss ; JCP 2000, I, n°203, observations F. Sudre ; RDP 2000, p 617, note X. Prétot ; RDP 2000, p 711, observations G. Gonzalez.

⁶³⁷ J-F. Flauss, op. cit., p 531.

⁶³⁸ CEDH 8 décembre 1999, Pellegrin c/ France, précité.

⁶³⁹ J-F. Flauss, op. cit., p 531.

2°/ La multiplication des interprétations du droit européen.

Les stipulations de l'article 6 sont interprétées non seulement par la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi par les juridictions nationales (notamment la Cour de cassation et le Conseil d'Etat). En raison de l'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'homme en droit national, les juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire ont eu la possibilité de contrôler si de nombreux aspects de la procédure juridictionnelle française étaient conformes aux exigences du droit européen. Or, dans la mesure où chaque ordre de juridiction dispose d'une grande liberté d'appréciation, on a pu se demander s'il n'existait pas aujourd'hui en France trois jurisprudences relatives à l'article 6, à savoir des jurisprudences européenne, judiciaire et administrative ? Il est vrai que chacune de ces juridictions aborde la théorie du procès équitable ⁶⁴⁰ sous un angle spécifique. Alors que le juge européen retient une approche globale (1°), les juges nationaux vont en quelque sorte s'approprier cette théorie et l'adapter aux particularismes des litiges qu'elles ont pour mission de trancher (2°).

1°) - Quand la Cour de Strasbourg est saisie de la question de savoir si un procès a été équitable, elle procède à une « appréciation globale des circonstances de l'espèce ⁶⁴¹ ». Il résulte de cette démarche qu'une certaine souplesse est laissée aux Etats contractants, afin qu'ils déterminent le moment opportun, où les prescriptions de l'article 6 doivent être respectées, chaque fois que survient un litige entrant dans son champ d'application.

Deux possibilités sont envisageables : soit le système juridictionnel d'un Etat permet de garantir qu'au moins une juridiction saisie au cours d'une instance réponde aux impératifs du droit européen ; soit l'Etat contractant fait en sorte qu'à chaque étape du procès, ces règles soient respectées. En effet, « la Cour [de Strasbourg] s'attache à rechercher si le système juridique national a permis au requérant de bénéficier du « droit à un procès équitable » ⁶⁴² ».

⁶⁴⁰ J. Arrighi de Casanova, « Le procès équitable dans la jurisprudence fiscale du Conseil d'Etat. », RFFP n°83, 2003, p 25 ; Ch. Lambert, « Le concept européen de procès équitable. », RFFP n°83, 2003, p 41 ; L. Philip, « Le procès équitable dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. », RFFP n°83, 2003, p 11.

⁶⁴¹ Cour EDH 24 octobre 1989, H c/ France, série A 162-A, § 59.

⁶⁴² M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », AJDA 2000, p128.

Dans l'arrêt « Le Compte, Van Leuven et de Meyere » de 1981, la Cour européenne a estimé que : « l'article 6-1, s'il consacre le « droit à un tribunal », n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les « contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil » à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des « tribunaux » conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions ⁶⁴³ ».

L'alternative offerte aux Etats est explicitement rappelée dans l'affaire « Albert et Le Compte » de 1983 : « ou bien [les] juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6-1, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article (art. 6-1) ⁶⁴⁴ ».

Exceptionnellement, cependant, il n'est pas impossible qu'une des prescriptions de l'article 6 doive être observée, dès la naissance de la contestation civile ou pénale (i.e. : à une des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement ⁶⁴⁵). C'est le cas chaque fois que l'inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès.

La jurisprudence européenne est pleine de nuances et de subtilités, son incorporation en droit national implique, par conséquent, un certain seuil d'interprétation de la part des juridictions suprêmes nationales.

2°) - Les juridictions suprêmes françaises ont incorporé les stipulations de l'article 6 en droit national. Dès lors, elles ont été conduites à apprécier non seulement le champ d'application, mais aussi le contenu de cet article. Sur ces deux points, le Conseil d'Etat a indéniablement manifesté des réticences ⁶⁴⁶, à plusieurs occasions, pour appliquer les solutions retenues par le juge européen.

⁶⁴³ Cour EDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, série A n°43, § 51.

⁶⁴⁴ Cour EDH 10 février 1983, *Albert et Le Compte*, série A n° 58, § 29.

⁶⁴⁵ Sur ce point : Cour EDH 24 novembre 1993, *Imbrioscia*, Série A, n° 275, § 36 ; voir aussi : Cour EDH 26 septembre 1996, *Miailhe c/ France*, Rec, 1996-IV.

⁶⁴⁶ Certaines de ces réticences sont abordées infra dans les développements p 228 et s. Sur cette question, voir également : L Potvin-Solis, « L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français. », LGDJ, 1999, p 335 et p 338 et s.

En revanche, la Cour de Cassation a manifesté moins de retenue, en certaines occasions, dans son application de l'article 6. Il a pu être dit, s'agissant de la Cour de cassation : « Elle a (...) considéré que le fait de se trouver, au plan matériel, dans le champ d'application de l'article 6-1 impliquait l'obligation de respecter le principe d'impartialité à tous les stades d'élaboration de la sanction, y compris le stade administratif ⁶⁴⁷ ». D'aucuns affirment que cette solution va au-delà de ce qui est exigé par la Cour de Strasbourg ⁶⁴⁸.

Il n'est pas évident que la Haute juridiction administrative veuille aller aussi loin que la Cour de cassation, lorsque cette dernière applique les règles du procès équitable à de nombreuses phases du procès judiciaire ⁶⁴⁹. Mais on peut aussi constater que les juges du Palais-Royal tendent à reconnaître des solutions proches de celles qui sont adoptées par la Cour de Strasbourg, mais sans les fonder directement sur les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁶⁵⁰. Il nous semble que ce type de solution jurisprudentielle illustre un phénomène relativement récent, à savoir que de nombreux juristes et magistrats adhèrent de plus en plus volontiers à l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme (et particulièrement à son article 6-1), mais qu'ils ne souhaitent plus enfermer la réflexion relative à la théorie du procès équitable dans le cadre unique du droit européen.

Cette position est, d'ailleurs, fort logique, tant il est vrai que c'est la législation nationale qui doit être le cadre normal des procédures juridictionnelles se déroulant en droit interne.

⁶⁴⁷ M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », AJDA 2000, p129. Ces auteurs se réfèrent à l'arrêt suivant : Cass. Plén. COB c/ Oury et autres, Gaz. Pal. 24-25 février 1999, p 8.

⁶⁴⁸ Voir par exemple : M. Guyomar et P. Collin, op. cit., p 130.

⁶⁴⁹ La Cour de cassation tire des conséquences très poussées du principe d'impartialité des juridictions. Ainsi, elle a décidé, par exemple, qu'un juge ayant statué sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable de l'obligation, ne pouvait pas ensuite statuer sur le fond de l'affaire afférente à cette obligation. Cf. : Cass. Plén. 6 novembre 1998, aff. Société BNM, Bull. civ., ass. plén., n° 5. Voir infra les remarques concernant le principe d'impartialité p 246 et s.

⁶⁵⁰ Le Conseil d'Etat peut annuler des décisions juridictionnelles méconnaissant le principe d'impartialité. On a jugé, par exemple, que le principe d'impartialité et le respect des droits de la défense s'oppose à ce que la Cour des comptes déclare une personne comptable de fait alors qu'auparavant cette institution avait relevé dans son rapport public que dans les circonstances de l'affaire, des irrégularités avaient été commises. Cf. : CE Ass. 23 février 2000, Société Labor Métal, RDP 2000, p 335. Cette décision de la Haute Assemblée ne se fonde pas sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, même si elle semble s'inspirer de l'esprit de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Voir infra les développements consacrés au principe d'impartialité p 246 et s.

B. Le cadre processuel national.

La réglementation nationale est le cadre normal, voire naturel, du procès administratif, car il revient au pouvoir exécutif d'organiser le déroulement des instances relevant de la justice administrative. Les prescriptions réglementaires sont tout naturellement plus précises et détaillées que celles qui émane d'organismes supranationaux.

Le cadre processuel national organise à la fois les règles de compétence (1°) et les règles de fonctionnement (2°) des juridictions administratives.

1°/ Les règles de compétence des juridictions administratives.

De manière très classique, l'aptitude d'une juridiction à trancher un litige procède de la question de savoir si les règles de compétences furent correctement appliquées. La juridiction de cassation vérifie si les juges du fond étaient compétents territorialement (a.), matériellement (b.) et s'ils sont intervenus dans les délais qui leur avaient été impartis (c.).

a./ La compétence razione loci.

Toute juridiction a un ressort territorial. Les juges du fond ne peuvent connaître que des litiges qui ressortissent à la zone géographique qui leur a été attribuée. Les règles organisant la compétence territoriale des Tribunaux administratifs sont codifiées aux articles R 312-1 et suivants du Code de justice administrative. Les principes concernant les Cours administratives d'appel sont régis par les articles R 322-1 et suivants du même Code. Devant les juridictions administratives ordinaires, la complexité des règles de répartition des compétences est atténuée par le mécanisme permettant de régler les difficultés de compétence ⁶⁵¹ : des magistrats du fond pouvant solliciter du président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat qu'il attribue tout ou partie d'une affaire à la juridiction qu'il déclare compétente ⁶⁵².

⁶⁵¹ Cf. article R 351-1 et s. du Code de justice administrative.

⁶⁵² Article R 351-3 du Code de justice administrative.

Par un arrêt du 17 décembre 1990, le Conseil d'Etat a jugé « que, lorsqu'une Cour administrative d'appel est saisie d'un jugement par lequel un Tribunal administratif de son ressort s'est prononcé, sans se déclarer incompétent, sur une demande relevant de la compétence d'un Tribunal administratif ayant son siège en dehors de ce ressort, il appartient à la Cour, après avoir annulé le jugement qui lui est déféré, de transmettre le dossier au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat en application des dispositions relatives au règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative [et] le jugement de l'affaire doit alors être attribué au Tribunal administratif qui aurait été territorialement compétent pour connaître du litige ⁶⁵³ ».

Dans cette affaire, la Cour administrative d'appel de Paris a, par un arrêt du 24 juillet 1990, d'une part, annulé un jugement du 16 décembre 1988 par lequel le Tribunal administratif de Paris avait rejeté la demande d'indemnité présentée par M. Fournier à l'encontre de l'Etat et, d'autre part, transmis le dossier de l'affaire au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat en vue du règlement de la question de compétence posée par le litige. L'intéressé faisait valoir qu'il n'aurait pas perçu, pendant la période durant laquelle il a été affecté en Tunisie, la rémunération qui lui était due en application de la convention de coopération culturelle, scientifique et technique conclue entre les Etats français et tunisien le 29 mai 1985.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a estimé qu'à la date à laquelle le Tribunal administratif de Paris avait statué sur la demande de M. Fournier, ce dernier était affecté dans un établissement scolaire situé dans le ressort du Tribunal administratif de Marseille. En conséquence, le litige relevait en première instance de la compétence du Tribunal administratif de Marseille ⁶⁵⁴. Il convenait « d'attribuer à ce Tribunal le jugement de la demande présentée par M. Fournier ⁶⁵⁵ ».

⁶⁵³ CE 17 décembre 1990, Fournier, n° 119700, p 365.

⁶⁵⁴ Sur le fondement de l'article R. 47 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. En effet, aux termes de cet article dans sa rédaction en vigueur « à la date à laquelle le Tribunal administratif de Paris a statué sur la demande présentée par M. Fournier, " tous les litiges d'ordre individuel, y compris notamment ceux qui sont relatifs aux questions pécuniaires, intéressant les fonctionnaires ou agents de l'Etat... relèvent du Tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve le lieu d'affectation du fonctionnaire ou agent que la décision attaquée concerne ». Ibid.

⁶⁵⁵ Ibid.

A côté de la compétence territoriale, la compétence matérielle définit l'aptitude d'une juridiction à connaître d'une catégorie de litiges déterminés.

b./ La compétence *ratione materiae*.

Une autorité juridictionnelle est habilitée à trancher certaines catégories de questions, elle ne peut pas, bien évidemment, empiéter sur la sphère de compétence d'une autre autorité juridictionnelle, voire d'un organisme administratif. Le juge de cassation vérifie si une décision déférée est intervenue dans le domaine de compétence de la juridiction qui l'a émise.

En premier lieu, le juge suprême sanctionnera l'empiètement d'une autorité sur le domaine réservé à une autre. Il peut arriver qu'une Cour administrative d'appel s'estime compétente pour statuer sur un appel formé à l'encontre d'un jugement d'un Tribunal administratif, alors qu'en réalité l'appel aurait dû être interjeté devant le Conseil d'Etat. Dans ce cas, la Haute juridiction administrative annule la décision par laquelle une Cour statue à tort comme juge d'appel, et règle l'affaire en qualité de juge d'appel ⁶⁵⁶.

En second lieu, la Haute assemblée s'assure que les juridictions du fond remplissent effectivement leur rôle et ne se déclarent pas à tort incompétentes. Il peut exister des cas d'incompétence négative, où le juge de cassation annule une décision d'un juge d'appel qui décline à tort sa compétence. Il est arrivé qu'une juridiction administrative statuant en premier ressort doive rendre sa décision dans un délai déterminé, à compter du jour où est introduite la demande, sous peine d'être dessaisie de l'affaire. Dans cette hypothèse, le juge d'appel ne pourra pas, après l'expiration de ce délai et s'il est régulièrement saisi par une des parties, décliner sa compétence ⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ CE 9 octobre 1991, Masneuf, T p 785.

⁶⁵⁷ CE Section 8 février 1985, Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne, p 30.

En troisième lieu, le contrôle de la compétence d'attribution des juridictions administratives est souvent pour le Conseil d'Etat l'occasion de rappeler où intervient la frontière entre les compétences des juges administratifs et judiciaires. Bien souvent la Haute juridiction administrative censure les décisions qui lui sont déférées si elles ne respectent pas la compétence des juridictions judiciaires. Le Conseil d'Etat peut aussi adopter une conception restrictive de la compétence des juridictions judiciaires. Dans l'arrêt « Castet » de 1985, par exemple, le juge de cassation a estimé que la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins avait pu valablement sanctionner un praticien au motif qu'il n'avait pas respecté une clause de non-réinstallation. Or, dans cette affaire, le juge civil n'avait pas définitivement tranché la question de savoir si la clause litigieuse était entachée de nullité. Le requérant s'est pourvu en cassation en soutenant que le juge disciplinaire aurait dû surseoir à statuer jusqu'à ce que les juridictions civiles aient statué sur la nullité de la clause de non-réinstallation. Le Conseil d'Etat a considéré que la section disciplinaire n'était pas tenue en l'espèce de surseoir à statuer⁶⁵⁸. Ainsi, l'autonomie de la notion de faute professionnelle peut aboutir à ce qu'une personne soit condamnée professionnellement pour n'avoir pas respecté une clause qui sera ultérieurement annulée par la juridiction civile compétente.

De manière plus exceptionnelle, les circonstances liées à l'écoulement du temps sont parfois de nature à affecter l'aptitude que peut avoir une juridiction à connaître d'un litige.

c./ La compétence *ratione temporis*.

Le Conseil d'Etat peut être amené à annuler une décision, si la juridiction qui l'a rendue était, en réalité, dessaisie, en raison de l'écoulement du temps, le délai imparti, dans lequel elle pouvait régulièrement intervenir, étant écoulé⁶⁵⁹.

Au cours d'une instance disciplinaire, il pourra être utile de vérifier si la situation de la personne poursuivie n'a pas évolué. En effet, une personne peut avoir appartenu à un ordre professionnel, mais ne plus en faire partie, quand l'organe disciplinaire se prononce sur sa situation. Or les instances ordinaires ne sont pas compétentes pour infliger des sanctions aux

⁶⁵⁸ CE Section 8 février 1985, Castet p 31, conclusions Pauti.

⁶⁵⁹ En matière de contentieux électoral, le Conseil d'Etat connaît des appels formés contre les décisions rendues par les Tribunaux administratifs et devant intervenir dans certains délais : CE 23 octobre 1992, Tourlet, p 377. Voir aussi, par exemple, l'arrêt suivant rendu par le Conseil d'Etat en tant que juge d'appel et intervenant en matière d'autorisation de licenciement pour motif économique : CE 25 mars 1983, SNCF, T p 665.

personnes qui n'ont plus la qualité de membre et ce, quelle que soit la date où les faits litigieux furent commis ⁶⁶⁰.

Dans l'affaire « Mme Ali Ahmet » de 1994, les faits retenus par le juge disciplinaire avaient été commis lorsque l'intéressée était inscrite au tableau de l'Ordre des pharmaciens, mais au moment où l'instance d'appel s'est prononcée, l'intéressée avait cessé d'exercer cette profession. Toutefois, le juge de cassation a souligné que « cette circonstance, qui n'est pas imputable à une radiation dont l'initiative aurait été prise par l'Ordre mais à la décision de l'intéressée de vendre son officine, n'est pas de nature à retirer leur compétence aux juridictions ordinaires ⁶⁶¹ ».

A côté des règles de compétence des juridictions et des principes indispensables au bon déroulement des instances juridictionnelles, les textes organisant le fonctionnement des juridictions contribuent à définir ce qu'est le cadre national du procès administratif.

2°/ Les règles de fonctionnement des juridictions administratives.

Le pouvoir réglementaire est compétent pour définir comment les juridictions vont remplir leur mission. Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, les articles des nouveau et ancien codes de procédure civile ne peuvent pas être invoqués devant les juridictions administratives, sauf s'ils sont « rendu[s] applicable[s] ⁶⁶² » par le législateur devant ces dernières. Malheureusement, les règles régissant la procédure administrative contentieuse n'ont pas été codifiées de manière exhaustive dans un recueil officiel unique. Certes, les normes concernant les juridictions administratives ordinaires sont aujourd'hui réunies au sein du Code de la justice administrative. Mais il en va différemment pour les juridictions spécialisées. Les principes gouvernant le fonctionnement de ces dernières sont éparpillés dans un grand nombre de textes, qui de surcroît sont parfois forts succincts. Afin de pouvoir remplir correctement son office une juridiction doit être régulièrement composée (1°) et elle ne peut accomplir sa fonction que si elle est dûment saisie (2°) d'un litige.

⁶⁶⁰ CE 5 juillet 1985, Roujanski, p 754.

⁶⁶¹ CE 29 juillet 1994, Mme Ali Ahmet, p 406.

⁶⁶² Cette formule a été utilisée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt suivant : CE 17 juin 1988, Bady, p 247.

1°) - Le bon déroulement des instances administratives est soumis au respect de dispositions réglementant la composition et le fonctionnement des juridictions administratives. En général, ces règles varient selon les juridictions. Elles sanctionnent le non-respect de règles qui sont spécifiques à l'organisation d'une juridiction.

Tout d'abord, le juge de cassation s'assure qu'un organisme juridictionnel est correctement composé. En effet, les dispositions concernant la composition des juridictions sont d'ordre public ⁶⁶³. Les membres des juridictions du fond doivent être désignés conformément aux textes pertinents ⁶⁶⁴. Dans le cas contraire, l'instance juridictionnelle est « irrégulièrement composée ⁶⁶⁵ ».

Ensuite, le juge suprême prend le soin de voir si toutes les conditions étaient réunies pour que l'organisme statue valablement. Ainsi, une juridiction ne peut pas valablement statuer si le quorum exigé n'est pas atteint ⁶⁶⁶. De plus, les textes régissant l'organisation des suppléances doivent être respectés. Mais, un membre d'une juridiction ne peut pas désigner quelqu'un pour le représenter à une audience, si les textes relatifs à cet organisme n'organisent pas la suppléance de ses membres ⁶⁶⁷.

Enfin, les juridictions du fond ne peuvent statuer valablement que si elles ont été régulièrement saisies.

2°) - En effet, le juge de cassation contrôle la régularité de la saisine des juges du fond. On sait que les requérants doivent avoir intérêt et qualité pour agir. Par ailleurs, les délais pour intenter l'action au fond et pour exercer les voies de recours doivent bien sûr être respectés. Cependant, on peut souligner que certaines règles posées par le règlement intérieur d'une juridiction ne sont pas considérées comme substantielles. Par conséquent, leur inobservation n'entache pas d'irrégularité la décision attaquée ⁶⁶⁸.

⁶⁶³ CE 19 mai 1961, Gianotti, p 346. Dans cet arrêt, le juge de cassation annule une décision, car elle avait été rendue par une juridiction au sein de laquelle siégeait un conseiller maître à la Cour des comptes à la retraite, alors qu'il eût fallu que ce dernier soit en activité.

⁶⁶⁴ CE 7 octobre 1991, Tchouli, p 323.

⁶⁶⁵ CE 7 février 1973, Sieur Palmowski, p 121.

⁶⁶⁶ CE 16 novembre 1962, Primet, p 609.

⁶⁶⁷ CE 1^{er} octobre 1969, Fournier, p 415.

⁶⁶⁸ CE 12 novembre 1958, Arditi, p 552.

En outre, le pouvoir réglementaire dispose d'une marge d'appréciation pour modifier les textes organisant le fonctionnement de la justice. A l'occasion d'un recours exercé par l'association « France terre d'asile » tendant à l'annulation du décret n° 85-81 du 23 janvier 1985, qui modifiait certaines dispositions régissant l'office français de protection des réfugiés et apatrides, le Conseil d'Etat a estimé : « qu'aucun principe de la procédure contentieuse administrative, ni aucune disposition législative n'impose de donner aux requérants la possibilité de déposer directement leur recours auprès d'une juridiction administrative; (...) ainsi, l'article 2 du décret attaqué a pu légalement prescrire que le recours devant la Commission des recours des réfugiés " est adressé au secrétariat de la commission sous pli recommandé avec demande d'accusé de réception " et supprimer la faculté, antérieurement ouverte aux requérants par l'article 19 du décret du 2 mai 1953, de déposer leur recours au secrétariat de la commission ⁶⁶⁹ ».

Si l'instance juridictionnelle administrative bénéficie d'un double encadrement à la fois national et européen, il convient de souligner que ces deux sources de droit font, bien souvent, référence à des principes identiques, tout en leur attribuant un contenu légèrement différent dans certaines occasions. Il n'y a donc pas une opposition frontale entre les droits processuels européen et français, mais plutôt une complémentarité conflictuelle. La complémentarité du droit européen, c'est de permettre aux personnes de revendiquer certains droits sur le fondement de conventions européennes. Le caractère conflictuel apparaît quand il y a une contrariété dans les solutions entre la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et les règles appliquées en droit interne. Mais à la réflexion, ce résultat s'avère assez positif, puisqu'il aboutit à renouveler en profondeur la réflexion portant sur l'équité en matière juridictionnelle. Elle est aussi l'occasion de repenser le sens et la portée de ce que doivent être les grands principes d'organisation des instances administratives.

⁶⁶⁹ CE 18 mars 1988, France terre d'asile, p 126.

§2. La révolution formelle de l'instance administrative.

Le droit processuel est un droit vivant, qui évolue et s'adapte aux changements intervenant dans la représentation de ce qui est équitable ou juste à un moment donné. A notre époque, les règles formalistes connaissent un essor relativement important. Ce n'est sans doute pas un hasard si ce phénomène se produit dans une période de l'histoire de la pensée juridique où la doctrine dominante semble considérer que la validité d'une décision de justice tient moins à la rectitude du raisonnement qu'il retient, qu'à la régularité de la procédure au terme de laquelle il a été adopté. En effet, dès lors que rendre justice n'est plus perçu comme un acte de connaissance, mais comme un acte d'autorité ⁶⁷⁰, il semble crucial d'encadrer d'un maximum de garanties les procédures juridictionnelles, afin de préserver les intérêts légitimes des plaideurs de l'arbitraire du juge.

Tout au long du 20^{ème} siècle, le Conseil d'Etat s'est sans relâche efforcé de rehausser le seuil de garanties qu'il convient d'accorder aux administrés ou aux justiciables, tout en évitant de compliquer inutilement la tâche de l'Administration active. Depuis quelques décennies, la jurisprudence européenne s'est immiscée dans le déroulement des instances administratives et a réussi à faire évoluer certaines règles de la procédure administrative contentieuse. Cette influence européenne agit « de manière directe par l'extension de son champ [d'application] ou de manière indirecte par la propagation de son esprit ⁶⁷¹ ». Elle a contaminé progressivement et durablement les principes fondamentaux organisant l'instance administrative. Ces derniers, c'est-à-dire, respectivement, les principes du contradictoire (A.), de publicité (B.) et d'impartialité (C.), ont été amenés à évoluer sous l'influence du juge de cassation, en raison de l'évolution contemporaine du droit français.

⁶⁷⁰ Sur cette question, X. Dieux, « Vers un droit « post-moderne » ? (Quelques impressions sceptiques). », in Mélanges offerts à Jacques Velu, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 44 ; D. de Béchillon, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat. », Préface de Pierre Bon, Collection droit public positif, Economica, 1996, p 121 et s.

⁶⁷¹ M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », AJDA 2000, p408.

A. Le principe du contradictoire.

Le principe du contradictoire est une ellipse linguistique, qui désigne l'idée suivante : une juridiction ne peut statuer valablement qu'à l'issue d'un débat judiciaire ayant permis aux parties du discuter contradictoirement de la pertinence des diverses pièces soumises aux juges. Dès lors, se pose la question de savoir quelles types de pièces doivent être soumises au principe du contradictoire. Ce principe doit-il être applicable uniquement aux documents émanant des parties au litige ou bien faut-il aussi étendre l'application de cette règle aux documents provenant de la juridiction elle-même, c'est-à-dire à la note d'un rapporteur ou aux conclusions d'un magistrat indépendant ?

Il existe aujourd'hui deux conceptions possibles du principe du contradictoire. Dans une première approche, seule la phase d'instruction fait l'objet d'une procédure contradictoire. Dans une seconde approche, qui est plus extensive, toute pièce, quelle que soit la qualité de son auteur, doit pouvoir être discutée par les parties, dès lors qu'elle est soumise à l'attention d'un tribunal. Il y a un conflit entre les jurisprudences administrative et européenne sur ces questions. Pour le Conseil d'Etat, en effet, la discussion contradictoire ne peut concerner que les pièces produites par les parties (1°), alors que la Cour de Strasbourg tend à introduire dans le périmètre de la discussion judiciaire des documents émanant de membres de la juridiction (2°) appelée à trancher le litige.

1°/ Les pièces produites par les parties.

Le principe selon lequel les juges du fond ne peuvent statuer qu'à l'issue d'une procédure où les parties ont été en mesure de discuter les pièces et arguments qui furent présentés aux magistrats, est un principe traditionnel du droit français. Cette règle est d'abord un des aspects des droits de la défense tels qu'ils ont été définis dans l'arrêt « Téry⁶⁷² » du 20 juin 1913.

⁶⁷² CE 20 juin 1913, Téry, p 736, conclusions Corneille. Cet arrêt sanctionne la violation du « droit de défense » op. cit. p 744. D'autres décisions protègent le principe du contradictoire mais en invoquant d'autres fondements telle la violation des droits de la défense, cf. CE 23 avril 1975, Dupont, T p 1235.

Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative affirme qu'un justiciable ne doit pas être privé du droit d'être entendu par ses juges. Quelques années plus tard, le Conseil d'Etat avait reconnu que même en l'absence de texte, « aucun document ne saurait être régulièrement soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance ⁶⁷³ ». L'assemblée du Palais-Royal tire un certain nombre de conséquences de cette règle (1°) et a dû également en préciser les limites (2°) ainsi que les modalités d'application, notamment s'agissant de la faculté d'entendre oralement un justiciable (3°).

1°) - La règle en vertu de laquelle la procédure devant les juridictions administratives doit revêtir un caractère contradictoire est un principe général du droit ⁶⁷⁴. Le principe implique le droit à la communication de l'entier dossier et le droit d'être entendu. Ainsi, dans l'hypothèse où une juridiction se saisit d'office, celle-ci doit aviser les intéressés des procédures qui les concernent et les mettre en mesure de présenter des observations ⁶⁷⁵. Plus généralement, une juridiction du fond méconnaît le caractère contradictoire de la procédure, si elle ne communique pas le mémoire d'une partie à son adversaire. L'arrêt entaché d'une telle irrégularité est voué à être annulé par le juge de cassation, si ce dernier est saisi ⁶⁷⁶.

Devant les juridictions administratives ordinaires, il est prévu que les requêtes, les mémoires complémentaires et le premier mémoire en défense, ainsi que les pièces qui y sont jointes, sont communiquées aux parties. Par la suite, les répliques et autres mémoires et pièces ne sont communiqués que s'ils contiennent des éléments nouveaux ⁶⁷⁷. Devant certaines juridictions spécialisées, la communication au demandeur des pièces produites en défense ne semble pas toujours être faite de plein droit, en l'absence de texte imposant cette communication. Toutefois, le demandeur peut solliciter cette communication qui ne peut pas lui être refusée ⁶⁷⁸.

⁶⁷³ CE 10 août 1918, Villes, p 848.

⁶⁷⁴ CE Section 12 mai 1961, Société La Huta, p 313.

⁶⁷⁵ CE Ass. 7 février 1947, d'Aillières, p 50, RDP 1947, p 68, conclusions R Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, n°3508, note G. Morange. Et aujourd'hui d'une manière générale, lorsque le juge administratif soulève un moyen d'office, il doit mettre les parties à même d'y répondre, cf. article R 611-7 du Code de justice administrative. Voir également : CE Section 29 avril 1998, Commune de Hannappes, n° 164012, p 185.

⁶⁷⁶ CE 22 novembre 1991, Ministre du Budget c/ Moreau, p 402. Dans cette affaire, une Cour administrative n'avait pas communiqué un mémoire à un ministre.

⁶⁷⁷ cf. l'article R 611- 1 Code de justice administrative, qui reprend les dispositions de l'article R 138 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.

⁶⁷⁸ Cf. à propos de la Commission spéciale de répartition de l'indemnité égyptienne : CE 28 octobre 1974, Dame veuve Lambert, T p 1045.

Quand elle est obligatoire, la communication doit être complète. Une formation disciplinaire ne peut pas sanctionner une personne, alors que cette dernière n'a pas eu connaissance des témoignages suscités par le rapporteur et que le rapport ne contient aucune information permettant d'identifier les témoins et de connaître la teneur des témoignages ⁶⁷⁹. Le juge administratif a érigé en règle générale le principe suivant : « Les parties doivent toujours être à même de prendre connaissance du dossier tel qu'il est constitué avant le jugement de l'affaire ⁶⁸⁰ ».

La communication doit être effectuée en temps utile, pour permettre au destinataire de répondre. La procédure suivie devant une juridiction du fond est irrégulière, si la communication d'un mémoire a été effectuée peu de temps avant l'audience ⁶⁸¹ ou après son déroulement ⁶⁸².

2°) - Si en principe, les pièces émanant d'une partie doivent être communiquées à son adversaire, il existe cependant des exceptions à cette règle. C'est le cas s'il faut prendre des mesures urgentes ayant un caractère provisoire. Ainsi, dans l'hypothèse où le demandeur au fond sollicite le sursis à exécution d'une décision, ses conclusions n'ont pas à être communiquées au défendeur, dès lors que le président de la formation de jugement peut rejeter cette demande. En effet, le principe du caractère contradictoire de la procédure interdit seulement au juge du sursis de rejeter une demande sur des éléments qui n'étaient pas connus du requérant ⁶⁸³.

De même, en matière de référé, la non-communication au demandeur des observations présentées par le défendeur devant le juge des référés ne vicie pas la procédure, si cela est justifié par la nécessité de prendre une décision rapide ⁶⁸⁴.

⁶⁷⁹ CE 23 avril 1975, Dupont, T p 1235.

⁶⁸⁰ CE 18 novembre 1987, Bokwa Kimbolo, p 372.

⁶⁸¹ CE 23 février 1990, Hauchecorne, T p 927. Dans cette affaire, des mémoires furent communiqués à une partie trois jours avant l'audience ; la veille de l'audience, leur destinataire ne disposait donc pas d'un délai de réponse suffisant.

⁶⁸² CE Section 13 janvier 1988, Abina, p 5 : la communication de documents est jugée irrégulière deux jours après l'audience publique, car ces pièces contenaient des éléments nouveaux.

⁶⁸³ Sur ce point cf. CE Section 29 janvier 1993, Association des riverains de l'Herrengrie, p 21. Sur le caractère légalement non contradictoire d'une procédure visant à la suspension d'une mesure de sursis à exécution : CE Section 5 avril 1996, Syndicat des avocats de France, p 118.

⁶⁸⁴ CE 29 mars 1985, commune de Sisteron, T p 731.

Enfin, on peut signaler qu'à l'occasion du contentieux issu du refus par l'Administration de communiquer des documents administratifs, le Conseil d'Etat a précisé que « si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige ⁶⁸⁵ ».

3°) - Sachant qu'en principe, la procédure suivie devant les juridictions administratives est écrite, les justiciables peuvent-ils demander à être entendus oralement ? Les textes prévoient parfois cette possibilité. Si c'est le cas, le justiciable doit être mis en mesure de présenter des observations orales. Par conséquent, le juge du fond doit avertir l'intéressé de la date d'audience ou tout au moins, lui demander s'il souhaite présenter des explications à l'audience afin de savoir s'il faut lui notifier la date de la séance ⁶⁸⁶.

Mais, en l'absence de dispositions écrites le prévoyant, le Conseil d'Etat ne considère pas qu'il s'agisse d'une règle s'imposant aux juridictions administratives. Ainsi, si rien ne semble interdire aux parties de demander à être entendues au sens propre, il importe de souligner qu'une juridiction administrative n'est pas tenue de répondre au moyen qu'un requérant soutient avoir développé oralement, si ces derniers ne figurent pas dans un mémoire écrit confirmatif ⁶⁸⁷. Cette solution n'est bien sûr que la conséquence du caractère écrit de la procédure administrative contentieuse.

Enfin, il convient de souligner que dans l'arrêt « Commune de Cabourg ⁶⁸⁸ » de 1994, l'Assemblée du contentieux a estimé que s'agissant du référé en matière de passation de contrats et de marchés, les parties au litige devaient être à même de présenter au cours d'une audience publique des observations orales à l'appui de leurs observations écrites. Apparemment, aucune disposition textuelle n'imposait cette formalité. Mais cette solution trouve une justification d'une part, dans l'étendue des pouvoirs conférés au juge des référés

⁶⁸⁵ CE Section 23 décembre 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, p 464.

⁶⁸⁶ Sur cette question voir : CE Section 26 juillet 1978, Auguste, p 336, conclusions G. Guillaume. Dans cet arrêt, le juge de cassation annule une décision de la Commission des recours des réfugiés, qui n'avait pas mis un requérant à même de présenter des observations au cours de l'audience. Voir également : CE 30 septembre 1955, Sieur Deschamps, p 457.

⁶⁸⁷ CE 7 octobre 1991, Tchouli, p 323. Cette affaire concerne la procédure suivie devant la Commission des recours des réfugiés.

⁶⁸⁸ CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, p 300.

précontractuels et d'autre part, dans le fait que l'ordonnance rendue en ce domaine n'est pas susceptible d'appel.

Où doit s'arrêter le domaine de la contradiction ? Faut-il inclure dans le débat judiciaire certains documents émanant de membres de la juridiction ?

2°/ Les pièces produites par des membres de la juridiction.

Les membres d'une juridiction produisent des documents de travail. Ceux-ci font parfois l'objet d'une certaine communication au sein des juridictions, comme c'est le cas pour la note d'un rapporteur (a.). Ils peuvent aussi faire l'objet d'une lecture publique, s'agissant des conclusions du commissaire du gouvernement (b.).

a./ Le rapport du rapporteur.

Le juge de cassation a décidé depuis longtemps que les requérants doivent être à même de prendre connaissance de tous les documents relatant l'audition de personnes par un rapporteur⁶⁸⁹. Il s'agit là de l'application des principes traditionnels admis en droit administratif français et régissant le déroulement de l'instance. Sous l'influence de la jurisprudence européenne, on a pu se demander s'il ne fallait pas aller plus loin : la note du rapporteur doit-elle être communiquée et discutée par tout intéressé au cours d'une procédure juridictionnelle ? Le cas échéant, de quel type de communication ce document peut-il faire l'objet ? Une réflexion renouvelée a vu le jour sur ces questions en doctrine et en jurisprudence depuis quelques années. Elle concerne la question de savoir si ce rapport peut être communiqué à un *amicus curiae*⁶⁹⁰ (1°), voire aux parties au litige (2°).

⁶⁸⁹ Voir par exemple : CE Section 14 mars 1975, Sieur Rousseau, p 195 ; CE 23 avril 1975, Dupont, T p 1208.

⁶⁹⁰ Ce vocable est notamment utilisé par S. Marcus Helmons, « La présence du ministère public aux délibérations de la Cour de Cassation ou l'affaire Borgers. », in Mélanges offerts à J. Velu, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 1385.

1°) - Dans l'affaire « Reinhardt et Slimane-Kaïd contre France ⁶⁹¹ » de 1998, la Cour européenne a examiné la question de savoir si la communication de la note rédigée par un rapporteur à un *amicus curiae* était régulière au regard de la théorie du procès équitable. En espèce, la procédure suivie devant la chambre criminelle de la Cour de cassation était en cause. Elle prévoyait que le rapport du conseiller rapporteur était communiqué à l'avocat général avant l'audience. Or, ce document n'était pas communiqué au requérant. Le rapport comportait deux parties : d'abord un exposé des faits, de la procédure et des moyens invoqués, ensuite une analyse juridique et un avis sur le mérite du pourvoi.

La communication de l'intégralité du rapport à l'avocat général fut considéré comme contraire aux exigences du procès équitable. Car ce dernier « n'est pas membre de la formation de jugement. Il a pour mission de veiller à ce que la loi soit correctement appliquée lorsqu'elle est claire, et correctement interprétée lorsqu'elle est ambiguë. Il « conseille » les juges quant à la solution à adopter dans chaque espèce et, avec l'autorité que lui confère ses fonctions, peut influencer leur décision dans un sens soit favorable, soit contraire à la thèse des demandeurs ⁶⁹² ». La communication du rapport créait un « déséquilibre (...) faute d'une communication identique du rapport aux conseils ⁶⁹³ » des personnes poursuivies. Cet usage du mot « déséquilibre » paraît implicitement renvoyer à la notion d'égalité des armes ⁶⁹⁴, même si ces termes ne sont pas expressément utilisés.

Mais comme le souligne la Cour européenne dans un *obiter dictum* : le second volet du rapport (contenant l'analyse et l'avis juridique) était « légitimement couvert par le secret du délibéré ⁶⁹⁵ » et en conséquence n'avait pas à être communiqué aux individus poursuivis. Donc pour établir un équilibre entre les requérants et l'avocat général, ce dernier n'aurait pas dû avoir la possibilité de consulter la deuxième partie du rapport.

⁶⁹¹ Cour EDH 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, D 1998, Somm., p 366.

⁶⁹² Cour EDH 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, précité, § 105.

⁶⁹³ Ibid.

⁶⁹⁴ Sur cette idée cf. D. Chauvaux, conclusions sur CE 29 juillet 1998, Mme Esclatine, D 1999, Jurisprudence, p88.

⁶⁹⁵ Cour EDH 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, précité, § 105.

A la lumière de cette solution, on peut se demander quelles conséquences cela va avoir sur la procédure administrative contentieuse ? La communication du rapport d'un rapporteur au commissaire du gouvernement ne crée-t-elle pas un déséquilibre irrégulier au regard du droit européen ?

2°) - Le Conseil d'Etat a dû trancher la question de savoir si l'absence de communication préalable aux parties du rapport établi par le juge rapporteur était licite. Le juge de cassation a jugé dans l'affaire « Leriche » de 1999, qu'il n'y avait aucune raison de procéder à une telle communication. En premier lieu, il fut jugé que le pouvoir réglementaire « a pu légalement prévoir que l'exposé de l'affaire à l'audience est présenté par le membre de la section disciplinaire désigné comme rapporteur ; (...) le texte de cet exposé, qui peut au demeurant ne pas être écrit, n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction entre les parties ⁶⁹⁶ ». Cette solution est d'ailleurs conforme au droit européen.

En second lieu, la Haute juridiction souligne qu'il « n'est pas allégué qu'en l'espèce le rapporteur aurait communiqué avant l'audience le texte de son exposé à l'auteur de la plainte formée contre M. Leriche ; (...) par suite, celui-ci n'est pas fondé à soutenir que, faute de lui avoir communiqué préalablement à l'audience le "rapport" du rapporteur, la section disciplinaire aurait méconnu les règles de procédure applicables et notamment les stipulations précitées de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁶⁹⁷ ».

Il convient d'admettre que « les documents internes à la juridiction, dont les rapports des juges rapporteurs, n'avaient pas à faire l'objet d'une communication et à être soumis au principe du contradictoire ⁶⁹⁸ ». Il en va peut-être différemment, s'agissant des conclusions du commissaire du gouvernement.

⁶⁹⁶ CE Section 3 décembre 1999, M. Leriche, n° 195512, AJDA 2000, p 126, chronique M. Guyomar et P. Collin ; DA, février 2000, n°2, commentaire p 26. note R. Schwartz.

⁶⁹⁷ CE Section 3 décembre 1999, Leriche, précité.

⁶⁹⁸ R. Schwartz note sur l'affaire Leriche, op. cit., p 27.

b./ Les conclusions du commissaire du gouvernement.

Doivent-elles faire l'objet d'un débat contradictoire ? Depuis fort longtemps, le Conseil d'Etat protège le caractère contradictoire du procès administratif. Le commissaire du Gouvernement Corneille n'affirmait-il pas, en 1913, « que le juge [disciplinaire] ne doit se déterminer que sur les pièces produites, et par suite discutées, dans l'instance même sur laquelle il a été statué⁶⁹⁹ ». Par la suite, la Haute juridiction administrative a estimé qu'aucun « document ne saurait être régulièrement soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance⁷⁰⁰ ». Cependant, le Conseil d'Etat n'a jamais pensé que les conclusions des commissaires du Gouvernement devaient faire l'objet d'un débat contradictoire⁷⁰¹. Et ce n'est que dans l'hypothèse exceptionnelle où un commissaire du Gouvernement est considéré comme une partie au litige et s'il dispose d'informations non connues des autres parties, qu'il doit communiquer ses conclusions en temps utile⁷⁰².

Les conclusions des commissaires du Gouvernement⁷⁰³ présentent le paradoxe suivant : elles sont soumises à l'attention des juges, mais non communiquées avant l'audience aux parties au litige, et par là même exclues du périmètre du principe du contradictoire⁷⁰⁴.

Au sujet de ce paradoxe procédural, Rainaud relevait que « les conclusions, pourtant exclues du mécanisme de la contradiction, sont l'élément contradictoire par excellence. Tout juriste (...) a pu constater que ces dernières, bien qu'étant l'expression d'une conviction, n'en posent pas moins tous les éléments contradictoires qui participent de l'établissement du choix retenu⁷⁰⁵».

⁶⁹⁹ Conclusions Corneille sur CE 20 juin 1913, Téry, p 737.

⁷⁰⁰ CE Ass. 13 décembre 1968, Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, Comité de défense des intérêts menacés par l'autoroute D.6 et Musso, p 645.

⁷⁰¹ CE 9 décembre 1970, Dame Veuve Jame, p 739. Le Conseil d'Etat considère « que les conclusions présentées oralement par le commissaire du gouvernement devant le Tribunal administratif n'ont pas à être communiquées aux parties », Ibid.

⁷⁰² Arrêt « Association syndicale des propriétaires... et Musso » de 1968, précité.

⁷⁰³ Sur les commissaires du Gouvernement : Voir J-C. Bonichot, « Le commissaire du Gouvernement », in « Le Conseil d'Etat de l'an VIII à nos jours », sous la direction de J. Massot, éd. Adam Biro, 1999, p 145 ; N. Rainaud, « Le commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat », LGDJ 1996.

⁷⁰⁴ CE 29 juillet 1998, Mme Escladine, D 1999, jurisprudence, p 85, conclusions D. Chauvaux. Les conclusions de M. Chauvaux sur cette affaire exposent avec une très grande précision le rôle et la fonction d'un commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives françaises.

⁷⁰⁵ N. Rainaud, op. cit., p 48.

Pour le juge administratif, l'absence de communication des conclusions aux parties s'explique pour les raisons suivantes : le commissaire du gouvernement n'est pas une partie à l'instance, mais un magistrat ⁷⁰⁶, dont la mission est de présenter les problèmes soulevés dans chaque recours et de faire connaître, en toute indépendance, son opinion sur les circonstances d'une affaire, les règles à appliquer et la solution à retenir ⁷⁰⁷. Le commissaire est un membre de la juridiction à laquelle il appartient et il participe à la fonction de juger ⁷⁰⁸ dévolue à cette dernière.

Dans un premier temps, dans l'arrêt « Delcourt » de 1970, la Cour européenne des droits de l'homme estimait que « l'article 6 de la Convention n'exige pas, fût-ce par implication, qu'un accusé ait la faculté de répondre aux conclusions purement juridiques d'un magistrat indépendant, attaché à la cour suprême de Belgique en qualité d'auxiliaire et de conseiller ⁷⁰⁹ ». Mais par la suite, la jurisprudence de cette institution a évolué, et la solution contraire fut consacrée. Ainsi, l'impossibilité de pouvoir répondre aux conclusions de l'avocat général devant la Cour de cassation en Belgique a été jugée comme une méconnaissance du droit à une procédure contradictoire.

Les motifs de ce revirement jurisprudentiel sont les suivants : « Compte tenu (...) de l'enjeu pour le requérant de l'instance devant la Cour de cassation et de la nature des conclusions de l'avocat général (...), l'impossibilité pour l'intéressé d'y répondre avant la clôture de l'audience a méconnu son droit à une procédure contradictoire. Celui-ci implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter ⁷¹⁰ ».

⁷⁰⁶ Il n'est pas le représentant de l'administration et il doit être impartial : cf. CE 10 juillet 1957, Gervaise, p 466.

⁷⁰⁷ Voir par exemple la décision suivante : CAA Paris 17 octobre 1991, SA Hellot, p 569.

⁷⁰⁸ Sur ce point : CE 8 février 1999, Mme Andas, p 356.

⁷⁰⁹ Cour EDH 17 janvier 1970, Delcourt, série A n°11, § 41.

⁷¹⁰ Cour EDH 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, Recueil 1996-I, § 33.

L'avocat général n'a pas la qualité de partie au procès et sa tâche se borne à conseiller, en toute objectivité, les magistrats qui vont trancher le litige ⁷¹¹. Le rôle de l'avocat général rappelle donc les fonctions exercées par le commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives. Mais la Cour européenne a estimé que les conclusions de l'avocat général devaient être soumises au principe du contradictoire, au motif qu'elles « renferment un avis qui emprunte son autorité à celle du ministère public lui-même. Objectif et motivé en droit, ledit avis n'en est pas moins destiné à conseiller et, partant, influencer la Cour de cassation ⁷¹² ». Parce que l'avocat général prend explicitement position sur un problème juridique et que cette opinion intervient dans une procédure présentant un enjeu pour le requérant, les conseils de ce dernier doivent avoir la possibilité de critiquer l'avis émis par le ministère public de la Cour de cassation belge.

Cette solution prétorienne a été confirmée par la suite. En effet, la même solution fut retenue par la Cour de Strasbourg, au sujet d'un avis émanant du procureur général adjoint auprès de la Cour suprême du Portugal : l'impossibilité pour un requérant d'obtenir communication de cet avis avant le prononcé de l'arrêt et le fait de ne pouvoir y répondre ont « méconnu [le] droit [de l'intéressé] à une procédure contradictoire ⁷¹³ ». Dans cette affaire également, les fonctions exercées par le procureur adjoint présentent des similitudes avec celles qui sont exercées par les commissaires du gouvernement devant les juridictions administratives françaises. En effet, « la tâche du ministère public près la Cour suprême est principalement celle d'aider la Cour et de veiller au maintien de l'unité de jurisprudence ⁷¹⁴ ».

Quelle attitude la Cour de Strasbourg a-t-elle adoptée à l'égard du commissaire du gouvernement devant les juridictions françaises ?

Par un arrêt « Kress contre France ⁷¹⁵ », la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a décidé d'une part que la non-communication préalablement à l'audience des conclusions du commissaire du gouvernement au requérant ne constituait pas un manquement

⁷¹¹ Cour EDH 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, précité, § 28 à 30.

⁷¹² Ibid. § 31.

⁷¹³ Cour EDH 20 février 1996, Lobo Machado c/ Portugal, Recueil 1996-I, § 31.

⁷¹⁴ Cour EDH 20 février 1996, Lobo Machado c/ Portugal, précité, § 28.

⁷¹⁵ Cour EDH (Grande Chambre) 7 juin 2001, Kress c/ France, AJDA 2001, p 675, note F. Rolin ; D 2001, p 2619, note R. Drago ; JCP 2001, II, n°10578, note F. Sudre ; RDP 2002, p 684, observations G. Gonzalez ; Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2001, p 581, observations D. Spielmann. Voir également : D. Chabanol, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress. », AJDA 2002, p 9.

au principe d'égalité des armes. D'autre part, il a été jugé que l'impossibilité pour le requérant de répondre aux conclusions du commissaire du gouvernement ne violait pas le principe du respect du contradictoire.

En effet, les juges de Strasbourg ont estimé que la procédure suivie devant le Conseil d'Etat français offrait suffisamment de garanties au justiciable. Sous cet aspect, deux éléments semblent expliquer cette solution.

En premier lieu, les avocats aux conseils ont la possibilité de demander au commissaire du gouvernement, avant l'audience, le sens général de ses conclusions. M. Bonichot a constaté que cela pouvait les conduire « à décider de plaider dans une affaire déterminée, alors que l'usage est plutôt d'en rester à l'instruction écrite⁷¹⁶ ».

En second lieu, les parties peuvent répliquer par une note en délibéré⁷¹⁷ aux conclusions⁷¹⁸. Observons que les justiciables doivent pouvoir déposer une note en délibéré, indépendamment de la décision éventuelle du président d'ajourner l'affaire, tout en « disposant d'un délai suffisant pour la rédiger⁷¹⁹ ». Enfin, l'arrêt du Conseil d'Etat « devrait expressément viser l'existence d'une note en délibéré⁷²⁰ ».

Il nous semble que l'arrêt « Kress » doit être interprété de la manière suivante. Le juge européen considère que les conclusions du commissaire du gouvernement doivent être discutées contradictoirement par les parties au litige⁷²¹. Cependant et de façon assez surprenante nous semble-t-il, il a admis que la procédure suivie devant le Conseil d'Etat français présentait suffisamment de garanties et qu'elle ne portait pas atteinte au principe du contradictoire.

⁷¹⁶ J-C. Bonichot, *op. cit.*, p 147.

⁷¹⁷ J-C. Bonichot, *op. cit.*, p 147 ; E. Gherardi, « La note en délibéré dans le contentieux administratif. De la filiation de la décision Leniau au statut des conclusions du commissaire du gouvernement. », *AJDA* 2003, p 2243.

⁷¹⁸ Cour EDH 7 juin 2001, *Kress c/ France*, précité ; confirmé par CEDH 21 mars 2002, *APBP c/ France*, JCP 2002, I, n°157, observations F. Sudre ; RDP 2003, p 694, observations G. Gonzalez.

⁷¹⁹ CEDH 21 mars 2002, *APBP c/ France*, précité, § 27.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ D'ailleurs, dans l'arrêt « Kress », le juge européen a considéré que la présence du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat violait les dispositions de l'article 6 § 1, notamment parce que cela offre, fût-ce en apparence, une occasion pour ce dernier d'appuyer ses conclusions « à l'abri de la contradiction », cf. arrêt « Kress » précité § 82.

Mais il n'est pas évident que la Cour européenne admette que la procédure suivie devant d'autres juridictions administratives françaises présente des garanties similaires, qui feraient en sorte que la procédure suivie devant elle serait conforme à l'article 6 de la Convention.

Notons en effet que devant les juridictions du fond les justiciables ne sont pas toujours représentés par un avocat, c'est notamment le cas en matière fiscale⁷²². Or dans ces conditions, les justiciables qui souhaiteraient « répliquer » aux conclusions d'un commissaire du gouvernement ne sauront pas toujours qu'ils peuvent le faire par le biais d'une note en délibéré.

A la lumière de la jurisprudence qui vient d'être examinée, l'interprétation européenne du principe du contradictoire diverge de celle qui est pratiquée devant les juridictions administratives. Soumettre les conclusions du commissaire du gouvernement à la contradiction est de nature à modifier le rôle que ce magistrat occupe dans les instances administratives. Dans la conception française du procès administratif, le commissaire intervient une fois que l'instruction est close et présente sa vision personnelle du dossier. La publicité donnée à ces conclusions permet de lever une partie du voile dissimulant les débats qui ont lieu au cours du délibéré. Cela permet d'atténuer les inconvénients résultant du principe du secret du délibéré (i.e. interdiction de connaître les opinions dissidentes au sein d'une formation de jugement, etc.) et permet un fonctionnement plus transparent de la justice⁷²³, puisque le public est autorisé à entendre l'opinion d'un magistrat impartial.

La jurisprudence européenne a choisi de reconnaître comme légitime un modèle de justice et une représentation de l'équité, différent de ceux qui sont pratiqués en France. Le juge européen admet ou bien que les documents de travail d'une juridiction soient totalement secrets ; ou bien qu'ils soient soumis à discussion, dès lors qu'ils font l'objet d'une publicité. Dans les deux cas, la spécificité du modèle juridictionnel français est abolie. Il nous semble que si le commissaire du gouvernement concluait à huis clos, le juge européen l'assimilerait à un juge rapporteur. Mais dès lors que le commissaire s'exprime en public, le juge de Strasbourg l'assimile à une partie. Cette jurisprudence européenne ne nous paraît pas très heureuse et ne favorise pas réellement le fonctionnement transparent de la justice. Cela peut

⁷²² Article R 431-3 du Code de justice administrative.

⁷²³ M. Bonichot va jusqu'à affirmer que : « L'institution du commissaire du Gouvernement est une garantie essentielle des justiciables en même temps qu'elle assure de manière irremplaçable la transparence du droit public », J-C. Bonichot, op. cit., p 146.

d'ailleurs paraître relativement surprenant si l'on songe au fait que la Cour de Strasbourg attache beaucoup d'importance à l'idée de préserver la confiance dans les tribunaux, comme le prouve l'attitude qu'elle adopte à l'égard du principe de publicité.

B. Le principe de publicité.

Devant les juridictions administratives ordinaires, les audiences sont, en principe, publiques⁷²⁴, et il en va de même pour le prononcé des décisions⁷²⁵. En conséquence, la question du défaut de publicité a principalement concerné les juridictions administratives spéciales. En effet, conformément à une jurisprudence traditionnelle, le Conseil d'Etat considérait que les audiences ne sont pas obligatoirement publiques en procédure administrative contentieuse. Il était nécessaire qu'un texte l'exige pour que le juge administratif statue en audience publique⁷²⁶. Cela a conduit, à une époque récente, de nombreux requérants à contester la régularité des procédures suivies devant des juridictions administratives spéciales, sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui reconnaît le droit à ce qu'une cause soit entendue publiquement et à ce qu'un jugement soit rendu publiquement. La question est alors de savoir si ce texte est applicable. Certes il faut bien reconnaître que le « caractère plutôt impressionniste⁷²⁷ » de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'a pas facilité le travail du Conseil d'Etat en ce domaine. Toutefois, l'Assemblée du Palais-Royal a été assez réticente à adapter sa jurisprudence (1°) aux nouvelles exigences de la Cour européenne (2°). Cette extension du domaine de la publicité a affecté de nombreuses juridictions spéciales (3°).

1°) - Traditionnellement, le Conseil d'Etat considérait que l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne concernait pas les formations disciplinaires des juridictions administratives spéciales. Les magistrats du Palais-Royal en déduisaient notamment que ces juridictions n'étaient pas tenues de siéger en audience publique.

⁷²⁴ Cf. les articles R 731-1 et suivants du Code de justice administrative. Voir, par exemple, l'arrêt suivant où le juge de cassation annule un arrêt d'une Cour administrative d'appel, car il ne ressortait pas des mentions de cette décision que l'audience ait été publique : CE 17 janvier 1996, SA Nike, p 2.

⁷²⁵ Sur ce point : cf. article R 741-1 du Code de justice administrative.

⁷²⁶ Voir par exemple : CE 25 juin 1948, Brillaud, p 292.

⁷²⁷ R. Abraham, conclusions sur CE 19 juin 1991, Ville d'Annecy c/ M. Dussolier, AJDA 1992, p 151.

Par un arrêt « Subrini ⁷²⁸ » du 11 juillet 1984, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat avait estimé que : « les juridictions disciplinaires ne statuent pas en matière pénale et ne tranchent pas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil; que, dès lors, les dispositions (...) de l'article 6-1 de la Convention européenne (...) ne leur sont pas applicables; qu'aucun principe général du droit n'impose la publicité des débats dans le cas où une juridiction statue en matière disciplinaire ⁷²⁹ ». En conséquence, M. Subrini n'était pas fondé à soutenir que la décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, prise après que les débats eurent eu lieu, en audience non publique, serait intervenue dans des conditions irrégulières.

Cette position fut abandonnée onze ans plus tard, par l'Assemblée du contentieux, dans l'arrêt « Maubleu ⁷³⁰ », du 14 février 1996. A cette occasion, les conseillers d'Etat étaient saisis d'une requête demandant l'annulation de certains articles du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Le requérant soutenait que ce texte méconnaissait le principe de la publicité des audiences devant le Conseil de l'Ordre des avocats.

Les magistrats ont constaté que le décret attaqué disposait que : « Les débats devant le conseil de l'Ordre ne sont pas publics... Toutefois, le Conseil de l'Ordre peut décider la publicité des débats si l'avocat mis en cause en fait expressément la demande ⁷³¹ ». On a jugé « qu'il résulte de ces dispositions que l'avocat concerné a droit, dès lors qu'il en fait la demande, à ce que sa cause soit entendue publiquement, le Conseil de l'Ordre gardant la faculté de ne pas accéder à cette demande si la publicité de l'audience est susceptible de porter atteinte à un secret protégé par la loi (...) dès lors, les dispositions précitées (...) ne sont pas contraires aux stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁷³² ».

⁷²⁸ CE Ass. 11 juillet 1984, Subrini, p 259.

⁷²⁹ Arrêt « Subrini » de 1984, précité.

⁷³⁰ CE Ass. 14 février 1996, Maubleu, p 34, conclusions Sanson.

⁷³¹ Arrêt « Maubleu » de 1996, précité.

⁷³² Affaire « Maubleu » de 1996, précitée.

2°) - La jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué pour être en conformité avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Dès l'affaire « Le Compte, Van Leuven et de Meyere contre Belgique » du 23 juin 1981, la Cour de Strasbourg avait décidé que les instances disciplinaires devaient être publiques. En effet, dans ce litige, qui concernait le contentieux disciplinaire au sein de l'Ordre des médecins en Belgique, il fut décidé que les médecins poursuivis « souhaitaient et réclamaient manifestement un procès public. [Et] l'article 6-1 ne permettait pas de [le] leur refuser puisque l'on ne se trouvait dans aucun des cas énumérés par sa seconde phrase ⁷³³ ». Par ailleurs, le juge européen avait souligné que « la publicité de la procédure devant la Cour de cassation de Belgique ne saurait suffire à combler la lacune constatée. En effet, la Haute juridiction « ne connaît pas du fond des affaires », de sorte que de nombreux aspects des « contestations » (...) échappent à son contrôle. Pour de tels aspects, (...) il n'y a (...) ni débats publics ni décision rendue en public comme le veut l'article 6-1 ⁷³⁴ ».

Dans l'affaire « Diennet contre France » de 1995, la Cour européenne a estimé qu'il y a eu violation de l'article 6-1, car le requérant n'avait pas été entendu publiquement devant le Conseil régional d'Ile-de-France et la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins ⁷³⁵. Les juges du Palais des droits de l'homme ont confirmé leur jurisprudence antérieure en décidant que l'exercice du recours en cassation devant le Conseil d'Etat ne pouvait pas remédier au défaut de publicité constaté au stade de la procédure disciplinaire. La Cour a adopté les mêmes motifs que ceux qui avaient été retenus dans l'arrêt « Le Compte, Van Leuven et de Meyere contre Belgique » de 1981. Le juge européen a par la suite confirmé cette solution ⁷³⁶.

⁷³³ Cour EDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, série A n°43, § 59.

⁷³⁴ Affaire « *Le Compte, Van Leuven et de Meyere* » précitée, § 60.

⁷³⁵ Cour EDH 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*, série A n° 325-A, § 30 à 35. Voir également : CE 29 octobre 1990, *Diennet*, p 300.

⁷³⁶ Cour EDH 20 mai 1998, *Gautrin c/ France*, Recueil 1998-II, § 42 à 43.

Sur le plan théorique, la Cour européenne adopte des motifs qui sont peu convaincants pour justifier sa solution : la « publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux ⁷³⁷ ». Il nous paraît fort peu probable que les justiciables relevant de juridictions administratives spéciales qui ne sont pas soumises au principe de publicité, considèrent qu'ils ont à faire à une justice secrète, échappant à tout contrôle et non digne de confiance. De plus, le caractère essentiellement écrit de la procédure administrative contentieuse est de nature à ôter une grande part d'intérêt au déroulement des audiences.

3°) - Le droit positif a aujourd'hui évolué. Les audiences devant les juridictions administratives sont de plus en plus souvent publiques. Tout d'abord, le « gouvernement français a introduit la publicité dans les instances disciplinaires pour certaines professions ⁷³⁸ ». Ensuite, lorsque aucun texte ne le prévoit, le Conseil d'Etat a mis en conformité sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne.

Dès lors qu'une juridiction disciplinaire entre dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle doit respecter le principe de publicité des audiences. C'est le cas des sanctions disciplinaires applicables aux usagers des établissements publics d'enseignement supérieur ⁷³⁹ ou de celles qui sont infligées par la Commission bancaire ⁷⁴⁰. Il en va de même pour les décisions de la juridiction disciplinaire nationale compétente pour les personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires ⁷⁴¹.

Progressivement, le Conseil d'Etat a décidé d'étendre l'obligation de statuer publiquement à des juridictions administratives spéciales non disciplinaires. C'est le cas pour les décisions rendues par la Commission centrale d'aide sociale, lorsqu'elle statue sur la question de savoir s'il faut récupérer sur une succession des allocations versées au *de cujus* ⁷⁴².

⁷³⁷ Affaire « Diennet c/ France » précitée, § 33.

⁷³⁸ Sanson, conclusions sur CE Ass. 14 février 1996, Maubleu, n° 132369, p 34.

⁷³⁹ CE Section 3 novembre 1999, M. Zurmely, n° 203748, RFDA 2000, p 1079, conclusions Roul.

⁷⁴⁰ CE Section 29 novembre 1999, Société Rivoli Exchange, n° 194721, p 367.

⁷⁴¹ CE 23 février 2000, M. L'Hermite, n° 192480, AJDA 2000, p 363.

⁷⁴² CE Section 29 juillet 1994, Département de l'Indre, p 365. Le Conseil d'Etat estime que, dans ces circonstances, il y a une contestation civile au sens de l'article 6 de la Convention EDH.

En revanche, dans l'affaire « Ville d'Annecy contre Dussolier ⁷⁴³ », le Conseil d'Etat avait estimé que lorsque la Cour des Comptes juge les comptes des comptables publics, elle ne statue pas « en matière pénale et ne tranche pas des contestations sur des droits et obligations de caractère civil ⁷⁴⁴ » et par conséquent, ses décisions peuvent être rendues en audiences non publiques. Mais par une décision du 30 octobre 1998, la Section du contentieux a jugé que lorsque la Cour de discipline budgétaire et financière est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux amendes prévues par la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948, cette juridiction doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'une accusation en matière pénale ⁷⁴⁵. Par conséquent, la Cour de discipline budgétaire et financière doit siéger en audience publique en la matière. De même, la Cour des comptes statue en matière pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu à des amendes pour gestion de fait ⁷⁴⁶. Elle doit alors siéger en audiences publiques.

Faire en sorte que les juridictions administratives spéciales statuent de plus en plus souvent en audiences publiques peut paraître important, mais demeure une évolution ayant une portée essentiellement symbolique. Il est très peu probable qu'une telle mesure améliore la qualité du service public de la justice. Permettre au public d'accéder à une salle d'audience ne va pas, nous semble-t-il, améliorer la qualité des jugements qui seront rendus par les juges administratifs. C'est pourquoi cette évolution du droit nous semble avant tout « cosmétique », plus que véritablement protectrice des droits fondamentaux des individus. Elle est aussi très caractéristique de l'évolution moderne du droit processuel qui tend à multiplier les règles formalistes dont la pertinence n'apparaît pas toujours facile à saisir. Cette tendance à « l'hyperformalisme » est poussée à l'extrême s'agissant du principe d'impartialité.

⁷⁴³ CE 19 juin 1991, AJDA 1992, p 152.

⁷⁴⁴ Décision précitée, p 153.

⁷⁴⁵ CE Section 30 octobre 1998, M. Lorenzi, n° 159444, p 374.

⁷⁴⁶ CE Section 16 novembre 1998, SARL Deltana et M. Perrin, n° 172820, p 415. Mais lorsque la Cour des comptes fixe la ligne de compte de la gestion de fait et met un comptable en débet, elle ne statue ni sur une contestation civile ou ni sur une accusation pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ibidem.

C. Le principe d'impartialité.

Dans le vocabulaire courant, une personne est impartiale dès lors qu'elle ne prend pas parti pour l'un plutôt que pour l'autre ⁷⁴⁷. D'emblée, il convient de constater que la théorie moderne de l'impartialité dépasse le cadre fort restreint de cette définition. En droit positif, il est d'ailleurs assez difficile de cerner les limites exactes du principe d'impartialité. La jurisprudence européenne a joué un rôle crucial dans le renouvellement de la réflexion en la matière. Il existe deux conceptions de l'impartialité (1°). Elles ne sont guère faciles à distinguer.

En toute hypothèse, le principe d'impartialité produit aujourd'hui en droit français des effets inattendus. Et il est à l'origine de toute une réglementation prétorienne concernant d'une part, les prises de position antérieures à l'audience (2°) et d'autre part, les personnes qui peuvent être présentes aux délibérés (3°).

1°/ Les deux conceptions de l'impartialité.

Les juges du fond doivent être indépendants ⁷⁴⁸. Mais il faut aussi qu'ils le soient par l'esprit, c'est-à-dire qu'ils ne prennent pas fait et cause pour une partie au détriment d'une autre ou qu'ils puissent être perçus comme pouvant prendre parti.

La Cour de Strasbourg a posé les principes suivants : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6-1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties

⁷⁴⁷ Dictionnaire Le Petit Littré.

⁷⁴⁸ Voir par exemple : CE Section 18 février 1949, Sieur Viet, p 84.

suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ⁷⁴⁹ ». Il y a donc deux formes de partialité qui sont toutes les deux prohibées. Dans un premier cas, l'impartialité résulte d'une posture personnelle adoptée par un juge. Dans un second cas, elle est le produit d'une situation donnée, relativement indépendante de la volonté d'un magistrat, voire du collègue composant la formation de jugement. La première forme d'impartialité est subjective (a.), tandis que la seconde est objective (b.).

a./ L'impartialité subjective.

L'impartialité subjective implique « que le comportement personnel d'un juge ne puisse être contesté ⁷⁵⁰ ». Ainsi, une décision encourt la cassation si un membre de la juridiction l'ayant rendue avait pris parti en public, avant la séance, sur le cas du requérant ⁷⁵¹. Dans l'hypothèse où un magistrat exerce successivement, dans une même affaire, les fonctions de commissaire du gouvernement à l'occasion d'un jugement avant dire droit et de juge statuant sur le fond, la composition de la formation de jugement est irrégulière ⁷⁵². Mais il en va autrement, si ce magistrat n'a exprimé aucune opinion « sur des questions de droit ou de fait de nature à avoir une influence sur la recevabilité ou le bien-fondé des prétentions des parties ⁷⁵³ ». Dans ce cas, en effet, l'intéressé n'avait pas pris position publiquement sur l'affaire qu'il a ensuite été amené à juger.

Ainsi définie, la notion d'impartialité subjective n'est pas tout à fait étrangère à la notion de récusation. On sait qu'une demande de récusation ne peut pas être présentée pour la première fois devant le juge de cassation ⁷⁵⁴. La demande de récusation ne peut être présentée que devant la juridiction qui en fait l'objet et avant la décision au fond, donc en général avant l'audience. Il en va de même si une partie entend récuser le rapporteur qui a été désigné : la demande de récusation ne peut pas être valablement introduite pour la première fois en cassation ⁷⁵⁵.

⁷⁴⁹ Cour EDH 1^{er} octobre 1982, Piersack, série A n° 53, § 30.

⁷⁵⁰ R. Schwartz., note sur CE Section, 3 décembre 1999, Leriche, Droit administratif, février 2000, n° 2, commentaire p26.

⁷⁵¹ CE Section 18 février 1949, Viet, p 84.

⁷⁵² CE Section 21 octobre 1966, Société française des mines de Sentein, p 564.

⁷⁵³ CE Section 6 février 1970, Entreprise de transports et de distribution d'électricité, p 99.

⁷⁵⁴ CE 19 octobre 1979, Darlet, p 380.

⁷⁵⁵ CE Section 5 juillet 2000, Mme Rochard, n° 189523, AJDA 2000, p 675.

Le Conseil d'Etat a admis que tout justiciable est recevable à demander à la juridiction immédiatement supérieure qu'une affaire dont est saisie la juridiction compétente soit renvoyée devant une autre juridiction du même ordre si pour des causes dont il appartient à l'intéressé de justifier, le tribunal compétent est suspect de partialité. Mais cette demande doit être présentée avant que la juridiction compétemment saisie ait rendu une décision au fond ⁷⁵⁶. Dans une affaire, le Conseil d'Etat avait accueilli un recours tendant au dessaisissement d'un Tribunal administratif qui aurait été amené à statuer sur la légalité d'un permis de construire délivré en vue de la surélévation du bâtiment où siégeait ce tribunal. Ce qui en l'espèce caractérisait la suspicion légitime était la relation directe entre l'objet du litige et « les conditions d'installation et de fonctionnement du Tribunal administratif ⁷⁵⁷ ».

La seconde forme d'impartialité est susceptible d'être plus souvent invoquée eu égard à son caractère objectif, qui dispense celui qui l'invoque d'apporter la preuve de l'impartialité personnelle d'un magistrat.

b./ L'impartialité objective.

L'impartialité objective a très bien été définie de la manière suivante : « Un juge doit offrir toutes les garanties requises afin que son objectivité ne puisse être objectivement mise en question par une partie au litige ⁷⁵⁸ ». Selon M. Schwartz, « une telle exigence a toujours été posée par le juge administratif français et a été reprise et amplifiée par la Cour européenne sur le terrain du droit au procès équitable par un tribunal indépendant et impartial ⁷⁵⁹ ». Cette affirmation tend, très habilement, à considérer que la jurisprudence européenne ne fait que prolonger et systématiser des solutions déjà admises par le Conseil d'Etat français. Ce faisant, elle paraît vouloir ignorer que le droit européen adopte une démarche intellectuelle qui est presque aux antipodes de celle qui est pratiquée par l'Assemblée du Palais-Royal, c'est notamment le cas lorsque le juge européen attache une importance cruciale aux apparences plus qu'aux réalités. Toutefois, il est bien évident que de nombreuses solutions admises depuis longtemps par les conseillers d'Etat, sont en harmonie avec le droit européen et peuvent être rattachées à la conception objective de l'impartialité. Il s'agit notamment de la

⁷⁵⁶ CE 30 mars 1979, Jeault, p 146, DA 1979, n° 173.

⁷⁵⁷ CE 27 novembre 1981, Olech et Dame Maurin, T p 872.

⁷⁵⁸ R. Schwartz, note sur CE Section, 3 décembre 1999, Leriche, Droit administratif, février 2000, n°2, commentaire p 26.

⁷⁵⁹ R. Schwartz, note sur CE Section, 3 décembre 1999, Leriche, op. cit., p 26.

double interdiction pour un magistrat, d'une part d'être partie au litige et d'autre part, d'être à l'origine de la plainte ou des poursuites dans les affaires qu'il examine.

Le juge européen attache une importance aux apparences afin de voir si une procédure juridictionnelle est valable au regard de la théorie du procès équitable. Cela débouche sur un véritable formalisme des apparences ⁷⁶⁰. En effet, l'approche de la Cour de Strasbourg est la suivante : « Elle conduit à se demander si, indépendamment de l'attitude personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées ⁷⁶¹ ». Cette démarche aboutit à la théorie du « doute légitime ⁷⁶² » : un tribunal n'est pas réputé impartial si un justiciable peut légitimement *douter* de son impartialité.

A cette première approche, il faut ajouter que le juge européen tend à sanctionner certains cumuls de fonctions. Ainsi, « pour que les tribunaux inspirent au public la confiance indispensable, il faut de surcroît tenir compte de considérations de caractère organique. Si un juge, après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'amener à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre qu'il n'offre pas assez de garanties d'impartialité ⁷⁶³ ». Dans l'arrêt « De Cubber ⁷⁶⁴ » de 1984, il a été décidé qu'un magistrat siégeant au sein d'un Tribunal correctionnel ne peut pas participer au jugement d'un litige s'il a rempli auparavant les fonctions de juge d'instruction dans cette affaire.

⁷⁶⁰ Sur cette question : cf. D. Chabanol, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress. », AJDA 2002, p 9.

⁷⁶¹ Cour EDH 22 avril 1994, Saraiva de Carvalho c/ Portugal, série A 286-B, § 35.

⁷⁶² Cour EDH 1^{er} octobre 1982, Piersack, série A n° 53, § 30.

⁷⁶³ Affaire « Piersack » de 1982, précitée : § 30.

⁷⁶⁴ Cour EDH 26 octobre 1984, De Cubber, série A n° 86.

Cette jurisprudence européenne a influencé la Cour de Cassation. Par un arrêt du 23 mai 2000, la première chambre civile de la Cour de Cassation a décidé que, dans le cadre de la procédure disciplinaire des avocats, le bâtonnier ne pouvait pas participer au vote, au motif que ce dernier a « le pouvoir d'apprécier les suites à donner à l'enquête à laquelle il procède lui-même, ou dont il charge un rapporteur, en décidant soit du renvoi devant le Conseil de l'Ordre, soit du classement de l'affaire ⁷⁶⁵ ». Or, « eu égard à cette attribution particulière il ne peut dès lors ni présider la formation disciplinaire ni participer au délibéré ⁷⁶⁶ ». Il a été très justement souligné que « cette motivation met clairement l'accent sur le fait que le manquement à l'impartialité tient non pas à la circonstance que le bâtonnier avait procédé à l'enquête, mais à celle qu'il cumulait les fonctions d'organe de poursuite et de jugement ⁷⁶⁷ ».

Il convient de constater que cet arrêt adopte une solution différente de celle qui avait été retenue par le Conseil d'Etat lorsque ce dernier avait été appelé à se prononcer sur la légalité des dispositions réglementaires régissant les pouvoirs dont dispose le bâtonnier de l'Ordre des avocats dans le cadre de la procédure disciplinaire des avocats. En effet, dans l'affaire « Maubleu ⁷⁶⁸ » de 1996, l'Assemblée du contentieux avait estimé que les pouvoirs du bâtonnier dans l'instance disciplinaire ne conduisait pas cette autorité « à exercer (...) les fonctions du ministère public, ni à agir comme partie à ladite instance (...) [par conséquent] les dispositions critiquées ne portent pas atteinte à l'équité du procès, ni aux principes de l'indépendance et de l'impartialité des juridictions ⁷⁶⁹ ». La comparaison entre les jurisprudences civile et administrative, sur ce point, est intéressante dans la mesure où sur la même question juridique, les deux juridictions suprêmes françaises ont adopté des solutions divergentes à quelques années d'intervalle.

⁷⁶⁵ Civ. 1^{ère} 23 mai 2000, AJDA 2000, p 762.

⁷⁶⁶ Ibidem.

⁷⁶⁷ P. Sargos, Observations sur Civ. 1^{ère} 23 mai 2000, AJDA 2000, p 763.

⁷⁶⁸ CE Ass 14 février 1996, Maubleu, n° 132369, p 34.

⁷⁶⁹ CE Ass 14 février 1996, Maubleu, précité.

Certaines solutions prétoriennes retenues par l'Assemblée du Palais-Royal ne sont pas sans rappeler l'impartialité objective telle qu'elle est définie par le droit européen. Ainsi, un magistrat administratif ne peut pas être partie au litige dont il est saisi. Il doit s'abstenir de siéger s'il est à l'origine de la plainte ou des poursuites disciplinaires⁷⁷⁰. Mais par un arrêt⁷⁷¹ rendu le 14 janvier 1981, le Conseil d'Etat a estimé que la présence au sein d'une juridiction disciplinaire d'une personne représentant un ministre n'entachait pas d'irrégularité la procédure, alors même que le ministre était à l'origine des poursuites. Les arguments justifiant cette position étaient les suivants : l'organisation de la procédure résultait de dispositions législatives⁷⁷² et le représentant du ministre ne participait au délibéré qu'avec voix consultative. Cette solution ne nous paraît pas en adéquation avec la règle suivante consacrée par le droit européen : « Dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant (...) dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne⁷⁷³ ».

En droit positif, le principe d'impartialité est interprété comme interdisant aux juges de prendre certaines prises de position par rapport à une affaire avant de siéger dans la formation appelée à connaître de celle-ci.

⁷⁷⁰ CE Section 2 mars 1956, Berson et Mouillard, p 104.

⁷⁷¹ CE 14 janvier 1981, Putot, p 17. Un requérant contestait la régularité de la procédure suivie devant le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens constitué en chambre de discipline.

⁷⁷² Il s'agissait des anciens articles L 529 et L 537 du Code de la Santé publique.

⁷⁷³ Cour EDH 22 octobre 1984, Sramek, série A n°84, § 42. Voir aussi : Cour EDH 29 avril 1988, Belilos, série A n°132, § 67. Notons que le Conseil d'Etat a été amené à nuancer sa jurisprudence récemment : Dalloz 2003, informations rapides, p 739, note sur Conseil d'Etat Ass. 6 décembre 2002, Trognon, n° 24 00 28.

2°/ Les prises de position antérieures à l'audience.

Les magistrats qui sont amenés à trancher un litige peuvent avoir été conduits à prendre position sur tout ou partie de celui-ci avant l'audience. Selon les cas envisagés, l'attitude adoptée peut être de nature à entacher de partialité la composition de la juridiction saisie. Dans trois catégories d'hypothèses, il peut y avoir des cumuls de fonctions irréguliers : en premier lieu, un juge ne doit pas deux fois juger la même affaire (a.), en second lieu, deux autres cumuls sont parfois prohibés, d'une part l'exercice successif de fonctions consultative et juridictionnelle (b.) et d'autre part, l'évocation d'une affaire dans un rapport public avant une audience (c.) juridictionnelle.

a./ Le fait pour un magistrat d'avoir déjà jugé une affaire.

Un juge ne peut pas se prononcer deux fois sur la même affaire (1°). Toutefois cette règle est appliquée de manière souple à l'égard de certaines juridictions de renvoi après cassation (2°).

1°) - Un magistrat ne peut pas juger une décision dont il est l'auteur ou s'il était impliqué dans le processus de décision. Cette règle fut initialement formulée de la manière suivante par le Conseil d'Etat : « Un membre d'une juridiction administrative ne peut pas participer au jugement d'un recours relatif à une décision administrative dont il est l'auteur ou qui a été prise par un organisme collégial dont il était membre et au cours de délibérations auxquelles il a pris part ⁷⁷⁴ ». Par la suite, la Haute juridiction administrative a fort logiquement étendu cette interdiction aux actes juridictionnels : un magistrat ne peut donc pas statuer sur un recours formé contre un jugement auquel il a participé ⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ CE Section 2 mars 1973, Dlle Arbousset, p 189 ; RDP 1973, p 1066, conclusions G. Braibant.

⁷⁷⁵ CE 30 novembre 1994, M. Pinto, Droit fiscal, 1995, n° 6, p 321. Voir également : CE 30 juillet 1997, Mme Lévy, n° 164757, T p 918, 1013 et 1052.

Sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme aurait tendance à généraliser ce principe et à l'appliquer à de nombreuses situations. Pour le juge européen, le standard à respecter est le suivant : le fait « pour un juge d'avoir déjà pris des décisions avant le procès⁷⁷⁶ » ne constitue pas un manquement à l'obligation d'impartialité. « Ce qui compte est l'étendue et la nature des mesures adoptées par le juge avant le procès⁷⁷⁷ ».

Il ne faut pas que ces mesures conduisent le juge à préjuger le litige. Si un magistrat prend des décisions en cours d'instance, le juge européen vérifie s'il a agi dans le cadre de ses fonctions, ou, au contraire, s'il a accompli des actes d'instruction ou d'accusation⁷⁷⁸ et si « sa connaissance approfondie du dossier n'impliquait pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond⁷⁷⁹ ». Le juge européen examine également si avant le procès, les juges qui ont tranché le litige n'avaient pas été conduits à émettre une opinion de nature à mettre en question leur impartialité. Sous ce dernier aspect, la Cour de Strasbourg considère que le cumul de fonctions consultative et juridictionnelle par les mêmes personnes au sein d'une même institution, « est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle⁷⁸⁰ » de cette dernière.

Le Conseil d'Etat annule des arrêts lorsqu'il constate qu'un même magistrat a été impliqué à différents stades d'une même affaire. Un magistrat d'une Cour administrative ne peut pas participer au jugement d'un appel, s'il était impliqué dans le déroulement de la procédure de première instance⁷⁸¹. En effet, un magistrat ne peut pas à nouveau statuer sur une affaire, alors que, dans l'exercice des fonctions qu'il remplissait auparavant, il a déjà été amené à statuer sur ce litige. De même, un magistrat d'appel ne peut pas siéger dans une affaire, s'il avait prononcé des conclusions sur celle-ci au cours de la procédure de première instance⁷⁸². Dans cette hypothèse, le juge a déjà exprimé son opinion publiquement sur un litige déterminé.

⁷⁷⁶ Cour EDH 22 avril 1994, Saraiva de Carvalho c/ Portugal, série A 286-B, § 35.

⁷⁷⁷ Ibid. § 35.

⁷⁷⁸ Ibid. § 38.

⁷⁷⁹ Ibid.

⁷⁸⁰ Cour EDH 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, série A n° 326, § 45 ; AJDA 1996, p 383, commentaire J-F. Flauss ; RFDA 1996, p 777, note J-L Autin et F. Sudre.

⁷⁸¹ CE 30 novembre 1995, Pinto, n° 123452 ; Droit fiscal 1995, n° 6, p 321, commentaire 252.

⁷⁸² CE 30 novembre 1994, SARL « Etude Ravalement Constructions » (E.R.C.), T p 1150 ; Droit Fiscal 1995, n° 6, p 322. Voir également, s'agissant du même cas de figure mais devant un Tribunal administratif : CE 17 avril 1985, Confédération des associations autonomes des sinistrés expropriés victimes de l'environnement et des calamités publiques, T p 736 .

Toutefois, le fait que les fonctions de commissaire du gouvernement aient été exercées, devant un Tribunal administratif, par un conseiller qui avait siégé auparavant à l'occasion d'un jugement avant dire droit dans la même affaire et qui avait abouti au rejet d'une demande de sursis à exécution de la décision attaquée, n'entache pas d'irrégularité la procédure suivie devant cette juridiction ⁷⁸³. Au demeurant, la participation à la délibération d'un jugement d'un conseiller, qui avait été commissaire du gouvernement lors d'un jugement avant dire droit, dans le même dossier, n'entache pas systématiquement d'irrégularité la procédure intervenue devant un Tribunal administratif. En effet, dans un arrêt du 21 février 1986, le Conseil d'Etat ne sanctionne pas ce « cumul de fonctions » au sein d'un même litige pour les motifs suivants : dans le cadre de la première décision les juges n'ont apprécié que les conditions dans lesquelles ils avaient été saisis d'un arrêté de péril concernant un immeuble et avaient seulement désigné un expert aux fins de déterminer quels allaient être les travaux à réaliser ⁷⁸⁴. Le jugement avant dire droit ne préjugait donc pas l'appréciation qu'il fallait donner au litige.

Pour ce qui est des juridictions judiciaires, la Cour de Cassation a pu admettre des solutions semblables. Dans deux affaires jugées par l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation, il a été retenu « que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation ⁷⁸⁵ ». Mais en revanche, « la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement ⁷⁸⁶ ».

Dans une décision lue en 1926, il avait été décidé que le fait qu'un membre du Conseil d'Etat ayant siégé à la séance au cours de laquelle une décision a été cassée, soit également membre de la juridiction devant laquelle l'affaire est renvoyée, n'est pas « de nature à diminuer les garanties reconnues aux justiciables par les règles générales de la procédure ⁷⁸⁷ ». Il n'est guère probable que la Haute assemblée adopterait la même solution aujourd'hui, tant celle-ci

⁷⁸³ CE 17 juin 1988, Bady, p 247.

⁷⁸⁴ CE 21 février 1986, Blanc, p 43.

⁷⁸⁵ Cf. Cass. Ass. Plén. 6 novembre 1998, Société BNM, Bull. civ., ass. plén., n° 5.

⁷⁸⁶ Cass. Ass. Plén. 6 novembre 1998, M. Guillotel, Bull. civ., ass. plén., n° 4.

⁷⁸⁷ CE 12 novembre 1926, Société Dikson, Walrave et Cie, p 963.

paraît en contradiction avec l'évolution contemporaine de la jurisprudence administrative. Cette évolution du droit prétorien affecte aussi l'organisation des juridictions de renvoi.

2°) - Après une première cassation, la juridiction de renvoi doit-elle statuer dans une formation différente ? Le juge suprême peut casser une décision et renvoyer l'affaire devant la juridiction qui l'avait rendue, mais à condition qu'elle soit composée différemment ⁷⁸⁸.

Il en va différemment pour les juridictions disciplinaires des ordres professionnels qui ont une compétence nationale. Elles peuvent statuer à nouveau, après cassation et sur renvoi, dans la même formation que précédemment ⁷⁸⁹.

Dans un arrêt de Section du 5 juillet 2000, le Conseil d'Etat confirme cette solution : « Saisie sur renvoi par le Conseil d'Etat après cassation par celui-ci de sa décision du 24 novembre 1994, la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des pharmaciens pouvait, eu égard à la nature de cette juridiction qui est la seule compétente pour connaître en appel des affaires disciplinaires concernant les pharmaciens, statuer, le 19 juin 1997, dans une formation dont plusieurs membres avaient siégé le 24 novembre 1994 lors de son premier examen de l'affaire sans méconnaître ni [les] dispositions [de l'article L 821 - 2 du Code de justice administrative] ni les stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁷⁹⁰ ».

Il n'y a pas de méconnaissance du principe d'impartialité, parce qu'il n'existe aucune autre formation qui puisse se substituer à celle qui avait statué précédemment et dont la décision a été cassée ⁷⁹¹. « Opérant une distinction entre les cours administratives d'appel envers lesquelles il se montre fort rigoureux et les juridictions ordinaires, le Conseil d'Etat a confirmé sa jurisprudence (...) [suivant laquelle l'article L 821 - 2 du Code de justice administrative]

⁷⁸⁸ Pour des exemples de renvoi devant une Cour administrative d'appel avec obligation de statuer dans une autre formation : CE Section 5 juillet 1991, SA Mondial Auto, n°108826, p 272 ; RFDA, 1991, p 956, conclusions J. Gaeremynck ; CE 18 octobre 1993, Mesplet, n°125052 ; CE 13 décembre 1993, Ministre du budget c/ SA Geman, n°107531, p 365.

⁷⁸⁹ CE 1^{er} juin 1953, Sieur Godard, p 255. Solution confirmée depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 1987 : CE 29 octobre 1990, Diennet, p 299.

⁷⁹⁰ CE Section 5 juillet 2000, Mme Rochard, AJDA 2000, p 675.

⁷⁹¹ Comme le soulignent MM. Guyomar et Collin, à propos de l'arrêt « Mme Rochard » précité, « c'est (...) en l'absence d'une autre juridiction équivalente, compétente en appel, que, par dérogation à l'obligation de statuer dans une formation différente, la section disciplinaire de l'ordre des pharmaciens pouvait juger de la même affaire une seconde fois dans une composition pour partie similaire sans méconnaître, pour autant, le principe d'impartialité », cf. AJDA 2000, p 617.

doit être regardé pour les juridictions disciplinaires à formation unique comme faisant exception à la règle générale selon laquelle, sur renvoi de l'affaire, un juge ne doit pas déjà avoir connu de l'affaire dans le cadre de la première décision ⁷⁹² ».

On comprend que cette solution soit parfaitement valable au regard du droit national, puisque le législateur l'autorise expressément. Cependant, la règle retenue est-elle, en toutes circonstances, conforme au droit européen ?

Dans l'affaire « Diennet contre France ⁷⁹³ » de 1995, la Cour de Strasbourg a été saisie de cette question. Elle devait apprécier si le renvoi après cassation devant la même juridiction était de nature à porter atteinte au principe d'impartialité des juridictions, dans la mesure où trois des sept membres appelés à juger l'affaire avaient déjà siégé lors de la première décision.

De plus, la seconde décision était identique à la première, à l'exception d'un paragraphe ⁷⁹⁴. Le juge européen estima qu'il n'y avait pas violation de l'article 6-1. En effet, « selon la Cour, on ne peut voir un motif de suspicion légitime dans la circonstance que trois des sept membres de la section disciplinaire ont pris part à la première décision. En outre, même avec une rédaction différente, la seconde décision aurait eu nécessairement le même fondement puisqu'il n'y avait pas d'éléments nouveaux. Les appréhensions de l'intéressé ne peuvent donc passer pour objectivement justifiées ⁷⁹⁵ ».

Certes il importe de souligner que, dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait annulé la décision attaquée uniquement pour des motifs de forme. Il n'est peut-être pas absolument évident que la Cour européenne eût adopté une décision identique si l'acte déféré à la juridiction de cassation avait été annulé sur un autre terrain. Dans son opinion partiellement dissidente, M. le juge Morenilla souligne qu'il s'agissait de déterminer si les « décisions déjà prises sur la culpabilité, à titre disciplinaire, par des juges appelés de nouveau à juger l'affaire ⁷⁹⁶ » étaient de nature à mettre en question l'impartialité de la procédure suivie devant la juridiction ordinaire.

⁷⁹² M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », (CE Section 5 juillet 2000, Mme Rochard, n° 189523.), AJDA 2000, p 616.

⁷⁹³ Cour EDH 26 septembre 1995, Diennet c/ France, série A n° 325-A, § 36 à 39.

⁷⁹⁴ Affaire « Diennet c/ France » précitée § 36.

⁷⁹⁵ Cour EDH 26 septembre 1995, Diennet c/ France, série A n° 325-A, § 38.

⁷⁹⁶ Opinion partiellement dissidente de M. le juge Morenilla, (cf. : point 8), annexé à l'arrêt « Diennet c/ France » précitée.

A coté de l'hypothèse dans laquelle un magistrat est considéré comme n'étant plus objectivement impartial parce qu'il a déjà été amené à trancher le litige dont il est à nouveau saisi, il est d'autres cas où un juge, voire une formation de jugement, vont être considérés comme partiaux, eu égard aux prises de position qui furent les leurs, sur une question précise, avant d'être saisis d'un litige afférent à cette dernière.

b./ Le non-cumul des fonctions consultative et juridictionnelle.

La question de savoir si une institution peut valablement cumuler des fonctions administratives et juridictionnelles se pose aujourd'hui au regard du droit européen. Dans l'affaire « Procola contre Luxembourg » de 1995, le juge européen a constaté : « qu'il y a eu confusion dans le chef de quatre conseillers d'Etat de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux se soient sentis liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief ⁷⁹⁷».

Certes, à propos de l'arrêt « Procola », on a pu écrire : « Le reproche fait par la Cour [européenne des droits de l'homme] paraît bien se limiter à l'exercice successif des deux fonctions [consultative et juridictionnelle] par les mêmes personnes, sans que soit remis en cause, en lui-même, le cumul de ces deux fonctions par l'institution ⁷⁹⁸ ».

Il n'est pas évident que le droit administratif français soit parfaitement en harmonie avec la solution retenue dans l'arrêt « Procola » ⁷⁹⁹. En effet, l'Assemblée du Palais-Royal a eu l'occasion de juger qu'un Tribunal administratif peut juger un recours en annulation visant un acte adopté au vu de son avis.

⁷⁹⁷ Cour EDH 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, série A n° 326, § 45 ; AJDA 1996, p 383, commentaire J-F. Flauss ; RFDA 1996, p 777, note J-L Autin et F. Sudre.

⁷⁹⁸ M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », AJDA 2000, p409.

⁷⁹⁹ Voir par exemple : CE Section 5 avril 1996, Syndicat des avocats de France, p 118.

Dans les départements d'Alsace et en Moselle, les associations peuvent être reconnues d'utilité publique en application d'une procédure particulière au droit local : la reconnaissance est prononcée par le préfet après avis du Tribunal administratif de Strasbourg. Cette juridiction est également compétente pour statuer sur les recours intentés à l'encontre des arrêtés préfectoraux rendus en la matière. A l'occasion d'un tel recours, la Haute juridiction administrative a estimé : « que la circonstance que le Tribunal administratif de Strasbourg ait été amené à émettre un avis, qui d'ailleurs ne lie pas l'administration, sur une demande de reconnaissance (...) ne fait pas obstacle par elle-même à ce que ledit Tribunal se prononce, dans le cadre d'une procédure contentieuse, sur la légalité de la décision prise par le préfet au vu de cet avis ⁸⁰⁰ ». La procédure ne fut pas considérée comme irrégulière.

La règle prohibant toute forme de préjugement doit conduire les juridictions à mesurer la teneur de leurs propos, lorsqu'elles évoquent dans un rapport public une affaire dont elles sont saisies.

c./ L'évocation des faits dans un rapport public avant l'audience.

Par un arrêt d'Assemblée du 23 février 2000 ⁸⁰¹, le Conseil d'Etat a décidé que la Cour des comptes ne peut pas être considérée comme impartiale lorsqu'elle déclare une personne comptable de fait dès lors que les faits à l'origine du litige avaient été mentionnés dans son rapport public. Le considérant de principe est le suivant : « Eu égard à la nature des pouvoirs du juge des comptes et aux conséquences de ses décisions pour les intéressés, tant le principe d'impartialité que celui des droits de la défense font obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes alors que, comme en l'espèce, celle-ci a précédemment évoqué cette affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits ; (...) par suite, la Société Labor Métal est fondée à soutenir que la Cour des comptes ne pouvait plus régulièrement statuer et à

⁸⁰⁰ CE 6 juillet 1994, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, p 343.

⁸⁰¹ CE Ass. 23 février 2000, Société Labor Métal, RFDA 2000, p 435, conclusions Seban ; Rev. Trésor 2000, p 682, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; RDP 2000, p 323, note Prétot ; RFFP 2000, n°70, p 207, note G. Orsoni ; AJDA 2000, p 404, chronique M. Guyomar et P. Collin. Solution confirmée par : CE 13 février 2002, Abran, Rev. Trésor 2004, p 141, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

demander l'annulation de l'arrêt attaqué ⁸⁰² ». La Haute Assemblée souligne que les indications données dans le rapport public étaient suffisamment précises « pour permettre le rapprochement avec l'affaire [qui était] en cours devant la deuxième chambre de la Cour des comptes ⁸⁰³ ».

On sait que la Haute juridiction a été amenée à préciser la portée de l'arrêt « Labor Métal » dans l'hypothèse où la Cour des Comptes est saisie, par la voie de l'appel, d'une affaire qui a déjà été évoquée dans son rapport public⁸⁰⁴. Si la Cour des Comptes estime ne pas pouvoir se prononcer régulièrement sur un appel, elle est invitée à transmettre l'affaire au Conseil d'Etat. Ce dernier, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donnera à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel présentées à la Cour⁸⁰⁵.

La jurisprudence « Labor Métal » a trouvé son prolongement logique dans l'idée suivante : une juridiction ne doit pas être perçue comme ayant déjà une opinion sur un dossier⁸⁰⁶. Dans l'affaire « Habib Bank Limited ⁸⁰⁷ » de 2000, la Section du contentieux a estimé que la Commission bancaire n'avait pas respecté le principe d'impartialité. Après avoir rappelé que la Commission bancaire doit être impartiale, les conseillers d'Etat ont affirmé, dans un considérant de principe très pédagogique : « que cette exigence s'apprécie objectivement ; (...) il en résulte que si l'acte par lequel un tribunal statuant en matière disciplinaire décide de se saisir de certains faits, doit - afin que la ou les personnes mises en cause puissent utilement présenter leurs observations - faire apparaître avec précision ces faits ainsi que, le cas échéant, la qualification qu'ils pourraient éventuellement recevoir au regard des lois et règlements que ce tribunal est chargé d'appliquer, la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu⁸⁰⁸ ».

⁸⁰² CE Ass. 23 février 2000, Société Labor Métal, précité note 801.

⁸⁰³ Ibid.

⁸⁰⁴ CE Section 17 octobre 2003, Dugoin, Rev. Trésor 2004, p 142, conclusions M. Guyomar et chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; AJDA 2003, p 2031, chronique F. Donnat et D. Casas.

⁸⁰⁵ Ibid.

⁸⁰⁶ Pour une affaire où le Conseil d'Etat a estimé que la Cour des Comptes n'avait pas pris parti publiquement dans son rapport sur les faits qui ont donné lieu à une procédure d'apurement de la gestion de fait : CE 24 février 2003, Perrin et Deltana, n°227945, Rev. Trésor 2004, p 139, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

⁸⁰⁷ CE Section 20 octobre 2000, Société Habib Bank Limited, Procédures, Février 2001, n° 2, p 23, note S. Deygas ; AJDA 2000, p 1071, chron. M. Guyomar et P. Collin, p 1001.

⁸⁰⁸ Ibid.

Dans cette affaire, la lettre du président de la Commission bancaire informant une banque des poursuites disciplinaires qui allaient être intentées à son encontre était rédigée de telle sorte qu'elle laissait entendre que les infractions reprochées étaient déjà établies. Si la Commission bancaire peut agir d'office en matière disciplinaire, elle doit se limiter à informer les établissements des faits qui leur sont reprochés. « La commission bancaire a, en l'espèce, méconnu la règle d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives et réglementaires ⁸⁰⁹ ».

Observons enfin que la Chambre régionale des comptes d'Ile-de-France a eu l'occasion de constater qu'elle ne pouvait pas régulièrement statuer à titre définitif sur une affaire, au motif que des irrégularités avaient été évoquées dans une lettre d'observations définitives qui avait été notifiée au représentant d'une collectivité territoriale⁸¹⁰.

Au nom du principe d'impartialité, certaines personnes peuvent se voir refuser le droit de participer au délibéré d'une affaire.

3°/ Les personnes présentes aux délibérés.

Au nom de la théorie du procès équitable, il paraît nécessaire, en droit positif, de s'assurer que ne participent aux délibérés que des personnes dont on peut être certain qu'elles sont objectivement impartiales. Cela pose quelques difficultés s'agissant des rapporteurs (a.), des commissaires du gouvernement (b.), voire, à l'égard des juridictions ordinales, de personnes qui sont dans un rapport de concurrence par rapport à la partie poursuivie disciplinairement (c.).

⁸⁰⁹ Ibid.

⁸¹⁰ CRC d'Ile-de-France 12 mai 2003, Association Institut municipal des sports de Levallois-Perret (2 espèces), Association Comité des œuvres sociales de Levallois-Perret, RFDA 2004, p 392, note S. Damarey.

a./ Le problème de la présence du rapporteur au délibéré.

La Cour de Cassation a adopté une position très radicale s'agissant de la présence d'un rapporteur aux délibérés de certains organismes (1°). Le Conseil d'Etat a adopté une attitude sensiblement différente (2°).

1°) - La Cour de Cassation a jugé, sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la présence du rapporteur d'une affaire, au délibéré d'une autorité administrative indépendante, était irrégulière ⁸¹¹. Selon les juges suprêmes de l'ordre judiciaire, « la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil [de la Concurrence] est saisi, est contraire ⁸¹² » aux principes de l'article 6-1. « Il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle ⁸¹³ ». La même solution a été adoptée à l'égard des instances disciplinaires de l'Ordre des avocats. La première chambre civile a cassé un arrêt qui avait considéré comme régulière la participation, à la délibération du Conseil de l'Ordre, de deux rapporteurs qui avaient été désignés par le bâtonnier pour enquêter sur les faits objet de la poursuite ⁸¹⁴.

Le Conseil d'Etat n'a pas souhaité calquer sa jurisprudence sur celle de la Cour de Cassation.

2°) - Le Conseil d'Etat avait depuis longtemps admis qu'un rapporteur pouvait participer au délibéré de la juridiction à laquelle il appartient, tant qu'il n'adopte pas une attitude partielle dans son rapport ⁸¹⁵. Dans l'affaire « Leriche ⁸¹⁶ » de 1999, la Section du contentieux a été amenée à trancher la question du rôle du rapporteur, après que la Cour de Cassation eut modifié sa jurisprudence. La décision « Leriche » devait avoir une « portée pour l'ensemble

⁸¹¹ Cass. Plénière, 5 février 1999, Commission des opérations de bourse c/ Oury et autres, Gaz. Pal. 24-25 février 1999, p 8, conclusions M.-A. Lafortune.

⁸¹² Cass. Com. 5 octobre 1999, Société Campenon Bernard et autres, Bull. civ., IV, n° 158.

⁸¹³ Cass. Com. 5 octobre 1999, Société Campenon Bernard et autres, précité.

⁸¹⁴ Cass. civ. 1^{ère} 5 octobre 1999, Calvaire, Bull. civ., I, n° 257.

⁸¹⁵ CE Section 14 mars 1975, Rousseau, p 195.

⁸¹⁶ CE Section 3 décembre 1999, n° 195512, AJDA 2000, p 126, chronique M. Guyomar et P. Collin ; D A, février 2000, n°2, commentaire p 26. note R. Schwartz.

des juridictions administratives et sur le rôle dévolu à leurs membres, chargés d'instruire les affaires et de faire un rapport soumis à la formation de jugement ⁸¹⁷ ».

M. Leriche intentait un pourvoi en cassation contre une décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins. Il soutenait notamment que la participation du rapporteur au délibéré entachait la procédure d'une irrégularité ⁸¹⁸. En effet, le président de la section disciplinaire désigne un rapporteur parmi les membres de cette section appartenant à l'Ordre du praticien mis en cause. Ce rapporteur dirige l'instruction de l'affaire. Il a qualité pour recueillir les témoignages qu'il croit devoir susciter et pour procéder à toutes constatations utiles ⁸¹⁹. Le président de la section disciplinaire dirige les débats. Le rapporteur présente un exposé des faits. L'appelant a le premier la parole. Dans tous les cas, le praticien incriminé peut prendre la parole en dernier lieu ⁸²⁰.

En ce qui concerne la participation du rapporteur au délibéré, le juge de cassation a estimé que la procédure n'était pas partielle aux motifs que, d'une part, le rapporteur disposait des mêmes pouvoirs d'instruction que la formation collégiale, et que d'autre part, il ne peut pas modifier le champ de la saisine de la juridiction ⁸²¹. Par conséquent, « il n'avait pas été conduit à préjuger le litige ⁸²² ». Le rapporteur n'était donc pas objectivement partial.

⁸¹⁷ R. Schwartz, op. cit., p 27.

⁸¹⁸ L'impartialité subjective du rapporteur n'était pas en cause, comme l'a souligné le juge de cassation : « Il n'est pas allégué que le rapporteur désigné en l'espèce aurait exercé ses fonctions en méconnaissance des dispositions précitées (...) ou manqué à l'obligation d'impartialité qui s'imposait à lui », cf. CE Section, 3 décembre 1999, Leriche, précité.

⁸¹⁹ Cf. l'article 23 alinéa 4 du décret du 26 octobre 1948 relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins.

⁸²⁰ Cf. l'article 26 du décret précité.

⁸²¹ Le considérant de principe est le suivant : « Un des membres composant la section disciplinaire est désigné comme rapporteur et peut procéder, dans le cadre et pour les besoins du débat contradictoire entre les parties, à des mesures d'instruction qui ont pour objet de vérifier la pertinence des griefs et observations des parties et dont les résultats sont versés au dossier pour donner lieu à communication contradictoire, de telles attributions ne diffèrent pas de celles que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer et ne confèrent pas au rapporteur le pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction; qu'ainsi et alors même qu'il incombe par ailleurs au rapporteur, en vertu de l'article 26 du même décret, de faire à l'audience un exposé des faits consistant en une présentation de l'affaire, l'ensemble de ces dispositions n'ont pas pour effet de lui conférer des fonctions qui, au regard du principe d'impartialité comme des autres stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, feraient obstacle à sa participation au délibéré de la section disciplinaire », cf. CE Section, 3 décembre 1999, Leriche, précité.

⁸²² R. Schwartz, op. cit., p27.

En généralisant, il semblerait que le juge rapporteur puisse participer au délibéré d'une juridiction administrative chaque fois qu'il ne dispose pas de pouvoirs différents des autres magistrats composant la formation de jugement ⁸²³. Pour justifier cette solution, il a été avancé que « le cumul des fonctions d'instruction et de jugement n'est pas systématiquement prohibé au nom du principe de l'impartialité objective. L'exigence d'impartialité interdit en revanche tout préjugement de l'affaire ⁸²⁴ ».

Le commissaire du gouvernement est un magistrat dont le rôle est de présenter publiquement son opinion sur un litige. Faut-il admettre qu'il préjuge un dossier chaque fois qu'il conclut sur une affaire et qu'en conséquence il ne doit pas participer aux délibérés de la juridiction à laquelle, pourtant, il appartient ?

b./ La participation du commissaire du gouvernement au délibéré.

En application d'une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat admet que le commissaire du Gouvernement ⁸²⁵ puisse assister aux délibérés ⁸²⁶. Il n'en va autrement que dans l'hypothèse où le commissaire du gouvernement agit comme une partie au litige ⁸²⁷. On sait aujourd'hui que cette solution est contraire à la jurisprudence européenne.

Certes, dans l'arrêt « Delcourt » du 17 janvier 1970, la Cour européenne des droits de l'homme avait initialement considéré que la présence d'un *amicus curiae* au sein du délibéré d'une juridiction suprême n'entachait pas de partialité le déroulement de la procédure ⁸²⁸.

⁸²³ « En règle générale, ne pourraient ainsi siéger au sein de la formation de jugement d'une juridiction administrative, les juges rapporteurs disposant des mêmes pouvoirs qu'un juge d'instruction, mesure de contraintes ou possibilité de renvoi devant la juridiction », cf. R. Schwartz note sur CE Section, 3 décembre 1999, Leriche, op. cit., p 27.

⁸²⁴ M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », (CE Section 3 décembre 1999, M. Leriche c/ Conseil national de l'ordre des médecins.), AJDA 2000, p 134.

⁸²⁵ Sur les commissaires du Gouvernement : J-C. Bonichot, « Le commissaire du Gouvernement », in « Le Conseil d'Etat de l'an VIII à nos jours », sous la direction de J. Massot, éd. Adam Biro, 1999, p 145 ; N. Rainaud, « Le commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat », LGDJ 1996.

⁸²⁶ CE Section 24 janvier 1930, Brohon Régnier, p 109. (solution implicite).

⁸²⁷ CE 15 mai 1925, Louchart, p 476. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement agissait comme partie principale devant le Tribunal des pensions et n'aurait pas dû assister au délibéré de cette juridiction.

⁸²⁸ Cour EDH 17 janvier 1970, Delcourt, série A n°11, § 35 : « l'indépendance et (...) l'impartialité de la Cour de Cassation [en Belgique] (...) ne sauraient (...) souffrir de la présence d'un membre du parquet au délibéré puisque (...) le procureur général lui aussi est indépendant et impartial ».

Cette position fut abandonnée ensuite. Dès l'affaire « Vermeulen contre Belgique » de 1996, le juge européen adopte une autre position. La participation de l'avocat général à la délibération de la Cour de cassation, avec voix consultative, a été considérée comme contraire aux stipulations de l'article 6 de la Convention. Ce dernier « y a disposé en effet, fût-ce en apparence, d'une occasion supplémentaire d'appuyer ses conclusions en chambre du conseil, à l'abri de la contradiction ⁸²⁹ ». Pour la Cour de Strasbourg, le fait « que cette présence offre au ministère public la possibilité de contribuer au maintien de l'unité de la jurisprudence ne saurait ébranler ce constat, dès lors qu'elle ne constitue pas le seul moyen de poursuivre ce but, comme en témoigne du reste la pratique de la plupart des autres Etats membres du Conseil de l'Europe ⁸³⁰ ».

Dans l'affaire « Kress contre France ⁸³¹ », la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la présence du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat français méconnaissait les dispositions de l'article 6-1 de la Convention. Cet arrêt se place dans le prolongement de la jurisprudence qui vient d'être présentée.

Pour apprécier la portée de l'arrêt « Kress », on a pu se demander s'il ne fallait pas distinguer entre la *participation* et la *présence* au délibéré. Alors que la participation du commissaire du gouvernement au délibéré serait clairement interdite, la Cour de Strasbourg n'aurait pas expressément prohibé que ce magistrat assiste au délibéré ⁸³².

M. Rolin a émis l'hypothèse que dorénavant le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat allait assister silencieusement au délibéré de la formation de jugement, alors qu'auparavant ce dernier se voyait « poser de rares questions par les membres de la formation de jugement ⁸³³ ».

⁸²⁹ Cour EDH 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, Recueil 1996-I, § 34.

⁸³⁰ Cour EDH 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, précité, § 34. Pour une solution identique, concernant la présence du procureur général adjoint à la séance de huis clos de la Cour suprême du Portugal : cf. Cour EDH 20 février 1996, Lobo Machado c/ Portugal, Recueil 1996-I, § 32.

⁸³¹ Cour EDH (Grande Chambre) 7 juin 2001, Kress c/ France, AJDA 2001, p 675, note F. Rolin ; D 2001, p 2619, note R. Drago ; JCP 2001, II, n°10578, note F. Sudre ; RDP 2002, p684, observations G. Gonzalez ; Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2001, p 581, observations D. Spielmann. Voir également : CEDH 10 octobre 2002, Mme et Mlle Theraube c/ France, DF 2003, N° 5, comm. 51, p 211.

⁸³² M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 14^{ème} éd., Dalloz, 2003, p 867 et s.

⁸³³ F. Rolin, op. cit., p 681.

Rappelons, ainsi que le note M. Bonichot, qu'il « est seulement d'usage [que le commissaire du gouvernement] réponde aux questions de fait que lui pose le président de la formation de jugement dans un intérêt purement pratique puisqu'il a vu le dossier en dernier et donc en a le souvenir le plus récent ⁸³⁴ ».

Il nous semble cependant que la Cour de Strasbourg ⁸³⁵ ne partage pas cette opinion. Pour la Cour européenne, la présence du commissaire du gouvernement au délibéré méconnaît les stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁸³⁶.

En toute hypothèse, que le commissaire du gouvernement assiste silencieusement au délibéré ou qu'il n'y soit pas présent, il nous semble que l'apport de l'arrêt « Kress » sur ce point demeure relativement marginal et que cela n'est pas de nature à modifier en profondeur le fonctionnement de la juridiction administrative suprême.

Il nous semble qu'il existe un autre cas de figure où un juge peut être considéré comme objectivement impartial : il s'agit de l'hypothèse où une personne exerçant une profession est poursuivie devant une instance disciplinaire composée d'individus qui sont dans un rapport de concurrence à l'égard de la partie poursuivie.

c./ La présence d'un concurrent économique au délibéré.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer que des formations disciplinaires des ordres professionnels n'étaient pas des juridictions impartiales. On a jugé que le rôle du bâtonnier au sein du Conseil de l'Ordre des avocats, statuant en matière disciplinaire, ne méconnaissait pas les « principes de l'indépendance et de l'impartialité des juridictions ⁸³⁷ ». La même solution a été adoptée, s'agissant de la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins : « Les membres de cette juridiction bénéficient de garanties leur permettant de

⁸³⁴ J-C. Bonichot, op. cit., p 146.

⁸³⁵ Voir notamment CEDH 21 mars 2002, APBP c/ France, JCP 2002, I, n°157, observations F. Sudre ; RDP 2003, p 694, observations G. Gonzalez.

⁸³⁶ « Dire qu'il suffit [que le commissaire du gouvernement] assiste au délibéré sans y prendre la parole ne correspond pas à la lecture donnée par la Cour européenne de la théorie des apparences », G. Gonzalez, op. cit., p 695.

⁸³⁷ CE Ass. 14 février 1996, Maubleu, n° 132369, p 34. Le bâtonnier joue un rôle important dans l'instance disciplinaire des avocats. En effet, il procède à une enquête sur le comportement de son confrère mis en cause, désigne le cas échéant un rapporteur et peut prononcer le renvoi de l'avocat devant le conseil de l'ordre ; il préside la formation disciplinaire de ce conseil, et peut présenter ses observations devant la cour d'appel.

porter, en toute indépendance, une appréciation personnelle sur le comportement professionnel des médecins poursuivis (...) [le requérant] n'est pas fondé à soutenir que cette section ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance et d'impartialité des juridictions rappelée par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁸³⁸ ».

Ces solutions sont compréhensibles dans la mesure où les juridictions ordinaires sont établies par le législateur et parce qu'il appartient à la Haute juridiction administrative de respecter le bloc de la légalité. Il faut en plus souligner que la Cour européenne des droits de l'homme ne pense pas que l'existence de juridictions ordinaires porte atteinte aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme : « l'attribution du soin de statuer sur des infractions disciplinaires à des juridictions ordinaires n'enfreint pas en soi la Convention ⁸³⁹ ».

M. Guenoun a pu habilement souligner que « la neutralité psychologique qu'exige l'exigence d'impartialité passe par l'absence de relations d'intérêts passées ou présentes, communes ou contraires entre le juge et celui qui est jugé. Lorsqu'il existe une compétition économique, il n'y a plus d'impartialité possible ⁸⁴⁰ ». Evidemment, chaque fois qu'un membre d'une formation disciplinaire est impliqué, d'une quelconque manière, dans les faits à l'origine d'une poursuite disciplinaire, il est difficile d'imaginer que cette personne puisse valablement siéger dans le cadre de cette instance. La Cour de Cassation a par exemple jugé qu'un bâtonnier personnellement visé par les actes pour lesquels un avocat est poursuivi disciplinairement ne peut pas être membre du Conseil de l'Ordre statuant sur ces poursuites⁸⁴¹. Mais il est d'autres cas de figures où un professionnel, poursuivi disciplinairement, peut légitimement douter de l'impartialité de ses juges.

⁸³⁸ CE Section 7 janvier 1998, M. Trany, n° 163581, p 1.

⁸³⁹ Cour EDH 20 mai 1998, Gautrin c/ France, Recueil 1998-II, § 57.

⁸⁴⁰ G. Guenoun, « Les avocats et la garantie d'impartialité : les cordonniers sont toujours les plus mal chaussés. », Gaz. Pal., 30 juillet – 1^{er} août 2000, Tribune libre, p 7. « Hier protégés, les avocats, bien qu'ils s'en défendent, relèvent de la loi du marché : la loi de l'offre et de la demande. Le marché n'étant pas illimité, la fracture sociale entre les avocats se creuse. Dans cet environnement, comment les membres d'un même barreau, devenus concurrents, pourraient[-t-ils] prétendre à une impartialité entre eux ? Demande-t-on à Carrefour d'être impartial vis-à-vis de Leclerc ou d'Auchan ? », Ibidem, p 6.

⁸⁴¹ Civ 1^{ère} 5 octobre 1999, affaire M. Calvaire, précité. Cassation d'un arrêt qui affirmait le contraire.

Dans l'affaire « Gautrin contre France » de 1998, la Cour européenne des droits de l'homme a dû apprécier si les juridictions disciplinaires du Conseil de l'Ordre des médecins avaient été objectivement impartiales. Les instances disciplinaires des médecins avaient condamné des praticiens appartenant à l'association « SOS Médecins », au motif qu'ils avaient méconnu des règles de déontologie professionnelle. La Cour de Strasbourg a estimé que dans cette affaire, les instances disciplinaires des médecins n'avaient pas été impartiales « eu égard essentiellement au contexte particulier dans lequel s'inscrivait le litige que devaient trancher [ces juridictions] et à la spécificité dudit litige ⁸⁴² ». Le contexte de l'affaire révélait une concurrence entre différentes associations de médecins en Ile-de-France et portait sur la question de savoir si un de ces groupements pouvait apposer sur ses véhicules et ses ordonnances la mention « SOS Médecins ». Les juridictions disciplinaires avaient apprécié que ces inscriptions constituaient une publicité interdite par le code de déontologie médicale.

Or, devant les juridictions ordinaires, en première instance et en appel, certains juges avaient appartenu à des structures professionnelles ayant créé des organismes qui étaient dans un rapport de concurrence avec l'association « SOS Médecins ». De plus, certains membres des sections disciplinaires avaient soit tenu des propos critiquant les mesures de publicité faites par « SOS Médecins », soit adhéré à des structures ayant pris position contre ce genre de publicité ⁸⁴³. Le juge européen en a déduit qu'il était « vraisemblable que (...) ce litige dépassait le strict domaine du respect de la déontologie puisqu'il s'inscrivait dans le contexte d'une concurrence entre SOS Médecins et les autres associations d'urgentistes ⁸⁴⁴ » qui existait dans la région. Pour la Cour européenne, les instances ordinaires « avaient (...) un lien troublant avec [les associations] « concurrentes » de SOS Médecins et il est compréhensible que les requérants aient suspecté leurs juges de partialité ⁸⁴⁵ ».

⁸⁴² Cour EDH 20 mai 1998, Gautrin c/ France, précité, § 60.

⁸⁴³ Ibid. § 59 à 60.

⁸⁴⁴ Ibid. § 59.

⁸⁴⁵ Ibid.

Le principe d'impartialité est très certainement une garantie fondamentale accordée aux justiciables. De plus, la jurisprudence tendant à faire en sorte qu'un magistrat ne soit pas perçu comme ayant, avant tout procès, déjà jugé le litige ne peut être que de nature à renforcer la confiance que peuvent avoir les parties envers leurs juges. Mais au-delà de ces évidences ne convient-il pas de se demander quel est l'apport concret de l'interprétation moderne du principe d'impartialité en droit processuel français ? Plus précisément, l'influence de la jurisprudence européenne s'avère-t-elle réellement protectrice des libertés individuelles ou tente-t-elle seulement d'imposer sa vision (éminemment subjective) de ce qu'il convient d'appeler un procès équitable ?

Sur toutes ces questions, il nous semble que l'attitude qu'adopte la Cour européenne des droits de l'homme envers les magistrats remplissant le rôle de commissaires du gouvernement est particulièrement significative. En un mot, le juge européen tend à assimiler le commissaire du gouvernement à une partie au litige et non à un magistrat. Partant, les conclusions devraient être soumises au principe du contradictoire et le commissaire ne devrait pas siéger lors du délibéré. Cette solution n'est pas très heureuse car elle pourrait aboutir à terme à modifier, sinon à supprimer, ce type de fonction juridictionnelle.

Or en matière administrative, le commissaire du gouvernement remplit une fonction cruciale chaque fois qu'une formation de jugement est appelée à trancher une question de droit objectif. Alors que l'Administration et les usagers défendent leurs intérêts respectifs, le commissaire est censé défendre l'intérêt collectif. Il émet un avis circonstancié et impartial sur un problème juridique, sur un conflit de normes par exemple. La situation est un peu différente quand le commissaire propose une solution, s'agissant d'une question de droit subjectif. En effet, dès lors que le commissaire ne se contente plus de présenter une solution sur un problème de légalité, il lui faut prendre parti sur le mérite de telle ou telle demande (chiffrer le montant d'une indemnité, par exemple). La prise de position touche alors la substance d'un droit subjectif. Et le commissaire peut être perçu comme adhérant à la thèse d'une partie au litige.

Toujours est-il que dans le procès administratif, la résolution des questions de droit objectif tient une place prépondérante. Et le commissaire du gouvernement joue alors un rôle majeur dans le procès administratif, parce qu'il défend l'intérêt collectif et que cela ne peut qu'enrichir le sérieux et la qualité de la jurisprudence. C'est notamment pour cette raison qu'il

n'est sûrement pas déraisonnable d'affirmer que l'apport du droit européen n'est pas toujours très heureux⁸⁴⁶. Le juge européen impose aux Etats contractants une vision de l'équité qui est arbitraire et tend à abolir certaines spécificités procédurales existant en droit administratif français. Par ailleurs, on peut constater l'émergence de nombreuses règles formalistes, qui encadrent le déroulement des instances juridictionnelles. Or la pertinence de ces dernières n'est pas toujours évidente à saisir.

Enfin, on se demande si l'essor du formalisme juridictionnel depuis quelques décennies a vraiment contribué à améliorer la qualité des jugements qui ont été rendus au cours de cette période ? S'il est bien sûr difficile de répondre à cette question, il semble toutefois peu crédible de soutenir que la confiance que l'opinion publique peut avoir dans les tribunaux augmente en fonction du seuil de formalisme que ceux-ci mettent en œuvre⁸⁴⁷.

A côté de la régularité processuelle de l'instance qui s'est déroulée devant les juges du fond, il appartient aux conseillers d'Etat d'examiner la pertinence de l'acte qui fut rendu à l'issue de cette procédure. Dans le premier cas, les magistrats du Palais-Royal ont été amenés à faire, en quelque sorte, le procès d'une instance juridictionnelle. Dans le second cas, la juridiction de cassation est conduite à faire le procès d'un acte juridictionnel.

Nous venons de voir que la Haute assemblée contrôle d'une façon égalitaire le déroulement des procédures devant les juridictions du fond. Nous allons constater qu'elle peut être amenée à vérifier, de la même manière, la question de savoir si un jugement définitif est régulier en la forme et sur le fond. C'est ce deuxième aspect du contrôle standard du juge de cassation qu'il nous faut aborder maintenant.

⁸⁴⁶ Pour une critique très intéressante de la jurisprudence européenne en matière d'impartialité objective : cf. S. Marcus Helmons, « La présence du Ministère public aux délibérations de la Cour de Cassation ou l'affaire Borgers. », in Mélanges offerts à J. Velu, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 1385 et s.

⁸⁴⁷ M. Marcus Helmons a très pertinemment écrit que « ce qui intéresse le justiciable, c'est que justice lui soit rendue : il ne se contentera jamais d'une apparence de bonne justice ». op. cit. p 1384. Or, ne constate-t-on pas qu'il est des affaires où les juges (de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment) « semblent attacher plus d'importance aux apparences qu'au fond du problème » ? Ibidem.

Section 2 – La régularité intellectuelle du jugement définitif.

Un jugement se présente comme un raisonnement, c'est-à-dire une suite de propositions ayant des liens entre elles et qui débouche sur une conclusion. Ce raisonnement prend en compte des concepts, des abstractions qui s'adressent à l'intelligence⁸⁴⁸ et à l'esprit des parties, voire de toute personne (juriste ou non) qui pourrait s'intéresser à la solution qui a été retenue dans un cas particulier. En d'autres termes, il s'agit d'une argumentation essentiellement intellectuelle. La juridiction de cassation est appelée à statuer sur la question de savoir si cette dernière est conforme aux règles contenues dans le bloc de la légalité. C'est en ce sens que le juge suprême contrôle la régularité intellectuelle des jugements définitifs.

En application du principe selon lequel tout jugement doit faire par lui-même la preuve de sa régularité, un arrêt doit contenir, sous peine d'irrégularité, un certain nombre de mentions obligatoires. Ces règles formelles constituent le support nécessaire permettant d'établir, d'une part, si les juges qui ont statué étaient habilités à le faire, et d'autre part, cela permet de connaître les arguments logiques qui ont été considérés comme déterminants par les juges de dernier ressort. C'est à ces conditions que les parties peuvent utilement demander aux conseillers d'Etat d'apprécier la validité du raisonnement adopté par les juridictions du fond. Le juge de cassation vérifie si le support du raisonnement (§1.) est suffisamment matérialisé, afin de pouvoir, le cas échéant, apprécier la validité du raisonnement (§2.) contenu dans la décision attaquée.

⁸⁴⁸ Sur ce point : C. Stamatis, « Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique. », PUBLISUD, 1995, p 290.

§1. Le support du raisonnement.

Le raisonnement adopté par un collège de magistrats, afin de justifier un acte juridictionnel définitif, doit être inscrit sur un support déterminé, répondant à un formalisme strict. Ce formalisme doit permettre de constater qu'une affaire a été régulièrement délibérée et motivée. La motivation doit permettre d'explicitier les raisons qui sont à la base de la décision juridictionnelle. Le raisonnement intellectuel du juge suprême a donc nécessairement comme support un formalisme (A.) permettant de connaître notamment l'explication des motifs (B.) inhérents à la solution retenue par les juges du fond.

A. Le formalisme de l'acte juridictionnel.

Nous allons constater que pour être régulière, une décision de justice administrative doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires (1°) ainsi qu'une motivation minimale (2°).

1°/ Les mentions obligatoires.

Les mentions que doivent obligatoirement contenir les décisions des juridictions administratives ordinaires sont régies par les dispositions des articles R 741-2 et suivants du Code de justice administrative. En premier lieu, la décision attaquée doit mentionner que l'audience a été publique ⁸⁴⁹, lorsque c'est obligatoirement le cas. En deuxième lieu, la décision de justice doit contenir les noms des parties, l'analyse des conclusions et des mémoires et viser les textes pertinents qu'il convient d'appliquer ⁸⁵⁰. En troisième lieu, le jugement doit mentionner le nom des personnes qui ont été entendues. A ce sujet, le nom du rapporteur figurant sur la décision doit être celui du rapporteur qui était intervenu à l'audience. Par une décision du 6 mars 1991, le juge de cassation a constaté : « qu'il résulte des mentions de la minute de l'arrêt attaqué que le nom du rapporteur qui a signé ledit arrêt n'est pas celui du rapporteur qui a été entendu à l'audience; qu'il suit de là que l'arrêt est

⁸⁴⁹ CE 29 juillet 1994, Société Grace, p 391, cassation d'un arrêt d'une Cour administrative d'appel qui ne mentionne pas si l'audience à laquelle a été portée l'affaire intéressant la société requérante, a été publique.

⁸⁵⁰ Sur ces points : cf. l'article R 741-2 alinéa 2 du Code de justice administrative.

entaché d'irrégularité et que la commune de Roquevaire est fondée à en demander l'annulation⁸⁵¹ ».

Ensuite, la décision doit faire apparaître la date de l'audience⁸⁵². Lorsque les décisions d'un organe juridictionnel doivent être lues en audience publique, les arrêts doivent mentionner une date de lecture⁸⁵³. Si les décisions des Tribunaux et des Cours administratives sont nécessairement prononcées en audience publique⁸⁵⁴, il peut en être différemment s'il agit de certaines juridictions spéciales. En effet, aucune règle générale de procédure n'impose que toute juridiction administrative soit tenue de mentionner une date de lecture sur ses décisions⁸⁵⁵.

Enfin, une décision de justice doit indiquer par quelle juridiction elle fut rendue⁸⁵⁶. Les noms des magistrats ayant statué sur l'affaire doivent figurer sur la décision. Mais ce n'est pas une règle d'ordre public⁸⁵⁷.

Le jugement ne doit pas porter atteinte au principe du secret des délibérations des assemblées juridictionnelles qui a pour objet « d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions⁸⁵⁸ ». Le Conseil d'Etat annule une décision si elle mentionne qu'elle a été prise à l'unanimité des voix, car cela aboutit à révéler l'opinion individuelle de chacun des membres d'une juridiction⁸⁵⁹.

Le Conseil d'Etat a consacré le principe selon lequel tout jugement doit faire par lui-même la preuve de sa régularité⁸⁶⁰. En conséquence, si les mentions devant figurer sur la décision n'y sont pas, l'acte attaqué est annulé. De plus, les mentions d'un acte juridictionnel font foi, jusqu'à preuve du contraire⁸⁶¹.

⁸⁵¹ CE 6 mars 1991, Commune de Roquevaire, p 83.

⁸⁵² Article R 741-2 alinéa 4 du Code de justice administrative.

⁸⁵³ CE Section 8 janvier 1982, Serban, p 8 : Décision prononçant l'annulation d'une décision rendue par la Commission des recours des réfugiés.

⁸⁵⁴ Articles R 741-1 et R 741-2 *in fine* du Code de justice administrative.

⁸⁵⁵ CE 7 février 1994, Inthavong, T p 1126. Décision rendue à l'occasion du contentieux disciplinaire d'un Ordre professionnel.

⁸⁵⁶ Pour les Cours et Tribunaux : cf. les articles R 741-3 et R 741-4 du Code de justice administrative.

⁸⁵⁷ CE Section 31 mai 1963, Société X, p 335. Voir également : CE 8 juillet 1970, Sieur Doré, p 471.

⁸⁵⁸ CE 17 novembre 1922, Légillon, p 849.

⁸⁵⁹ Affaire « Légillon » de 1922, précitée.

⁸⁶⁰ CE Ass. 1^{er} juin 1956, Ville de Nîmes c/ Pabion, p 218.

⁸⁶¹ CE 1^{er} février 1989, Jakobsen, T p 860.

L'acte juridictionnel n'est pas formellement valable s'il ne contient pas, à côté des mentions obligatoires, une motivation minimale.

2°/ L'existence d'une motivation.

La motivation des décisions de justice est un principe essentiel de la procédure administrative contentieuse. Le Conseil d'Etat a créé deux cas d'annulation tendant à sanctionner le défaut ou l'insuffisance de motivation. Premièrement, une motivation doit être suffisante (1°) et deuxièmement, les juges sont tenus de répondre aux observations des justiciables (2°).

1°) - Depuis longtemps déjà le Conseil d'Etat a estimé que les décisions rendues par une juridiction doivent être motivées ⁸⁶². Ce qui implique que si les juges du fond ne donnent aucun motif à l'appui de leur décision, cette dernière sera annulée ⁸⁶³. Il en va de même si la décision attaquée est insuffisamment motivée ⁸⁶⁴. Le Conseil d'Etat admet que la notion de procès équitable inclut la motivation des jugements ⁸⁶⁵. Donc un certain « seuil de motivation⁸⁶⁶ » est exigé de la part du juge de cassation. La notion de motivation suffisante est de toute évidence un standard laissant une grande marge d'appréciation aux conseillers d'Etat pour définir ce concept.

Le corollaire indispensable de l'obligation de motivation est que les juges du fond sont tenus de répondre aux justiciables.

2°) - Les juges du fond sont obligés de répondre aux moyens qui leur sont soumis ⁸⁶⁷. Cela implique qu'un arrêt doit répondre à tous les moyens du requérant, lorsqu'ils ne sont pas accueillis ⁸⁶⁸. De manière exceptionnelle, les juges du fond n'ont pas l'obligation de répondre à un moyen s'il est inopérant. C'est le cas, par exemple si un justiciable sollicite une indemnité sur le fondement d'une disposition législative qui prévoit clairement que les personnes se trouvant dans la situation du requérant en sont exclues ⁸⁶⁹.

⁸⁶² Voir les arrêts suivants : CE 5 décembre 1924, Légillon, p 985 ; CE 8 juillet 1970, Sieur Doré, p 471.

⁸⁶³ CE 23 novembre 1979, Landsmann, p 430.

⁸⁶⁴ CE 8 juillet 1983, Ecole Violet, p 304.

⁸⁶⁵ CE 14 décembre 1992, Lanson, T p 1091.

⁸⁶⁶ M. Mayras, conclusions sur CE Section 7 décembre 1960, Sieur Milbergue, p 683.

⁸⁶⁷ CE 2 mars 1984, Badiola, p 92.

⁸⁶⁸ CE 10 avril 1991, M. et Mme Goiot, p 132.

⁸⁶⁹ CE Section 10 juillet 1964, Ducret, p 397.

Les juridictions du fond peuvent méconnaître l'étendue de leurs obligations, si elles s'abstiennent de se prononcer sur certains problèmes, qui ressortent des pièces des dossiers qui leur sont soumis. Ainsi, une Cour administrative rend une décision qui encourt la cassation, si elle s'abstient de se prononcer sur la réalité du préjudice allégué par une personne qui souhaite engager la responsabilité de l'Etat ⁸⁷⁰. Mais un point n'a pas à être soulevé, si à la lumière du dossier, il ne semble pas justifié. Une Cour administrative n'est pas tenue de se prononcer expressément sur l'existence d'une responsabilité sans faute de l'Etat, si les requérants n'avaient pas demandé la condamnation de l'Etat sur ce terrain et s'il ne ressort pas du dossier que les conditions d'une telle responsabilité soient réunies ⁸⁷¹.

Afin de compléter l'information qui est contenue dans la décision juridictionnelle, le juge de cassation vérifie que l'acte attaqué contient une motivation effective, qui explicite et détaille les motifs qui sont à la base de cet acte.

⁸⁷⁰ CE 25 janvier 1995, *Ministre de l'Équipement c/ Commune de Simiane Collongue* p 40. Cette solution n'est d'ailleurs pas sans rappeler le principe selon lequel une juridiction a l'obligation d'épuiser définitivement son pouvoir juridictionnel en statuant sur toutes les conclusions présentées devant elle. Sur ce principe, cf. CE 20 avril 1966, *Ville de Marseille*, p 266.

⁸⁷¹ CE 18 novembre 1994, *Epoux Sauvi*, p 503.

B. L'explication des motifs de l'acte juridictionnel.

Les juges du fond doivent motiver leurs décisions pour permettre au juge de cassation d'exercer son contrôle de la légalité ⁸⁷². Les magistrats du fond doivent relever les faits qui servent de soutien à leurs appréciations ⁸⁷³. Cela doit conduire le juge disciplinaire à préciser les circonstances de fait, qui sont à l'origine d'une sanction ⁸⁷⁴. Dans l'hypothèse où un maître de conférence est sanctionné parce qu'un article qu'il a publié porterait atteinte à la déontologie universitaire, les instances disciplinaires ont l'obligation de préciser et d'analyser les passages qui excéderaient les limites de la liberté d'expression des enseignants-chercheurs. Et ce, afin de « qualifier la nature et la gravité des fautes commises (...) par l'auteur ⁸⁷⁵ ». Dans tous les cas, le juge disciplinaire ne peut pas se borner à affirmer qu'une publication porte atteinte aux devoirs d'un enseignant.

Encourt la cassation la décision ne détaillant pas suffisamment le raisonnement suivi par les juges du fond ⁸⁷⁶. Une Cour administrative d'appel ne peut pas constater qu'un maître d'ouvrage a manqué à ses obligations et ensuite se borner à relever qu'en l'espèce, cette négligence n'était pas constitutive d'une faute lourde ⁸⁷⁷. La juridiction du fond est tenue d'expliquer les raisons qui l'ont conduite à considérer qu'il n'y avait pas de faute lourde dans une affaire.

Les magistrats du Palais-Royal censurent aussi toute une série d'erreurs logiques. Ainsi, le Conseil d'Etat peut censurer une motivation entachée d'une contradiction de motifs ⁸⁷⁸ ou d'une contradiction entre les motifs et le dispositif ⁸⁷⁹. De même, encourt la cassation l'arrêt qui considère qu'une question n'est pas contestée dans le litige par les parties, alors qu'il résulte de la lecture des mémoires présentés devant la juridiction ayant rendu la décision attaquée, que ce n'est pas le cas ⁸⁸⁰.

⁸⁷² CE Ass. 20 février 1948, Dubois, p 87.

⁸⁷³ Décision « Dubois » de 1948, précitée.

⁸⁷⁴ CE 29 avril 1988, Cuaz, p 176.

⁸⁷⁵ CE 19 mai 1993, Notin, p 161.

⁸⁷⁶ CE 23 juin 1995, Cabinet d'architectes concepteurs Andrault-Parat, p 270.

⁸⁷⁷ CE 6 mars 1992, Société générale d'assainissement et de distribution (SGAD), T p 1261.

⁸⁷⁸ Voir par exemple : CE 8 juillet 1983, Association gestionnaire de l'école Violet, p 304.

⁸⁷⁹ CE 12 avril 1995, SCI Elisa, n° 147167.

⁸⁸⁰ Dans ce cas, les juges du fond ont fondé leur décision sur un « motif erroné ». cf. CE Section 8 décembre 1999, Société Borg Warner, CJEG Février 2000, conclusions C. Bergeal, p 87.

On sait que la motivation doit permettre au Conseil d'Etat de savoir quelles normes juridiques les juridictions du fond ont entendu appliquer ⁸⁸¹. Le contrôle de la motivation permet également au juge de cassation d'examiner si les auteurs des décisions qui leur sont déférées, ont pleinement rempli leur mission juridictionnelle. Plus précisément, il permet de vérifier si les juges du fond ont pris en compte la situation individuelle d'un requérant. Sous cet aspect, le Conseil d'Etat est conduit à annuler les motivations stéréotypées ⁸⁸². En effet, le juge de cassation doit être en mesure de comprendre le raisonnement qui a conduit une juridiction subordonnée à prendre une décision déterminée ⁸⁸³.

En toute hypothèse, la Haute juridiction fixe le seuil d'explication auquel sont tenus les juges du fond. Et l'on sait que si une demande de sursis à exécution d'un acte administratif est accueillie, les juges du fond doivent préciser quel est le moyen sérieux justifiant l'octroi de cette mesure ⁸⁸⁴. En revanche, une décision juridictionnelle refusant d'accorder le sursis à exécution d'un acte administratif, peut être motivée de manière succincte ⁸⁸⁵.

Dès lors que le support du raisonnement est suffisamment matérialisé, la Haute assemblée est à même de pouvoir contrôler la régularité et la validité intellectuelle du raisonnement inclus dans la décision juridictionnelle qui lui est déférée.

⁸⁸¹ CE Section 7 décembre 1960, Milbergue, p 680, conclusions M. Mayras.

⁸⁸² Arrêt « Milbergue » de 1960, précité.

⁸⁸³ CE 8 juin 1994, Lecomte, T p 1151.

⁸⁸⁴ CE Section 5 novembre 1993, Commune de Saint-Quay-Portrieux, p 306 ; RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz ; AJDA 1993, p 844, chronique C. Maugüé et L. Touvet.

⁸⁸⁵ CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, p 273.

§2. La validité du raisonnement.

Un raisonnement est valide s'il est exempt de toute erreur intellectuelle. Nous allons voir que ces dernières peuvent soit porter sur la matérialité des faits (A.) soit sur la portée d'une règle de droit (B.).

A. L'erreur sur la matérialité des faits.

Le juge de cassation exerce un certain contrôle sur les faits dans les affaires qu'il examine. Il annule les décisions rendues sur des faits matériellement inexacts ⁸⁸⁶. Cette solution s'inspire directement de celle qui est adoptée par le juge de l'excès de pouvoir. Depuis l'arrêt « Camino ⁸⁸⁷ » de 1916, la Haute juridiction a décidé de contrôler la matérialité des faits qui ont motivé une décision administrative.

Ce contrôle s'effectue par rapport au dossier soumis aux juges du fond : le fait constaté par ces derniers est comparé aux « pièces ayant servi à sa constatation ⁸⁸⁸ ». Les pièces prouvant que les juges du fond ont commis une erreur ne peuvent pas être présentées pour la première fois en cassation. Il en résulte que si une juridiction rejette un recours au motif qu'il n'a pas été introduit dans les délais, le requérant ne peut pas, pour la première fois en cassation, présenter des pièces qui pourraient démontrer qu'il n'y avait pas forclusion de l'action parce qu'un recours gracieux avait été intenté ⁸⁸⁹. L'erreur matérielle s'apprécie à la lumière des pièces dont disposaient les magistrats qui ont rendu la décision attaquée.

Sur le plan théorique, le contrôle de la matérialité des faits n'est pas une technique ayant pour objet de vérifier la pertinence des appréciations de fait qui ont été portées sur une affaire ⁸⁹⁰. En effet, les juridictions du fond sont censés apprécier les faits de manière souveraine ⁸⁹¹. On a néanmoins pu se demander si l'exactitude matérielle des faits servait moins à « contrôler

⁸⁸⁶ CE 17 février 1992, Diaby, T p 1262. Voir également : CE Section 7 juillet 1978, Massip, p 301.

⁸⁸⁷ CE 14 janvier 1916, Camino, p 15.

⁸⁸⁸ Sur cette question cf. A. Damien et J. Boré, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile. », RFDA 1990, p 783.

⁸⁸⁹ Sur ce point : cf. CE 4 mars 1964, M. Mellinger, p 157.

⁸⁹⁰ CE 19 janvier 1966, Lion Mayer, p 43.

⁸⁹¹ CE 22 mars 1993, CHR de Brest, p 79.

l'exactitude concrète des faits [qu'à] vérifier la régularité de l'administration de la preuve⁸⁹² ». Cette question peut sans doute se poser dans certaines espèces où l'établissement des circonstances d'une affaire est tributaire de l'appréciation qui est faite de certaines pièces versées au dossier. Néanmoins, dans bien des cas, l'erreur matérielle est caractérisée sans que soit en cause la force probante d'un document. C'est le cas lorsqu'une instance disciplinaire sanctionne un médecin, au motif qu'il entretient des relations étroites avec un institut de beauté domicilié dans le même immeuble que son cabinet, alors qu'en réalité les deux établissements en question sont situés dans des rues différentes⁸⁹³. Il en va de même lorsque les juges du fond relèvent que des locaux d'habitation comprennent six pièces, alors qu'il y en a dix en fait⁸⁹⁴.

La Cour de Cassation n'exerce pas de contrôle sur la matérialité des faits⁸⁹⁵, sauf en contentieux fiscal. A une certaine époque, en effet, la Cour de Cassation a contrôlé l'interprétation que les juridictions du fond faisaient des pièces d'une affaire en matière fiscale. Mais si l'on en croit MM. Boré, cette jurisprudence serait aujourd'hui abandonnée et la Cour de Cassation se contenterait de surveiller les qualifications juridiques des faits effectuées par les juges du fond⁸⁹⁶.

Il semble assez exceptionnel que les conseillers d'Etat soient conduits à censurer une erreur matérielle. Il est d'ailleurs fort logique que ces dernières soient peu nombreuses. Dans la très grande majorité des cas, le Conseil d'Etat est appelé à se prononcer sur la question de savoir si les juridictions du fond ont correctement interprété une règle de droit. Cela contribue peut-être à atténuer, en pratique, la distinction existant entre les cassations administrative et civile.

⁸⁹² C'est l'opinion qui fut exprimée par R. Drago, à l'occasion d'un débat concernant la cassation administrative in *La revue administrative*, Numéro spécial sur « Le Conseil d'Etat Evolutions et révolution du contentieux administratif », 1999, p 90.

⁸⁹³ CE Section 18 juin 1993, Haddad, AJDA 1993, p 572, conclusions D. Kessler.

⁸⁹⁴ CE 9 février 1994, Mme Champion, n° 138953.

⁸⁹⁵ A. Damien et J. Boré, op. cit., p 783.

⁸⁹⁶ J. Boré et L. Boré, « La cassation en matière civile. », 2003/2004, p 278.

B. L'erreur sur la portée d'une règle de droit.

Le contrôle du juge de cassation sur la question de savoir si les juridictions du fond ont méconnu la règle de droit est l'instrument majeur qui permet à l'Assemblée du Palais-Royal de faire prévaloir sa vision et son interprétation⁸⁹⁷ des normes juridiques. On sait que la suprématie des décisions des conseillers d'Etat est assurée par la théorie de l'autorité de la chose jugée en droit. En effet, une juridiction du fond ne peut pas méconnaître l'autorité de la chose jugée sur un point de droit par le juge de cassation. Ce principe résulte de l'arrêt « Botta » de 1904, à l'occasion duquel il fut jugé que : « la Cour des comptes est placée sous l'autorité souveraine du Conseil d'Etat statuant au contentieux pour l'interprétation de la loi et qu'elle est tenue de faire application de la décision du Conseil au jugement de l'affaire à l'occasion de laquelle les questions de légalité ont été définitivement résolues par le Conseil⁸⁹⁸ ».

Ce principe concerne aujourd'hui toutes les juridictions administratives soumises au contrôle de cassation du Conseil d'Etat. Il a pu conduire, par exemple, le juge de cassation à annuler une décision d'une instance disciplinaire qui prononçait, sur renvoi après cassation, une sanction contre une personne sur la base de faits qui avaient été déclarés amnistiés par le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un premier recours en cassation dans la même affaire⁸⁹⁹.

Nous allons constater, dans les développements à venir, que définir la portée d'une règle revient schématiquement à distinguer deux types d'opérations. En premier lieu, il peut être nécessaire de préciser quelles sont les conditions d'applicabilité d'une norme (1°). En second lieu, il revient au juge suprême de fixer la signification des règles de droit (2°).

⁸⁹⁷ Sur la question de savoir si l'interprétation est une « activité cognitive » ou au contraire un « acte créateur » et à propos de l'idée selon laquelle c'est « l'interprétation d'un texte qui lui confère son sens », cf. P-A. Côté, « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes. », in « Lire le droit Langage, texte, cognition. », sous la direction de D. Bourcier et P. Mackay, LGDJ 1992, pp 138 et 149 et s. L'auteur souligne que les Anglo-saxons appellent « construction of statutes », l'interprétation des lois.

⁸⁹⁸ CE 8 juillet 1904, Botta, p 557.

⁸⁹⁹ CE 23 décembre 1970, M. Chevreuil, p 789.

1°/ L'applicabilité d'une norme.

L'applicabilité d'une norme est conditionnée par toute une série de questions. Bien évidemment, le juge de cassation est conduit à censurer les juges du fond chaque fois qu'ils méconnaissent le champ d'application d'une règle de droit. Ainsi, le Conseil d'Etat annule les décisions attaquées qui, à tort, n'appliquent pas une norme⁹⁰⁰, alors qu'il eût fallu l'appliquer. Et les juges du fond commettent une erreur de droit, s'ils considèrent, par exemple, qu'un acte n'est pas valable, alors qu'il était pris en application d'un arrêté régulier⁹⁰¹. Au-delà de ces cas de figure, où il convient de respecter le domaine d'intervention d'une règle, les conseillers d'Etat peuvent être amenés à préciser les conditions d'application d'une norme (a.). Ils sont aussi parfois appelés à vérifier si un principe invoqué est une norme contraignante (b.).

a./ L'interprétation des conditions d'application d'une norme.

Les juges du fond ne doivent pas soumettre une disposition textuelle à une condition qui n'a pas été prévue par le législateur⁹⁰². Un arrêt⁹⁰³ du 12 décembre 1986 illustre l'hypothèse où une juridiction subordonnée crée une condition non prévue par la loi. Par une décision du 10 juin 1982, le directeur de l'office français de protection des réfugiés et apatrides a retiré à M. Tshibangu le bénéfice du statut de réfugié qui lui avait été accordé le 22 janvier précédent, au motif que l'intéressé avait présenté une seconde demande en se prévalant d'une identité différente⁹⁰⁴. Cette décision fut confirmée par la Commission des recours des réfugiés. Elle a jugé « que la fraude commise à l'occasion de la seconde demande de M. Tshibangu avait pour effet de priver l'intéressé « de tout droit au bénéfice de l'application à son profit de la convention de Genève »⁹⁰⁵ ».

⁹⁰⁰ CE 25 mars 1991, SA Construrama, p 106.

⁹⁰¹ CE 7 octobre 1981, Rispaill, p 354.

⁹⁰² Voir, par exemple, les décisions suivantes : CE Section 19 décembre 1980, Roques, p 489, concernant une décision de la Cour des Comptes faisant une fausse application d'un décret ; CE Ass. 16 janvier 1981, Conté, p20 : dans cette affaire, un arrêt de la Commission de recours des réfugiés est annulé, car il refusait de reconnaître à une personne la qualité de réfugié pour une raison non prévue par la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Voir également : CE Section 29 mars 1991, Levesque, p 110 ; CE 7 mai 1984, Ep. Lubanzadio, p173.

⁹⁰³ CE Section 12 décembre 1986, Tshibangu, n° 57214, p 279 ; AJDA, 1987, p 86, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre.

⁹⁰⁴ Afin d'obtenir une autre carte de réfugié, et d'obtenir des indemnités au titre de l'article R 351-17 du Code du Travail.

⁹⁰⁵ CE Section 12 décembre 1986, Tshibangu, n° 57214, précité.

Cette décision fut mise en cause devant le Conseil d'Etat, car elle était exclusivement fondée sur une fraude postérieure à l'admission au statut de réfugié. Or, la convention de Genève ne prévoit pas que la fraude soit un motif d'exclusion du statut de réfugié. En outre, l'administration ne soutenait pas que le statut de réfugié initialement accordé l'avait été à la suite de manœuvres frauduleuses de la part de l'intéressé ⁹⁰⁶. La formation de jugement a rappelé la règle de droit qu'il fallait retenir en l'espèce. Le retrait du bénéfice du statut de réfugié est possible « en application des principes gouvernant le retrait des actes administratifs, au cas où les circonstances de l'affaire révéleraient que la demande au vu de laquelle le statut a été accordé à l'intéressé était entachée de fraude ⁹⁰⁷ ». La Section du contentieux a constaté que la Commission des recours n'avait pas recherché si sa première demande était elle-même entachée de fraude. Partant, le juge de cassation a décidé qu'elle n'avait pas « donné de base légale à sa décision ⁹⁰⁸ ».

Dans une autre affaire, une décision de la Commission des recours des réfugiés fut annulée au motif que cette juridiction ne pouvait pas rejeter un recours sur la seule circonstance que le document produit devant elle portait une date postérieure à la demande d'admission au statut de réfugié et qu'il n'avait donc pas de valeur probante ⁹⁰⁹. Pareil raisonnement est entaché d'une erreur de droit.

A côté de la question de savoir si les juges du fond ont respecté les conditions d'application d'une norme, la Haute assemblée peut être conduite à examiner si un arrêt attaqué est fondé sur une règle juridiquement contraignante.

⁹⁰⁶ Sur l'ensemble de ces questions cf. la chronique de jurisprudence de M. Azibert et M. de Boisdeffre, in AJDA 1987, p 86 et s.

⁹⁰⁷ CE Section 12 décembre 1986, Tshibangu, précité.

⁹⁰⁸ Ibid.

⁹⁰⁹ CE 3 juin 1987, Mampasi, T p 733.

b./ L'interprétation du caractère contraignant d'une norme.

Les juridictions du fond ne peuvent, bien sûr, pas inventer des principes juridiques. Cela conduit le juge de cassation à vérifier si en matière fiscale, les juges du fond ne créent pas de la doctrine administrative de toutes pièces. Ainsi, une instruction ne saurait être utilement invoquée sur le fondement des dispositions de l'article L 80-A du Livre des procédures fiscales, dès lors qu'il s'agit « d'un document interne à l'administration, qui, n'ayant pas fait, de la part de celle-ci, l'objet d'une diffusion destinée aux contribuables, ne peut être regardé comme comportant une interprétation formelle du texte fiscal au sens desdites dispositions⁹¹⁰ ».

Le moyen d'annulation tiré de la violation de la règle de droit est un outil majeur entre les mains du juge suprême et qui permet à celui-ci de définir le sens qu'il convient de donner aux normes juridiques.

2°/ La signification d'une norme.

Le contrôle de l'erreur de droit⁹¹¹ est l'instrument privilégié permettant de définir le sens des notions juridiques. La Haute juridiction administrative a ainsi la possibilité d'imposer son interprétation des règles de droit écrit⁹¹² et des principes d'origine prétorienne⁹¹³.

L'interprétation peut concerner soit la portée d'une règle (a.) déterminée, soit une question de droit objectif, auquel cas elle est l'occasion pour le juge suprême de préciser le sens d'un élément du bloc de la légalité (b.).

⁹¹⁰ CE Section 5 juillet 1991, *Ministre chargé du budget c/ Mme Artola*, p 270.

⁹¹¹ Sur le contrôle de l'erreur de droit devant la Cour de Cassation de Belgique : F. Dumon, « La mission attribuée à la Cour de Cassation par l'article 95 de la Constitution. La notion de « loi » dont la violation donne ouverture à un pourvoi devant la Cour. », in *Mélanges offerts à Jacques Velu*, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 885.

⁹¹² Voir par exemple : CE 20 mai 1994, *Gouelo*, p 251, concernant l'interprétation d'une loi ; CE 19 novembre 1993, *Port autonome de Marseille*, p 324, relative à l'interprétation d'un règlement.

⁹¹³ Voir, par exemple, les arrêts suivants rendu en matière de responsabilité : CE Section 31 mars 1995, *Lavaud*, p 155, sur le caractère spécial et anormal d'un préjudice ; CE Ass. 9 avril 1993, *M. D.*, p 110 et CE Ass. 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen*, p 221, rendus en matière de responsabilité médicale.

a./ L'interprétation de la portée d'une norme.

Le juge de cassation est naturellement conduit à se prononcer sur la pertinence des interprétations réalisées par les juridictions subordonnées. Par un arrêt ⁹¹⁴ du 26 janvier 1994, le Conseil d'Etat a examiné l'interprétation faite par une Cour administrative d'appel de la notion de rivage de la mer. En effet, l'exploitant d'un restaurant sur la plage de La Nartelle à Sainte-Maxime (Var) avait été condamné par les juges du fond à démolir la terrasse de son établissement, au motif qu'elle avait été construite sans autorisation sur le domaine public.

Le requérant soutenait notamment que les juges du fond n'avaient pas respecté la définition du rivage de la mer. Reprenant la distinction faite par l'expert désigné en première instance, le requérant affirmait qu'il fallait distinguer entre le « flot, notion statique qui désigne le mouvement de la mer pendant la marée montante, et la vague, mouvement oscillatoire dû au vent qui fait onduler la surface de l'eau et ne se traduit pas par un déplacement de matière, tout en étant le produit d'un effet essentiellement dynamique ⁹¹⁵ ». Ces deux définitions impliquaient des modalités de calculs différentes ⁹¹⁶ et influençaient l'issue du litige. Dans le premier cas de figure, l'expert concluait que la terrasse ne se trouvait pas sur le domaine public et par la deuxième définition, elle était incluse dans ce domaine.

Le juge de cassation devait préciser le sens de la jurisprudence antérieure qui, se fondant sur l'Ordonnance de Colbert d'août 1681 ⁹¹⁷, définit le rivage de la mer comme étant le point « jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre, en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles ⁹¹⁸ ». Après avoir rappelé ce principe, le juge de cassation a estimé : « que si l'expert commis par les premiers juges a fondé les conclusions de son rapport sur la distinction qu'il établissait entre les notions, différentes selon lui, du « plus

⁹¹⁴ CE 8e/9e sous-section réunies 26 janvier 1994, M. Funel, n° 125746, conclusions J. Arrighi de Casanova, RFDA 1995, p 675.

⁹¹⁵ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, pp 675 et 676.

⁹¹⁶ L'expert avait procédé à deux délimitations : la première un jour de haute marée astronomique, la seconde un jour de mauvais temps (vent de force 8, soit 70 Km heure), cf. : J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, p676 et p 678.

⁹¹⁷ Aux termes de l'article 1er du titre VII du Livre IV de l'ordonnance d'août 1681: « sera réputé bord et rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes et jusqu'où le grand flot de mars se peut étendre sur les grèves ».

⁹¹⁸ CE Ass. 12 octobre 1973, Kreitmann, p 563, conclusions M. Gentot, RDP 1974, 1150.

grand flot de l'année » et de « la plus haute vague », il résulte de l'examen de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel n'a pas, sur ce point, fait siennes les considérations théoriques développées par l'expert; qu'elle a estimé, en effet, à bon droit qu'eu égard aux conditions dans lesquelles s'effectuent les opérations de délimitation du domaine public maritime, ces deux notions ont, en réalité, la même portée ⁹¹⁹ ».

Cette solution s'explique parce que la jurisprudence adopte « une conception extensive ⁹²⁰ » de la notion de rivage de la mer. Selon le commissaire du gouvernement M. Arrighi de Casanova, la notion incorpore « tout ce que [la mer] couvre et découvre (...) l'administration et le juge sont donc conduits à tenir compte de tous les facteurs qui influent sur le niveau atteint, c'est-à-dire non seulement de l'effet produit par la marée astronomique mais également du résultat des perturbations météorologiques, à la seule condition que celles-ci restent en deçà du seuil à partir duquel on se trouve en présence de conditions exceptionnelles⁹²¹ ». L'intérêt de cette affaire tient, nous semble-t-il, dans le fait qu'une notion juridique (en l'espèce celle de rivage de la mer) ne coïncide pas parfaitement avec une réalité scientifique (ou avec le langage maritime ⁹²²).

La juridiction suprême de l'ordre administratif est bien évidemment amenée à apprécier, en dernière instance, la pertinence des solutions retenues par les juges du fond en matière de contentieux objectif.

⁹¹⁹ CE 26 janvier 1994, M. Funel, RFDA 1995, p 678.

⁹²⁰ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, p 676.

⁹²¹ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées, p 677.

⁹²² L'expert était un ancien capitaine au long cours.

b./ L'interprétation du bloc de la légalité.

Lorsque le juge de cassation intervient en matière de contentieux objectif, il doit interpréter les normes pour voir si elles se contredisent ⁹²³.

Dans l'affaire « Société Clichy Dépannage ⁹²⁴ » de 1994, le Conseil d'Etat avait examiné s'il existait une contradiction entre un plan d'occupation des sols (un règlement local) et l'article R 123-21 du code de l'urbanisme (un règlement national). Il fut jugé que le règlement local qui prévoyait l'interdiction générale de certaines constructions n'était pas illégal par rapport à la norme supérieure ⁹²⁵.

Qu'en est-il en matière de référé suspension ? ⁹²⁶

En application de l'article L 521-1 du Code de justice administrative, le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative, qui fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ⁹²⁷.

⁹²³ Voir par exemple : CE Section 30 décembre 1998, M. Sargos, n° 153994, p 525.

⁹²⁴ CE Section, 18 novembre 1994, RFDA 1995, p688.

⁹²⁵ Le juge de cassation a considéré : « qu'en estimant que les dispositions de l'article R.123-21 du code de l'urbanisme, aux termes desquelles le règlement du plan d'occupation des sols « doit déterminer l'affectation dominante des sols par zones selon les catégories prévues à l'article R.123-18 en précisant l'usage principal qui peut en être fait et, s'il y a lieu, la nature des activités qui peuvent y être interdites ou soumises à des conditions particulières... » ne faisaient pas obstacle dans une zone UFA « à vocation d'industrie, d'entrepôts et d'activités tertiaires », à ce que soient interdits la création et le développement des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation et portées sur une liste annexée au règlement du plan, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas fait une inexacte application des dispositions précitées », cf. CE Section, 18 novembre 1994, n° 136941, précité.

⁹²⁶ P. Cassia, « Les référés administratifs d'urgence », LGDJ, 2003, p 163 et s ; R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 11^{ème} édition, 2004, p 1343 ; J. Massot, O. Fouquet, J-H. Stahl et M. Guyomar, « Le Conseil d'Etat juge de cassation », Berger-Levrault L'administration nouvelle, 5^{ème} édition, 2001, p 296 et s.

⁹²⁷ CE Section 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, Société Sud-Est assainissement, AJDA 2001, p 461, chronique M. Guyomar et P. Collin ; CE 25 novembre 2002, Ministre de l'Equipement c/ M. Astoul, AJDA 2003, p 1290, note P-P. Danna ; CE 29 novembre 2002, Commune de Lirac c/ SARL Chaux et ciments, AJDA 2003, p 1291, note P-P. Danna ; CE 30 décembre 2002, M. Carminati, AJDA 2003, p 1065, note Olivier Le Bot ; CE 26 novembre 2003, Ministre de l'Economie c/ M. Terlutte, AJDA 2004, p 339, conclusions S. Boissard.

Comment le juge de cassation contrôle-t-il l'appréciation du juge des référés sur l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité d'un acte administratif ?

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a décidé de censurer les erreurs de droit que pouvaient commettre les juges des référés dans le cadre du référé suspension. Par une décision « Rival » de 2001 ⁹²⁸, le juge de cassation avait décidé de contrôler les erreurs de droit qui sont commises par les juges des référés « dans l'interprétation et la combinaison ⁹²⁹ » des normes dont il fait application.

Dans un second temps, la Haute juridiction a choisi d'adopter, en ce domaine, un « contrôle retenu de l'erreur de droit ⁹³⁰ ». En effet, dans l'affaire « Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole » de 2002 ⁹³¹, le Conseil d'Etat a considéré que pour savoir si le juge des référés a commis une erreur de droit, lorsqu'il estime qu'il existe un doute sérieux sur la légalité d'un acte administratif, il faut tenir compte de l'office que lui attribuent les articles L 511-1 et L 521-1 du Code de justice administrative. En d'autres termes, le juge de cassation examine « sans trop de rigueur ⁹³² » si le juge des référés a commis une erreur de droit.

Cette solution est justifiée par l'idée, exprimée par MM. Donnat et Casas, que « le juge des référés est (...) un juge à qui on demande une analyse sommaire de la légalité ⁹³³ ». Selon ces auteurs, « il ne devrait y avoir d'erreur de droit que dans les hypothèses où le juge de l'évidence qu'est le juge des référés se serait lourdement trompé en droit ⁹³⁴ ».

En revanche, M. Cassia critique la jurisprudence «Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole» dans la mesure où « le juge de cassation ne saurait (...) tolérer que certaines erreurs de droit puissent échapper à son contrôle ⁹³⁵ ». Toutefois, la portée de cette remarque doit cependant être nuancée, car on sait que le juge de cassation censure l'erreur de droit commise par les juges des référés, dès lors que celle-ci apparaît évidente ⁹³⁶.

⁹²⁸ CE Section 16 mai 2001, *Ministre de l'Economie c/ Mme Rival*, p 243, AJDA 2001, p 468, chronique M. Guyomar et P. Collin.

⁹²⁹ CE Section 16 mai 2001, *Ministre de l'Economie c/ Mme Rival*, précité.

⁹³⁰ F. Donnat et D. Casas, chronique in AJDA 2003, p 279.

⁹³¹ CE Section 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole*, AJDA 2003, p 278, chronique F. Donnat et D. Casas.

⁹³² R. Chapus, op. cit., p 1343.

⁹³³ F. Donnat et D. Casas, op. cit., p 278.

⁹³⁴ F. Donnat et D. Casas, op. cit., p 279.

⁹³⁵ P. Cassia, op. cit., p 166.

⁹³⁶ O. Le Bot, op. cit., p 1067.

C'est une idée couramment admise aujourd'hui qu'il convient d'interpréter le droit afin d'en préciser la substance. Ce travail interprétatif est d'ailleurs bien souvent nécessaire pour procéder, à l'occasion du règlement d'un litige, à la résolution d'une affaire. Toutefois, l'interprétation juridictionnelle du droit peut présenter certaines lacunes innées.

Par nature, les solutions prétoriennes ont pour objet de s'appliquer à des cas bien déterminés, voire à des situations très particulières. Partant, il n'est pas toujours évident d'apprécier la portée d'un précédent juridictionnel et nous touchons ici les limites de l'interprétation judiciaire du droit : il peut être nécessaire d'interpréter la solution retenue par le juge suprême sur une question concrète ⁹³⁷.

Sous cet aspect, le travail interprétatif rappelle le mythe de Sisyphe : le juge en est *réduit* à interpréter *sans fin* le droit qu'il est tenu d'appliquer. Cela ne peut guère satisfaire les « usagers du droit », qui au nom de la sécurité juridique, réclament une connaissance accrue des règles qui leur sont applicables ⁹³⁸.

Si l'on peut comprendre les inquiétudes des citoyens face à la difficulté d'anticiper les solutions retenues dans les décisions juridictionnelles, il faut également admettre qu'une décision de justice ne sera jamais parfaitement prévisible. S'il en est ainsi, c'est parce qu'interpréter le droit n'est pas un acte de connaissance. Il nous semble, en effet, que pour un juge, dire le droit revient à prendre position sur une manière d'interpréter le droit. Le juge de cassation fixe en dernière instance ce que peut être la teneur des jugements définitifs. Il détermine souverainement ce qui est intellectuellement correct dans les arrêts attaqués et ce qu'il convient de censurer.

⁹³⁷ Sur cette idée : B. Oppetit, « Droit et modernité. », Collection Doctrine juridique, PUF, 1998, p 150.

⁹³⁸ Sur ces questions : B. Oppetit, op. cit., p 164.

A côté des cas d'ouverture à cassation qui peuvent être invoqués dans toutes les requêtes et que nous avons examinés jusqu'à présent, il est des causes d'annulation qui ne peuvent être utilement invoquées que dans certaines matières et que nous allons aborder dans la seconde partie de notre travail. Nous verrons que les qualifications juridiques des juges du fond ne sont pas systématiquement contrôlées par le juge de cassation. Il en résulte qu'il n'y a pas d'égalité de traitement des justiciables face au contrôle des qualifications.

De plus, nous constaterons aussi que le juge suprême dispose de la faculté de statuer sur un litige au fond. Lorsqu'il met en œuvre cette procédure, les conseillers d'Etat rejudent toutes les questions dont il convient d'apprécier la pertinence eu égard à la portée de la décision de cassation. Cela peut d'ailleurs être l'occasion pour la Haute assemblée de préciser *in concreto* la signification d'une norme. En toute hypothèse, cette faculté d'évoquer le litige au fond n'est pas systématiquement mise en œuvre et partant, elle manifeste une certaine rupture dans l'égalité de traitement des requêtes, puisque certaines peuvent faire l'objet d'une procédure de renvoi devant les juges du fond et que d'autres sont réglées directement par le Conseil d'Etat.

Dans les différentes hypothèses qui viennent d'être brièvement évoquées, le juge suprême rompt certes la stricte égalité de traitement entre tous les recours en cassation qui sont introduits devant lui ; mais s'il le fait, c'est pour approfondir l'étude de certaines questions déterminées. Cette entorse à l'égalité de traitement des pourvois permet au juge suprême de garantir une parfaite unité d'interprétation de certaines questions précises.

DEUXIEME PARTIE

**LES GARANTIES DU PRINCIPE DE L'UNITE D'INTERPRETATION DE LA
LEGISLATION ADMINISTRATIVE.**

On a vu dans la première partie que le juge de cassation entendait contrôler certaines questions de manière égalitaire. Nous avons appelé cette démarche le contrôle standard du juge de cassation. Il nous faut maintenant constater que la juridiction de cassation exerce aussi un contrôle qui n'est plus strictement égalitaire, mais en grande partie discrétionnaire.

Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre, dans un litige particulier, une règle de droit précise, le Conseil d'Etat ne vérifie pas systématiquement si les juges du fond ont appliqué correctement la règle abstraite. C'est la question de l'application concrète du droit que nous allons dorénavant aborder.

Sur ce sujet, deux tendances antagonistes se manifestent en doctrine. Pour un premier groupe d'auteurs l'application du droit est un acte de création. Ici, l'influence de Kelsen est patente⁹³⁹. Pour d'autres auteurs, en revanche, il demeure possible de distinguer entre l'application et l'interprétation du droit.

Ces théories doivent, nous semble-t-il, être nuancées. En effet, chaque fois qu'une norme se révèle suffisamment précise, l'appliquer ne conduit pas le juge à en apprécier la portée. Ainsi, les juges n'interprètent pas toujours une règle lorsqu'ils l'appliquent. Mais dans bien des cas, les normes abstraites s'avèrent fort imprécises. Et les juges doivent interpréter pareille norme pour être à même de l'appliquer.

Disons schématiquement, qu'a priori le juge est amené à interpréter la règle qu'il doit appliquer. Mais qu'exceptionnellement, il en va autrement. Dans les développements à venir, nous aurons la possibilité d'illustrer par des exemples ces propos. Nous verrons, en effet, qu'en général dès lors que le juge de cassation met en œuvre un principe juridique, il rend un jugement qui contribue à définir ce que doit être le sens de la norme appliquée. C'est pourquoi la présente partie est intitulée : les garanties du principe de l'unité d'interprétation de la législation administrative.

⁹³⁹ Kelsen paraît en effet confondre interprétation et création du droit. En tout cas, M. Bobbio a exprimé cette opinion de manière très convaincante. Sur cette question, cf. N. Bobbio, « Essais de théorie du droit. », Traduit par M. Guéret avec la collaboration de C. Agostini, Préface de R. Guastini, Collection La pensée juridique, Bruylant LGDJ, 1998, p 278. Voir également les développements consacrés par M. Rabault au « contenu normatif des faits », où l'auteur soutient que « l'interprétation ne peut être distinguée de l'application de la norme, de sa *concrétisation* » : cf. H. Rabault, « L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique. », L'Harmattan, 1997, p 286 et s.

Une juridiction de cassation peut-elle librement intervenir pour examiner si les juges du fond ont correctement appliqué une règle abstraite ?

De nombreux auteurs affirment qu'un juge de cassation doit assurer l'unité du droit. En effet, cette idée est largement admise en doctrine. Sur cette question, et à propos de la cour suprême de l'ordre judiciaire, M. Boré a pu écrire : « La Cour de Cassation doit être « régulatrice », nomophylactique, c'est-à-dire qu'elle doit assurer l'unité d'interprétation de la loi et réaliser entre les citoyens l'égalité des droits qui leur est constitutionnellement garantie ⁹⁴⁰ ».

M. Renoux, quant à lui, est allé jusqu'à affirmer que le principe de légalité était le corollaire naturel de l'égalité devant la loi ⁹⁴¹. Mais, on le sait, il n'y a pas de lien mécanique entre égalité et légalité. Les conseillers d'Etat n'étant plus à même de pouvoir juger (ou rejuger) l'ensemble des questions posées aux Cours et Tribunaux de l'ordre administratif, il leur faut sélectionner les questions qu'ils estiment fondamentales. S'il revient au juge suprême d'unifier l'interprétation qui est faite, par les juridictions du fond, des règles en vigueur, cette unification ne concerne qu'un certain nombre de questions qui ont été préalablement choisies.

En outre, le juge de cassation doit également respecter deux interdits importants. Il ne peut s'immiscer dans les faits d'une affaire. Et il lui est prohibé de connaître du fond des litiges. Ces interdits empêchent le juge de cassation de contrôler pleinement l'application concrète des normes juridiques.

Contrairement à ce que soutient la doctrine majoritaire, la répartition entre ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas, n'est pas fondée sur la dichotomie fait - droit. Cette opposition, comme nous l'avons déjà vu précédemment, n'est pas susceptible d'expliquer pourquoi le juge de cassation examine une notion et pas une autre.

⁹⁴⁰ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 194.

⁹⁴¹ Sur ce point cf. Th. S. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français. », in Mélanges offerts à J. Velu, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 319.

Nous constaterons qu'il n'existe pas de critère rationnel permettant d'explicitier, dans chaque hypothèse, pourquoi un problème est vérifié ou délaissé par la juridiction suprême. Mais lorsque les conseillers d'Etat approfondissent leur contrôle, il est bien évident qu'ils ne le font pas sans raison. Ce ne peut être que pour surveiller pleinement les conditions d'application des lois, ainsi que les caractéristiques auxquelles est assujettie la mise en œuvre concrète des notions juridiques.

En bref, le juge de cassation est donc confronté à deux objectifs contradictoires. Il doit d'une part, assurer l'unité du droit et d'autre part, éviter de trop s'immiscer dans l'application du droit aux faits, c'est-à-dire dans le jugement du fond du litige.

C'est là toute la problématique de la présente partie. Comment appliquer une norme abstraite à un cas de figure concret, c'est-à-dire à une situation litigieuse précise ? Les réponses apportées à cette question par le juge de cassation sont toutes en nuances.

Il est fréquent que la juridiction administrative de cassation s'immisce dans le détail d'une affaire et apprécie (ou précise) *in concreto* comment appliquer la norme pertinente. Cette immixtion peut se faire de deux manières.

Dans une première série d'hypothèses, le juge suprême contrôle la qualification juridique des faits qui a été opérée par les juges du fond, au regard des constatations relevées par ceux-ci. L'opération de qualification n'est pas neutre. M. Bachellier a très justement affirmé : « le contrôle des qualifications est (...) un facteur d'unification du droit ⁹⁴² ». La qualification des faits permettrait donc de préciser une notion ⁹⁴³.

⁹⁴² X. Bachellier à propos de « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. » in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. » Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p 100.

⁹⁴³ Sur ce point cf. A. Damien et J. Boré, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile. », RFDA 1990, p 785.

Nous vérifierons si ces allégations sont justes. Et s'il est correct d'affirmer que le juge de cassation, à travers le contrôle des qualifications, surveille le bien-fondé des solutions retenues par les juges du fond. Ce sera l'objet du titre que nous avons appelé : l'unité d'interprétation systématique par catégories (**Titre premier**).

Dans une seconde approche, nous allons voir que la juridiction suprême choisit discrétionnairement, après cassation, de juger certaines affaires au fond, en application de l'article L 821-2 du Code de justice administrative.

L'analyse de cette question permettra de battre en brèche certaines idées reçues relatives à la théorie de la cassation. Nous verrons, en effet, que la frontière entre l'appel et la cassation est aujourd'hui brouillée et difficile à cerner. On constatera enfin que le juge suprême statue sur le fond de certains dossiers, afin d'assurer l'unité d'interprétation du droit. C'est ce qu'on peut nommer : l'unité d'interprétation ponctuelle par voie d'évocation (**Titre second**).

Titre Premier : L'unité d'interprétation systématique par catégories.

Nous allons dorénavant examiner comment le juge de cassation peut s'immiscer dans l'interprétation des normes juridiques, en utilisant la technique de la qualification juridique des faits. Les grandes lignes de ce contrôle n'ont guère évolué depuis un demi-siècle. Elles sont fixées par l'arrêt « Moineau⁹⁴⁴ » de 1945 et complétées par l'affaire « Docteur Simon⁹⁴⁵ » de 1952.

Les motifs de la décision « Moineau » méritent d'être brièvement cités, parce qu'en quelques lignes, ils précisent lapidairement ce que le juge de cassation entend contrôler et ce qu'il ne souhaite pas aborder. Le juge de cassation examine d'abord si la décision attaquée est *fondée sur des faits matériellement inexacts*, mais l'appréciation souveraine effectuée par les juges du fond sur certains éléments du dossier *échappe au contrôle du juge de cassation*. Enfin, la Haute assemblée juge si, compte tenu de l'appréciation réalisée, les faits litigieux étaient *de nature à justifier l'acte juridictionnel en cause*⁹⁴⁶.

L'apport de l'arrêt « Simon » est d'introduire, dans la théorie de la cassation administrative française, le contrôle de la dénaturation. Cela conduit le Conseil d'Etat à voir si la juridiction du fond, dans le cadre de son appréciation souveraine, a dénaturé un fait ou un acte du dossier.

La réforme de 1987 n'a pas modifié ces cas d'ouverture à cassation : le Conseil d'Etat ne les a pas supprimés, il n'en a pas ajouté d'autres. Mais s'ils n'ont pas changé, ces cas d'annulation ont été adaptés. Le juge de cassation a dû profondément repenser la théorie du contrôle des qualifications pour l'adapter à l'évolution du droit administratif.

On verra plus loin que l'analyse de la jurisprudence révèle une tendance à abandonner le contrôle des qualifications et à le remplacer, dans une certaine mesure, par le contrôle de la dénaturation. Mais n'empiétons pas sur les développements à venir et examinons, dans un

⁹⁴⁴ CE Section 2 février 1945, Moineau, p 27.

⁹⁴⁵ CE Ass. 4 janvier 1952, Docteur Simon, p 13, conclusions M. Letourneur.

⁹⁴⁶ Les mots en italiques sont repris de l'arrêt « Moineau » précité.

premier temps, comment la doctrine dominante présente les jurisprudences « Moineau » et « Docteur Simon ».

Sous cet aspect, la grande distinction en matière de cassation administrative, entre ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas, correspond à l'opposition entre la qualification juridique des faits et l'appréciation souveraine des faits⁹⁴⁷. Cette opposition est tout à la fois simple par ses effets et compliquée à mettre en œuvre. Chacun sait que dans le cadre du contrôle des qualifications, le juge suprême examine si les juges du fond ont adéquatement appliqué une notion, un terme ou une expression visés par une disposition juridique. De même, il est bien connu que ce qui a été apprécié souverainement ne peut plus être discuté utilement devant la juridiction de cassation.

Mais si l'on souhaite aller au-delà de ces définitions simples, les distinctions entre qualification et appréciation se révèlent fort complexes.

La doctrine admet unanimement qu'il est difficile de savoir ce qui relève de l'une ou de l'autre catégorie. Si on peut recenser ce que les conseillers d'Etat ventilent dans chaque groupe, les motifs justifiant cette classification sont, bien trop souvent, difficiles à appréhender. On constatera qu'il n'y a pas de définitions opérationnelles permettant de distinguer et de différencier ce qui relève du contrôle des qualifications et ce qui appartient au domaine de l'appréciation.

Pourquoi en est-il ainsi ? Le juge de cassation a choisi de ne pas contrôler en instance de cassation tous les concepts qualificateurs. Cela brouille sérieusement la clarté de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière : une notion qualificative peut fort bien être laissée à la sagesse des juges du fond.

⁹⁴⁷ Comme a pu le souligner M. Marais : « La distinction entre qualification et appréciation est évidemment centrale puisqu'elle commande l'existence, ou non, d'un contrôle de cassation », cf. B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 683.

D'ailleurs, pour M. Markus, « le contrôle de la qualification apparaît (...) comme un instrument de modulation du contrôle de cassation ⁹⁴⁸ ». Et on a pu parler, s'agissant de la cassation administrative, de *contrôle approfondi* et de *contrôle restreint* ⁹⁴⁹, ce qui évoque une terminologie davantage usitée dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, que dans celle de la cassation. Dans le premier cas, le juge de cassation contrôle les qualifications ⁹⁵⁰, alors que dans le second, il considère qu'il y a appréciation souveraine des juges du fond.

L'étendue du contrôle des qualifications a été perçue comme un des problèmes majeurs qu'il convenait de résoudre, afin de ne pas compromettre la réussite de la réforme du contentieux administratif de 1987. Certains ont vu les choses de la manière suivante :

- Soit le juge de cassation se reconnaît une assez large compétence en matière de qualification des faits, et il demeurerait en quelque sorte « un administrateur » ou le « supérieur hiérarchique de l'administration » ;
- Soit il accepte de se cantonner à l'examen de principes généraux, et alors, il remplirait davantage l'office que l'on attend d'un juge ⁹⁵¹.

Si cette manière de voir est, sans doute, un peu trop influencée par l'idée selon laquelle juger l'Administration, c'est faire office d'administrateur, elle a le mérite de souligner la place éminente que joue le contrôle des qualifications dans la cassation administrative.

La question du contrôle des qualifications est souvent abordée en doctrine, par les auteurs qui ont étudié la cassation administrative. Mais la doctrine n'a pas, nous semble-t-il, épuisé tout ce qu'il y a à dire sur ce sujet. C'est ce que nous constaterons dans les développements à venir.

⁹⁴⁸ J-P. Markus, « Qualification juridique des faits et cassation administrative fiscale. », AJDA 1995, p 78.

⁹⁴⁹ Jean Barthélémy a souligné dans une note sur l'arrêt « Société Clichy Dépannage », que le Conseil d'Etat « a adopté une conception restrictive de son contrôle de cassation » lorsqu'il a estimé que la question de savoir si les auteurs d'un plan d'occupation des sols avaient commis une erreur manifeste d'appréciation, relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond, cf. note sur CE 18 novembre 1994, in Dalloz, Sommaires commentés, 1995, p 241.

⁹⁵⁰ Cf. J-P. Markus, « Qualification juridique des faits et cassation administrative fiscale. », AJDA 1995, p77 : « on peut considérer que le Conseil d'Etat exerce un contrôle de cassation étendu dans un type de contentieux donné, lorsqu'il reconnaît systématiquement, ou au moins dans la plupart des cas, l'existence d'une qualification juridique dont il examine la mise en œuvre par la juge du fond ».

⁹⁵¹ Dans une affaire où le commissaire du gouvernement proposait de ne pas réexaminer un aspect de la décision attaquée, ce dernier conclut : « votre fonction sera d'être davantage juge et moins administrateur », B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 688.

Le juge suprême ne contrôle pas l'application de toutes les notions qualificatives. Le contrôle des qualifications permet seulement de vérifier l'interprétation de notions présélectionnées. Mais les notions qui font l'objet du contrôle des qualifications seront, le cas échéant, systématiquement contrôlées par les conseillers d'Etat. C'est pourquoi, la qualification juridique des faits apparaît comme un instrument d'interprétation systématique (Chapitre 1). Au contraire, la théorie de l'appréciation souveraine restreint et limite le phénomène de l'interprétation systématique par catégories (Chapitre 2).

Chapitre 1 - L'instrument de l'interprétation systématique : le contrôle des qualifications.

La qualification juridique des faits est une des questions les plus intéressantes et les plus déconcertantes soulevées par la théorie du recours en cassation. Sans vouloir empiéter sur les développements qui vont suivre, il paraît opportun de préciser certains points dès à présent.

Il est tout d'abord bien difficile de définir l'opération de qualification juridique des faits. Certes c'est une notion familière aux juristes. On sait qu'un juge qualifie un fait, lorsqu'il constate, dans les circonstances d'un litige particulier, que les conditions d'application d'une norme abstraite sont réunies. En matière de plein contentieux, le juge administratif procède à une opération de qualification juridique s'il estime que la route de montagne, empruntée par les requérants victime d'un dommage, est *exceptionnellement dangereuse* au sens de la jurisprudence « Dalleau⁹⁵² ». Dans le contentieux fiscal, le juge de l'impôt qualifie juridiquement un fait, s'il considère qu'une opération comptabilisée par une entreprise constitue un acte anormal de gestion par exemple. Cela est bien connu des administrativistes et ne soulève guère de difficulté majeure.

Mais un problème de définition apparaît en procédure administrative contentieuse. En effet, il existe, en jurisprudence administrative, deux manières de concevoir le contrôle des qualifications : il y a, premièrement, celle qui est mise en œuvre par le juge de l'excès de pouvoir et, deuxièmement, celle qui est adoptée par le juge de cassation. C'est pourquoi le juriste peut être facilement déconcerté. Et nous verrons, dans les développements qui suivent, que la juridiction de cassation a retenu une définition très ambiguë du contrôle des qualifications.

Cette ambiguïté jurisprudentielle est ce qui fait l'intérêt de l'étude du contrôle des qualifications.

⁹⁵² CE Ass. 6 juillet 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Sieur Dalleau*, p 482.

Pour éviter les confusions, nous appellerons *notion qualificative* ou *concept qualificateur*, la règle abstraite qu'il convient de mettre en œuvre dans une affaire donnée (Il s'agissait des termes *exceptionnellement dangereux* ou *acte anormal de gestion* dans les exemples cités plus hauts). Dans les développements à venir, les expressions *contrôle des qualifications* ou *qualification juridique* sont utilisés au sens que leur attribue la théorie de la cassation, sauf indication contraire.

A travers l'opération de qualification des faits, un juge examine si, dans le litige qui lui est soumis, les conditions d'application d'une norme sont réunies. Le juge suprême, quant à lui, utilise cette technique pour voir si les juges du fond ont correctement caractérisé les éléments qui conditionnent l'applicabilité d'une notion déterminée. Disposant du pouvoir de censurer les qualifications erronées, le juge de cassation possède implicitement celui de définir, en dernière instance, la portée des règles juridiques. Le contrôle des qualifications est un instrument important à la disposition des conseillers d'Etat : il leur permet d'avoir la main-mise sur l'interprétation des concepts qui leur paraissent fondamentaux.

Cela étant, il n'existe pas de définition unique, ni unanimement acceptée, du contrôle des qualifications, au cours d'une instance de cassation. Plusieurs définitions ont pu être avancées : Le commissaire du gouvernement Le Chatelier avait défini la qualification comme « une opération par laquelle [le Conseil d'Etat estime que] certains éléments de faits répondent ou non à une situation juridiquement définie, cette appréciation entraînant l'application d'un régime de droit prédéterminé ⁹⁵³ ». Cette conception n'est d'ailleurs pas essentiellement différente de celle qui est retenue en droit privé. S'agissant de la Cour de Cassation, M. Bachellier a écrit : « la qualification est par essence une démarche juridique ; il s'agit de déterminer si les faits souverainement reconstitués par les juges du fond entrent dans le présumé de la règle de droit ⁹⁵⁴ ».

⁹⁵³ Conclusions G. Le Chatelier sur l'affaire « Commune de Béthoncourt c/ Consorts Barbier », RFDA 1993, p74.

⁹⁵⁴ X. Bachellier à propos de « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. » in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. » Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p 101.

Comme l'a souligné M. Labetoulle, « un terme en lui-même banal et anodin devient, lorsqu'il est chargé d'un contenu juridique, un concept autour duquel viennent graviter des démarches de qualifications ⁹⁵⁵ ». C'est sans doute toute la difficulté. Les dispositions juridiques ayant par nature une forme discursive, l'application d'une obligation textuelle ou jurisprudentielle sera encadrée par divers éléments linguistiques.

Le juge suprême n'est pas en mesure de vérifier si toutes les notions qualificatives contenues dans les requêtes qui lui sont déférées ont été régulièrement appliquées par les juridictions du fond. Les conseillers d'Etat sont tenus de choisir les concepts qualificateurs dont ils entendent contrôler l'application. La solution contraire ne conduirait vraisemblablement qu'à un nouvel encombrement du prétoire de la Haute assemblée.

Toutefois le caractère discrétionnaire du contrôle des qualifications n'est pas sans poser des questions juridiques, voire éthiques. N'y a-t-il pas un risque d'arbitraire, dès lors que les conseillers d'Etat sélectionnent les notions qualificatives qu'ils entendent contrôler en instance de cassation ? C'est indéniablement une des questions centrales, soulevées par le phénomène de l'interprétation systématique discrétionnaire (**Section 1**). En outre, l'examen des notions systématiquement interprétées (**Section 2**) ne permet pas de dégager un critère précis expliquant pourquoi certaines notions sont contrôlées et non d'autres.

⁹⁵⁵ D. Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques. », *Droits* n°18, p 32.

Section 1 - L'interprétation systématique discrétionnaire.

La première question qui doit nous préoccuper lorsque l'on commence l'étude du contrôle des qualifications, au cours des instances de cassation, est celle de savoir s'il est possible de définir ce cas d'ouverture à cassation de manière rigoureuse ?

La recherche d'une définition de la qualification juridique, qui soit propre à la théorie de la cassation, a été entreprise par quasiment tous les auteurs qui se sont intéressés à ce sujet. Il ne s'agit donc certainement pas d'une problématique nouvelle. Mais ce qu'il est saisissant de constater, c'est que les diverses solutions doctrinales qui furent proposées pour expliquer les arrêts du Conseil d'Etat, sont singulièrement décevantes. Les auteurs qui ont écrit sur ce thème paraissent, bien souvent, décontenancés par la jurisprudence de la Haute assemblée. Il est vrai qu'elle a de quoi étonner, comme nous allons le voir dans les prochains développements.

Si les solutions avancées en doctrine ne sont guère convaincantes, c'est, nous semble-t-il, parce qu'il n'est pas possible de trouver une définition qui puisse expliquer de façon satisfaisante ce que le juge administratif de cassation entend contrôler au titre de la qualification juridique des faits.

La qualification juridique des faits est instrumentalisée par la juridiction de cassation. C'est l'instrument permettant aux conseillers d'Etat de contrôler l'interprétation, qui est faite par le système juridictionnel administratif, d'un certain nombre de concepts juridiques. Une notion qualificative n'est pas obligatoirement examinée par la Haute juridiction. Une qualification n'est contrôlée que si cela présente un intérêt au regard de l'édification du droit jurisprudentiel. Cette utilité du contrôle est appréciée discrétionnairement par le Conseil d'Etat. C'est en cela qu'il y a discrétionnalité du contrôle (§2.).

L'autre caractéristique majeure du contrôle des qualifications dépend de la solution apportée à la question suivante : Que fait précisément le juge de cassation lorsqu'il examine une qualification ? Comment définir cette démarche intellectuelle ? Paradoxalement, on pourra constater qu'il n'existe pas une conception unique de ce contrôle, mais au moins deux manières de l'appréhender. Dès lors, coexistent, au sein du Conseil d'Etat, deux conceptions opposées du contrôle des qualifications. C'est pour cela que l'on peut évoquer l'idée d'un dualisme du contrôle (§1.)

§1. Le dualisme du contrôle.

Comment définir l'opération de qualification juridique des faits ? Dans une première approche, on peut examiner ce qui oppose le contrôle des qualifications à celui de l'erreur de droit. Dans une deuxième approche, on peut distinguer l'opération qui consiste à qualifier, de celle qui tend à apprécier un fait.

Chacune des ces démarches a le mérite de préciser un aspect du contrôle des qualifications. Et il n'est guère étonnant que les auteurs qui ont étudié le contrôle des qualifications aient, bien souvent, eu recours à l'une ou l'autre de ces méthodes, pour tenter de définir l'ipséité de cette voie d'ouverture à cassation.

Mais les définitions proposées en doctrine présentent, aussi, de sérieuses lacunes. Nous aborderons celles-ci dans les développements suivants.

Face à l'impossibilité de trouver une définition opérationnelle qui permette de définir clairement le contrôle des qualifications, des voix se sont élevées pour contester l'utilité de maintenir ce cas d'ouverture à cassation. La critique du contrôle des qualifications (A.) a influencé la pratique de certaines formations de jugement du Conseil d'Etat, mais n'a pas débouché sur un abandon de cette technique de contrôle. Le Conseil d'Etat a préféré pérenniser l'ambiguïté résultant de la coexistence de deux conceptions du contrôle des qualifications (B.).

A. La critique du contrôle des qualifications.

Certains auteurs se sont demandé ce qui opposait le contrôle des qualifications et celui de l'erreur de droit. Et ils ont estimé que le contrôle des qualifications pouvait être, tout simplement, abandonné par le juge de cassation. Selon ces auteurs, la Haute assemblée pourrait censurer une qualification erronée sur le terrain de l'erreur de droit.

On sait qu'après la réforme de 1987, le Conseil d'Etat n'a pas voulu abandonner expressément tout contrôle sur la qualification juridique des faits en instance de cassation. Mais il est indéniable qu'une évolution s'est produite en jurisprudence administrative. Si la thèse tendant à abandonner le contrôle des qualifications n'a pas été avalisée par le juge de cassation, elle a, malgré tout, exercé une influence sur les solutions retenues en jurisprudence.

En effet, à partir de l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, l'Assemblée du Palais-Royal aura tendance à censurer des qualifications erronées, non plus exclusivement par la technique du contrôle des qualifications, mais aussi sur le fondement de l'erreur de droit.

Il a été proposé à la Haute juridiction de cesser de contrôler la fausse qualification juridique des faits au cours d'une instance de cassation et de remplacer ce moyen de cassation par la théorie de l'erreur de droit *largement entendue* (1°). Les conseillers d'Etat n'ont pas retenu cette solution et ont préféré maintenir intact le cadre théorique du recours en cassation. Pareille solution est d'ailleurs justifiée, si l'on songe qu'il demeure toujours des différences entre l'erreur de droit et l'erreur de qualification (2°)

1°/ La théorie de l'erreur de droit latissimo sensu.

D'aucuns ont suggéré que l'emploi de l'expression *qualification juridique des faits* était une source de confusion ⁹⁵⁶, dans le cadre du contrôle de cassation. Dans ses conclusions sur l'affaire « SA Mondial Auto ⁹⁵⁷ », le commissaire du gouvernement Gaeremynck avait d'ailleurs proposé d'abandonner le contrôle sur la qualification des faits au cours des instances de cassation.

Dans cette affaire, la société Mondial Auto avait sollicité une exonération fiscale ⁹⁵⁸ et l'administration avait estimé qu'elle ne remplissait pas les conditions ⁹⁵⁹ pour l'obtenir. La Cour administrative d'appel avait donné raison à l'administration fiscale. La SA Mondial Auto avait fait des aménagements dans un local existant pour permettre d'accroître sa capacité de stockage. Il convenait de savoir si ces installations constituaient des biens amortissables selon le mode dégressif ⁹⁶⁰. Cela était nécessaire pour savoir si la société requérante remplissait les conditions légales pour bénéficier de l'exonération fiscale en cause.

L'intérêt du litige résidait dans le fait que le commissaire du gouvernement proposait à la Section du contentieux deux manières de contrôler le raisonnement des juges du fond. Dans une première approche, il a souligné que la question de savoir si l'installation litigieuse était

⁹⁵⁶ En effet, on a pu dire qu'il « serait (...) préférable d'éviter le terme de qualification juridique, toujours d'usage dans la jurisprudence mais qui est facteur de confusion. Il est illusoire (...) de chercher à placer la qualification quelque part entre appréciation des faits et application de la règle de droit. Elle se confond avec cette dernière ». cf. G. Goulard, « L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat. », in RJF, 8-9, 1993, p627.

⁹⁵⁷ J. Gaeremynck, conclusions sur CE Section, 5 juillet 1991, Société Mondial Auto, RFDA 1991, p 949.

⁹⁵⁸ Il s'agissait de l'exonération de l'impôt sur les sociétés prévues par l'article 44 ter du code général des impôts, dans sa rédaction issue de l'article 19 d'une loi du 29 décembre 1978.

⁹⁵⁹ Une des conditions était qu'à « la clôture de l'exercice, le prix de revient des biens d'équipement amortissables selon le mode dégressif en application des dispositions de l'article 39-A-1 du code général des impôts doit représenter au moins les deux tiers du prix de revient total des immobilisations corporelles amortissables » (art. 44 bis du code général des impôts). Le litige portait sur la question suivante : l'administration fiscale estimait qu'une installation de stockage de la SA Mondial Auto, ne pouvait pas être pris en compte dans le calcul du prix de revient des biens d'équipement amortissables. Dès lors, le seuil des deux tiers exigé n'était pas atteint. La société requérante estimait au contraire que l'installation litigieuse entrait dans les bases du calcul, et que le seuil en question était franchi.

⁹⁶⁰ Au sens de l'article 39-A-1 du code général des impôts et de son décret d'application du 9 mai 1960, codifié à l'article 22 annexe II du code général des impôts.

une « installation de magasinage ou de stockage », au sens de l'article 22 annexe II du code général des impôts, s'analysait comme une opération de qualification juridique des faits ⁹⁶¹.

Mais dans une seconde approche, le commissaire du gouvernement a démontré que la décision attaquée pouvait être également censurée sur le terrain de l'erreur de droit. M. Gaeremynck a ainsi conclu : « L'erreur commise par la Cour, que nous avons considérée jusqu'ici comme une erreur de qualification juridique, apparaît mieux dans sa véritable nature : en tant qu'ils ont restreint la portée de l'article 22 de l'annexe II en reprenant à leur compte, tel que cela ressort de leur arrêt, une conception à la portée générale, exagérément restrictive des installations de magasinage visées par cet article, les premiers juges ont commis une erreur de droit ⁹⁶² ».

M. le commissaire du gouvernement Gaeremynck va ensuite systématiser cette démarche. Il rejette la « fausse distinction ⁹⁶³ » entre qualification et appréciation souveraine des faits ⁹⁶⁴ et pense qu'il est possible, pour le Conseil d'Etat, d'abandonner le contrôle des qualifications juridiques.

Chaque fois que cela s'avère nécessaire, il suggère de remplacer le contrôle des qualifications par « le plein contrôle, mais contrôle exclusif, de l'erreur de droit ⁹⁶⁵ ». S'adressant à la formation de jugement, M. Gaeremynck soutenait : « chaque fois que sera seulement en cause la stricte conformité d'une situation de fait à la règle de droit, c'est-à-dire une simple opération de qualification juridique - vous vous en tiendrez à ce qu'auront décidé les juges du fond (...). Par contre, chaque fois que ces derniers auront abusivement restreint la portée de la règle de droit, qu'ils auront négligé de procéder à un examen particulier des circonstances de l'espèce pour s'en tenir à une position définie a priori, ou qu'il auront fait application d'un critère ou d'une condition du fond non expressément prévus par la loi - autrement dit lorsqu'ils auront par un raisonnement de portée générale fait une application erronée de la

⁹⁶¹ Cf. conclusions J. Gaeremynck, RFDA 1991, p 952.

⁹⁶² Cf. conclusions J. Gaeremynck, RFDA 1991, p 953.

⁹⁶³ J. Gaeremynck, op. cit., p 955.

⁹⁶⁴ Il pu considérer que bien souvent : « il n'est guère possible de distinguer, intellectuellement, l'opération d'appréciation de celle de qualification proprement dite et vous avez alors toute latitude, selon que vous mettez l'accent sur l'un ou l'autre aspect de ce qui reste fondamentalement une même démarche, pour limiter ou étendre votre contrôle », cf. J. Gaeremynck, conclusions précitées, p 953.

⁹⁶⁵ J. Gaeremynck, op. cit., p 956.

règle de droit, il vous appartiendra d'exercer votre contrôle ⁹⁶⁶ ». Cette conception de la cassation ne fut pas entérinée par la Section du contentieux.

En 1994, M. Marais, dans ses conclusions sur l'affaire « Société Clichy Dépannage », avait également proposé de modifier quelque peu les cas d'ouverture à cassation. S'il n'a pas été suivi dans son raisonnement, c'est sans doute davantage parce qu'il fut perçu comme introduisant un changement purement terminologique, non susceptible d'éclaircir la jurisprudence de la Haute assemblée. M. Marais proposait de distinguer l'appréhension juridique des faits et l'appréhension matérielle des faits par le juge de cassation ⁹⁶⁷. Il estimait, par exemple, qu'en matière de sursis à exécution, le point de savoir si un préjudice est *difficilement réparable* est une question de fait. C'est ce qu'il appelait appréhender matériellement un fait. En revanche, et toujours en matière de sursis, déterminer si un *moyen est sérieux* ou non relèverait de l'appréhension juridique des faits ⁹⁶⁸.

Chacune de ces expressions regroupait *mutatis mutandis* des notions relevant soit du contrôle des qualifications, soit de l'appréciation souveraine. Comprise comme substituant à un terme ambigu un autre qui ne le paraissait pas moins, cette classification ne fut pas avalisée par le Conseil d'Etat.

Le juge suprême n'a pas souhaité modifier les cas d'ouverture à cassation et le contrôle des qualifications n'a pas été supprimé en instance de cassation. Cela a permis d'affirmer que le « cadre conceptuel de la cassation administrative ⁹⁶⁹ » n'a pas été transformé depuis l'entrée en vigueur de la réforme du contentieux de 1987. Et il est vrai que, formellement, le cadre de la cassation n'a guère évolué au cours des dernières décennies. C'est très certainement le fruit d'une volonté délibérée de la part de la Haute assemblée de maintenir intacts les cas d'ouverture à cassation.

⁹⁶⁶ J. Gaeremynck, op. cit., p 956.

⁹⁶⁷ B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 684. Mais le commissaire du gouvernement reconnaissait que « cette classification n'est sans doute pas la meilleure, puisqu'elle renvoie implicitement à la distinction de la qualification « juridique » [et de] la qualification « morale ou matérielle » ».

⁹⁶⁸ Ibidem. Il s'agirait, toujours selon M Marais, d'une appréciation juridique des faits laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond conformément à la jurisprudence « Saint-Quay-Portrieux ». (CE Section 5 novembre 1993, Commune de Saint-Quay-Portrieux, p 306, RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz ; AJDA 1993, p 844, chronique C. Mauglé et L. Touvet). M Marais, dans ses conclusions sur l'arrêt « Clichy Dépannage » précitées, citait d'autres exemples « d'appréhension juridique » des faits, dont certains sont contrôlés par le juge de cassation au titre du contrôle des qualifications.

⁹⁶⁹ Cette idée fut soutenue par : J-H. Stahl in « La cassation », La revue administrative, N° spécial (Le Conseil d'Etat Evolutions et révolution du contentieux administratif), 1999, p 85.

Si le Conseil d'Etat n'a pas abandonné le contrôle des qualifications, il importe de souligner que les formations intervenant en matière fiscale (notamment les septième, huitième et neuvième sous-sections) ont tendance à censurer des qualifications irrégulières, indifféremment sur le terrain de l'erreur de droit ou sur celui de l'erreur de qualification. Cette attitude se manifeste par l'usage de formules ambiguës, celle-ci, par exemple : la Cour administrative « a commis une erreur de droit dans l'application des textes susvisés ⁹⁷⁰ ».

On peut se demander s'il est bien raisonnable de vouloir supprimer le contrôle des qualifications, comme l'avaient suggéré MM. Gaeremynck et Marais. Cela est nécessaire si l'on veut porter un jugement sur la jurisprudence administrative en ce domaine. Mais pour pouvoir le faire, il faut au préalable analyser ce qui peut différencier l'erreur de qualification, de l'erreur de droit.

Quelle est précisément la différence entre l'erreur de droit et l'erreur de qualification ? A quelles occasions ces deux opérations réputées distinctes peuvent-elles être difficiles à distinguer ?

2°/ Les raisons du maintien du contrôle des qualifications.

La distinction entre l'erreur de droit et la qualification erronée n'est pas toujours aisée à cerner. Il arrive que le juge suprême constate qu'une qualification juridique est correcte et conclue néanmoins à l'absence d'erreur de droit (1°). Malgré cela, la Haute assemblée n'a pas souhaité abandonner tout contrôle en matière de qualification juridique, ce qui, au-delà de la volonté de ne pas modifier les cas d'ouverture à cassation, souligne que ces deux causes d'annulation ne sont pas interchangeables (2°).

⁹⁷⁰ CE 7^{ème} et 8^{ème} sous-sections 15 janvier 1992, SA Kinetics Technology International (KTI), RJF 1992, n°403.

1°) - Deux affaires permettent d'illustrer en quoi l'erreur de droit et l'erreur de qualification peuvent être perçues comme sanctionnant la même chose.

Commençons par examiner l'arrêt « Ministre du budget contre Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy » du 13 janvier 1993. Dans cette affaire, il convenait de savoir si les locaux d'une association étaient occupés à titre privatif, afin de déterminer si l'association propriétaire devait acquitter la taxe d'habitation. En l'espèce, l'association prétendait que ses locaux étaient affectés à l'exercice d'un culte et que, par conséquent, ils n'étaient pas utilisés à titre privatif.

Dans ce litige, la Section du contentieux a considéré que les juges du fond avaient pu déduire de leurs « constatations de fait (...) que les activités [examinées] étaient constitutives de l'exercice public d'un culte et que par suite les locaux qui étaient exclusivement affectés à cet exercice ne pouvaient être regardés comme occupés à titre privatif au sens du 2° du 1 de l'article 1407 du Code général des impôts (...), [en conséquence, il a été jugé que] la Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit⁹⁷¹ ».

M. Arrighi de Casanova a très justement critiqué l'arrêt « Témoins de Jéhovah » de 1993. Il a souligné que « c'est de manière discutable [que le juge de cassation] englobe sous la (...) formule [de l'erreur de droit] la question de savoir si les cérémonies décrites dans l'arrêt attaqué pouvaient être considérées comme relevant du « culte », au sens de la même loi [du 9 décembre 1905] : il s'agit là d'une pure opération de qualification juridique⁹⁷² ».

⁹⁷¹ CE Section 13 janvier 1993, *Ministre du Budget c/ Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy*, p10, AJDA, 1993, 307, conclusions J. Arrighi de Casanova. Voir également la rédaction du résumé de l'arrêt suivant dans le recueil Lebon : CE 6 novembre 1991, Garçon, T p 894.

⁹⁷² J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 922.

Examinons maintenant l'affaire « M. et Mme Cala » de 1992. On se souvient que dans ce litige, des touristes avaient été victimes d'un accident survenu sur une route de montagne. Les juges du fond avaient considéré que la route en question présentait un caractère exceptionnellement dangereux au sens de la jurisprudence « Dalleau⁹⁷³ » de 1973. Le Ministre de l'Équipement s'était pourvu en cassation contre cet arrêt. Le Conseil d'État devait examiner si cette décision était entachée d'une erreur de droit, voire d'une qualification juridique erronée.

Notons que dans ces conclusions sur cette affaire, M. Le Chatelier constatait que l'irrégularité de la décision des juges du fond pouvait être sanctionnée indistinctement sur le terrain de l'erreur de droit ou sur celui de l'erreur de qualification.

En effet, M. Le Chatelier estimait que : « La reconnaissance de la qualité d'ouvrage exceptionnellement dangereux a pour effet de modifier le fondement sur lequel la responsabilité du maître de l'ouvrage peut être engagée vis-à-vis des usagers, passant de la réparation sur le terrain du défaut d'entretien normal à celui de la responsabilité sans faute. Ainsi, une Cour administrative d'appel qui aurait à tort considéré être en présence d'un ouvrage exceptionnellement dangereux, aurait non seulement procédé à une qualification juridique erronée des faits de l'espèce, mais aurait encore, en retenant à tort par voie de conséquence la responsabilité de l'administration sur le terrain de la responsabilité sans faute, commis une erreur de droit⁹⁷⁴ ».

A la lumière des arrêts précédents, faut-il estimer que le contrôle des qualifications et celui qui porte sur l'erreur de droit sont interchangeables ? En fait, ces deux cas d'ouverture à cassation ne sont pas interchangeables. Nous allons maintenant examiner les raisons pour lesquelles il en est ainsi.

2°) - D'un point de vue logique, il ne peut y avoir une confusion entre l'erreur de droit et l'erreur de qualification juridique que dans une hypothèse bien particulière, à savoir quand il y a un rapport d'inférence entre la règle de droit pertinente et la solution à retenir dans les circonstances déterminées d'une affaire. C'est alors qu'on peut déduire de la règle de droit, la solution qu'il convient d'adopter. Il est possible de déduire, de la norme juridique abstraite, la

⁹⁷³ CE Ass. 6 juillet 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Sieur Dalleau*, p 482.

⁹⁷⁴ G. Le Chatelier, conclusions sur l'affaire Cala, RFDA 1993, p 69.

qualification des faits adéquate et qui s'impose concrètement. En dehors de ce cas de figure, l'opération de qualification constitue une étape du processus d'interprétation de la norme, c'est-à-dire ajoute un élément de signification à la règle abstraite.

Ainsi, par exemple, si une juridiction ordinaire reconnaissait qu'un médecin ne prescrivait pas les soins appropriés à ses patients, sans que cela ne constitue une faute disciplinaire. Le juge de cassation pourrait censurer cette décision, soit en considérant que les juges du fond ont opéré une qualification juridique erronée, soit en estimant qu'ils ont commis une erreur de droit, dans la mesure où ils ont violé les règles déontologiques qui disposent qu'un médecin doit donner des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents⁹⁷⁵. Dans ce cas, en effet, le juge disciplinaire a transgressé la règle de droit, ce qui l'a conduit à qualifier les faits de manière erronée.

Reprenons par exemple les circonstances de l'arrêt « M. et Mme Cala » de 1992. Il s'agissait de savoir si un ouvrage public était exceptionnellement dangereux. Or, on sait que le Conseil d'Etat adopte une conception éminemment restrictive de cette notion⁹⁷⁶. Le juge du fond, en revanche, avait retenu une conception beaucoup plus libérale de celle-ci. Ils avaient admis que les victimes d'un accident survenu sur une route de montagne relativement dangereuse puissent être indemnisées sur ce fondement. La qualification juridique des faits opérée par la juridiction du fond était donc correcte ou erronée, selon que le juge de cassation adopte une définition libérale ou restrictive de la théorie de l'ouvrage public exceptionnellement dangereux.

Notons, finalement, que le contrôle des qualifications ne prend tout son sens que s'il n'est pas possible d'inférer d'une règle déterminée la solution précise d'un litige. Une étape additionnelle est nécessaire pour permettre au juge d'interpréter, dans un contexte précis, la portée qu'il faut donner au principe abstrait à appliquer.

⁹⁷⁵ Cf. l'article 32 du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.

⁹⁷⁶ Seule la « route littorale » dans le département de la Réunion, avant qu'elle fasse l'objet d'importants travaux, a été qualifiée d'exceptionnellement dangereuse par les conseillers d'Etat, cf. M. Rougevin-Baville, « La responsabilité administrative », Hachette, 1992, p 86.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a maintenu le contrôle des qualifications au cours des instances de cassation. Cela étant, nous allons constater qu'il n'existe pas de définition uniforme, explicitant ce que recouvre précisément cette technique de contrôle.

B. Les deux conceptions du contrôle des qualifications.

Si après l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, le juge de cassation a maintenu le contrôle de l'erreur de qualification comme cas d'ouverture à cassation, la portée de cette cause d'annulation a cependant été réduite. Il en est ainsi parce qu'elle n'est plus systématiquement mise en œuvre et parce qu'une qualification erronée peut être censurée indirectement sur le terrain de l'erreur de droit, comme nous l'avons vu précédemment.

Dans ce contexte, il est devenu de plus en plus difficile pour la doctrine d'expliquer ce que recouvrirait exactement le contrôle des qualifications. Ce sont ces difficultés de définitions que nous allons aborder maintenant.

Aussi étrange que cela puisse paraître, si l'on songe au fait que l'opération de qualification est une démarche si fréquente au juriste qu'elle peut lui paraître quasiment naturelle, la qualification juridique des faits soulève de nombreuses questions au cours des instances de cassation. Il en est ainsi parce que le juge de cassation se doit d'examiner partiellement les arrêts qui lui sont déférés. Ne devant pas tout rejurer, les conseillers d'Etat sont contraints de choisir. C'est ce choix qui s'avère délicat. Il suppose de définir où commence et où s'arrête l'opération de qualification. Pour cela, il faut fixer le seuil d'intervention que le juge de cassation est prêt à s'autoriser par rapport à l'analyse des circonstances d'une espèce.

Il en résulte deux conceptions de la qualification juridique. Elle est soit analysée comme *une étape dans le raisonnement judiciaire*, c'est-à-dire comme une séquence (1°) ; soit elle est perçue comme *un instrument* permettant au juge de cassation de contrôler certaines notions. C'est l'approche réaliste (2°).

1°/ L'approche séquentielle.

Qu'est-ce que la définition séquentielle de la qualification juridique des faits ? Nous présenterons cette théorie avant de la critiquer.

1°) - Certains auteurs partent du postulat qu'un raisonnement judiciaire implique trois étapes ou séquences, qui s'enchaînent successivement, à savoir : la constatation de l'exactitude des faits, l'appréciation de ceux-ci et le choix de la qualification juridique pertinente. Le Président Odent a pu affirmer, dans une formule reprise par de nombreux Commissaires du gouvernement: « Il appartient au Conseil d'Etat, juge de cassation, de rechercher si les faits matériellement exacts retenus par les juges du fond, compte tenu de l'appréciation souveraine à laquelle ces juges se sont livrés, étaient de nature à motiver légalement la décision prise⁹⁷⁷ ». C'est ce qu'on a pu appeler l'approche « séquentielle⁹⁷⁸ ».

De ce point de vue, l'opération de qualification consiste à « raisonner juridiquement sur⁹⁷⁹ » les faits appréciés (i.e. : retenus comme probants) par les juges du fond. Il convient alors de déterminer ce qu'il faut entendre par raisonnement juridique.

M. le commissaire du gouvernement Van Ruymbeke a estimé que l'opération de qualification consistait à vérifier si les faits étaient conformes aux conditions posées par la loi⁹⁸⁰. Cette idée ancienne⁹⁸¹ a été critiquée en doctrine⁹⁸². Le juge de cassation ne se limite pas à vérifier si les juridictions du fond ont correctement appliqué une ou plusieurs conditions légales. De nombreuses notions du droit public ne sont pas définies par le législateur mais par la jurisprudence.

⁹⁷⁷ Président Odent, « Traité du contentieux administratif. », Les cours de droit, fasc. 6, p 2087.

⁹⁷⁸ Ce mot est souvent utilisé. Cf. B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 686 ; B. Marais, conclusions sur CE 10 juin 1994, SA Les grands travaux de Franche-Comté, RFDA 1995, p 672.

⁹⁷⁹ O. Van Ruymbeke, conclusions sur CE Section 27 mai 1988, Mujica Garmendia, RFDA 1989, p 47.

⁹⁸⁰ Conclusions précitées sur CE Section 27 mai 1988, Mujica Garmendia, op. cit., p 48 et s. Voir également : P. Hubert, conclusions sur CE Section 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p 113.

⁹⁸¹ En 1822, le Président Barris, membre de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, avait déjà exprimé cette théorie. Cf. J. Massot, O. Fouquet, J-H. Stahl et M. Guyomar, « Le Conseil d'Etat juge de cassation. », Berger-Levrault, L'administration nouvelle, 5^{ème} éd., p 119.

⁹⁸² Ibidem.

Mais tous les tenants de l'approche séquentielle du raisonnement judiciaire adoptent la même démarche que celle qui a été préconisée par M. Van Ruymbeke, à cela près qu'ils substituent à l'expression « condition légale », celle de « question de droit ».

M. le commissaire du gouvernement Marais proposait une théorie fondée sur un contrôle en « dégradé ». Selon lui, le Conseil d'Etat ne devait pas adopter un critère subjectif ou discrétionnaire, pour choisir quelles qualifications contrôler. Il préconisait un critère objectif, supposé plus proche du raisonnement du juge⁹⁸³. En réalité, il souhaitait que le Conseil d'Etat s'éloigne « le plus possible du domaine du fait, mais sans sacrifier aucune question de droit⁹⁸⁴ ».

2°) - Les théories qui viennent d'être abordées appellent deux séries de critiques.

En premier lieu, cette théorie suppose qu'une classification puisse être objectivement établie entre questions de fait et de droit. Or il n'existe pas de critère objectif de la juridicité, ce qui voue à l'échec toute tentative de définition claire et précise de ce qui relève de la catégorie du droit ou des questions de fait.

L'approche séquentielle suppose qu'une répartition claire soit définie entre ce qui relève de la pré-qualification (ou de l'appréciation) et ce qui constitue une qualification. Elle postule également un contrôle de toute notion qualificative, dans la mesure où cette dernière est perçue comme suffisamment « juridique ».

Examinons un exemple tiré du contentieux de la répression disciplinaire dans les professions médicales. La théorie séquentielle considère que la juridiction disciplinaire juge si les faits, qui sont à l'origine de la poursuite disciplinaire, constituent une transgression de l'éthique médicale. En d'autres mots, les juges du fond procèdent à une qualification matérielle des faits. Le juge de cassation ne remettra pas en cause cette analyse des faits, parce qu'elle a une dimension médicale.

⁹⁸³ « Au critère subjectif, du souhait du juge, nous préférons la rationalité objective de son raisonnement, et de son rôle dans la société. Celui-ci consiste, à partir du particulier et par une démarche de qualification, à construire une règle de droit, générale et universelle par l'interprétation de la loi », cf. B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 686.

⁹⁸⁴ B. Marais, conclusions précitées, p 686.

Le juge de cassation examinera, en revanche, le point de savoir si les constatations, médicales ou éthiques, établies par la section disciplinaire sont de nature à justifier le prononcer d'une sanction. La théorie séquentielle postule que seule cette démarche est proprement juridique. Cette distinction entre d'une part, qualification juridique, et d'autre part, qualification non-juridique est purement subjective. Nous allons voir, maintenant, qu'elle donne du contrôle de cassation une vision erronée.

En second lieu, cette conception « séquentielle » du contrôle des qualifications soulève une autre difficulté majeure. Il n'est pas rare qu'une qualification déterminée soit conditionnée par l'appréciation souveraine des juges du fond. MM. Touvet et Stahl ont justement noté qu'il arrive qu'une notion soit « à ce point tributaire de la description de la situation de fait, [que] la démarche de qualification perd quasiment toute substance⁹⁸⁵ ».

Revenons au contentieux disciplinaire des médecins et examinons, par exemple, l'arrêt « Ezelin⁹⁸⁶ » de 1996. La section disciplinaire du Conseil de l'Ordre des médecins avait constaté que M. Ezelin avait mis l'un de ses patients en relation, à son cabinet et en sa présence, avec un « guérisseur » en le présentant comme susceptible de le soulager des maux dont il était atteint. L'instance ordinaire a prononcé à l'encontre du médecin l'interdiction d'exercer la médecine pendant un an.

Le juge de cassation, après avoir constaté que les pièces du dossier n'avaient pas été dénaturées, a considéré que de tels faits étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire.

L'affaire « Ezelin » montre qu'il n'est pas possible de distinguer qualification morale et qualification juridique. Et s'il est vrai que le juge de cassation ne contrôle pas les constatations et les appréciations souveraines des juges du fond, alors il faut en conclure que dans l'affaire « Ezelin », il ne contrôle rien. La juridiction disciplinaire a caractérisé une faute, celle-ci est de toute évidence passible d'une sanction. En l'espèce, la faute morale est consubstantielle à la faute juridique.

⁹⁸⁵ cf. L. Touvet et J.-H. Stahl, chronique, AJDA, 1995, p 112.

⁹⁸⁶ CE 26 juillet 1996, Ezelin, p 305.

En ce cas, le contrôle des qualifications, s'il est exercé, paraît purement formel. On se demande ce que le juge de cassation peut contrôler ? Les éléments non contrôlés conditionnant ce qui fait l'objet d'un contrôle, l'examen du juge suprême est vidé de toute substance. Nous reviendrons plus en détail sur cette question au chapitre suivant. Mais contentons-nous de constater, pour l'instant, que le contrôle des qualifications peut se révéler n'être que formel et non réel.

A cause des difficultés soulevées pour définir rationnellement le contrôle des qualifications, certains ont conclu qu'il ne pouvait tout simplement pas y avoir de définition technique de ce cas d'ouverture, qui est exercé discrétionnairement par le Conseil d'Etat. C'est la théorie qui se prétend réaliste.

2°/ L'approche réaliste.

La seconde conception du contrôle des qualifications part d'un constat simple et péremptoire : le juge de cassation choisit les qualifications qu'il souhaite contrôler. Une formule de MM. Combarrous et Galabert exprime cette thèse : « les termes d'appréciation et de qualification servent à classer les hypothèses où le juge de cassation désire s'en remettre entièrement au juge du fond et celles où il désire au contraire se réserver un contrôle ⁹⁸⁷ ». Cette approche a été qualifiée de « réaliste ⁹⁸⁸ ».

La technique de la qualification des faits n'est évidemment qu'une méthode de contrôle à la disposition du juge de cassation. Celui-ci détermine dans chaque domaine ce qu'il souhaite contrôler et ce qu'il préfère laisser à l'appréciation des juges du fond.

Cette manière de voir est toujours partagée par certains membres du Conseil d'Etat. M. le Président Labetoulle a exprimé l'idée suivante : « Il est (...) surprenant de penser qu'il n'existe pas de critère clair et sûr permettant de procéder à [la distinction entre appréciation souveraine et qualification contrôlée] ou de rendre compte des solutions déjà admises. Tel est

⁹⁸⁷ MM. Combarrous et Galabert, *Chronique générale de jurisprudence administrative*, AJDA 1960, p 342 ; Cette remarque a été faite à l'occasion du commentaire de l'arrêt suivant : CE 9 mars 1960, Jourdan, p 189.

⁹⁸⁸ B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, *Société Clichy Dépannage*, RFDA 1995, p 686.

pourtant le cas ⁹⁸⁹ ». Finalement, « cette impossibilité d'un critère logique ⁹⁹⁰ » demeure une des caractéristiques saillantes du contrôle des qualifications en matière de cassation administrative.

Que penser de cette théorie ? Certes, à première vue, elle semble décrire fidèlement la jurisprudence administrative. Mais, à la réflexion, elle n'explique pas vraiment pourquoi le Conseil d'Etat choisit de contrôler certaines qualifications. Sous cet aspect, elle apparaît presque comme un aveu d'impuissance de la doctrine, face aux solutions jurisprudentielles. Non seulement, les auteurs admettent qu'il n'existe pas de critère logique permettant de distinguer ce qui est contrôlé, de ce qui ne l'est pas ; en outre, ils paraissent accrédi-ter l'idée qu'il est normal que le juge de cassation ne surveille pas la mise en œuvre de certaines notions qualificatives. C'est pourquoi la théorie réaliste n'est guère satisfaisante.

Faut-il en déduire que la répartition entre qualifications contrôlées ou non contrôlées est réalisée de façon purement arbitraire par le juge suprême ?

Certes le terme arbitraire est peut-être excessif. Mais c'est indéniablement l'expression d'un acte de volition qui explique la mise en œuvre du contrôle des qualifications. Cette théorie réaliste est, malgré tout, fort contestable. En effet, il nous semble qu'elle est affectée d'un vice interne, d'une contradiction, qui ne peut guère laisser le juriste indifférent.

Les contradictions de la théorie réaliste apparaissent, de façon relativement limpide, dans la citation suivante de M. Cayla. Ce dernier a affirmé que : « La critique féroce de la distinction entre la qualification des faits, qui serait spécifiquement juridique et objective pour des raisons tenant à une prétendue nature juridique des choses, et leur appréciation subjective, peut être tenue pour définitive : c'est le simple critère formel de la compétence institutionnelle de celui qui procède à la qualification, qui fait d'elle une qualification juridique, bien qu'elle ne diffère en rien, matériellement, d'une appréciation pouvant être d'ordre moral, politique, religieux, esthétique, etc. ; autrement dit, est une qualification juridique tout jugement apparemment de fait, mais en réalité commandé par une fondamentale et préalable évaluation

⁹⁸⁹ D. Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques. », *Droits* n°18, p 40.

⁹⁹⁰ D. Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques. », *op. cit.*, p 41.

de ce [qu'il] est politiquement souhaitable ou socialement acceptable de dire quant aux qualités de ce fait, pourvu qu'un tel jugement soit effectué par un organe étatique⁹⁹¹ ».

Le grand inconvénient de la théorie réaliste est d'effacer la frontière entre le juridique et le politique. M. Cayla, que nous venons de citer, ne semble pas distinguer le politique, du juridique. Voilà une contradiction majeure : l'explication d'un phénomène juridique est expliquée par des considérations fondamentalement non-juridiques, à savoir politiques. En dernière analyse, la théorie réaliste conduit à penser que le juge qui procède a une qualification contrôle ce qu'il veut. Si cette démarche réaliste se veut scientifique et objective, elle aboutit néanmoins à un résultat fort peu satisfaisant, qui consiste à affirmer qu'il n'est pas possible d'expliquer les solutions jurisprudentielles.

Si le contrôle des qualifications est difficile à définir, c'est aussi parce qu'il est mis en œuvre de manière discrétionnaire par la juridiction de cassation.

⁹⁹¹ O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit. », *Droits* n° 18, p 9.

§2. Le caractère discrétionnaire du contrôle.

Tous les essais de définitions doctrinales paraissent buter sur une même difficulté : comment expliquer et justifier que certaines notions qualificatives ne soient pas contrôlées par le juge de cassation ? Or cette question est au cœur du problème qui nous intéresse.

Il s'agit d'examiner s'il existe un critère de sélection, objectif et rationnel, qui explique de façon convaincante, les deux questions suivantes. En premier lieu, pourquoi la mise en œuvre de certains concepts qualificateurs est-elle surveillée par le juge de cassation ? En second lieu, pour quelles raisons l'application de certaines notions qualificatives est-elle laissée à la sagesse des juges du fond ?

Dans sa thèse publiée en 1929, le Doyen Marty soulignait déjà que « les auteurs les plus récents s'accordent pour répondre que tout problème de qualification est question de droit et que sa solution par les juges du fond doit être contrôlée par la Cour suprême⁹⁹² ». Cet auteur en conclut que les notions qualificatives relèvent normalement du contrôle d'une juridiction de cassation.

L'évolution de la cassation administrative depuis la réforme de 1987 devait conduire les conseillers d'Etat à adopter une position de principe diamétralement opposée. En effet, les juges du Palais-Royal ne pouvaient pas ignorer la question du pourvoi en cassation en matière d'excès de pouvoir. Cette dernière devait aboutir à accorder aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation étendu, afin d'éviter la superposition d'instances juridictionnelles présentant à juger les mêmes questions. Ce pouvoir d'appréciation englobe un nombre relativement important de concepts qualificateurs.

Encore une fois, la dichotomie entre le fait et le droit s'avère inadaptée pour expliquer, justifier et anticiper quelles qualifications doivent être admises dans la sphère du contrôle de cassation. Et dès lors que le Conseil d'Etat décide de ne pas contrôler toutes les qualifications réalisées par les juges du fond, il lui revient de ventiler les concepts qualificateurs en deux

⁹⁹² G. Marty, « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 204. Il croyait d'ailleurs que « cette opinion [était] exacte », op. cit., p 204.

catégories : d'abord, celles qui sont susceptibles d'être discutées devant lui et ensuite, celles qui relèvent du pouvoir souverain des juridictions de dernier ressort.

Dans ce contexte, tout repose sur la question de savoir quel est le critère permettant d'opérer la ventilation entre les qualifications contrôlées et celles qui ne le sont pas par la Haute juridiction ? Or l'émergence d'un contrôle sélectif des qualifications (A.) n'a cependant pas débouché sur l'identification d'un critère de sélection (B.) précis. Cette solution peut sans doute s'expliquer par l'idée que le juge suprême n'aurait pas voulu s'enfermer dans un critère logique et rationnel qui, s'il avait été satisfaisant d'un point intellectuel ⁹⁹³, aurait présenté l'inconvénient de ne pas être suffisamment malléable et de ne pas permettre aux conseillers d'Etat de limiter leur examen d'un dossier aux seules questions qu'ils estiment suffisamment importantes pour relever de leur contrôle.

A. Le contrôle sélectif des qualifications.

Le juge administratif suprême choisit les notions qualificatives qui peuvent être discutées au cours d'une instance de cassation. Le contrôle des qualifications ne concerne que des concepts qui ont été préalablement sélectionnés. C'est en cela que ce contrôle est sélectif. C'est discrétionnairement que le juge de cassation paraît mettre en œuvre ce contrôle.

En effet, il n'est pas toujours aisé de savoir pourquoi certaines qualifications sont contrôlées ou non par les conseillers d'Etat. Pour ce motif, le contrôle des qualifications paraît discrétionnaire (1°). Par ailleurs, les conseillers d'Etat n'ont pas souhaité remettre en cause, de manière directe, l'autonomie d'appréciation accordée aux juges du fond, à l'égard des concepts qualificateurs dont l'appréciation est laissée à la sagesse des juridictions du fond, en refusant de consacrer ce que d'aucuns ont appelé la théorie de l'erreur manifeste de qualification (2°).

⁹⁹³ Dans la mesure où il aurait permis de mieux comprendre la jurisprudence de la Haute assemblée.

1°/ Le contrôle discrétionnaire des qualifications.

Les conseillers d'Etat n'ont pas souhaité exercer un contrôle de la qualification juridique des faits sur tous les concepts qualificateurs. Ils n'ont pas adopté une conception extensive de cette cause d'annulation. Les magistrats du Palais-Royal ont préféré restreindre leur contrôle en la matière à certaines qualifications présélectionnées. Ce rejet d'un contrôle étendu (a.) et l'adoption d'une surveillance restreinte (b.) sont les deux caractéristiques du contrôle discrétionnaire des qualifications.

a./ Le contrôle étendu à toutes qualifications.

Il existe une rupture entre ce que prône une partie importante de la doctrine et les solutions jurisprudentielles adoptées par les conseillers siégeant au sein des juridictions suprêmes, en matière de qualification juridique des faits, au cours des instances de cassation.

En effet, depuis maintenant de nombreuses décennies, des auteurs privatistes affirment qu'une juridiction de cassation doit contrôler toutes les qualifications juridiques. Cela leur semble en conformité avec la mission dévolue à une juridiction suprême (1°). Ces idées auraient pu inspirer le Conseil d'Etat et influencer l'évolution du recours en cassation depuis 1987, dans la mesure où cette thèse paraît très convaincante. Mais la Haute juridiction n'a pas, on le sait, retenu cette solution (2°).

1°) - La doctrine privatiste affirme en général que la Cour de Cassation devrait contrôler toutes les notions qualificatives. Pour M. Boré, toute opération de qualification est juridique⁹⁹⁴ et « toute distinction entre les qualifications est arbitraire⁹⁹⁵ ». Le contrôle du juge de cassation sur ces dernières devrait être systématiquement mis en œuvre, notamment pour préserver « l'égalité des droits⁹⁹⁶ » entre justiciables.

Dans la première moitié du 20^{ème} siècle, le Doyen Marty avait soutenu que la Cour de Cassation devait contrôler toutes les qualifications juridiques. Il justifiait cette position en invoquant l'idée selon laquelle l'opération de qualification complétait la définition de la notion juridique appliquée. « Par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion⁹⁹⁷ ». Il a exprimé sans ambiguïté que « ce contrôle est nécessaire pour assurer la certitude et l'unité du droit⁹⁹⁸ ».

Le Doyen Marty semble n'avoir retenu qu'une seule hypothèse, où le contrôle des qualifications ne s'avérerait pas utile pour maintenir l'unité d'interprétation des notions juridiques. Il en est ainsi quand les circonstances d'une affaire sont tellement particulières qu'il paraît difficile de transposer la solution retenue à d'autres situations, en effet il pourrait être délicat d'établir une analogie avec d'autres cas d'espèce⁹⁹⁹.

⁹⁹⁴ J. Boré, « La cassation en matière civile. », Sirey, 1980, p 480 et s.

⁹⁹⁵ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 209.

⁹⁹⁶ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 210. C'est l'argument le plus fort des partisans de la thèse du contrôle systématique de toutes les qualifications. Si l'on considère que le recours en cassation est un droit, il paraît logique de garantir à toutes les personnes intentant un pourvoi que leur requête sera traitée de manière rigoureusement identique. Partant, si la juridiction de cassation décide de contrôler les qualifications juridiques des faits opérées par les juges du fond, elle devrait étendre le bénéfice de ce contrôle à tous les demandeurs en cassation.

⁹⁹⁷ G. Marty, « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 205. « Cette définition est sans doute très souvent complexe et encombrée de circonstances particulières qui sont celles de l'espèce envisagée, mais elle est tout de même une définition », op. cit., p 205.

⁹⁹⁸ G. Marty, « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 206. Selon cet auteur, la juridiction de cassation « doit examiner dans tous les cas, si la définition particulière de la notion légale qui résulte de la qualification donnée aux faits du procès est admissible ou si elle n'est pas au contraire incompatible avec la notion considérée », op. cit., p 206.

⁹⁹⁹ Cf. G. Marty, op. cit., p 209 : dans certaines affaires, « il est bien possible que la qualification emporte définition mais cette définition (...) est si spéciale que sa portée est strictement limitée au procès considéré (...). L'intervention de la Cour de Cassation est donc sans intérêt pour le maintien de l'unité de jurisprudence ».

Selon Marty, le contrôle de la qualification des faits par la Cour de Cassation est d'autant plus efficace que la situation de fait à qualifier est simple, c'est-à-dire s'il y a « quelques faits peu nombreux, précis et susceptibles de se retrouver souvent pareils dans des situations analogues¹⁰⁰⁰ ». En revanche, si la situation de fait est « complexe et particulière¹⁰⁰¹ », le contrôle du juge de cassation « perd de son intérêt au point de vue de l'unification de la jurisprudence¹⁰⁰² ».

Les partisans de la théorie du contrôle étendu soutiennent que c'est la mission dévolue aux juges suprêmes qui sous-tend et légitime cette thèse. C'est parce que l'opération de qualification contribue à définir une règle de droit qu'elle est perçue comme devant être mise en œuvre par la juridiction de cassation.

M. Boré n'a-t-il pas écrit à ce sujet : « Le contrôle de la qualification juridique des faits est le principal moteur de cette interprétation, car c'est lui qui oblige le juge à définir la notion légale et à dire si la situation de fait constatée peut entrer dans cette définition¹⁰⁰³ ». Cette interprétation peut être nécessaire afin que la norme juridique soit adaptée « aux besoins sociaux¹⁰⁰⁴ ».

Cette thèse est très convaincante, parce qu'elle est, tout à la fois, cohérente, logique et rationnelle. Elle considère, en quelque sorte, que le recours en cassation est une forme de recours pour excès de pouvoir, ouvert à l'encontre des décisions définitives des juges du fond. Sous cet angle, il importe que le juge de cassation examine toutes les notions qualificatives, afin d'éviter l'arbitraire des juridictions inférieures.

Mais on sait aussi que cette thèse n'est ni praticable, ni réalisable. En effet, elle suppose que le juge suprême puisse réexaminer de nombreuses questions déjà tranchées, alors qu'en fait il n'est pas en mesure d'assumer un travail d'une telle ampleur. Le Conseil d'Etat est donc contraint, sur l'autel du réalisme, d'abandonner le jugement de nombreuses questions aux juges du fond.

¹⁰⁰⁰ G. Marty, « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 210.

¹⁰⁰¹ G. Marty, op. cit., p 210.

¹⁰⁰² G. Marty, op. cit., p 210.

¹⁰⁰³ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 197.

¹⁰⁰⁴ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif... », op. cit., p 197.

2°) - Les juridictions suprêmes n'exercent pas un contrôle systématique de toutes les qualifications. C'est le cas de la Cour de Cassation. Les chambres civiles de la Cour de Cassation exercent un contrôle sélectif des qualifications ¹⁰⁰⁵. Elles choisissent les notions dont elles souhaitent contrôler la mise en œuvre. Il en va de même, aujourd'hui, pour le Conseil d'Etat.

Certes MM. Damien et Boré ont pu affirmer, dans une étude comparative entre les cassations civile et administrative publiée trois ans après la réforme du contentieux de 1987, qu'« il est exceptionnel aujourd'hui que le Conseil d'Etat refuse le contrôle d'une qualification légale¹⁰⁰⁶ ». Force est de constater qu'aujourd'hui, cette allégation n'est pas fondée, si tant est, d'ailleurs, qu'elle l'ait jamais été. On sait, en effet, que le Conseil d'Etat a parfois été tenté de ne contrôler que formellement certaines qualifications juridiques. Et qu'il peut arriver, en droit public, qu'une qualification juridique soit dépendante de l'appréciation réalisée par les juges du fond. Or, cela est susceptible de brouiller les essais de comparaisons entre les jurisprudences administrative et civile en la matière.

Mais, aujourd'hui, les conseillers d'Etat ont clairement fait le choix d'exercer un contrôle sélectif des qualifications. D'ailleurs, dans ses conclusions sur l'affaire « Salva-Couderc » de 1998, M. le commissaire du gouvernement Hubert reconnaissait que certaines qualifications étaient laissées à l'appréciation des juges du fond ¹⁰⁰⁷.

Comment expliquer cette solution ? Il nous paraît raisonnable de penser que le Conseil d'Etat était condamné à opérer le choix suivant :

- Soit contrôler systématiquement toutes qualifications, mais dans ce cas le contrôle se serait avéré, bien souvent, purement formel.
- Soit sélectionner, discrétionnairement, les notions qualificatives qu'il souhaite contrôler. Auquel cas, lorsque le contrôle est mis en œuvre, celui-ci ne devrait pas être simplement formel, mais encore autoriser le juge suprême à requalifier les faits, si d'aventure il y avait lieu de le faire.

¹⁰⁰⁵ A. Cartier-Bresson, « Le recours pour excès de pouvoir devant le juge de cassation ». Préface de D. Labetoulle, Editions Panthéon Assas LGDJ, 1998, p 65 et s.

¹⁰⁰⁶ A. Damien et J. Boré, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile. », RFDA 1990, p 786.

¹⁰⁰⁷ P. Hubert, conclusions sur CE Section, 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p 116.

Dans la solution apportée par les conseillers d'Etat à ce dilemme, il nous semble que la problématique du recours en cassation en matière d'excès de pouvoir a joué un rôle très important. Parce qu'en définitive, la situation du Conseil d'Etat n'est pas celle de la Cour de Cassation. En effet, les magistrats du Palais-Royal sont conduits à examiner en instance de cassation le contentieux de l'excès de pouvoir qui a été attribué aux Cours et aux Tribunaux administratifs en application de la réforme de 1987. Or, la Cour de Cassation n'a pas à connaître pareille situation.

Il importe maintenant de voir l'influence que la question de l'excès de pouvoir a eue, sur l'évolution du droit de la cassation depuis 1987.

b./ Le contrôle restreint à certaines qualifications.

On a vu que le Conseil d'Etat choisit les notions qualificatives qu'il souhaite contrôler en instance de cassation. En outre, l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, loin de renverser cette tendance jurisprudentielle, a abouti à multiplier les hypothèses où la Haute juridiction refuse de mettre en œuvre le contrôle des qualifications. Comment expliquer ce phénomène ? L'examen de la jurisprudence permet d'avancer une réponse à cette question. En effet, les magistrats du Palais-Royal ont été amenés à statuer sur les arrêts rendus en matière d'excès de pouvoir par les juges du fond et cela a obligé le juge de cassation à repenser ce que devait être le contrôle des qualifications.

Pour quelles raisons l'évolution du contrôle des qualifications a-t-elle été, à partir de la réforme de 1987, intimement liée à la question du degré de contrôle du juge de cassation sur les décisions des juridictions inférieures rendues en matière d'excès de pouvoir ? Parce que les conseillers d'Etat ne voulaient pas consacrer une *légalité au cube*, c'est-à-dire une situation où le juge de cassation se transformait *ipso facto* en nouveau degré de juridiction.

Ainsi, par exemple dans l'affaire « Société Clichy Dépannage¹⁰⁰⁸ » de 1994, la Section du contentieux a décidé de ne pas contrôler en instance de cassation la question de savoir si un acte administratif, déféré à la censure du juge de l'excès de pouvoir, est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

Plus récemment, s'agissant d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative refusant d'agréer une adoption, le juge de cassation a décidé de ne pas contrôler l'appréciation à laquelle se livrent les juges du fond pour déterminer si les conditions d'accueil offertes par une personne qui s'est vue opposer un refus d'agrément, correspondent à l'intérêt d'un enfant¹⁰⁰⁹.

Il est très important que le juge de l'excès de pouvoir contrôle pleinement les circonstances de faits qui sont à la base d'un acte administratif. C'est à cette condition que la juridiction administrative peut prémunir les justiciables contre l'arbitraire de l'administration. Cela est bien connu des juristes ; d'ailleurs M. Cayla a pu affirmer ceci : « On sait (...) que la soumission du pouvoir exécutif aux normes du droit administratif (...) consiste avant tout dans l'emprise croissante du contrôle du juge sur les motifs de l'acte administratif, c'est-à-dire essentiellement sur le pouvoir de qualifier des faits¹⁰¹⁰ ».

Encore une fois, le juge de cassation doit concilier des objectifs contradictoires. D'un côté, le principe de sécurité juridique postule que les justiciables doivent connaître rapidement l'issue de leur affaire. D'un autre côté, le juge suprême a pour mission de surveiller si les juridictions du fond ont régulièrement rempli leur mission juridictionnelle. Or, contrôler scrupuleusement, en instance de cassation, les qualifications juridiques effectuées par les juges du fond statuant en excès de pouvoir, conduirait inévitablement le juge suprême à rendre des arrêts de cassation. Cela pourrait saper la confiance que les justiciables peuvent avoir dans les juridictions du fond et les conduire à contester leurs arrêts devant le Conseil d'Etat.

C'est ce qui a poussé, nous semble-t-il, les conseillers d'Etat à restreindre leur contrôle en matière de qualification juridique. Cela jette un éclairage plus cru sur certaines conclusions de commissaires de gouvernement, qui comme, par exemple M. Marais, avaient exposé, en

¹⁰⁰⁸ CE Section 18 novembre 1994, Société Clichy dépannage, p 505.

¹⁰⁰⁹ CE 5 juin 2002, Mlle B., AJDA 2002, p 622, conclusions P. Fombeur.

¹⁰¹⁰ O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit. », Droits n°18, p 13.

s'adressant à la Section du contentieux : « Si vous ne voulez pas vous ériger « en juges d'appel de l'appel », en troisième degré de juridiction, vous êtes alors invités à pénétrer plus avant dans le domaine de l'abstraction juridique, de la rationalité objective ¹⁰¹¹ ».

Il y a donc eu, progressivement, mise en place d'une politique de non-contrôle, de la part du Conseil d'Etat, en matière de qualification juridique. Cette situation devait conduire le Conseil d'Etat à considérer comme non susceptibles d'être discutées en cassation certaines questions relatives à la légalité d'un acte administratif.

Par contagion et en concomitance avec ce qui vient d'être décrit, d'autres concepts qualificateurs relevant cette fois de contentieux subjectifs ont été laissés à l'appréciation des juges du fond ¹⁰¹². Ainsi par exemple en matière de dommage de travaux publics, le juge de cassation ne contrôle pas la notion d'entretien normal d'un ouvrage public¹⁰¹³, alors même qu'il s'agit d'une des conditions essentielles qui doit être remplie afin que soit engagée la responsabilité de la puissance publique en ce domaine.

Le Conseil d'Etat choisit les qualifications qu'il souhaite contrôler. Il faut distinguer le contrôle de la qualification juridique des faits en tant que moyens de cassation, de l'opération intellectuelle consistant à qualifier une notion. C'est à un véritable « dédoublement de la notion de qualification ¹⁰¹⁴ » qu'a procédé le Conseil d'Etat. Certes, il est regrettable que le langage juridique manque de clarté sur ce point. Mais comme l'a affirmé M. le Président Labetoulle : « Il ne faut pas se laisser abuser par les apparences de terminologie : le terme « qualification » n'a pas le même contenu selon qu'il s'agit de rendre compte de la démarche du juge du fond ou de définir le contrôle que le juge de cassation exerce sur cette démarche ¹⁰¹⁵ ».

¹⁰¹¹ B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 685.

¹⁰¹² Voir infra les exemples donnés dans la section intitulée « Une souveraineté délimitée », p 387.

¹⁰¹³ CE 26 juin 1992, Comme de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, p 268, RFDA 1993, p 78, conclusions Le Chatelier.

¹⁰¹⁴ D. Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques. », Droits n°18, p 42.

¹⁰¹⁵ D. Labetoulle, op. cit., p 41.

La superposition du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir a rendu nécessaire de distinguer, encore plus que par le passé, ces deux voies de recours. De ce point de vue, la réforme de 1987 prolonge et accentue la différenciation de ces deux recours, qui est apparue vers le milieu du 20^{ème} siècle¹⁰¹⁶.

L'existence de qualifications juridiques laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond soulève la question de savoir si ces derniers ne risquent pas de mal appliquer celles-là. Afin de pallier cet inconvénient, ne serait-il pas opportun d'introduire en droit public l'idée d'un contrôle de l'erreur manifeste de qualification? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

2°/ Le rejet de la théorie de l'erreur manifeste de qualification.

Chacun s'accorde à penser que les notions du droit administratif perdraient de leur clarté si le Conseil d'Etat laissait aux juridictions subordonnées un trop grand pouvoir d'appréciation. Ceci n'est pas, bien sûr, spécifique aux juridictions administratives.

On a pu dire, à propos de la Cour de Cassation, qu'on « mesure (...) le danger de l'abandon du contrôle des qualifications : il peut conduire à l'arbitraire de juges du fond qui n'ont plus de directives et jouissent d'une totale liberté ¹⁰¹⁷ ».

Pour éviter ce genre d'écueil, il aurait pu paraître souhaitable d'instaurer un contrôle censurant les qualifications manifestement erronées. La chambre sociale de la Cour de Cassation avait tenté de le faire, mais cela a été critiqué par la doctrine (1°). Quant au Conseil d'Etat, il n'a pas adopté explicitement un contrôle de l'erreur manifeste en la matière et nous verrons que cela n'est peut-être pas sans poser des inconvénients (2°).

¹⁰¹⁶ Sur la lente évolution historique qui a abouti à distinguer recours en cassation et recours pour excès de pouvoir : cf. G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel », Sirey, 1958.

¹⁰¹⁷ X. Bachellier, « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. », in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. », Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p 103.

1°) - On sait que la Cour de Cassation ne contrôle pas toutes les notions qualificatives. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de Cassation ne contrôle pas la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement. Mais pendant un moment, elle a examiné si les juridictions du fond commettaient une erreur manifeste de qualification en la matière ¹⁰¹⁸.

Cette théorie a été vivement critiquée en doctrine. Deux citations, l'une de M. Boré, l'autre de M. Bachellier, permettront de prendre la mesure des critiques qui ont été émises en doctrine sur ce point.

M. Boré a estimé que « ce critère faisait un amalgame baroque de deux notions disparates : l'erreur manifeste d'appréciation, qui est une erreur de fait grossière (...) et la fausse qualification, qui est une erreur de droit. La transposition de cette notion dans l'erreur de droit introduisait l'arbitraire du juge dans un domaine où il n'a pas sa place : l'erreur de qualification existe ou elle n'existe pas ; elle n'est pas susceptible de degrés et si elle existe, le juge doit la censurer, sans se réfugier dans l'hésitation ou l'impressionnisme ¹⁰¹⁹ ».

M. Bachellier a aussi vertement contesté cette technique. Selon lui : « Ce procédé est à bannir ; il substitue un arbitraire à un autre mais surtout il n'apporte rien au plan de l'unité de droit, car le contrôle est purement disciplinaire, l'appréciation portée ne dépassant pas le cadre de l'affaire (pour le juge administratif, l'erreur manifeste d'appréciation est d'ailleurs une erreur de fait). Une autre méthode paraît donc préférable qui est de poser même dans les domaines non contrôlés, quelques principes que l'on pourrait qualifier de « périphériques » qui délimiteraient l'espace à l'intérieur duquel les juges du fond exerceront leur pouvoir souverain ¹⁰²⁰ ». Et cet auteur ajoute : « En édictant ainsi quelques principes élémentaires, la Cour de Cassation ne reprend pas d'une main ce qu'elle a donné d'une autre lorsqu'elle a abandonné le contrôle des qualifications. Elle se réserve un certain contrôle sur les décisions elles-mêmes et surtout au-delà de l'affaire elle dégage quelques règles de droit qui assureront une unité minima ¹⁰²¹ ».

¹⁰¹⁸ cf. Soc. 10 décembre 1985, Bull. V, n° 594, p 433 ; Soc. 12 décembre 1985, Bull. V, n° 610, p 444.

¹⁰¹⁹ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 201.

¹⁰²⁰ X. Bachellier, « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. », in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. », Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p 104.

¹⁰²¹ X. Bachellier, « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. », op. cit., p 105.

Ces critiques doctrinales sont, nous semble-t-il, excessives et paraissent ignorer les avantages que peut présenter le contrôle de l'erreur manifeste de qualification. En tout cas, elles ont sans doute produit un effet sur la chambre sociale de la Cour de Cassation, puisque celle-ci a abandonné ce cas d'ouverture à cassation.

Malgré ces critiques, il importe de souligner les mérites que pourrait avoir la théorie de l'erreur manifeste, si elle était incorporée au régime juridique de la cassation administrative. C'est ce que nous allons voir maintenant.

2°) - A première vue, on peut penser que l'erreur manifeste de qualification peut faire double emploi avec le contrôle de l'erreur de droit. Il est vrai que, bien souvent, l'erreur de droit peut sanctionner une qualification manifestement erronée. C'est l'hypothèse où la qualification retenue par les juges du fond, quoique relevant du domaine de l'appréciation souveraine, contrevient logiquement à la règle de droit qu'il fallait appliquer.

Mais, à la réflexion, il n'en va pas toujours ainsi. Le Conseil d'Etat refuse, à l'heure actuelle, de contrôler certains aspects des décisions juridictionnelles qui lui sont déférées. Il est de jurisprudence constante qu'il « n'appartient pas au juge de cassation de contrôler l'adéquation de la sanction à la faute ¹⁰²² ». Or il en va différemment, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir : le juge de l'excès de pouvoir vérifie si une sanction disciplinaire n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ¹⁰²³. N'aurait-il pas été intéressant de transposer cette solution dans le domaine du recours en cassation ?

On sait que l'exercice d'un pouvoir disciplinaire est susceptible d'entraîner des abus. Le contrôle de l'erreur manifeste permettrait d'accroître la surveillance qu'exerce la Haute assemblée sur les juridictions disciplinaires, et ce, afin de davantage protéger les libertés individuelles des personnes relevant de leurs compétences.

Dès lors que le juge de cassation ne contrôle pas toutes les qualifications, il est normal qu'il existe un cas d'ouverture à cassation permettant de censurer les éventuels abus qui pourraient être commis par les juridictions du fond. Au lieu de prôner un contrôle indirect des

¹⁰²² CE Section 7 janvier 1998, M. Trany, n° 163581, p 1.

¹⁰²³ CE Section 9 juin 1978, Lebon, p 245.

qualifications, par le biais de l'erreur de droit, il serait préférable de consacrer un cas d'ouverture *ad hoc* et ce, afin de censurer les erreurs dans l'application de la règle de droit sous leur véritable appellation, c'est-à-dire en tant qu'erreurs manifestes de qualification. Les critiques doctrinales citées plus haut, paraissaient vouloir ignorer cet aspect du problème, tant elles semblent préoccupées par l'idée de maintenir intacte la théorie générale de la cassation, sans se préoccuper de la question de savoir si elle est toujours adaptée aux exigences de notre temps.

L'existence d'un contrôle sélectif des qualifications soulève la question de savoir quel est le critère de sélection mis en œuvre pour déterminer ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas. C'est ce que nous allons voir dans les développements suivants.

B. La question du critère de sélection.

Dès lors que le juge de cassation a décidé de mettre en œuvre un contrôle sélectif des qualifications juridiques en instance de cassation, il importe de se demander quel critère de sélection est précisément retenu en jurisprudence. Or cette question, d'apparence si simple, soulève de bien grandes difficultés.

Si le juge de cassation effectue un choix entre ce qu'il entend contrôler et ce qu'il ne souhaite pas examiner, l'analyse de la jurisprudence ne permet pas d'identifier un critère objectif et rationnel qui permette d'expliquer les raisons de ce phénomène. Il en résulte que l'identification d'un critère de sélection pertinent n'est pas possible.

La question du critère répartiteur de compétence entre les notions qualificatives relevant du juge suprême et celles qui ressortissent aux juridictions du fond est une des controverses les plus célèbres soulevées par l'étude du recours en cassation.

La distinction entre le droit et le fait ne permet pas de résoudre ce problème, en l'absence de toute définition matérielle de la juridicité. C'est une toute autre approche qu'il convient de retenir pour appréhender cette question. Des auteurs ont essayé de rechercher un critère

pertinent (1°), mais leurs efforts se sont heurtés, inévitablement, à l'impossibilité d'en déterminer un qui soit suffisamment précis et convaincant (2°).

1°/ La recherche d'un critère.

Les critères habituellement évoqués ne sont pas satisfaisants, parce qu'ils sont fondés sur des facteurs qui ne sont ni clairs ni précis. Certains évoquent la nécessité d'unifier le droit (1°), d'autres avancent plusieurs facteurs qu'il s'agit de panacher (2°) (3°).

1°) - Certains privatistes soulignent, fort justement, que la Cour de Cassation contrôle une notion qualificative afin d'assurer l'unité de la législation. Ils en concluent que le critère justifiant le contrôle est la recherche de l'unité du droit.

M. Bachellier constate de manière pragmatique que « les auteurs qui s'intéressent à la cassation se sont demandé quels critères pouvaient guider la Cour de Cassation dans sa décision de contrôler ou de ne pas contrôler une qualification. Il semble bien que le critère principal du contrôle – le seul en tout cas qui permette d'expliquer toutes les solutions – soit la possibilité et l'utilité d'assurer l'unité du droit ¹⁰²⁴ ».

Selon ce même auteur, « le contrôle n'est possible et souhaitable que si une certaine unité du droit peut être atteinte, si le contrôle de la qualification peut permettre d'affiner la définition du présumé de la règle de droit. Il peut être abandonné s'il ne conduit en définitive la Cour de Cassation à rien d'autre qu'à rejurer l'affaire ¹⁰²⁵ ».

M. Boré adopte une position similaire, lorsqu'il affirme que la Cour de Cassation semble désirer limiter ses interventions « à ce qui lui paraît essentiel pour la sauvegarde de l'unité du droit ¹⁰²⁶ ».

¹⁰²⁴ X. Bachellier, « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. », in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation. », Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, p 101.

¹⁰²⁵ X. Bachellier, « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. », op. cit., p 103.

¹⁰²⁶ J. Boré, « La cassation en matière civile. », Sirey, 1980, N° 1578.

Cette approche est, certes, convaincante. Mais elle n'explique pas pourquoi le juge de cassation sélectionne les qualifications qu'il contrôle. Les explications développées par les auteurs que l'on vient de voir, sont beaucoup trop générales. Elles rendent compte de la finalité du recours en cassation, mais sont impuissantes à décrire son mode de fonctionnement. En définitive, les conclusions auxquelles arrive la majorité de la doctrine privatiste ne nous paraissent guère très intéressante. En tout cas, celle-ci n'a pas dégagé un critère rigoureux, qui permettrait de mieux comprendre la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de contrôle des qualifications.

La doctrine publiciste est-elle arrivée à un résultat plus heureux ? Les administrativistes ont parfois essayé de trouver un critère plus précis, afin d'expliquer le contrôle sélectif des qualifications mis en œuvre par le Conseil d'Etat. Ce sont les explications de ceux-ci que nous allons maintenant aborder.

2°) - Examinons les critères qui ont été proposés par MM. Fombeur et Guyomar. Ces auteurs pensent qu'en premier lieu, le juge de cassation doit éviter, voire prévenir, les contradictions de jurisprudence, afin d'éviter « l'apparition de précédents hétérodoxes ¹⁰²⁷ ».

En second lieu, MM. Fombeur et Guyomar estiment que le juge suprême examine si une notion qualificative présente un « caractère plus ou moins « balisé » ¹⁰²⁸ ». Ainsi, le juge de cassation se poserait la question de savoir s'il est confronté à une jurisprudence bien établie qui peut être appliquée sans difficulté par les juridictions du fond ou si, au contraire, l'état du droit jurisprudentiel n'est pas suffisamment clair, auquel cas le Conseil d'Etat doit intervenir pour préciser la règle de droit.

Enfin, MM. Fombeur et Guyomar considèrent qu'il revient au Conseil d'Etat de soupeser la « densité juridique ¹⁰²⁹ » d'une notion. L'objectif de cette opération étant, selon ces auteurs, de déterminer si la norme à appliquer présente un seuil d'abstraction suffisant pour l'assimiler à une règle juridique, ou si, au contraire, la mise en œuvre de la règle de droit ne se distingue pas de l'opération consistant à analyser les circonstances de fait d'une affaire.

¹⁰²⁷ P. Fombeur et M. Guyomar, chronique, AJDA 1999, p 795.

¹⁰²⁸ Ibid.

¹⁰²⁹ P. Fombeur et M. Guyomar, op. cit., p 796.

Notons immédiatement que ces éléments laissent une grande marge d'appréciation au Conseil d'Etat. En toute hypothèse, ces critères ne permettent pas de déterminer, en l'absence de précédent jurisprudentiel, si une notion sera contrôlée par le juge de cassation.

MM. Fombeur et Guyomar paraissent avoir été influencés par une opinion exprimée par M. le Président Labetoulle. En effet, ce dernier avait affirmé qu'il convenait « au fond, d'aménager au mieux des rapports de contrôleur à contrôlé, sans méconnaître, naturellement, que le principal critère de répartition tient à l'inégale densité juridique des appréciations, mais sans automaticité, avec le souci empirique de rechercher ce qu'il est possible et raisonnable de laisser à la souveraineté du contrôlé ¹⁰³⁰ ».

Finalement, cette théorie, qui suppose que le juge de cassation doit contrôler les notions qualificatives qui présentent un seuil de densité juridique suffisant, ne fait que reprendre, d'une manière certes plus habile, l'idée selon laquelle la répartition des compétences entre le juge suprême et les juges du fond repose sur la distinction du fait et du droit.

3°) - Examinons maintenant une théorie proposée par M. Hubert. Ce dernier estime que « l'utilité du contrôle ¹⁰³¹ » est le « déterminant rationnel ¹⁰³² » qui pousse les juges du Palais-Royal à contrôler une qualification juridique. Deux idées importantes furent proposées par M. Hubert pour caractériser l'utilité du contrôle. Elles peuvent être résumées par les deux questions suivantes.

En premier lieu, le juge de cassation devrait se demander si la situation de fait à l'origine du litige se retrouve dans de nombreuses affaires ? Dans l'affirmative, le juge de cassation peut intervenir pour établir « une jurisprudence lisible et utilisable ¹⁰³³ ».

En second lieu, les conseillers d'Etat examineraient si la jurisprudence est bien établie dans le domaine en cause. Cela renvoie explicitement à la question de savoir si le litige dont le juge de cassation est saisi entre dans la catégorie « des matières bien balisées ¹⁰³⁴ ».

¹⁰³⁰ D. Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques. », *Droits* 1993, n°18, p 43.

¹⁰³¹ P. Hubert, conclusions sur CE Section, 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p 114.

¹⁰³² Ibidem.

¹⁰³³ P. Hubert, conclusions précitées sur l'affaire « Salva-Couderc », RFDA 1999, p 117.

¹⁰³⁴ Ibidem.

Le critère de l'utilité du contrôle n'a pas été unanimement admis par la doctrine. Ainsi, par exemple, MM. Fombeur et Guyomar ont très justement souligné que « l'utilité du contrôle, au lieu de constituer l'un des critères utilisés par le juge de cassation, est en réalité la conclusion à laquelle il parvient à l'issue de [son] raisonnement ¹⁰³⁵ ».

Le grand intérêt de la théorie de M. Hubert est de chercher un critère de sélection des qualifications sans faire référence à la distinction fait-droit. Nous pensons que cette méthode est effectivement pertinente. Néanmoins, le critère retenu par M. Hubert présente de sérieuses lacunes. En effet, l'affirmation selon laquelle le juge de cassation doit contrôler une notion si cela présente une utilité, risque de faire sourire le juriste, dans la mesure où cette proposition peut passer, à tort ou à raison, pour une lapalissade.

Il résulte de ce qui précède qu'aucun des critères retenus en doctrine n'est réellement satisfaisant. Il faut se résoudre à l'idée qu'il n'existe tout simplement pas de critère en la matière.

2°/ L'impossibilité d'un critère.

Si la doctrine majoritaire tend à considérer que le juge de cassation pratique une « autolimitation ¹⁰³⁶ » en effectuant un contrôle sélectif des qualifications, il n'y a pas d'accord unanime sur les raisons qui expliquent ce phénomène. Les éléments de réflexion proposés pour expliciter l'attitude du Conseil d'Etat sont si imprécis et laissent une telle marge de manœuvre à la Haute juridiction, qu'ils paraissent paradoxalement accréditer l'idée qu'il n'existe aucun critère pour déterminer si une qualification doit être contrôlée par le juge de cassation.

¹⁰³⁵ AJDA 1999, p 795.

¹⁰³⁶ R. Hostiou, note sur CE Section 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, D 1999, Jurisprudence, p 102.

C'est la thèse à laquelle nous adhérons. Il nous paraît, en effet, qu'il faut distinguer entre d'une part, la finalité du contrôle des qualifications et d'autre part, l'impossibilité de donner les raisons précises qui, bien trop souvent, il faut l'admettre, conduisent le juge suprême à exercer ce contrôle.

En définitive un constat s'impose : il faut attendre que le Conseil d'Etat ait décidé de contrôler ou non une notion, pour savoir s'il y a contrôle.

Il n'y a donc pas de critère répartissant les qualifications entre la juridiction de cassation et celles du fond. On saisit vaguement que les juges du fond sont principalement compétents quand il s'agit des questions intéressant uniquement l'édiction d'une norme individuelle. Le juge de cassation se réserve le droit de contrôler les points susceptibles de présenter un intérêt pour la clarification du droit prétorien. Mais il ne s'agit là que de l'ébauche d'un critère et non d'une définition claire et précise de ce qui relève du contrôle des qualifications.

Encore une fois, la décision juridictionnelle apparaît comme un acte de volonté. L'absence de critère opérationnel permettant de distinguer, voire d'anticiper, ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas, illustre le caractère volitif de l'acte de juger.

Il faut donc admettre que la jurisprudence de cassation est entachée par une certaine imprévisibilité. Or celle-ci est contraire, nous semble-t-il, au principe de sécurité juridique. En conséquence, ne faut-il pas chercher les raisons qui poussent la Haute juridiction à adopter une jurisprudence qui soit imprévisible, en l'absence de tout précédent pertinent ?

Cette transgression du principe de la sécurité juridique doit, très certainement, être justifiée par un principe, au moins équivalent. Quel peut être ce principe ? Paradoxalement, il s'agit peut-être de l'idée selon laquelle il ne faut pas abusivement remettre en cause l'autorité de la chose jugée par les juridictions de dernier ressort ? En d'autres mots, il s'agit là d'un autre aspect du principe de la sécurité juridique.

Enfin, pour pleinement saisir ce qui est contrôlé, il faut analyser, domaine par domaine, la jurisprudence de la Haute juridiction et ce, afin d'essayer de dégager de grandes principes qui peuvent, bien souvent, pousser les conseillers d'Etat à contrôler une qualification juridique effectuée par les juges du fond. Ce sera l'objet de la seconde section, consacrée à l'examen des notions systématiquement interprétées.

Section 2 - Les notions systématiquement interprétées.

Dans les développements qui ont précédé, on a essayé de rechercher si l'on pouvait définir *in abstracto* le contrôle des qualifications au cours des instances de cassation. Devant l'échec d'une pareille approche, nous en avons déduit qu'il n'était guère possible de trouver une définition synthétique de ce cas d'ouverture à cassation.

C'est une autre approche de notre sujet que nous allons entreprendre maintenant. Nous verrons si, à travers l'examen de la jurisprudence, il est possible de découvrir le ou les domaines de prédilection du contrôle des qualifications. Il s'agit, en quelque sorte, de découvrir le ou les domaines privilégiés du contrôle des qualifications, afin d'y rechercher les grandes idées qui conduisent le Conseil d'Etat à surveiller la mise en œuvre d'une notion qualificative.

Une autre raison nous pousse à prolonger notre examen de la jurisprudence de cassation qui concerne le contrôle des qualifications. Il s'agit de la question des qualifications dépendantes de l'appréciation souveraine effectuée par les juges du fond. On a déjà présenté ce phénomène dans les développements qui ont précédé. Nous voudrions, ici, en entreprendre une analyse un peu plus rigoureuse. On se souvient, en effet, qu'il arrive que la qualification juridique des faits soit entièrement liée aux appréciations auxquelles sont parvenus les juges du fond. En pareille hypothèse, nous en avons conclu que le contrôle des qualifications, s'il est mis en œuvre par le juge de cassation, demeure un contrôle purement formel, vidé de toute substance. Il convient donc de distinguer deux situations.

Dans une première série d'hypothèses, la qualification juridique des faits, opérée par le juge de cassation, est indépendante des appréciations retenues par les juges du fond. Dans ce cas, les notions qualificatives dont le juge suprême admet de vérifier l'application au cours d'une instance de cassation, font *a priori* l'objet d'un contrôle étroit de la part du Conseil d'Etat. Le contrôle des qualifications est alors un moyen pour la juridiction de cassation d'approfondir son emprise sur la définition de certaines règles.

Dans ce cas de figure, le Conseil d'Etat se comporte, comme le Doyen Marty préconisait que la Cour de Cassation le fit. En d'autres mots, la juridiction suprême tend à contrôler les qualifications légales des juges du fond, afin de maintenir l'unité dans l'application jurisprudentielle de notions juridiques ¹⁰³⁷.

Cela ne contredit pas nécessairement l'idée de M. Boré selon laquelle l'opération de qualification comprend deux éléments : « La recherche de la définition abstraite, réalisant l'opération d'interprétation (...) [et] la vérification de l'adéquation du fait constaté à cette définition, réalisant le contrôle de l'application de la loi ¹⁰³⁸ ». Mais il nous semble que ces deux étapes se réalisent simultanément, de sorte qu'il n'est guère nécessaire de les distinguer.

En résumé, le Conseil d'Etat par le biais du contrôle des qualifications surveille l'interprétation concrète d'une norme abstraite. Chaque fois que les parties le demandent, une même règle sera systématiquement contrôlée par le juge suprême. Pour ces raisons, le contrôle des qualifications aboutit à *créer* des concepts dont les conseillers d'Etat vérifieront systématiquement l'interprétation qu'il convient d'en donner dans un litige déterminé. Mais il n'en va pas toujours ainsi.

Dans une seconde série d'hypothèses, le contrôle de la qualification juridique des faits peut s'avérer n'être qu'un contrôle purement formel. Dans ce cas de figure, la qualification des faits dépend des conclusions auxquelles sont arrivés les juges du fond et qui, par hypothèse, sont insusceptibles d'être remises en cause par le juge de cassation.

La grande difficulté, en ce domaine, réside dans le fait qu'il est difficile, à la lecture d'un arrêt, de savoir à quel point une opération de qualification est dépendante ou indépendante par rapport aux appréciations retenues comme pertinentes par les juges du fond. En effet, un lien complexe relie qualification juridique et appréciation souveraine. C'est pourquoi, il est

¹⁰³⁷ G. Marty, « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 208. « L'intervention de la Cour suprême s'impose pour vérifier l'exactitude de la qualification et de la définition qui en résulte pour la notion légale : en effet, pareille solution peut jouer le rôle de précédent et fixer la jurisprudence pour tous les cas semblables ; d'autre part, si le précédent n'est pas suivi, il y aura des décisions contradictoires », *ibid.*, p 208.

¹⁰³⁸ J. Boré, « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 211. Cet auteur ne pense pas qu'il faille abandonner l'application d'une notion aux juges du fond, une fois que la Cour de Cassation en a donné « une définition claire », *Ibidem*. Il estime, au contraire, que « l'unité du droit et l'uniformité de la jurisprudence ne peuvent être obtenues que par la censure de toute décision illégale », *Ibid.*, p 211.

possible d'affirmer qu'en fonction des circonstances d'un litige, l'appréciation conditionne plus ou moins directement la qualification. Nous reviendrons sur ce point plus loin.

La démarche que nous allons adopter dans les développements à venir est la suivante. Dans un premier temps, nous aborderons les solutions jurisprudentielles qui ont été retenues en matière de droit de la responsabilité. Les solutions admises, en ce domaine, sont parfois fort anciennes et, en outre, elles paraissent mettre en œuvre quelques grands principes qu'il est intéressant d'examiner. Dans un second temps, nous verrons s'il est possible d'appliquer à d'autres domaines du droit public, les conclusions auxquelles nous serons arrivés en matière de droit de la responsabilité.

C'est pourquoi, nous examinerons, successivement, les principes fondamentaux de la responsabilité administrative (§ 1), et la catégorie résiduelle des qualifications juridiques contrôlées (§ 2).

§ 1. - Les principes fondamentaux de la responsabilité.

En matière de droit de la responsabilité, le Conseil d'Etat exerce, nous semble-t-il, un contrôle assez cohérent. Entendons-nous, d'abord, sur le sens de l'expression *droit de la responsabilité*. Nous désignerons par là, non seulement le droit de la responsabilité de la puissance publique, mais aussi les règles régissant le droit de la répression disciplinaire, voire toute autre législation qui autorise la juridiction administrative à connaître d'une question de responsabilité. Il s'agit donc du droit de la responsabilité *latissimo sensu*.

Les solutions rendues en ces diverses matières nous paraissent tout à fait cohérentes, dans la mesure où le juge de cassation, en principe, décide de contrôler l'existence d'un fait générateur de responsabilité, ainsi que les circonstances pouvant aboutir à exonérer une personne de toute responsabilité dans un litige. Le contrôle est donc global : il englobe les causes de responsabilité et celles de non-responsabilité.

Enfin, la surveillance de la Haute juridiction est générale, parce qu'il n'existe que peu d'exceptions à la règle qui vient d'être décrite. Il convient d'examiner les solutions rendues dans le domaine que nous venons de définir, afin de rechercher les raisons concrètes qui soutiennent ces dernières. C'est ce que nous ferons en abordant d'abord, le contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur le fait générateur de responsabilité (**A.**) ; ensuite, la surveillance mise en œuvre à l'égard de la notion d'imputabilité au sens large (**B.**)

A. Le fait générateur.

Nous constaterons qu'en principe le juge administratif de cassation contrôle le fait générateur de responsabilité. Cela conduit la Haute juridiction, dans le cadre des régimes de responsabilité fondée sur une faute, à vérifier la mise en œuvre par les juges du fond du concept de faute (1°). En outre, dans les régimes de responsabilité sans faute (2°), les conseillers d'Etat examinent si les conditions requises furent correctement appliquées par les juridictions du fond.

1°/ Le concept de faute.

Au sens large, on peut définir la faute comme la transgression d'une obligation. Avant la réforme de 1987, le juge de cassation avait déjà l'habitude de vérifier si les juridictions disciplinaires avaient pu légalement estimer que les griefs retenus à l'encontre d'une personne poursuivie étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire. Le Conseil d'Etat contrôle donc l'existence d'une faute disciplinaire. Cette solution n'a pas été remise en cause en droit positif.

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, le Conseil d'Etat a été conduit à juger une partie importante du plein contentieux de la responsabilité de la puissance publique en tant que juge de cassation. A l'occasion de ce genre de procès, il a décidé de contrôler en cassation la notion de faute administrative.

Nous allons constater qu'en ce domaine les décisions récentes se placent dans le prolongement d'une jurisprudence ancienne. Nous examinerons, d'abord, les solutions classiques (1°), c'est-à-dire celles qui concernent, principalement, les juridictions disciplinaires, ensuite, les solutions nouvelles, qui concernent la théorie de la responsabilité de la puissance publique (2°).

1°) - Avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, le juge administratif de cassation examinait déjà si les juridictions disciplinaires avaient régulièrement caractérisé le manquement à la déontologie professionnelle susceptible de justifier une sanction disciplinaire.

Dans l'affaire « Gremeau¹⁰³⁹ » de 1957 par exemple, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins avait prononcé la radiation du tableau de l'Ordre, d'un praticien. Plusieurs motifs avait fondé cette décision. En premier lieu, l'intéressé utilisait un procédé de diagnostic effectué le plus souvent par correspondance, au vu de mèches de cheveux. Cette méthode a été considérée par la juridiction ordinaire comme incompatible avec

¹⁰³⁹ CE 20 février 1957, Gremeau, p 114.

l'exercice d'une saine médecine, parce que l'intéressé y avait recours de manière générale et systématique.

En second lieu, le juge disciplinaire avait relevé que le médecin délivrait un médicament dans des conditions contraires aux règles sur l'exercice de la pharmacie.

Le juge de cassation a considéré que la section disciplinaire a pu légalement estimer que les griefs retenus contre M. Gremeau étaient de nature à justifier le prononcé d'une sanction.

Dans l'affaire « Fontaine ¹⁰⁴⁰ » de 1987, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins avait prononcé la sanction de l'interdiction d'exercer la médecine pendant un mois à l'encontre d'un praticien. En effet, le docteur Fontaine avait un différend avec un médecin avec lequel il était associé. Le litige entre les deux médecins portait sur la question du partage d'honoraires entre associés.

Au cours d'une instance juridictionnelle non publique, M. Fontaine avait, pour sa défense, affirmé d'une part, ne pas vouloir partager ses honoraires avec un associé qui « surcote régulièrement ses actes », et d'autre part, il ne voulait pas être complice de pareille « escroquerie ». La juridiction ordinale a sanctionné M. Fontaine, au motif que ses propos constituaient un manquement aux obligations de confraternité.

Dans ce contexte, les conseillers d'Etat ont estimé que la juridiction disciplinaire avait inexactement qualifié les faits retenus à l'encontre du docteur Fontaine et qu'il n'y avait pas, en l'espèce, violation de l'obligation de confraternité.

Le Conseil d'Etat contrôle donc si des faits sont de nature à justifier une sanction disciplinaire. Cela conduit le juge de cassation à contrôler si les faits à l'origine des poursuites constituent des manquements à des principes fondamentaux de la déontologie médicale ¹⁰⁴¹.

De même, le Conseil d'Etat contrôle si un médecin a violé le secret médical ¹⁰⁴² ou si une personne s'est rendue coupable d'exercice illégal de l'art dentaire ¹⁰⁴³.

¹⁰⁴⁰ CE 27 mars 1987, Fontaine, p 110.

¹⁰⁴¹ CE 4 octobre 1991, Milhaud, n° 100064, p 320. Voir également : CE 24 février 1988, Chemla, T p 992.

¹⁰⁴² CE 23 avril 1997, Lévy, p 162.

¹⁰⁴³ CE 17 octobre 1997, Gave, T p 1041 ; DA 1997, n° 391, note R.S.

Par ailleurs, on peut signaler que le juge de cassation veille à ce que la preuve de l'inexactitude des faits qui sont à l'origine d'une poursuite disciplinaire, ne soit pas mise à la charge de la personne poursuivie¹⁰⁴⁴.

En matière de contentieux disciplinaire, il nous semble que c'est la protection des libertés individuelles de la personne poursuivie qui justifie que le juge de cassation contrôle la qualification de faute.

Notons, enfin, que des solutions similaires sont retenues par le juge de cassation dans le domaine de la comptabilité publique. En effet, le juge de cassation examine la notion de comptable de fait¹⁰⁴⁵, or cela correspond à une faute comptable.

Vérifions maintenant le contrôle que le juge de cassation exerce sur les arrêts des juges du fond rendus en matière de responsabilité de la puissance publique.

2°) - Le Conseil d'Etat veille à ce que les juges du fond qualifient correctement les faits susceptibles de constituer une faute administrative.

Dans l'affaire « Commune de Colombes¹⁰⁴⁶ » de 1994 par exemple, la Cour administrative de Paris avait considéré qu'une commune était partiellement responsable du préjudice subi par une entreprise privée du fait de l'occupation des locaux de son établissement de Colombes, par certains de ses salariés. Les juges du fond avaient regardé comme fautif le soutien apporté par la municipalité de Colombes au personnel se maintenant irrégulièrement dans les locaux d'une entreprise. En l'espèce, le juge de cassation a jugé que la Cour administrative n'a pas donné aux faits une qualification inexacte, en estimant fautive l'attitude de la commune de Colombes.

Ainsi, le juge suprême contrôle la question de savoir si une commune a commis une faute en s'abstenant de proposer un logement convenable à un instituteur qui en avait fait la demande¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ CE 26 février 1982, Gontard, p 92.

¹⁰⁴⁵ CE Section 6 janvier 1995, (3 affaires) Nucci, p 6 ; Oltra, p 11 ; Gouazé, p 12.

¹⁰⁴⁶ CE 25 novembre 1994, Commune de Colombes, p 513.

¹⁰⁴⁷ CE 22 février 1995, Commune de Glaire, p 100.

De même, le Conseil d'Etat examine le point de savoir si la carence d'une Commission paritaire, pour statuer sur le sort d'une personne, constituait une faute¹⁰⁴⁸. Pareillement, le juge de cassation vérifie si les conditions d'intervention des services de lutte contre l'incendie révélaient une faute lourde¹⁰⁴⁹.

En matière contractuelle, le juge de cassation examine la question de savoir si les désordres souverainement appréciés, qui affectent un ouvrage, engagent la responsabilité d'un constructeur, sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil¹⁰⁵⁰.

Notons que des solutions similaires sont adoptées par la Cour de Cassation. En effet, M. Boré a noté, fort justement, qu'en droit privé : « Nul ne peut être déclaré fautif sans avoir le droit d'en appeler au contrôle de la Cour régulatrice¹⁰⁵¹ ». Rien ne s'oppose, nous semble-t-il, à ce que cette conception soit transposée en droit public.

C'est, très certainement, la volonté de garantir les libertés publiques des justiciables qui justifie l'idée selon laquelle une cour suprême se doit de contrôler, au cours d'une instance de cassation, le bien-fondé de la décision des juges du fond reconnaissant que la responsabilité d'une personne est engagée à l'égard d'une autre.

Il faut malgré tout souligner qu'il est difficile de cerner, en droit administratif, la portée exacte du contrôle du juge de cassation sur le concept de faute. En clair, on se demande, bien souvent, si le contrôle est réel ou s'il demeure formel ? Il n'y a pas, nous semble-t-il, de réponse aisée à cette question. Dans les exemples qui ont précédé, nous avons vu que la question de savoir si une personne a commis une faute implique toujours d'examiner en détail les circonstances d'un litige. Or bien souvent, l'examen des faits révèle qu'une faute a été, de toute évidence, commise. Dans cette dernière hypothèse, le juge de cassation contrôle certes la qualification juridique de faute, mais il est, en quelque sorte, dans une situation de

¹⁰⁴⁸ CE Section 18 mars 1994, Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés c/ M. Cohen, n°107231 ; RFDA 1995, p 670, conclusions D. Kessler.

¹⁰⁴⁹ CE 18 novembre 1994, Epoux Sauvi, p 503.

¹⁰⁵⁰ CE Section 19 avril 1991, SARL Cartigny p 164 ; RFDA 1991, p 965, conclusions G. Le Chatelier.

¹⁰⁵¹ J. Boré, « La cassation en matière civile. », Sirey, 1980, N°1506.

compétence liée. L'examen des faits a révélé la faute et le juge de cassation en tire les conséquences.

En revanche, chaque fois que les faits sont ambigus et qu'ils ne révèlent pas de manière patente qu'une faute a été réalisée, le juge de cassation détient un véritable pouvoir de qualification. Il définit alors ce qui est fautif et ce qui est licite.

Au cours des instances de cassation, les conseillers d'Etat surveillent également si les juges du fond ont correctement mis en œuvre les règles qui régissent la responsabilité sans faute de la puissance publique.

2°/ Le contrôle du fait générateur dans les responsabilités sans faute.

Commençons par examiner les solutions retenues par le juge de cassation dans le contentieux de l'indemnisation des victimes qui ont subi un préjudice revêtant un caractère spécial et anormal.

Dans l'arrêt « Lavaud ¹⁰⁵² » de 1995, la Section du contentieux a décidé de contrôler la qualification de *préjudice spécial et anormal*. Les circonstances du litige étaient les suivantes. A la suite de troubles survenus aux Minguettes à Vénissieux, un office public d'habitation à loyer modéré a décidé la fermeture de dix tours d'habitation dans ce quartier. M. Lavaud avait une officine pharmaceutique à proximité. Mais après le départ de plusieurs centaines de locataires, qui représentaient l'essentiel de sa clientèle, il a dû fermer son officine.

La Cour administrative d'appel de Lyon avait rejeté la demande d'indemnisation présentée par le pharmacien, au motif que ce dernier ne tenait, de sa qualité de commerçant installé dans le voisinage d'ouvrages publics affectés au service public du logement, aucun droit au maintien de la clientèle procurée par ces ouvrages. Le juge de cassation a considéré que les juges du fond ont fait une inexacte application des règles qui régissent la responsabilité des personnes publiques, dans la mesure où le préjudice subi par M. Lavaud, du fait de la décision

¹⁰⁵² CE Section 31 mars 1995, Lavaud, p 155.

administrative en cause, est de la nature de ceux qui peuvent donner lieu à une indemnité. En conséquence, la Section du contentieux a annulé l'arrêt attaqué.

Cette solution a été confirmée par la suite. Ainsi, dans l'affaire « Commune de Lormont » de 1997 par exemple, le juge de cassation a examiné la question de savoir si les troubles occasionnés à la floraison de chrysanthèmes, par un éclairage public de forte puissance installé le long d'une route nationale, avait été à l'origine d'un préjudice anormal et spécial, pour un horticulteur ¹⁰⁵³.

Rappelons que dans l'affaire « Cala » de 1992, la Section du contentieux avait décidé de contrôler en cassation la notion *d'ouvrage public exceptionnellement dangereux*. Ainsi, c'est au vu des constatations des juges du fond, que les conseillers d'Etat décident si la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée à raison d'un ouvrage exceptionnellement dangereux ¹⁰⁵⁴.

Il résulte de ce qui précède qu'en règle générale, la Haute juridiction contrôle les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique au cours des instances de cassation. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il en va autrement. Ainsi, en matière de dommage de travaux publics par exemple, le juge de cassation a choisi de ne pas contrôler la notion *d'entretien normal d'un ouvrage public* ¹⁰⁵⁵. Cependant, il s'agit d'une des conditions qui doivent être remplies, afin que l'utilisateur puisse engager la responsabilité de l'administration en ce domaine.

En résumé, le Conseil d'Etat tend à vérifier si les juges du fond ont caractérisé les éléments constitutifs d'un fait générateur de responsabilité. Il demeure néanmoins des exceptions à cette règle ¹⁰⁵⁶, mais elles restent marginales.

¹⁰⁵³ CE 10 mars 1997, Commune de Lormont, p 75.

¹⁰⁵⁴ CE Section 5 juin 1992, Ministre de l'Équipement... c/ Epoux Cala, p 224.

¹⁰⁵⁵ CE 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, p 268 ; RFDA 1993, p78, conclusions Le Chatelier.

¹⁰⁵⁶ Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour dommages de travaux publics relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, cf. infra p 408.

Le juge suprême examine si, dans un contexte donné, il existe des motifs de non-responsabilité, c'est-à-dire des causes de non-imputabilité.

B. L'imputabilité lato sensu.

Nous avons vu que le juge de cassation examine si une personne est responsable. Nous allons maintenant constater que les conseillers d'Etat s'assurent aussi si les juridictions du fond ont valablement estimé qu'une personne n'était pas responsable. En effet, les conseillers d'Etat vérifient d'une part, s'il existe des causes d'exonération de responsabilité (1°), et d'autre part, l'existence d'un lien de causalité (2°).

1°/ Les causes d'exonération de responsabilité.

Examinons quelques affaires qui ressortissent à la question de savoir si la victime d'un préjudice n'a pas eu un comportement de nature à exonérer, en tout ou partie, la responsabilité de l'auteur du dommage. Le juge de cassation examine si le comportement de la victime est de nature à atténuer, voire exonérer, la puissance publique de toute responsabilité à son égard.

Dans l'arrêt « SARL Bau-Rouge » de 1993, les juges du fond avaient estimé d'une part, que l'administration avait commis une faute en accordant une autorisation illégale de lotir à une société. Mais, d'autre part, ils avaient considéré que la responsabilité de l'administration était atténuée par la faute commise par la société. Celle-ci avait, en effet, à l'appui de sa demande, présenté un dossier qui ne satisfaisait pas aux prescriptions du code de l'urbanisme.

Le juge de cassation a considéré que la Cour administrative d'appel n'avait pas procédé à une qualification erronée, en regardant comme fautif le fait, pour la société, d'avoir présenté, même de manière non-intentionnelle, à l'appui de sa demande d'autorisation de lotir, un dossier comportant une étude d'impact insuffisante¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁷ CE 28 juillet 1993, SARL Bau-Rouge, p 249.

C'est la même solution que le Conseil d'Etat a mis en œuvre dans l'arrêt « SA Les grands travaux de Franche-Comté » de 1994, rendu en matière de garantie décennale. En effet, le juge de cassation a contrôlé si un maître d'ouvrage a commis une faute qui serait de nature à exonérer totalement ou partiellement la responsabilité de la société ayant effectué des travaux¹⁰⁵⁸.

Venons-en à la notion de force majeure. Les conseillers d'Etat vérifient, le cas échéant, si les éléments constitutifs de la force majeure sont réunis¹⁰⁵⁹. Ainsi par exemple, dans l'arrêt « Compagnie de navigation maritime Syg Bergesen » de 1994, le juge de cassation a examiné la question de savoir si des données consignées par les autorités d'un port au commandant d'un navire ont constitué une faute de l'administration assimilable par sa gravité à un cas de force majeure¹⁰⁶⁰.

Abordons maintenant les problèmes soulevés par l'application des lois d'amnistie. On sait que le bénéfice des lois d'amnistie en matière disciplinaire, est habituellement subordonné au fait que leurs destinataires n'aient pas commis d'actes contraires à la probité, aux bonnes mœurs et à l'honneur.

Dans l'affaire « Virapin-Apou¹⁰⁶¹ » de 1971 par exemple, le juge de cassation a examiné le fait de savoir si un dentiste avait commis un manquement à l'honneur en procédant à une publicité interdite par le Code de déontologie.

La section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes avait sanctionné M. Virapin-Apou, au motif qu'il s'était livré à une publicité prohibée par la déontologie professionnelle. En effet, ce dernier avait adressé à divers services et entreprises une lettre circulaire les priant d'informer leur personnel qu'il assurait une permanence pour les soins dentaires entre midi et quatorze heures.

¹⁰⁵⁸ CE 6e/2e sous-section réunies 10 juin 1994 S.A. Les grands travaux de Franche-Comté (G.T.F.C.)-n°124761, conclusions B. Marais, RFDA 1995, p 671. Dans cette affaire, un Office public d'habitations à loyer modéré, disposant de services techniques qualifiés, n'a pas été considéré comme ayant commis de faute susceptible d'atténuer, partiellement, la responsabilité des maîtres d'œuvre. Le maître d'ouvrage n'aurait fait « qu'entériner le choix préconisé par les hommes de l'art » cf. conclusions B. Marais, précitées, p 674.

¹⁰⁵⁹ CE 16 octobre 1995, Epoux Mériadec, p 355. Voir également : CE 4 juillet 1997, Société Louis Dreyfus et autres, n° 147176, p 280.

¹⁰⁶⁰ CE 14 janvier 1994, Compagnie de navigation maritime Syg Bergesen et autres, T p 1152.

¹⁰⁶¹ CE Section 17 décembre 1971, Sieur Virapin-Apou, p 779, conclusions M. Braibant.

La Section du contentieux a considéré qu'en l'espèce cette publicité n'était pas contraire à l'honneur. En conséquence, l'intéressé bénéficiait des dispositions d'une loi d'amnistie, dont il revendiquait l'application.

Dans l'arrêt « Gueniot » de 1994, la Section du contentieux a considéré que n'était pas exceptée du bénéfice d'une amnistie, la faute consistant pour un praticien à prescrire des traitements qui ne pouvaient être utiles à une patiente atteinte d'une affection grave, alors qu'il n'avait pas tiré de profit pécuniaire des soins et conseils dispensés à cette dernière et qu'il avait clairement indiqué la nécessité d'une intervention chirurgicale ; mais il se heurtait à un refus délibéré de celle-ci de se soumettre à l'intervention ¹⁰⁶².

Sans prétendre être exhaustif, il convient de citer brièvement d'autres exemples. Ainsi, le juge de cassation examine si un médecin a manqué au devoir de probité, en contrevenant à la nomenclature des actes médicaux ¹⁰⁶³. Dans la décision « Subrini » de 1984, l'Assemblée du contentieux a examiné si le fait de ne pas fixer avec tact et mesure le montant des honoraires et d'exiger un paiement par chèque sans indication du bénéficiaire, justifiait l'exclusion du bénéfice d'une loi d'amnistie ¹⁰⁶⁴. Enfin, le juge suprême a considéré que n'était pas contraire à l'honneur, le fait pour un médecin acuponcteur de faire retirer de façon usuelle par une employée sans qualification médicale, les aiguilles qu'il posait dans le traitement de ses patients par acuponcture ¹⁰⁶⁵.

L'analyse de la jurisprudence révèle que le juge de cassation surveille scrupuleusement s'il existe dans un litige une cause d'exonération de responsabilité. A côté de l'existence d'une cause d'exonération, le juge suprême examine aussi certaines questions relatives à des problèmes de causalité.

¹⁰⁶² CE Section 18 mars 1994, Conseil départemental de l'Ordre des médecins du Nord c/ M. Gueniot, RFDA 1995, p 671.

¹⁰⁶³ CE 26 octobre 1973, Caisse primaire d'assurance maladie des travailleurs salariés de la Somme, p 600.

¹⁰⁶⁴ CE Ass. 11 juillet 1984, Subrini, p 259.

¹⁰⁶⁵ CE 24 juillet 1987, Vitiello, T p 594.

2°/ Le lien de causalité.

L'analyse de la jurisprudence administrative ne serait pas complète si nous n'examinions pas le contrôle que le juge de cassation met en œuvre relativement aux questions de causalité.

Dans l'affaire « Dubouloz ¹⁰⁶⁶ » de 1993, le juge de cassation a décidé de ne pas contrôler l'existence d'un lien de causalité. Les circonstances du litige étaient les suivantes. M. Dubouloz est décédé, au cours d'une baignade en mer, dans une zone où les courants sont violents. Les juges du fond ont estimé qu'il n'existait pas *de lien* entre le décès de l'intéressé au cours de la baignade en mer et l'insuffisance non contestée des moyens de secours mis en place par une commune. La Section du contentieux a considéré que cette question avait été souverainement tranchée par les juges du fond et qu'elle ne pouvait pas être discutée en cassation. Cette solution a été confirmée par la suite ¹⁰⁶⁷.

Quelques mois plus tard, le juge suprême a été amené à préciser la portée de cette jurisprudence. En effet dans l'arrêt « Les jardins de Bibémus ¹⁰⁶⁸ » de 1993, la Section du contentieux a examiné, au titre du contrôle des qualifications, le *caractère direct d'un lien de causalité*. Dans cette affaire, une autorisation de créer un lotissement avait été accordée à une société. Mais cette décision administrative avait été, par la suite, annulée par le juge administratif. En conséquence, la société en cause a réclamé la réparation du préjudice subi du fait de l'impossibilité de réaliser le projet immobilier en cause.

Les juges du fond ont considéré que l'impossibilité de réaliser le lotissement résultait de l'opposition d'un certain nombre de propriétaires au nouveau découpage des lots rendu nécessaire par la publication du plan d'occupation des sols de la commune. Le juge de cassation a estimé que les juges du fond avaient pu légalement déduire de ces constatations, que le préjudice allégué n'était pas la *conséquence directe* de l'illégalité de l'acte administratif annulé par la juridiction administrative.

¹⁰⁶⁶ CE Section 28 juillet 1993, Consorts Dubouloz, p 250.

¹⁰⁶⁷ CE 1^{er} février 1995, de Bray, p 60.

¹⁰⁶⁸ CE 26 novembre 1993, SCI Les jardins de Bibémus, p 327.

La jurisprudence postérieure a confirmé cette solution¹⁰⁶⁹. Le Conseil d'Etat contrôle donc en cassation le caractère direct d'un lien de causalité, entre les faits souverainement constatés et un préjudice¹⁰⁷⁰.

Le juge de cassation accepte de contrôler le *caractère direct* d'un lien de causalité, mais non l'*existence* de ce lien. Cela complique inutilement la compréhension de la jurisprudence administrative de cassation, dans la mesure où la frontière entre ces deux concepts apparaît artificielle¹⁰⁷¹. Mais cette jurisprudence révèle, comme nous l'avons déjà vu précédemment, la volonté du juge suprême de ne surveiller qu'un nombre limité de questions à travers la technique du contrôle des qualifications. Nous regrettons seulement que la lisibilité de la jurisprudence doive en pâtir.

En matière de droit de la responsabilité, l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat a révélé que deux grandes idées peuvent permettre de comprendre pourquoi le juge de cassation contrôle certaines notions qualificatives qui sont mises en œuvre par les juridictions du fond. C'est en premier lieu, nous semble-t-il, l'idée de préserver l'intégrité et la cohérence d'un régime de responsabilité, qui conduit la juridiction de cassation à surveiller l'application qui est faite par les juges du fond de certaines notions-clés.

Mais à cela vient, en second lieu, s'ajouter un autre objectif. En effet, la juridiction de cassation surveille aussi la mise en œuvre concrète de certaines notions, parce que cela permet de garantir aux justiciables que leurs affaires ont été correctement jugées. En d'autres termes, le juge suprême vérifie que le système juridictionnel administratif a résolu les litiges de façon adéquate et qu'ainsi les libertés individuelles des justiciables ont été protégées. Ici, c'est la protection des libertés publiques qui s'avère un élément fondamental à prendre en compte.

¹⁰⁶⁹ CE 16 octobre 1995, Epoux Mériadec, p 355.

¹⁰⁷⁰ Cf. CE 29 juillet 1994, Le Beuf, T p 1152.

¹⁰⁷¹ En ce sens : H. Farge, Commentaires sur Conseil d'Etat, Section, 28 juillet 1993, Consorts Dubouloz, n°117449, D 1995, SC, p 237.

Enfin, il convient de rappeler qu'en matière de droit de la responsabilité, la résolution des litiges est, bien souvent, dépendante de l'appréciation qui est faite des circonstances de faits, c'est-à-dire du contexte d'une affaire. Dans ces conditions, la qualification juridique des faits risque souvent d'être liée à la manière dont la situation a été appréciée par les juges du « fait ». Ainsi, nous avons vu que le juge de cassation contrôle parfois de façon simplement formelle les qualifications opérées par les juges du fond, au risque de brouiller la compréhension que les juristes peuvent avoir sur la portée exacte de son contrôle de cassation.

Nous allons maintenant voir s'il est possible de transposer les conclusions auxquelles nous sommes arrivé en matière de droit de la responsabilité, aux autres domaines du droit public.

§ 2. - La catégorie résiduelle des qualifications contrôlées.

On a vu précédemment qu'en matière de droit de la responsabilité, le Conseil d'Etat a adopté une démarche relativement claire : il contrôle, en principe, les notions qualificatives importantes qui conditionnent la mise en œuvre d'un régime de responsabilité déterminé. L'analyse des solutions admises en jurisprudence ne permet pas de découvrir d'autres catégories privilégiées de qualifications contrôlées aussi clairement définies. Il en est ainsi parce que, si le juge de cassation surveille la mise en œuvre, par les juges du fond, de nombreux concepts qualificateurs, ceux-ci interviennent dans des domaines fort différents les uns des autres. Dans ces conditions, il n'est guère évident de découvrir une unité entre toutes les solutions admises en jurisprudence. A bien des égards, les qualifications qui sont contrôlées par la juridiction de cassation constituent une catégorie résiduelle : le Conseil d'Etat choisit discrétionnairement les notions qualificatives, dont il souhaite surveiller la mise en œuvre.

Malgré tout, nous allons essayer de généraliser les conclusions dégagées à l'égard du droit de la responsabilité, aux autres domaines du droit public. Cela va nous conduire à distinguer deux catégories de contrôle, d'une part un contrôle de la qualification tendant à protéger la cohérence d'un régime de droit ; d'autre part, un contrôle visant à garantir aux justiciables que leurs libertés individuelles ont été protégées de manière adéquate. C'est pourquoi, nous aborderons successivement, la protection de l'intégrité des statuts juridiques (A), puis la protection des libertés individuelles (B).

A. La protection de l'intégrité des statuts juridiques.

Dans le langage courant, le terme statut désigne l'ensemble des textes qui fixent les garanties fondamentales accordées à une collectivité ou à un corps¹⁰⁷². C'est la définition que retient l'administrativiste, lorsqu'il utilise l'expression statut de la fonction publique, par exemple. Dans les développements qui vont suivre, nous adopterons une définition beaucoup plus large de la notion de statut juridique. Nous désignerons par là, tout un ensemble de dispositions

¹⁰⁷² Cf. Le Petit Larousse.

juridiques instaurant des droits et obligations, à l'égard de certaines catégories de personnes déterminées. Il pourra s'agir, par exemple, des obligations imparties aux contribuables, dont les bénéfices sont imposés selon les règles applicables aux bénéfices industriels et commerciaux ; ou des principes qui doivent être respectés pour déterminer si un fonctionnaire a été victime d'un accident de service.

Afin d'illustrer comment le contrôle des qualifications participe à la protection de statuts juridiques, nous aborderons quelques exemples tirés du droit fiscal (1°), puis du droit de la fonction publique (2°).

1°) - En matière de fiscalité des entreprises, le juge de l'impôt est parfois amené à examiner si une opération constitue un acte anormal de gestion. On sait que cette théorie permet au juge fiscal de considérer qu'une opération, comptabilisée par une entreprise, est irrégulière, dès lors qu'elle est étrangère à l'intérêt de cette dernière. Il en est, notamment, ainsi lorsqu'une mesure profite à un tiers par rapport à l'entreprise, sans que celle-ci en retire aucune contrepartie.

Le Conseil d'Etat contrôle la qualification juridique d'acte anormal de gestion. L'arrêt « Musel SBP¹⁰⁷³ » de 1992 permet d'illustrer le contrôle que le juge de cassation exerce en ce domaine.

Les circonstances du litige étaient les suivantes. Un établissement bancaire a octroyé une ligne de découvert à une entreprise pour les besoins de son exploitation, à la condition que le dirigeant social fournisse sa caution personnelle. La banque a ensuite invité le dirigeant à souscrire une assurance-décès dont le capital serait tenu à sa disposition pendant la durée des engagements. Les bénéficiaires de ce contrat d'assurance étaient des proches du dirigeant social. Mais un notaire était désigné comme réceptionnaire du capital-décès. Il avait pour mission de garder les fonds jusqu'à ce que la banque fût entièrement remboursée ou, en cas de non-remboursement, de lui remettre les fonds.

¹⁰⁷³ CE S 10 juillet 1992, Société Musel SBP, T p 921 ; RJF 8-9 / 92, n° 1249, conclusions O. Fouquet.

La ligne de crédit accordée pouvait varier, à la survenance éventuelle du décès du dirigeant, de zéro à 360 000 F. En conséquence, en cas de décès du dirigeant, l'indemnité prévue dans la police d'assurance pouvait bénéficier soit à la banque, soit aux proches du dirigeant, selon qu'il eût fallu ou non que cette somme serve à rembourser le découvert de l'entreprise.

Dans ce contexte, il s'agissait de déterminer si les primes d'assurance, payées par l'entreprise, étaient déductibles du résultat imposable de celle-ci. Les juges du fond avaient estimé que l'assurance qui avait été souscrite, satisfaisait aux exigences de la banque et répondait aux besoins de l'entreprise. Le juge de cassation en a déduit que les primes d'assurance versées par l'entreprise ne pouvaient pas être considérées comme des libéralités constitutives d'un acte anormal de gestion. Par suite, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêt déféré qui avait adopté une solution contraire.

Cette solution permet d'expliciter ce qu'il faut entendre par acte anormal de gestion, lorsqu'une entreprise effectue une opération qui est conforme à son intérêt, mais qui peut comporter un avantage éventuel pour un tiers. La Haute assemblée a, par la suite, confirmé la solution consistant à contrôler la qualification d'acte anormal de gestion¹⁰⁷⁴.

Le juge de cassation examine, bien sûr, de nombreuses qualifications juridiques se rapportant à la législation fiscale. Il n'est guère possible ici d'en faire un inventaire exhaustif. Nous nous contenterons de signaler que relèvent, par exemple, du contrôle des qualifications : en matière de taxe professionnelle, la notion d'employeur au sens de l'article 231-1 du Code général des impôts¹⁰⁷⁵ ; la notion d'abus de droit¹⁰⁷⁶ ; la notion d'opérations constitutives d'un cycle commercial complet à l'étranger, dont le résultat échappe à l'impôt sur les sociétés françaises¹⁰⁷⁷. De même, en matière de procédure fiscale, le juge de cassation examine si des faits constituent une opposition au contrôle fiscal au sens de l'article L 74 du Livre des procédures fiscales¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁴ Voir par exemple les arrêts suivants : CE 21 décembre 1994, SARL Gérard Gallet, RJF 2 / 95, n° 260 ; CE 16 février 1996, SARL Encyclopédies Quid, RJF 4 / 96, n° 415 ; CE 9 avril 1999, SA Pierre Thomas, RJF 6 / 99, n° 681 ; CE 24 mai 2000, CRCAM du Midi, RJF 7-8 / 00, n° 901.

¹⁰⁷⁵ CE 2 novembre 1994, Société UTA-Raillard, p 481.

¹⁰⁷⁶ CE 29 décembre 1995, Jomini, p 467 et T p 1007.

¹⁰⁷⁷ CE 4 juillet 1997, SA Marbrek, n° 146930, T p 1041.

¹⁰⁷⁸ CE 10 avril 1991, Di Fazio, p 131.

Des auteurs ont souligné le « grand interventionnisme¹⁰⁷⁹ » du Conseil d'Etat en matière fiscale. S'il en est ainsi, c'est certainement, comme l'a souligné M. Arrighi de Casanova, parce qu'en matière de cassation administrative, « la mission de toute cour suprême de veiller à une application uniforme de la règle de droit se conjugue avec le souci de préserver l'égalité des contribuables devant l'impôt¹⁰⁸⁰ ». On conçoit aisément qu'il « ne serait pas tolérable que tel ou tel acte génère un impôt dans le ressort territorial d'une cour administrative d'appel, et pas dans celui d'une autre cour¹⁰⁸¹ ».

Le principe de l'égalité devant l'impôt paraît légitimer un contrôle accru du juge de cassation sur les notions-clefs du droit fiscal. M. Gaeremynck souligne le particularisme de cette législation, lorsqu'il affirme, s'adressant à la Section du contentieux : « C'est une règle technique parfois difficile à appliquer, sur laquelle se greffe souvent une doctrine administrative, que d'ailleurs le juge fiscal dans certaines conditions applique concurremment à la loi elle-même, mais que précisément il importe, pour le juge, de bien distinguer de la loi. C'est une règle qui change souvent et vos formations administratives sont familières des dispositions permanentes en matière fiscale que comportent les lois de finances¹⁰⁸² ».

Enfin, on a parfois évoqué le « caractère répressif¹⁰⁸³ » du droit fiscal, pour justifier une surveillance accrue de la Haute assemblée en la matière.

Le Conseil d'Etat surveille aussi, bien sûr, la mise en œuvre de notions qui ne sont pas spécifiquement fiscales.

¹⁰⁷⁹ J.-P. Markus, « Qualification juridique des faits et cassation administrative fiscale. », AJDA 1995, p 79.

¹⁰⁸⁰ J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 917.

¹⁰⁸¹ J.-P. Markus, « Qualification juridique des faits et cassation administrative fiscale. », AJDA 1995, p 82. L'auteur poursuit en soulignant que : « C'est ce qui arriverait si les qualifications juridiques étaient trop lâchement contrôlées, et donc laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il en résulterait autant d'interprétations différentes des textes que de juges », op. cit. p 82.

¹⁰⁸² J. Gaeremynck, conclusions sur CE Section, 5 juillet 1991, SA Mondial Auto, RFDA 1991, p 954.

¹⁰⁸³ J.-P. Markus, « Qualification juridique des faits et cassation administrative fiscale. », AJDA 1995, p 80 : « la fraude à l'impôt porte atteinte à l'ensemble des contribuables scrupuleux, et donc à la société ».

2°) - Le Conseil d'Etat exerce encore un contrôle sur la qualification d'accident de service. On sait que pour le juge administratif un accident de service peut survenir en dehors des locaux de l'Administration. Il en est notamment ainsi en matière d'accidents de trajet¹⁰⁸⁴.

Le juge administratif admet d'indemniser les accidents survenus sur le trajet situé entre le domicile du fonctionnaire et son lieu de travail. En revanche, si le fonctionnaire s'écarte de son parcours normal et qu'au cours de ce détour il subit un préjudice, celui-ci ne pourra pas être pris en compte comme un accident de trajet. Cette règle de principe connaît deux aménagements. Le premier concerne les détours qui sont justifiés par les nécessités essentielles de la vie courante¹⁰⁸⁵. Le second vise les détours qui sont en rapport avec l'exercice des fonctions. Dans ces deux hypothèses, le détour ne fait pas perdre à l'accident son caractère d'accident du service.

L'affaire « Ferrand ¹⁰⁸⁶ » de 2001, permet d'illustrer le contrôle que la juridiction de cassation met en œuvre en ce domaine. Un enseignant avait été victime d'un accident mortel, alors qu'il se trouvait en dehors de son trajet habituel. Les juges du fond avaient considéré que l'intéressé avait été victime d'un accident de service, au motif qu'il avait dû, en raison de son état de fatigue, suivre par inadvertance l'itinéraire qu'il empruntait quelques années auparavant pour se rendre au lycée où il enseignait alors et, se rendant compte de son erreur, il avait rebroussé chemin.

Dans ce litige, le juge de cassation a estimé que la Cour administrative n'avait pas relevé que la présence de M. Ferrand en dehors de son itinéraire normal fût liée aux nécessités de la vie courante ou en relation avec l'exercice de ses fonctions. En conséquence, celle-ci avait inexactement qualifié les faits¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ Sur cette question cf. : C. Bertrand, « Congés, prestations sociales, hygiène et sécurité », Editions du Juris-Classeur, 1997, Administratif, Fascicule 182, points 29 et s.

¹⁰⁸⁵ Voir par exemple : CE 27 octobre 1995, *Ministre du budget c/ Mme Cloatre*, n° 154629.

¹⁰⁸⁶ CE 4 juillet 2001, *Ministre de l'Economie c/ Consorts Ferrand*, Gaz. Pal. 5-6 février 2003, p 15, note J-L. Pecchioli.

¹⁰⁸⁷ Pour un autre exemple d'arrêt où le juge de cassation contrôle la qualification d'accident de service : cf. CE Section 6 octobre 1999, *M. Rocas-Fernandez*, n° 180275, T p 856, 862, 987.

Sans prétendre être exhaustif, on peut citer brièvement d'autres exemples de notions qualificatives, qui relèvent de différents domaines du droit public, et dont la mise en œuvre est contrôlée en cassation. Ainsi, le juge de cassation surveille, au titre du contrôle des qualifications, la notion *d'établissement public industriel et commercial* ¹⁰⁸⁸.

De même, en matière de pension de réversion attribuée au conjoint d'un fonctionnaire de police tué au cours d'une opération de police, le juge suprême contrôle la notion *d'opération de police* ¹⁰⁸⁹. Le Conseil d'Etat surveille aussi la notion de crimes et délits commis par des attroupements de nature à engager la responsabilité de l'Etat ¹⁰⁹⁰ et la notion d'attroupement ou de rassemblement au sens de l'article 92 de la loi n° 83-08 du 7 janvier 1983 ¹⁰⁹¹.

Dans le domaine des contrats, la Haute juridiction contrôle l'existence d'un motif d'intérêt général, susceptible de justifier la résiliation d'un contrat administratif par l'autorité administrative ¹⁰⁹².

Enfin, notons qu'en matière d'urbanisme, les notions d'équipement propre à un lotissement et d'équipement public ¹⁰⁹³ sont contrôlées en cassation. Et le juge suprême surveille aussi la notion d'opération d'aménagement au sens de l'article L 300-1 Code de l'urbanisme ¹⁰⁹⁴.

Dans les divers exemples qui viennent d'être présentés, on a pu constater que le juge de cassation utilise la technique de la qualification juridique des faits, afin d'assurer et de protéger la cohérence de notions qualificatives déterminées.

Nous allons maintenant voir qu'il n'en va pas toujours ainsi. Dans les développements suivants, nous verrons que la qualification juridique des faits peut être utilisée comme un instrument de défense des libertés publiques.

¹⁰⁸⁸ CE 29 décembre 1993, Société « Saumon Pierre Chevance », p 380.

¹⁰⁸⁹ CE 3 décembre 1993, Mme Rondet, p 345.

¹⁰⁹⁰ CE 10 mai 1996 n° 146927, Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, p 172.

¹⁰⁹¹ CE 12 novembre 1997, AGF, n° 150224, T p 1041.

¹⁰⁹² CE 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, p 334.

¹⁰⁹³ CE 29 octobre 1997, Commune de Toulouges, p 380.

¹⁰⁹⁴ CE 30 juillet 1997, Ville d'Angers, n° 160949, DA 1997, comm. 365 ; note C.M., DA 1998, n° 30.

B. La protection des libertés publiques.

Il faut s'entendre au préalable sur le sens des mots. Le contrôle des qualifications constitue une mesure de protection des libertés publiques, dans la mesure où cela conduit le juge de cassation à examiner lui-même le bien-fondé d'un raisonnement juridique. Mais le résultat du contrôle des qualifications n'est pas toujours favorable aux particuliers. A travers les exemples que nous aborderons, nous constaterons qu'il s'agit aussi pour les conseillers d'Etat d'une technique permettant de faire prévaloir les droits de l'Etat sur ceux des personnes privées.

Nous examinerons divers exemples tirés d'abord du droit de l'expropriation (1°), puis en matière de décisions d'éloignement du territoire (2°).

1°) - En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, on sait que le juge administratif considère qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente¹⁰⁹⁵.

Par une décision du 3 juillet 1998, la Section du contentieux a choisi de contrôler la mise en œuvre par les juges du fond de la notion d'utilité publique¹⁰⁹⁶. Les circonstances de cette affaire méritent d'être présentées. Une Cour administrative avait jugé une opération d'expropriation valable pour plusieurs raisons. En premier lieu, l'immeuble objet de cette mesure était destiné à abriter un ensemble de services publics municipaux (i.e. : le comité des fêtes et l'office municipal de la culture), des services publics (un bureau de l'agence nationale pour l'emploi), ainsi que des activités d'intérêt général (club de troisième âge).

En second lieu, l'immeuble en cause formait avec l'hôtel de ville, auquel il était contigu, un ensemble architectural permettant à terme une réorganisation plus rationnelle de l'ensemble

¹⁰⁹⁵ Sur ce point : cf. CE Ass. 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, p 409, conclusions Braibant ; CE Ass. 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, p 657, conclusions Morisot.

¹⁰⁹⁶ CE Section 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p 112, conclusions P. Hubert ; RFDA 1999, p123, note A. Bourrel ; D 1999, jurisprudence, p101, note R. Hostiou ; AJDA 1998, p 792, chronique F. Raynaud et P. Fombeur.

des services municipaux. Enfin, les juges du fond ont estimé qu'il n'était pas établi que d'autres locaux situés à proximité immédiate de la mairie auraient pu remplir la même fonction.

Dans ce contexte, la juridiction de cassation a considéré que la Cour administrative avait pu légalement déduire de l'ensemble de ces constatations que l'opération d'expropriation présentait un caractère d'utilité publique¹⁰⁹⁷.

Le contrôle que le juge de cassation exerce sur l'utilité publique d'une opération n'a sans doute pas pour finalité exclusive la protection du droit de propriété¹⁰⁹⁸. Mais la surveillance mise en œuvre par le juge suprême démontre que celui-ci veut jouer un rôle éminent dans le délicat arbitrage qui vise à concilier droit de propriété et intérêt général. Ici, le contrôle des qualifications tend moins à définir la règle abstraite, qu'à arbitrer un différend, dont les données varient selon les affaires.

2°) - On sait qu'une mesure d'éloignement du territoire peut être prononcée, à la condition que celle-ci n'entraîne pas pour son destinataire une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale, par rapport à ce qui est nécessaire à la défense de l'ordre public¹⁰⁹⁹.

Dans le contentieux de la légalité des décisions d'expulsion, le juge de cassation examine si les juges du fond ont correctement qualifié les faits¹¹⁰⁰ du dossier. Ainsi, dans l'affaire « El Mouhaden¹¹⁰¹ » de 1999 par exemple, un étranger avait été condamné à six ans de réclusion criminelle pour viol. A sa libération, l'intéressé a fait l'objet d'une décision d'expulsion, sur le fondement que cela constituait une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou de la sécurité publique. Les juges du fond avaient estimé la mesure d'expulsion disproportionnée

¹⁰⁹⁷ Pour d'autres exemples d'arrêts où le Conseil d'Etat contrôle la qualification d'utilité publique : cf. CE Section 15 mars 1999, Mme Canonne, n° 162036, T p 833, 987 ; CE Section 2 juillet 1999, Commune de Volvic, n° 178013, p 238.

¹⁰⁹⁸ M. Hostiou avance d'ailleurs l'hypothèse selon laquelle le Conseil d'Etat tend à protéger davantage l'interventionnisme public, que le droit de propriété des personnes privées. Sur cette question cf. R. Hostiou, op. cit., p 102.

¹⁰⁹⁹ Cf. CE Ass. 19 avril 1991, M. Belgacem, n° 107470, conclusions R. Abraham, p 152.

¹¹⁰⁰ CE Section 11 juin 1999, Ministre de l'Intérieur c/ M. El Mouhaden, AJDA 1999, p 840, chronique P. Fombeur et M. Guyomar, AJDA 1999, p 789.

¹¹⁰¹ Arrêt précité.

par rapport au but poursuivi, au motif que l'intéressé s'était, au cours de sa détention, marié avec une Française et en raison de la qualité des liens qu'il entretenait avec sa belle-famille.

Le juge de cassation a estimé qu'en statuant ainsi, la Cour administrative avait inexactly qualifié les faits de l'espèce : la décision d'éloignement n'entraînait pas une atteinte excessive à la vie familiale de l'intéressé, eu égard à la gravité des faits de viol qu'il avait commis¹¹⁰².

Il nous semble que dans ce type de contentieux le juge de cassation substitue sa propre appréciation à celle des juridictions du fond, sans que cela éclaire vraiment ce qu'il faut entendre par la règle de droit, dans la mesure où la solution retenue est, en dernière analyse, liée aux circonstances propres à chaque litige. La solution adoptée paraît difficilement transposable à d'autres affaires¹¹⁰³.

Dans les exemples qui précèdent, nous constatons que le contrôle des qualifications est l'occasion pour le juge de cassation de substituer sa propre qualification à celle des juridictions du fond sans que cela rende forcément plus claire la signification de la norme appliquée.

Au terme de ce chapitre, il importe de résumer les conclusions auxquelles nous sommes arrivés en matière de contrôle des qualifications.

Une première idée doit être rappelée. Le Conseil d'Etat ne contrôle pas toutes les notions qualificatives au cours des instances de cassation. Ce phénomène est important dans la mesure où cela traduit une évolution majeure du recours en cassation en droit positif : le contrôle des qualifications devient moins juridique et plus politique. En effet, ce cas d'ouverture à cassation devient un instrument permettant aux conseillers d'Etat de mettre en œuvre la politique de contrôle qu'ils souhaitent exercer.

¹¹⁰² Pour un autre exemple jurisprudentiel : cf. CE Section 11 juin 1999, M. Cheurfa, AJDA 1999, p 841, chronique P. Fombeur et M. Guyomar, p 789.

¹¹⁰³ Pour une analyse en sens contraire cf. la chronique de MM. Fombeur et Guyomar (in AJDA, 1999, p 790.). Ces auteurs affirment que le contrôle de cassation tend ici à harmoniser les solutions qui sont rendues par les différentes Cours administratives. Cette opinion n'est pas convaincante. Elle suppose, en effet, que la solution admise dans une affaire puisse être transposable à une autre. Or l'analyse de la jurisprudence ne paraît pas confirmer cette hypothèse.

Comment expliquer que le contrôle des qualifications soit devenu un outil de contrôle politique et non plus juridique en jurisprudence contemporaine ?

Il convient, tout d'abord, de s'entendre sur le sens des mots *juridique* et *politique*. Si l'on définit le droit comme l'ensemble des principes qui régissent les rapports des hommes entre eux et qui servent à établir des règles juridiques¹¹⁰⁴, alors il faut admettre que les différends entre personnes seront tranchés juridiquement, si la procédure qui est appliquée au cours d'un procès est fondée sur des règles établies et connues des justiciables. En conséquence, un contrôle sera juridique, si l'autorité qui l'exerce se conforme à des règles préétablies.

Si l'on admet maintenant que la politique, c'est, au sens figuré, une manière adroite dont on se sert pour arriver à ses fins¹¹⁰⁵, on peut reconnaître qu'un contrôle juridictionnel devient politique, chaque fois que le juge choisit les questions qui ressortissent à sa compétence. Ce choix n'est alors pas effectué dans l'intérêt exclusif des plaideurs, mais permet au juge compétent de remplir la mission dont il s'estime impartii.

Or la sélection à laquelle on assiste, en matière de contrôle des concepts qualificateurs, a pour principale finalité de permettre aux conseillers d'Etat de mieux remplir leur mission, à savoir surveiller la mise en œuvre par les juges du fond des règles juridiques les plus importantes.

Il y a donc une politique jurisprudentielle élaborée par le Conseil d'Etat. Celle-ci vise, dans un premier temps, à organiser une répartition des compétences entre le juge suprême et les juges du fond. C'est la raison pour laquelle les concepts qualificateurs dont la mise en œuvre est surveillée en cassation constituent, en dernière analyse, une catégorie résiduelle.

Revenons maintenant à la deuxième grande idée, qui a été soulevée au cours de l'examen du contrôle des qualifications : lorsque le juge de cassation contrôle un concept qualificateur, ce contrôle peut être réel ou formel.

Nous avons vu que le contrôle est réel chaque fois que le juge de cassation opère lui-même la qualification des faits, sans que les appréciations souveraines des juridictions du fond n'entravent sa liberté de requalifier les faits si, le cas échéant, il convenait de le faire.

¹¹⁰⁴ cf. Le Petit Larousse.

¹¹⁰⁵ cf. Le Petit Littré.

Dans l'hypothèse où il est bien réel, le contrôle des qualifications tend principalement à défendre l'unité d'interprétation des règles juridiques et accessoirement à défendre les intérêts légitimes de certaines catégories de justiciables.

L'idée selon laquelle le contrôle des qualifications a vocation à préciser la portée d'une norme et à clarifier sa définition n'est certes pas neuve. Sur ce point, M. le Président Labetoulle a justement souligné que « la démarche de qualification n'est pas neutre vis-à-vis de la règle de droit qu'elle applique et que d'une certaine façon qualifier revient à créer du droit en donnant à tel terme ou à telle règle un sens et une portée qu'il n'avait pas auparavant ¹¹⁰⁶ ».

Mais M. Labetoulle pense également qu'il convient de nuancer et de relativiser cette idée. En effet, il estime qu'il y a des exceptions à la règle selon laquelle contrôler une qualification revient à préciser la portée de la norme appliquée. Quelles sont les exceptions auxquelles fait référence le Président de la Section du Contentieux ?

En premier lieu, cet auteur note que la marge d'appréciation dont dispose une juridiction varie en fonction des questions abordées. Un certain nombre de notions renvoient à des « critères techniques, objectifs ¹¹⁰⁷ » et ne conduiraient pas à un « pouvoir « normatif » du juge ¹¹⁰⁸ ». Il s'agit là d'une exception bien connue des administrativistes, elle sera examinée plus amplement dans le chapitre suivant. Pour l'instant, nous pouvons souligner que son champ d'application est relativement restreint, dans la mesure où elle concerne davantage les juridictions spéciales, que les juridictions administratives de droit commun ¹¹⁰⁹.

En second lieu, M. Labetoulle souligne que dans certains types de contentieux, la jurisprudence antérieure à la réforme de 1987 avait déjà dégagé les critères qu'il convient d'appliquer. M. Labetoulle avait parlé, à ce sujet, de « qualifications d'application ¹¹¹⁰ ». Il opposait celles-ci aux « qualifications fondatrices ¹¹¹¹ », à travers lesquelles peut se manifester

¹¹⁰⁶ D. Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques. », Droits n°18, p 34.

¹¹⁰⁷ D. Labetoulle, op. cit., p 34.

¹¹⁰⁸ D. Labetoulle, op. cit., p 34.

¹¹⁰⁹ On sait, en effet, que les juridictions spéciales traitent davantage de questions techniques que les juridictions normales.

¹¹¹⁰ « La fonction de qualification est alors très largement neutre vis-à-vis de la règle qu'elle se borne à appliquer », cf. D. Labetoulle, op. cit., p 35.

¹¹¹¹ Le juge prend « position sur le sens à donner au texte », op. cit., p 35. En général, plusieurs arrêts sont nécessaires pour fixer une jurisprudence fondatrice.

le pouvoir créateur du juge. L'habileté de cette distinction ne doit pas induire en erreur. Il ne peut exister aucune cloison étanche entre ces deux catégories de qualifications. En effet, toute décision rendue dans un domaine est susceptible de faire évoluer le droit jurisprudentiel.

Aux hypothèses précédentes, on peut en ajouter une autre qui a déjà été présentée. Le Doyen Marty avait constaté que dans certaines affaires, les circonstances du litige s'avèrent si particulières qu'il apparaît difficile de transposer la solution retenue à d'autres affaires. En bref, le juge de cassation ne peut pas établir de précédent utile.

Sous réserve des exceptions qui viennent d'être mentionnées, le contrôle réel d'une qualification tend à clarifier la portée d'une norme juridique. Il convient dorénavant de rappeler qu'en bien des occasions, le contrôle des qualifications demeure purement formel.

Il y a un contrôle *purement formel* d'une qualification, dans la mesure où celle-ci est conditionnée par ce qui a été souverainement apprécié. Dans cette hypothèse, le contrôle des qualifications ne sert strictement à rien. C'est la juridiction du fond qui est indirectement détentrice du pouvoir de qualifier les faits. La grande difficulté réside dans le fait qu'il est bien difficile de savoir quand le contrôle demeure formel.

Comment savoir si le juge de cassation exerce un contrôle formel ou réel ? Il est fort délicat de répondre à cette question. L'analyse de la jurisprudence paraît révéler que l'effectivité du contrôle des qualifications peut dépendre des circonstances du litige. Ainsi, si le juge disciplinaire constate, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, un fait manifestement fautif, le contrôle du juge de cassation est purement formel. Celui-ci ne peut que constater qu'une faute a été commise. En revanche, si la juridiction disciplinaire reproche à la personne poursuivie des actes, dont le caractère répréhensible peut faire l'objet d'une discussion, alors le juge de cassation retrouve un vrai pouvoir de qualification des faits.

Dans ces conditions, est-il possible de savoir si, dans la majorité des cas, le contrôle est réel ou formel ? Nous serions, dans un premier temps, tenté d'affirmer qu'il n'existe pas de situation normale en ce domaine, et qu'il n'est pas envisageable de prétendre que le contrôle réel est la norme, alors que le contrôle formel serait l'exception. En définitive, l'effectivité du contrôle dépend des circonstances propres à chaque affaire.

Mais dans un second temps, il paraît cependant possible de prendre position sur cette question. On peut raisonnablement penser qu'il faille faire coïncider apparence et réalité. Or, que fait le juge de cassation ? Il affirme contrôler la qualification juridique des faits. Dès lors, il nous semble que l'on puisse admettre qu'en principe, le contrôle est réel et qu'exceptionnellement, il est formel.

En toute hypothèse, ce qu'il importe de garder à l'esprit c'est que le contrôle des qualifications est d'une efficacité incertaine et que même dans les hypothèses où il est mis en œuvre, on ne peut s'empêcher de se demander quelle est la portée exacte de celui-ci.

Il résulte de tout ce qui précède que le contrôle des qualifications est, dans la jurisprudence actuelle, un cas d'ouverture à cassation dont l'importance réelle ne cesse de diminuer. Dans ce contexte, le juge de cassation accepte-t-il de laisser aux juridictions du fond une très large marge d'appréciation ; ou au contraire, essaie-t-il de récupérer un pouvoir de contrôle en remettant en cause les appréciations souveraines de juges du fond ?

Pour répondre à cette question, il convient d'étudier la notion d'appréciation souveraine. Nous verrons que les appréciations réputées souveraines ne sont pas *a priori* contrôlées en cassation, mais qu'en bien des occasions, le juge suprême intervient, de plus en plus, dans ce genre de questions.

Chapitre 2 - Les restrictions à l'interprétation systématique : la théorie de l'appréciation souveraine.

L'appréciation souveraine des juridictions du fond n'est nullement enfermée dans ce que l'on pourrait appeler la sphère de la pré-qualification. En effet, de nombreuses notions qualificatives sont laissées à l'appréciation des juges de dernier ressort. La juridiction de cassation n'est pas censée examiner directement la pertinence de ces appréciations souveraines. La théorie de l'appréciation souveraine apparaît de prime abord comme une limite à l'immixtion du juge suprême dans le réexamen des dossiers au cours des instances de cassation. De ce point de vue, l'appréciation souveraine restreint le champ d'intervention de l'interprétation systématique.

Peut-on en conclure que lorsqu'elles interviennent dans le cadre de leur pouvoir souverain, les juridictions du fond peuvent agir à leur guise et qu'elles jouissent d'une totale autonomie d'appréciation ? Bien évidemment, il n'en va pas ainsi. Le pouvoir dont disposent les juridictions du fond demeure encadré par le Conseil d'Etat. Il s'agit donc d'une souveraineté limitée (**Section 1**). De plus, cette liberté d'appréciation laissée aux juridictions subordonnées ne peut être mise en œuvre que dans un périmètre très circonscrit. Pour cette raison, la souveraineté des juges du fond intervient dans un domaine bien délimité (**Section 2**).

Section 1 - Une souveraineté limitée.

Une juridiction statue souverainement sur une question dans la mesure où la décision émise à propos de cette dernière n'est pas *a priori* susceptible d'être remise en cause par une instance supérieure. Le pouvoir souverain des juges du fond est fortement encadré de deux manières. En premier lieu, la théorie de l'appréciation souveraine n'est nullement un moyen de contourner la jurisprudence du Conseil d'Etat : l'appréciation des juges du fond doit respecter loyalement, voire fidèlement, la règle de droit interprétée par le juge suprême. En second lieu, l'appréciation du juge de dernier ressort ne peut pas être entachée de dénaturation. C'est à ce double titre que la souveraineté d'appréciation des juridictions subordonnées est limitée. Il en résulte que la portée exacte de la théorie de l'appréciation souveraine des juges du fond ne peut être examinée qu'à la lumière du contrôle de la dénaturation. Nous verrons successivement la nature (§1.), puis la dénaturation de l'appréciation souveraine (§2.).

§1. La nature de l'appréciation souveraine.

Par son contenu, l'appréciation souveraine constitue une catégorie hétérogène (A.). Si l'on s'attache à l'étendue des pouvoirs des juridictions du fond, on constate qu'il s'agit d'une souveraineté sous surveillance (B.).

A. Une catégorie hétérogène.

Depuis longtemps, le juge de cassation limite l'étendue de son contrôle sur les décisions qui lui sont déferées ¹¹¹². Selon une formule de M. le Professeur Chapus, « la notion d'appréciation des faits n'est pas susceptible de définition ¹¹¹³ ». Il est vrai qu'il n'y a pas de définition synthétique de l'appréciation, mais il est possible de recenser les éléments contenus dans cette expression (1°).

On peut constater, en jurisprudence, une tendance à estimer que certaines notions imprécises recèlent des appréciations souveraines. On s'intéresse alors à la signification de termes usités par le vocabulaire juridique, pour en tirer des conséquences au niveau du contrôle de cassation. C'est en quelque sorte l'approche sémantique (2°) de la problématique de l'appréciation souveraine.

1°/ Un contenu pluriel.

Les auteurs qui adoptent une conception séquentielle du raisonnement judiciaire estiment que l'appréciation est une pré-qualification. En revanche, pour les partisans de l'approche réaliste, l'appréciation est un terme générique englobant tout ce qui n'est pas contrôlé. A bien des égards, ces deux visions de l'appréciation coexistent en jurisprudence administrative. L'appréciation souveraine se présente parfois sous l'aspect d'une pré-qualification (1°) et à d'autres moments, comme une qualification non contrôlée (2°).

¹¹¹² CE Section 2 février 1945, Moineau, p 27.

¹¹¹³ R Chapus, « Droit du contentieux administratif. », Montchrestien, n° 1450.

1°) - L'appréciation souveraine regroupe l'ensemble des raisonnements que les juges peuvent élaborer afin de tirer des conséquences d'un fait tenu pour probant. Ce sont des constructions intellectuelles à partir des circonstances d'une espèce. Il s'agit de raisonner *factuellement* sur un fait ou, pour reprendre une formule de M. Fouquet, de tirer les « conséquences de fait des faits¹¹¹⁴ ».

Il existe une autre manière de présenter l'appréciation souveraine définie comme une *séquence* du raisonnement judiciaire. D'aucuns estiment qu'il s'agit d'une qualification non-juridique, c'est-à-dire d'une qualification matérielle, morale, technique, etc.,¹¹¹⁵. Cette manière de voir suppose que l'on puisse distinguer nettement le juridique, du non-juridique. En clair, elle repose sur l'opposition droit-fait, dont on a vu les limites précédemment, et c'est pour ces raisons que nous préférons ne pas définir l'appréciation comme une qualification non-juridique.

La catégorie de l'appréciation souveraine ne contient pas l'ensemble des énonciations qui ont uniquement pour objet de considérer un fait comme établi, c'est-à-dire la constatation des circonstances propres à une espèce. En effet, le juge administratif de cassation contrôle l'exactitude matérielle des faits. C'est pour cela que le simple *constat des faits* ne relève pas du pouvoir souverain d'appréciation, mais peut être discuté devant le juge de cassation. Il en va différemment en droit judiciaire privé, où constater un fait est habituellement considéré comme un attribut du pouvoir d'appréciation que la Cour de Cassation reconnaît aux juridictions qui lui sont subordonnées¹¹¹⁶.

Loin de se limiter aux questions réputées factuelles, l'appréciation souveraine comprend ce que la doctrine majoritaire appelle de véritables questions de droit.

¹¹¹⁴ O. Fouquet conclusions sur CE 5 juin 1991, Société d'exploitation Frédéric Findling, DF 1991, n°40, comm. 1813, p 1413.

¹¹¹⁵ Sur cette question, voir les développements de S. Rials, « Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité », LGDJ, 1980, p 268.

¹¹¹⁶ Sur ces questions, cf. supra la partie intitulée : « l'erreur sur la matérialité des faits », p 277.

2°) - L'appréciation souveraine englobe, enfin, un certain nombre de notions qualificatives qui sont laissées à la sagesse des juges du fond. Ce sont des qualifications juridiques non contrôlées par le juge de cassation¹¹¹⁷.

Il y a une grande hétérogénéité des éléments que recouvre la notion d'appréciation souveraine. Malgré cela, certains ont pu déceler ou ont pensé qu'il existait une définition formelle de l'appréciation souveraine, qui s'attache à la signification des termes tirés du langage juridique.

2°/ L'approche sémantique.

Chacun sait que les normes juridiques font parfois référence à des expressions imprécises, voire floues. Ces standards qui s'expriment à travers une échelle de valeurs ou en terme de normalité sont très utiles parce qu'ils sont un facteur de l'*imperatoria brevitatis*¹¹¹⁸. Cela permet de formuler une règle de droit de manière courte.

On peut constater en jurisprudence une liaison entre les normes floues et l'appréciation (1°). Mais ce n'est pas toujours le cas, il existe de nombreuses limites à cette liaison (2°).

1°) - On peut constater que le juge de cassation tend à établir une liaison entre certaines normes indéterminées et la catégorie des appréciations souveraines.

Cette liaison a été constatée par M. Rials dans sa thèse *Le juge administratif français et la technique du standard*, un peu moins de dix ans avant l'entrée en vigueur de la réforme du contentieux de 1987. Cet auteur soulignait que la juridiction administrative de cassation laissait, en principe, la mise en œuvre des standards à la sagesse des juges du fond. Et ce n'est qu'exceptionnellement que le Conseil d'Etat contrôlait leur application, lorsqu'il existe un risque d'arbitraire de la part des juges du fond¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ cf. *infra* les exemples donnés dans la partie intitulée : « une souveraineté délimitée », p 387.

¹¹¹⁸ Sur ces questions cf. par exemple : S Rials, « Les standards, notions critiques du droit. », in *Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, « Les notions à contenu variable en droit. », Travaux du Centre national de recherches de logique, E. Bruylant, Bruxelles, 1984, p 39 et s.*

¹¹¹⁹ S. Rials, « Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité », LGDJ, 1980, p 251 et s. et p 257 et s.

On peut voir, aujourd'hui encore, que de nombreux standards sont laissés à l'appréciation des juges du fond. Il s'agit, par exemple, du caractère apparent de certains vices affectant un immeuble, lors de la réception définitive des travaux, et de la question de savoir quelles sont l'ampleur et la gravité des conséquences de ces défauts¹¹²⁰ ; les Cours administratives apprécient si des désordres rendent un ouvrage impropre à sa destination¹¹²¹ ; si le refus d'octroyer le sursis à exécution d'un acte administratif va entraîner des conséquences difficilement réparables pour un justiciable¹¹²² ; ou encore si une collectivité publique a effectué l'entretien normal d'un ouvrage public¹¹²³.

Bien souvent, ces principes indéterminés sont perçus par les juristes comme étant des questions de faits relevant de la compétence des juges du fond. Toutefois, la pertinence et la cohérence de cette théorie sont battues en brèche, si l'on songe aux standards qui sont contrôlés par la juridiction de cassation.

2°) - Cette liaison a fait l'objet de deux séries de critiques de la part de la doctrine. En premier lieu, il a été souligné que la liaison *standard - appréciation* n'est pas très rigoureuse, car elle connaît des exceptions¹¹²⁴. Elle n'est donc pas susceptible d'apporter des éclaircissements ou d'explicitier la jurisprudence administrative de cassation.

Selon une formule de M. Arrighi de Casanova, s'adressant au Conseil d'Etat, « il faut (...) se méfier des rapprochements sémantiques : pour des raisons qui doivent autant - si ce n'est davantage - à des considérations de politique jurisprudentielle qu'à la pure logique juridique, vous contrôlez l'acte anormal de gestion ; mais vous laissez à l'appréciation souveraine des juges du fond la mise en œuvre de la notion de défaut d'entretien normal ¹¹²⁵ ». M. Stahl, quant à lui, a préféré parler d'«appréciations de bon sens ¹¹²⁶ », lorsqu'une notion est définie par l'utilisation d'un adjectif.

¹¹²⁰ CE Section 19 avril 1991, SARL Cartigny, p 164 ; RFDA 1991, p 965, conclusions G. Le Chatelier.

¹¹²¹ CE 10 juin 1994, SA Les grands travaux de Franche-Comté, p 316.

¹¹²² CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, p 273.

¹¹²³ CE Section 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, p 268 ; RFDA 1993, p 78, conclusions Le Chatelier.

¹¹²⁴ Pour des exemples, cf. supra le chapitre précédent, la partie intitulée : « les notions systématiquement interprétées », p 337.

¹¹²⁵ J. Arrighi de Casanova, conclusions sur CE 26 janvier 1994, M. Funel, RFDA 1995, p 677.

¹¹²⁶ J.-H. Stahl, « Recours en cassation », Répertoire Dalloz, mars 1997, p 15.

En second lieu, des auteurs ont contesté vigoureusement le refus du Conseil d'Etat de contrôler l'application de concepts flous. A ce titre, le juge suprême administratif fait l'objet des mêmes critiques que celles qui furent adressées à la Cour de Cassation, lorsqu'elle refuse de contrôler l'application que font les juges du fait de certains concepts imprécis.

On se souvient que pour le Doyen Marty, la juridiction de cassation doit contrôler même les notions imprécises¹¹²⁷. Cet auteur affirmait que « les notions les plus vagues se précisent progressivement, ne serait-ce que par une sorte de casuistique¹¹²⁸ ». Le professeur Rials a repris cette thèse, en soutenant que le standard n'est pas une source formelle d'appréciation souveraine du juge du fond¹¹²⁹.

Aussi contestable qu'il puisse paraître, le lien existant entre d'une part, règle imprécise et d'autre part, appréciation souveraine, demeure une idée qui semble inspirer les conseillers d'Etat. Elle exprime une tendance consistant à juger que l'imprécision d'un énoncé débouche sur une question de fait.

Déterminer la nature exacte du pouvoir d'appréciation des juges du fond, suppose encore de définir précisément l'étendue de ce pouvoir qui leur est conféré.

¹¹²⁷ Mais croyait-il vraiment qu'une notion juridique puisse être, par nature, imprécise ? C'est ce que l'on peut se demander lorsqu'il affirme : « il n'y a pas dans le Droit, de notions qui doivent être considérées comme définitivement imprécises et totalement rebelles à toute organisation juridique, de telle façon qu'on doive à priori éliminer, en ce qui les concerne, tout contrôle de la Cour suprême lorsqu'elles sont utilisées dans la qualification », cf. « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 214.

¹¹²⁸ G. Marty, « La distinction du fait et du droit. », Recueil Sirey, 1929, p 216.

¹¹²⁹ S. Rials, « Le juge administratif français et la technique du standard. », op. cit., p 275 et s. et cf. tout particulièrement les développements p 281.

B. Une souveraineté sous surveillance.

De quelle souveraineté disposent les juridictions du fond ? S'agit-il d'un pouvoir discrétionnaire ou, au contraire, d'une compétence liée ? La réponse à cette question suppose que ces termes soient définis, afin de pouvoir appréhender la nature de la surveillance qu'exerce la juridiction administrative de cassation sur les juges qui lui sont subordonnés.

L'analyse de la jurisprudence révèle qu'à côté d'une compétence discrétionnaire résiduelle (1°), le pouvoir d'appréciation tend à n'être que la mise en œuvre d'une compétence liée sommairement contrôlée (2°).

1°/ Une compétence discrétionnaire résiduelle.

Les juges du fond peuvent disposer d'un pouvoir discrétionnaire, mais il revêt un aspect largement marginal¹¹³⁰. Il peut exister en doctrine plusieurs définitions du concept de discrétionnalité (1°). Mais ce phénomène est finalement assez restreint (2°)

1°) - Quelle est l'essence de la discrétionnalité ? Plusieurs définitions ont pu être retenues en doctrine ; nous en aborderons quelques-unes parmi les plus significatives. Deux tendances peuvent être remarquées en doctrine, d'abord celle qui consiste à relever que toute marge de manœuvre concédée à une autorité est susceptible de déboucher sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ; et celle qui vise à circonscrire cette notion à un cas de figure bien précis, dans lequel une autorité dispose légalement du pouvoir d'agir à sa discrétion.

La première approche correspond à une définition extensive du pouvoir discrétionnaire. Elle part de l'idée que lorsqu'une norme a un certain degré d'incertitude, voire d'imprécision, l'autorité qui a la charge de la mettre en œuvre dispose d'une certaine marge d'appréciation ou de discrétion pour agir. L'application d'une règle imprécise serait ainsi l'occasion, pour l'autorité habilitée à intervenir, d'exercer un pouvoir discrétionnaire. Ce dernier disparaît si

¹¹³⁰ Pour une chronique faisant le point sur cette question en droit privé, cf. T. Barthouil, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé. », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1992-2, p 343, 1992-3, p 619.

un juge (ou une juridiction supérieure) contrôle l'application concrète de la règle en question et, le cas échéant, fixe les conditions devant être respectées.

Dans une seconde approche, il n'y a exercice d'un pouvoir discrétionnaire que dans un cas de figure bien précis, à savoir lorsqu'une norme autorise une autorité à agir à sa guise. C'est la définition stricte du pouvoir discrétionnaire.

Le professeur Rials, en opposant indétermination et inderterminabilité de la règle, donne une définition très juste du pouvoir discrétionnaire. Ce dernier ne naît pas de la simple indétermination d'un impératif juridique, mais de la norme qui habilite une autorité à agir à sa guise. Par une formule synthétique, cet auteur écrit : « ouvre un pouvoir discrétionnaire la règle qui donne le pouvoir d'agir selon sa convenance propre ¹¹³¹ ».

La discrétionnalité, en droit administratif français, c'est la faculté de vouloir en toute autonomie ; et quel que soit le sens de la décision retenue par l'autorité compétente, celle-ci est considérée comme légale. Les juges du fond sont autorisés à agir discrétionnairement lorsqu'ils peuvent valablement accorder ou refuser une mesure qui leur est demandée.

2°) - Il existe en jurisprudence un pouvoir discrétionnaire conféré aux juridictions du fond. Mais ce dernier demeure marginal. Cela correspond à des hypothèses où la loi attribue aux juges du fond un pouvoir. Celui-ci est caractérisé, en général, par l'utilisation du verbe pouvoir. C'est notamment le cas en matière de sursis à exécution.

Si on retient la définition stricte du pouvoir discrétionnaire, qui décrit assez fidèlement ce que cette notion recouvre en jurisprudence administrative, il faut bien constater qu'il est relativement exceptionnel que les juges du fond soient amenés à l'exercer.

¹¹³¹ S. Rials, « Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité », LGDJ, 1980, p 274.

Dans la majorité des cas, les juridictions du fond ne sont pas libres d'agir comme bon leur semble, dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation. Elles doivent, au contraire, agir dans un sens déterminé. En cela, le pouvoir d'appréciation s'apparente davantage à l'exercice d'une compétence liée.

2°/ Une compétence liée sommairement contrôlée.

Le juge du fond doit appliquer une notion d'une manière déterminée et une seule solution est légalement possible dans un contexte donné. La juridiction du fond se trouve dans une situation de compétence liée (1°). Cela étant, le juge de cassation ne cherchera pas toujours à vérifier si la notion fut correctement mise en œuvre. Mais il n'y a pas une totale absence de contrôle du juge de cassation. Ce dernier peut censurer, par le biais de la dénaturation, une appréciation erronée. C'est pourquoi, il s'agit d'une compétence liée, sommairement contrôlée (2°)

1°) - Pour la doctrine majoritaire, lorsque l'action d'une autorité n'est pas complètement ou entièrement contrôlée par un juge (ou une juridiction supérieure), celle-ci se trouve amenée à exercer un pouvoir discrétionnaire. Un lien est établi entre l'absence de contrôle juridictionnel et la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire.

Or, comme l'a fort bien démontré M. Rials, le non-contrôle juridictionnel ne débouche pas obligatoirement sur la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire¹¹³².

Il est, depuis longtemps, admis que le juge de cassation ne contrôle pas certaines qualifications techniques. Celles-ci sont en général relativement claires et suffisamment précises pour déterminer quelle conduite doit retenir la juridiction du fond. Lorsqu'une juridiction ordinaire doit apprécier le caractère dangereux d'une thérapeutique, il ne lui est pas loisible de juger qu'une méthode nocive est inoffensive ou qu'une méthode pernicieuse est anodine. Le juge disciplinaire ne peut que constater si un traitement est dangereux ou non. La juridiction en question agit dans le cadre d'une compétence définie de manière intelligible. Mais il n'en demeure pas moins que le Conseil d'Etat ne contrôle pas le caractère

¹¹³² S. Rials, « Pouvoir discrétionnaire », in Répertoire Dalloz de contentieux administratif, n°32, p 4 et s.

dangereux d'une méthode thérapeutique. Il ne se reconnaît pas les compétences techniques nécessaires pour effectuer un contrôle en la matière.

Certains aspects de l'activité des autorités juridictionnelles ne sont pas contrôlés par la Haute assemblée, non parce qu'il y a mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire, mais en raison du fait que les conseillers d'Etat choisissent de ne pas surveiller certaines compétences liées.

Traditionnellement, le périmètre des compétences liées non contrôlées était relativement restreint et concernait essentiellement les appréciations techniques des juges du fond¹¹³³. La réforme du contentieux de 1987 a fait considérablement évoluer les choses en ce domaine. La plupart des appréciations laissées à la sagesse des Cours administratives sont en réalité des compétences liées. Les Cours n'ont pas d'autre choix que de tirer les conséquences exactes des règles du droit administratif.

Toutefois, ces appréciations ne sont pas, en principe, contrôlées par les juges du Palais-Royal.

2°) - Le juge de cassation ne contrôle pas *a priori* les questions qui sont laissées à l'appréciation souveraine des juridictions du fond. Cette affirmation peut être démontrée, car il existe des affaires en jurisprudence dont on peut raisonnablement se dire qu'elles auraient été jugées différemment, si le Conseil d'Etat avait effectivement contrôlé la notion qualificative qu'il convenait d'appliquer, au lieu de laisser celle-ci à l'appréciation des juges du fond.

Dans un certain nombre d'arrêts, le juge de cassation aurait pu adopter une solution différente s'il avait procédé au contrôle de la qualification juridique des faits. L'arrêt « Funel ¹¹³⁴ » du 26 janvier 1994, illustre ce phénomène. Le commissaire du gouvernement, M. Arrighi de Casanova, avait proposé à la formation de jugement de ne pas contrôler la notion « de perturbations météorologiques exceptionnelles », mais lorsqu'il conclut sur la solution qu'il aurait convenu de retenir si le Conseil d'Etat décidait, malgré tout, de contrôler cette qualification, il proposait d'infirmer la solution retenue par les juges du fond. M. Arrighi de Casanova a conclu : « S'il fallait refaire après la Cour l'opération de qualification de ces

¹¹³³ Sur les appréciations techniques des juridictions spécialisées : cf. les conclusions Braibant sur CE Section 12 décembre 1958, Banque Alsacienne privée, AJDA 1959, I, p 26.

¹¹³⁴ J. Arrighi de Casanova, conclusions sur CE 26 janvier 1994, M. Funel, RFDA 1995, p 678.

circonstances, nous serions plutôt enclin à les considérer comme exceptionnelles. Mais si, comme nous le pensons, les faits de l'espèce ont sur ce point été souverainement appréciés, la marge d'hésitation qu'il est possible d'avoir nous paraît bien trop importante pour qu'il soit permis de parler de dénaturation¹¹³⁵ ».

Dans cette affaire, le principe à appliquer est suffisamment limpide pour exclure toute ambiguïté quant à la marge de manœuvre laissée aux juges du fond : ces derniers doivent uniquement juger si des circonstances météorologiques étaient exceptionnelles ou non. Néanmoins, malgré l'existence d'une compétence liée, le Conseil d'Etat ne contrôle pas la décision qui lui est déférée sur ce point.

Cela conduit obligatoirement à s'interroger sur les motifs du non-contrôle de certaines compétences liées par le juge administratif de cassation. Pour M. Rials, les raisons de cette absence de contrôle résultaient essentiellement de motifs politiques. Et cette solution peut parfaitement expliciter le non-contrôle de certaines appréciations techniques mises en œuvre par des juges administratifs spécialisés. Mais il en va différemment s'agissant des Cours administratives. Le non-contrôle n'est pas motivé par une raison tirée d'une politique jurisprudentielle. Celui-ci apparaît n'être, tout simplement, qu'une question d'organisation interne à l'ordre juridictionnel administratif. Le Conseil d'Etat choisissant de ne pas rejuger l'intégralité des questions soumises aux Cours, il leur laisse le soin de mettre en œuvre certaines règles. Le motif du non-contrôle est alors purement organisationnel.

Cependant, si la règle de principe veut que les questions relevant de l'appréciation souveraine ne soient pas contrôlées, il existe une exception à cette règle. En effet, selon une formule de M. Stahl, « le pouvoir souverain des juges du fond n'est (...) pas un pouvoir absolu¹¹³⁶ ». Cette affirmation est à bien des égards une litote¹¹³⁷. Le pouvoir d'appréciation est, sans ambiguïté, limité par le contrôle de la dénaturation. Celui-ci autorise le juge de cassation à remettre en cause ce qui est réputé avoir été souverainement jugé.

¹¹³⁵ J. Arrighi de Casanova, conclusions sur CE 26 janvier 1994, M. Funel, op. cit., p 678.

¹¹³⁶ J-H. Stahl, « La cassation », La revue administrative, N° spécial (Le Conseil d'Etat : Evolutions et révolution du contentieux administratif), 1999, p 86.

¹¹³⁷ Dans la grande majorité des cas, le pouvoir d'appréciation n'est pas un pouvoir, on l'a vu, mais une compétence liée.

§2. La dénaturation de l'appréciation souveraine.

La dénaturation est l'exemple caractéristique d'un standard qui apparaît tout à la fois incontestable (comment admettre que le juge de cassation ne sanctionne pas une décision qui a faussé le sens d'un élément d'un dossier et qui, en conséquence, est susceptible de porter préjudice à une partie). Mais il est également critiquable, car il n'est pas souhaitable qu'un cas d'ouverture à cassation ne puisse pas faire l'objet d'une définition rigoureuse¹¹³⁸. Le terme évoque l'idée que les juges du fond ont altéré ou faussé le sens de quelque élément du dossier.

C'est depuis 1952 que le juge de cassation vérifie si les juridictions du fond n'ont pas dénaturé les faits d'une affaire¹¹³⁹. Ce qui apparaît comme une remise en cause, plus qu'« un tempérament ¹¹⁴⁰», du pouvoir souverain d'appréciation conféré aux juridictions du fond. Selon une formule de M. Ferrand, et concernant la Cour de Cassation, ce contrôle permet au juge de cassation de s'immiscer « dans le domaine de l'interprétation des actes, en principe réservé au pouvoir souverain des juges du fond¹¹⁴¹ ».

La dénaturation permet au juge de cassation une immixtion dans le domaine de ce qui est réputé souverainement jugé. C'est ce qui apparaît lorsque l'on examine les manifestations de ce contrôle (B.). Il s'agit donc d'un pouvoir considérable, ce qui explique que certains voudraient restreindre son usage, alors que d'autres ne le souhaitent pas. Cela débouche sur deux façons de concevoir cette cause d'annulation (A.).

¹¹³⁸ Sur la dénaturation cf. F. Colin, « Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif », RDP 2000, p779. Sur la dénaturation mise en œuvre par le Conseil d'Etat statuant en excès de pouvoir : cf. « La dénaturation de la loi « Evin » par le décret d'application. », D. Chauvaux, CE Section 30 novembre 1998, Fédération nationale de l'industrie hôtelière, RFDA 1999, p 392.

¹¹³⁹ CE Ass. 4 janvier 1952, Docteur Simon, p 13, conclusions M. Letourneur.

¹¹⁴⁰ J.-H. Stahl, « Recours en cassation. », Répertoire Dalloz, mars 1997, p16.

¹¹⁴¹ F. Ferrand, « Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de Cassation française et par la Cour fédérale de Justice de la République fédérale d'Allemagne. », PUF, 1993, p 174.

A. La double conception du contrôle.

A la lecture des conclusions des commissaires du Gouvernement, on constate qu'il existe deux manières de concevoir ce que doit être la dénaturation. Dans une première approche, il s'agit de sanctionner une erreur manifeste (1°). Dans une seconde approche, elle est perçue comme un instrument permettant de censurer une simple divergence d'interprétation (2°) entre les juridictions de cassation et du fond.

1°/ Sanctionner une erreur manifeste.

Pour certains auteurs, il faut faire un parallèle entre d'une part, le contrôle de la dénaturation et d'autre part, celui de l'erreur manifeste d'appréciation¹¹⁴². La dénaturation aurait pour fonction de censurer des erreurs grossières, graves et patentes¹¹⁴³. Certes, la dénaturation et l'erreur manifeste ne sont pas interchangeables et demeurent des techniques différentes. Ainsi, le juge de cassation ne se permet pas de censurer une sanction disproportionnée sur le terrain de la dénaturation, alors que le juge de l'excès de pouvoir peut le faire dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste¹¹⁴⁴. Mais au surplus, ces deux moyens de contrôle ont également vocation à censurer ce qui est évidemment erroné et non ce qui est légèrement discutable, voire contestable.

Des commissaires du Gouvernement ont donc noté, tel M. Marais par exemple, que la dénaturation a été définie comme « une appréciation manifestement contraire à la réalité¹¹⁴⁵ ». Cela permet de cantonner et de limiter l'usage de la dénaturation, afin que, selon les vœux exprimés par certains¹¹⁴⁶, cette cause d'annulation ne soit utilisée que de manière

¹¹⁴² Sur l'idée que la dénaturation constitue un substitut à l'erreur manifeste d'appréciation : cf. M. Degoffe, « La juridiction administrative spécialisée », LGDJ, 1996, p 530 et s.

¹¹⁴³ En ce sens : cf. F Loloum, conclusions sur Conseil d'Etat, 13 décembre 1993, Beaume, DF 1994, n°13, comm. 644, p 609.

¹¹⁴⁴ cf. M. Degoffe, op. cit., p 534 et s.

¹¹⁴⁵ B. Marais, conclusions sur CE 10 juin 1994, S.A. Les Grands Travaux de Franche-Comté, RFDA 1995, p672.

¹¹⁴⁶ cf. F. Loloum, Ibid.

exceptionnelle et « avec la plus grande circonspection¹¹⁴⁷ ». Une autre façon de concevoir la dénaturation paraît, cependant, s'imposer en jurisprudence.

2°/ Sanctionner une divergence d'interprétation.

La majorité des administrativistes tend à définir la dénaturation comme l'instrument permettant de censurer l'erreur d'interprétation commise par les juges du fond. Cette manière de voir s'inspire directement des conclusions que M. Letourneur a prononcées, à l'occasion de l'arrêt «Docteur Simon », qui fut, on le sait, la première décision à reconnaître la dénaturation comme cause d'annulation d'une décision juridictionnelle définitive. M. Letourneur faisait allusion à « la fausse interprétation, [à] l'interprétation tendancieuse des paroles prononcées¹¹⁴⁸ » par le requérant et qui était à la base de la sanction disciplinaire qui lui avait été infligée.

Ces quelques mots prononcés par M. Letourneur ont été perçus par la doctrine comme constituant l'ossature de la théorie de la dénaturation. Le Président Odent systématisait cette approche, lorsqu'il enseignait que : « les juges du fond dénaturent les faits au sens où la jurisprudence administrative entend cette expression, lorsqu'ils donnent de faits matériellement exacts une interprétation fautive ou tendancieuse¹¹⁴⁹ ».

Cette manière d'envisager la dénaturation est toujours retenue par les conseillers d'Etat. Dans une chronique de 1995, MM. Touvet et Stahl ont, par exemple, écrit : « En matière d'interprétation d'un jugement judiciaire figurant au dossier soumis aux juges du fond, le juge de cassation confronte sa lecture du jugement à celle à laquelle s'était livré le juge d'appel. Si son interprétation s'écarte, ne serait-ce que légèrement, de celle des juges du fond, le Conseil d'Etat censure l'arrêt qui lui est déféré¹¹⁵⁰ ».

¹¹⁴⁷ F. Loloum, op. cit., p 609.

¹¹⁴⁸ Letourneur, conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 4 janvier 1952, Docteur Simon, p 16.

¹¹⁴⁹ R. Odent, « Contentieux administratif », Cours IEP, 1970-1971, Les cours de droit, 1971, fsc. 6, p 1646.

¹¹⁵⁰ L. Touvet et J-H. Stahl, Chronique générale de jurisprudence administrative, sur CE 25 novembre 1994, Commune de Colombes, AJDA 1995, p 114.

Il est important de souligner qu'avant l'entrée en vigueur de la réforme du contentieux de 1987, la dénaturation était perçue comme jouant un rôle marginal dans la jurisprudence du juge administratif de cassation. A tel point que cette technique d'analyse a été considérée par certains comme « plus ou moins abandonnée¹¹⁵¹ ».

En revanche, après 1987, la situation a évolué. Le contrôle de la dénaturation a véritablement pris un essor considérable. Il s'agit d'un véritable contrôle, qui s'immisce dans la sphère du non-contrôle.

Pour saisir davantage la notion de dénaturation, il importe d'analyser les manifestations concrètes de ce contrôle.

¹¹⁵¹ C'est ce que pensaient MM. Auby et Drago, cf. « Traité de contentieux administratif », 2 t., 2^{ème} éd., 1975, p618, cité par S. Rials, « Le juge administratif français et la technique du standard », op. cit., p 280.

B. Les manifestations du contrôle.

Le contrôle de la dénaturation s'exerce d'abord, sur *les faits* d'un dossier, quand les juges du fond ont opéré une mauvaise analyse des circonstances d'une affaire¹¹⁵² (1°). Le contrôle de la dénaturation ne concerne pas seulement les faits¹¹⁵³, mais aussi *les actes* d'un dossier, c'est-à-dire les conclusions et les actes juridiques inclus dans le dossier, par exemple les rapports d'expert (2°).

1°/ La dénaturation des faits.

L'analyse de la jurisprudence révèle à quel point le juge de cassation s'immisce dans les circonstances des litiges, pour corriger des erreurs d'interprétation commises par les juges du fond. Quelques exemples, tirés du droit des étrangers, puis du contentieux fiscal, permettent d'appréhender l'ampleur du phénomène, ainsi que sa portée.

1°) - En matière de contentieux portant sur la qualité de réfugié, la Haute juridiction administrative a eu l'occasion de juger que des décisions de la Commission des recours des réfugiés avaient dénaturé les faits de certaines affaires.

En 1987, par exemple, les deuxième et sixième sous-sections réunies ont jugé que « s'il appartenait à la Commission d'apprécier si, dans les circonstances de l'espèce, les faits allégués par le requérant étaient encouragés ou tolérés par l'autorité publique, elle ne pouvait, sans dénaturer les pièces du dossier, affirmer, pour rejeter la demande de l'intéressé, qu'il n'est pas établi que l'attentat résultant de l'explosion d'une bombe dans la ferme de M. Zaldua était dirigé contre le requérant ; (...) il suit de là que M. Zaldua est fondé à demander l'annulation de la décision attaquée¹¹⁵⁴ ».

On le voit, il convenait de savoir si, dans cette affaire, l'attentat en question visait directement le requérant. Apparemment, aucun « membre de [sa] famille n'était signalé comme pouvant

¹¹⁵² CE 9 février 1966, Mme Debré-Feldbau, p 101.

¹¹⁵³ Voir par exemple : CE 29 juillet 1994, SA Prodès international, p 390.

¹¹⁵⁴ CE 2e/6e Sous-section réunies, 4 décembre 1987, Zaldua, n° 80093, p 397.

être pourchassé pour raison politique¹¹⁵⁵ ». Mais, dans cette affaire, un attentat à la bombe avait détruit en Espagne la ferme familiale du requérant, des articles de presse précisait que plusieurs groupes anti-indépendantistes avaient revendiqué cet acte et une pièce établissait que le gouverneur civil de la province de Guipuzcoa pensait que « l'attentat pourrait être considéré comme de nature politico-sociale¹¹⁵⁶ ».

Un autre arrêt est intéressant, il concerne cette fois un attentat commis en France contre un demandeur d'asile. Le Conseil d'Etat a jugé que « s'il appartenait à la commission des recours des réfugiés d'apprécier si, dans les circonstances de l'espèce, l'explosion du véhicule appartenant au requérant survenue à Hendaye le 11 décembre 1984 était en relation avec les activités d'un groupe armé qui serait encouragé ou toléré par les autorités espagnoles, elle ne pouvait, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, affirmer, pour rejeter la demande de l'intéressé, qu'il n'est pas établi « que la destruction du véhicule du requérant résulterait d'un acte criminel dirigé contre lui »; (...) par suite, M. Lopez de Abechuco Liquiniano est fondé à demander l'annulation de la décision attaquée¹¹⁵⁷ ».

La Commission des recours des réfugiés devait apprécier si un attentat, commis en France par des groupes ayant des liens avec l'Espagne et visant un Espagnol, constituait une persécution, justifiant l'octroi du statut de réfugié. Le requérant avait trouvé dans son véhicule fracturé des lettres de menace. Quelques mois après, la voiture de l'intéressé avait explosé dans la cour de son immeuble alors qu'un de ces amis la faisait démarrer. L'explosif était mis sous la roue avant droite. Cet attentat fut revendiqué par le G.A.L.¹¹⁵⁸.

Dans ces deux affaires, on ne peut que constater à quel point le juge de cassation s'immisce dans les circonstances du dossier pour déterminer si les juges du fond les ont régulièrement appréciées.

¹¹⁵⁵ Cf. Chronique de jurisprudence de M. Azibert et M. de Boisdeffre, in AJDA 1988, p 155.

¹¹⁵⁶ Cf. Chronique de jurisprudence de M. Azibert et M. de Boisdeffre, op. cit., p 155.

¹¹⁵⁷ CE 2e/6e Sous-section réunies, 4 décembre 1987, Lopez de Abechuco Liquiniano, n° 79082, p 398. Voir également l'arrêt suivant, car la situation de fait et la solution retenue par le juge de cassation sont similaires : CE 16 novembre 1988, Lecertua Urrutibeaçao, p 409.

¹¹⁵⁸ L'ensemble de ces faits sont rapportés dans la chronique de jurisprudence de M. Azibert et M. de Boisdeffre, in AJDA 1988, p 156.

2°) - Un exemple, tiré du droit fiscal, permet d'illustrer les limites du contrôle de la dénaturation. Dans l'arrêt « Société de fait Couderc », la Section du contentieux a estimé que les juges du fond n'avaient pas dénaturé les circonstances de faits de l'affaire. Alors que les impositions réclamées par l'administration (1 648 306 F en droits et 1 370 872 F en pénalités) étaient trop élevées par rapport aux facultés contributives de la société requérante (la valeur totale de l'actif net s'élevant à environ 1 MF, pour un chiffre d'affaires de 3 MF¹¹⁵⁹). Mais le Conseil d'Etat n'a pas souhaité censurer la décision de la Cour¹¹⁶⁰. Cependant, le justiciable pouvait valablement présenter une nouvelle demande de sursis à exécution¹¹⁶¹.

Le contrôle de la dénaturation concerne également les actes contenus dans le dossier.

2°/ La dénaturation des actes.

La juridiction de cassation vérifie s'il n'y a pas eu dénaturation des actes inclus dans le dossier. Les juges du fond peuvent dénaturer les conclusions¹¹⁶² dont ils sont saisis, en les interprétant de manière erronée¹¹⁶³. De même, une juridiction du fond ne doit pas dénaturer le sens d'une décision de justice émanant de l'ordre judiciaire et qui est incluse au dossier¹¹⁶⁴.

Dans l'arrêt « Bakhci ¹¹⁶⁵ » de 1989, un ressortissant afghan soutenait dans ses mémoires présentés devant la Commission de recours des réfugiés, qu'il avait fui son pays en 1983, par crainte d'être enrôlé dans l'armée et de devoir combattre, contrairement à ses convictions, la résistance afghane. La juridiction du fond avait rejeté la demande de l'intéressé, au motif que ce dernier n'invoquait pas pour justifier son insoumission, une des conditions prévues par la

¹¹⁵⁹ Ces chiffres sont donnés dans les conclusions de J. Gaeremynck, sur CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, RFDA 1991, 947.

¹¹⁶⁰ Dans son mémoire, l'administration ne s'opposait pas à l'octroi du sursis, mais la Cour administrative n'avait pas encore pris connaissance de ce mémoire quand a été rendue la décision refusant le sursis (le mémoire fut enregistré le jour même où était lue la décision attaquée). Sans doute faut-il considérer que le juge de cassation a estimé qu'en l'état de l'instruction, au moment où la décision juridictionnelle est intervenue, les juges du fond n'ont pas dénaturé les faits de l'affaire. (cf. J. Gaeremynck, conclusions précitées, p 947 et s.)

Mais la juridiction de cassation n'aurait peut-être pas adopté la même solution en l'espèce si la Cour administrative avait refusé l'octroi du sursis alors qu'elle savait que l'administration n'y était pas opposée.

¹¹⁶¹ Sur ce point cf. CE 7 juillet 1976, Znaty, p 350.

¹¹⁶² CE 18 novembre 1994, Epoux Sauvi, p 504 ; CE 5 juin 1996, Salord, T p 1114.

¹¹⁶³ Voir par exemple l'arrêt suivant : CE 16 octobre 1992, Dupuis, p 372.

¹¹⁶⁴ CE 26 novembre 1993, Société Les jardins de Bibémus, p 327.

¹¹⁶⁵ CE 28 juillet 1989, Bakhci, T p 882.

Convention de Genève. Le Conseil d'Etat a annulé cette décision, en affirmant que la Commission avait «dénaturé les écritures du requérant¹¹⁶⁶ ».

En outre, le juge de cassation sanctionne la dénaturation des clauses contractuelles¹¹⁶⁷, des stipulations figurant dans un cahier des clauses administratives particulières¹¹⁶⁸, et de celles qui résultent clairement d'un avenant¹¹⁶⁹.

Un arrêt de la Section du Contentieux du 10 avril 1992¹¹⁷⁰ illustre bien le contrôle qu'exerce le juge de cassation en la matière. La Haute formation estime « qu'il résulte clairement des termes de la convention passée, le 14 février 1881, entre la ville de Paris et la compagnie des chemins de fer d'Orléans que si les parcelles nécessaires à l'édification des piles et des culées du pont de Tolbiac ont fait l'objet d'une cession au profit de la ville de Paris, les autres terrains inclus dans le domaine public ferroviaire, que franchit cet ouvrage, continuaient à faire partie du domaine public concédé par l'Etat à la compagnie des chemins de fer; (...) par suite, la cour administrative d'appel de Paris a dénaturé les clauses du contrat en estimant que les terrains au-dessus desquels a été édifié le pont de Tolbiac avaient été, en vertu des stipulations dudit contrat, transférés dans le domaine public de la ville de Paris et que de ce fait, la Société nationale des chemins de fer français, venue aux droits de la Compagnie des chemins de fer d'Orléans, se trouvait, en raison de l'installation sous le tablier du pont des conducteurs d'électricité, dans la situation du bénéficiaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public routier de la ville de Paris; (...) dès lors, la Société nationale des chemins de fer français est fondée à demander l'annulation de l'arrêt du 7 novembre 1989 de la cour administrative d'appel de Paris¹¹⁷¹ ».

La dénaturation est un instrument permettant de contrôler l'interprétation des contrats par le juge suprême.

¹¹⁶⁶ Arrêt « Bakhci » de 1989, précité.

¹¹⁶⁷ Pour voir un exemple de dénaturation d'un contrat de droit public cf. : CE Section 16 juin 1961, SOPREMA, p 410. Le Conseil d'Etat sanctionne également la dénaturation des stipulations claires d'un contrat de droit privé : CE 30 janvier 1995, Mme Capazza, T p 1008.

¹¹⁶⁸ CE 10 mai 1995, Centre hospitalier de Faucigny, T p 902-1008.

¹¹⁶⁹ CE 21 octobre 1992, Société SETEC travaux publics, T p 1264.

¹¹⁷⁰ CE Section 10 avril 1992, SNCF, p 168.

¹¹⁷¹ Arrêt « SNCF » de 1992, précité.

La dénaturation est une immixtion importante dans la sphère de l'appréciation souveraine. C'est une remise en cause de l'appréciation souveraine. Cela pose la question de savoir quelle est l'étendue du contrôle, dans le périmètre de ce qui est censé n'être pas surveillé par le juge de cassation.

L'examen de la théorie de l'appréciation souveraine a débouché sur de surprenantes conclusions. On constate un déplacement du contrôle de cassation. L'appréciation souveraine est largement entendue : elle englobe des pré-qualifications et des qualifications. Celles-ci ne sont pas en principe réexaminées par le juge de cassation.

Mais le pouvoir des juridictions du fond est en même temps fort restreint. Dans la majorité des cas, il ne s'agit que d'une compétence liée. Cette dernière est *a priori* laissée à la sagesse des juridictions du fond. Mais là encore, la Haute assemblée se réserve un contrôle, par le biais de la technique de la dénaturation. On a vu combien ce contrôle pouvait être poussé, tant il est vrai qu'il ne porte guère sur la matérialité des faits, c'est un autre cas d'ouverture qui s'en charge, mais sur les interprétations auxquelles se livrent les juges du fond.

D'où ce constat étonnant : le juge de cassation tend à laisser la mise en œuvre des notions qualificatives aux juges subordonnés, et fait porter l'essentiel de son contrôle sur l'interprétation des actes et des faits. Démarche paradoxale, quand on songe que pour un grand nombre d'auteurs, ceux qui envisagent et expliquent le recours en cassation au moyen de la dichotomie fait-droit, cela revient à abandonner une partie importante du contrôle juridique (à savoir le contrôle des qualifications) et à le remplacer par un contrôle réputé plus factuel (l'interprétation des actes et des faits).

Pour mieux appréhender et délimiter la notion d'appréciation souveraine, il convient d'examiner ce que ce terme recouvre exactement en jurisprudence administrative.

Section 2 - Une souveraineté délimitée.

On a vu précédemment que la plupart des appréciations souveraines étaient à bien des égards des compétences liées et que celles-ci ne sont pas, en principe, contrôlées par la juridiction de cassation. Mais, exceptionnellement, il en va différemment, car le juge suprême se réserve, malgré tout, la possibilité de remettre en cause les appréciations effectuées par une juridiction du fond, sur le fondement de la théorie de la dénaturation.

Dans ces conditions, il importe de se demander où commence et où s'arrête le contrôle du juge de cassation sur les questions réputées non-contrôlées ?

Pour répondre à cette question, il nous faut préalablement recenser quelques-unes des notions juridiques qui sont laissées à la sagesse des juges du fond. Ce n'est qu'à l'issue de cette analyse que nous devrions avoir une vision plus claire de ce que le juge de cassation entend contrôler et de ce qu'il ne souhaite pas surveiller.

Nous avons déjà vu que la catégorie des appréciations souveraines englobe des notions qualificatives (dont on sait qu'elles ont une dimension juridique), ainsi que des pré-qualifications (qui sont censées être purement factuelles ; mais qui sont parfois difficiles à distinguer des précédentes). Dans les développements à venir, nous nous bornerons à examiner des exemples caractéristiques de notions qualificatives dont la mise en œuvre est laissée aux juridictions du fond. En effet, c'est avant tout la question du non-contrôle des concepts juridiques par le juge de cassation qui s'avère ici intéressante.

On s'efforcera de rechercher les motifs qui peuvent conduire le juge de cassation à ne pas contrôler la mise en œuvre d'une notion juridique déterminée.

On sait que la souveraineté d'appréciation des juridictions du fond ne peut intervenir que dans un périmètre bien déterminé. Ce sont les conseillers d'Etat qui ont délimité le domaine de l'autonomie d'appréciation des juridictions qui leur sont subordonnées. Il est également intéressant d'aborder succinctement les questions qui relèvent de la prétendue *souveraineté* des juges du fond, dans la mesure où cela permet de mieux saisir quels aspects d'un litige le

Conseil d'Etat peut juger suffisamment secondaires pour en attribuer le jugement aux juges subordonnés.

A première vue, on peut penser que les questions qui ressortissent à la compétence des juges du fond peuvent présenter un intérêt plutôt marginal au regard de l'objectif tendant à maintenir l'unité d'interprétation du droit positif. C'est ce qui paraît justifier l'absence de contrôle en la matière par le juge suprême.

Mais cela ne signifie pas que le pouvoir d'appréciation souverain ne concerne que des questions subalternes, voire insignifiantes. Bien souvent, au contraire, elles peuvent apparaître importantes, sinon cruciales, pour l'issue d'un litige. Nous verrons s'il est juste de penser que les aspects des litiges laissés à la sagesse des juridictions du fond sont des questions mineures soulevées au cours d'un procès et si le non-contrôle du juge de cassation est susceptible de porter atteinte à l'unité de la législation administrative.

Nous avons vu qu'avant la réforme du contentieux de 1987, le non-contrôle du juge de cassation était fondé sur des motifs politiques. Depuis cette réforme, en revanche, le non-contrôle apparaît comme la conséquence d'une *répartition des tâches* ou d'une *organisation du travail* au sein de l'ordre juridictionnel administratif. Nous avons appelé ce phénomène le non-contrôle organisationnel.

Si l'on adopte cette démarche, on peut constater qu'il existe deux sortes d'appréciations souveraines : celles qui interviennent en matière de droit processuel et celles relatives au droit substantiel.

Ainsi, on peut, lorsqu'on essaie de délimiter le pouvoir d'appréciation des juges du fond, distinguer deux grandes catégories. En premier lieu, il est reconnu aux juges du fond un pouvoir d'administration du procès (§ 1.). En second lieu, les juges du « fait » dispose aussi d'un pouvoir juridictionnel d'exécution (§ 2.).

§ 1. Un pouvoir d'administration du procès.

On sait que les juges du fond, dans le cadre de leurs pouvoirs d'instruction d'une affaire, sont conduits à prendre des mesures, d'ailleurs fort variées, afin que le dossier soit en l'état d'être jugé. C'est cela que nous appelons : un pouvoir d'administration du procès. Le Conseil d'Etat considère que toute une série de mesures prises par les juges du fond, qui ont pour objet d'organiser le déroulement de l'instance et qui concourent à l'administration de la justice, relèvent de la catégorie des appréciations souveraines, insusceptibles d'être discutées devant le juge de cassation.

Nous aborderons quelques exemples caractéristiques de ce pouvoir d'appréciation dans *l'administration du procès*. L'emploi du terme pouvoir, dans les présents développements, ne doit pas induire en erreur. En effet, ce mot n'est utilisé que par commodité de langage. Dans la très grande majorité des cas, les juges du fond sont tenus de mettre en œuvre une compétence liée, comme nous l'avons vu précédemment.

Lorsque l'on aborde l'examen du pouvoir d'appréciation, en matière d'administration du procès, il est utile de distinguer d'une part, l'administration du procès dans des conditions normales (A.) et d'autre part, l'administration de la justice dans l'urgence (B.).

A. L'administration normale du procès.

Lorsque le procès se déroule dans des conditions normales, c'est-à-dire quand il ne faut pas statuer sur l'affaire en urgence, de nombreuses mesures adoptées par les juridictions du fond et qui organisent le déroulement de l'instance ne sont pas contrôlées par le juge de cassation. Dans la majorité des cas, ce pouvoir d'appréciation concerne des questions relatives au déroulement de l'instance *stricto sensu*. Il s'agit de questions relatives à l'opportunité d'une mesure d'instruction par exemple.

Mais il peut également s'agir, pour les juges du fond, d'apprécier souverainement la valeur d'une pièce d'un dossier. Dans cette dernière hypothèse, les juges du fond ne se contentent

pas de prononcer une mesure d'instruction : ils portent un jugement sur un aspect du dossier qui leur est soumis. En toute hypothèse, les mesures adoptées par les juges du fond, qui seront abordées ici, concourent à l'administration de la justice.

Examinons d'abord les appréciations qui concernent l'instruction d'un dossier. On sait que, bien souvent, les demandeurs en cassation contestent le fait que les juges du fond n'aient pas ordonné une mesure d'instruction, dont ils avaient sollicité le prononcé. Le Conseil d'Etat ne contrôle pas *a priori* le bien-fondé d'un tel moyen. En effet, le juge suprême estime que l'utilité d'une mesure d'instruction relève, en principe, du domaine de l'appréciation souveraine.

Ainsi, les questions de savoir s'il fallait procéder à l'audition de témoins ¹¹⁷² ou s'il convenait d'ordonner une expertise ¹¹⁷³, ne sont pas contrôlées en cassation. Cette jurisprudence conduit le juge de cassation à ne pas surveiller les motifs pour lesquels les juges du fond accordent ou refusent de prononcer une mesure d'instruction. L'arrêt « Mme Fraboul » de 1993 illustre ce phénomène. Dans cette affaire, une expertise avait été ordonnée en première instance et puis annulée en appel, au motif que cette expertise avait un *caractère frustratoire* ¹¹⁷⁴ ; les conseillers d'Etat n'ont pas contrôlé le bien-fondé de l'appréciation portée en appel sur le caractère frustratoire de la mesure d'instruction ordonnée en première instance.

L'examen de la jurisprudence révèle que le juge de cassation tend à ne pas contrôler les appréciations que le juge d'appel effectue relativement à la régularité de la procédure de première instance ¹¹⁷⁵. C'est ce qu'illustre, par exemple, l'arrêt « Mme Rochard » de 2000. Dans cette affaire, le juge d'appel avait considéré qu'une personne poursuivie disciplinairement avait disposé d'un *délai suffisant* afin de répondre à des observations, qui ont été versées aux débats, au cours du procès de première instance. Le juge de cassation a estimé que l'appréciation du *caractère suffisant du délai* laissé par les juges de première instance à une des parties afin de répondre aux observations de l'autre partie ¹¹⁷⁶, n'était pas susceptible d'être discutée en instance de cassation.

¹¹⁷² CE 9 décembre 1988, Kessler, p 436.

¹¹⁷³ CE 26 novembre 1993, SCI Les jardins de Bibémus, p 327 ; CE Section 25 juin 1999, Société d'exploitation de l'établissement thermal d'Uriage, n° 188458, p 215.

¹¹⁷⁴ CE 22 mars 1993, Centre hospitalier régional de Brest c/ Mme Fraboul, p 79.

¹¹⁷⁵ Dans la mesure, bien évidemment, où le juge d'appel ne commet pas d'erreur de droit, lorsqu'il examine la régularité de la procédure de première instance.

¹¹⁷⁶ CE Section 5 juillet 2000, Mme Rochard, AJDA 2000, p 675.

Dans leur chronique de jurisprudence administrative, MM. Guyomar et Collin ont justifié cette solution en écrivant : « une telle appréciation repose (...) sur un examen des mémoires produits au fond, la détermination du délai raisonnable à accorder à l'autre partie dépendant, pour une large part, de l'intensité du caractère nouveau des observations ¹¹⁷⁷ ». Mais ce qui nous semble déterminant dans l'arrêt « Rochard », est la volonté du juge suprême de ne pas réexaminer la régularité du procès de première instance.

Le juge de cassation a également considéré que l'appréciation portée par les juges d'appel sur les liens existant entre un justiciable et les membres de la juridiction saisie en premier ressort ¹¹⁷⁸, entrainé dans le cadre du pouvoir souverain des juges du fond.

Le Conseil d'Etat a jugé que relèvent aussi du pouvoir souverain d'appréciation le fait pour une Cour administrative d'appel d'évoquer un litige ¹¹⁷⁹, le fait pour une Cour de s'abstenir de saisir la Cour de Justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle ¹¹⁸⁰ ou encore l'octroi des frais irrépétibles à une partie ¹¹⁸¹.

Le Conseil d'Etat reconnaît aussi aux juges du fond un pouvoir d'appréciation relativement à des questions de preuves. Ainsi, le pouvoir souverain d'appréciation peut concerner la valeur probante des productions des parties. En matière de bénéfices non commerciaux, la preuve que le produit d'un emprunt est affecté à la satisfaction de besoins professionnels ¹¹⁸² n'est pas susceptible d'être discutée en cassation. Il en va de même de l'appréciation portée par les juges du fond sur la valeur probante des allégations des requérants ¹¹⁸³ ou de l'appréciation réalisée sur les justifications apportées par un requérant ¹¹⁸⁴.

¹¹⁷⁷ M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », AJDA 2000, p617.

¹¹⁷⁸ CE 5 février 1997, Thibault, n° 116807, T p 1042.

¹¹⁷⁹ CE 22 mars 1993, Centre hospitalier régional de Brest c/ Dame Fraboul, p 79. (i. e. : statuer par voie d'évocation).

¹¹⁸⁰ CE 1^{er} juin 1994, Letierce, p 278.

¹¹⁸¹ CE 21 juin 1993, Entreprise Plouzennec, T p 988.

¹¹⁸² CE 11 juillet 1993, Carment, p 282.

¹¹⁸³ CE 7 mai 1993, Commune de Cestas, T p 987 ; CE 24 juillet 1987, Rudlich, RDP 1988, p 587.

¹¹⁸⁴ CE 7 novembre 1990, Mme Serwaah, p 311.

On vient de voir que les conseillers d'Etat ont décidé de reconnaître aux juges du fond un large pouvoir d'appréciation dans l'administration du procès. Cette jurisprudence produit ses effets les plus intéressants lorsque le juge du fond est appelé à statuer dans l'urgence. En effet, le juge suprême est alors confronté au dilemme suivant : respecter l'autonomie d'administration accordée aux juridictions du fond, tout en préservant les droits et libertés des justiciables. Or les intérêts des justiciables peuvent être lésés, dès lors que le juge du fond est appelé à prononcer sa décision au terme d'une procédure qui se doit d'être rapide et qui de ce fait, est susceptible d'accroître le risque d'erreur.

B. L'administration du procès dans l'urgence.

Dans les présents développements, nous n'allons pas présenter en détail les règles organisant le fonctionnement des procédures d'urgence devant les juridictions administratives. Cela n'est pas l'objet de notre travail. Nous nous bornerons à souligner d'une part, que les conditions qui permettent aux juges de fond de recourir à pareille procédure relèvent *a priori* du pouvoir souverain des juges du fond et d'autre part, que le juge de cassation a mis en œuvre en ce domaine un contrôle qui s'avère particulièrement original. Ce qui mérite que nous nous y attardions un peu.

On sait que le juge administratif a la faculté de prononcer le sursis à exécution d'une décision dans la mesure où l'exécution de celle-ci risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent sérieux en l'état de l'instruction.

Dans l'arrêt « Société de fait Couderc » de 1991, le Conseil d'Etat a considéré que relève de l'appréciation souveraine des juges du fond l'analyse des conséquences difficilement réparables en matière de sursis à exécution ¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁵ CE Section 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, p 273.

Par plusieurs décisions en date du 5 novembre 1993, la Section du contentieux a considéré que l'existence d'un moyen sérieux, en l'état de l'instruction, de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué, en matière du sursis à exécution¹¹⁸⁶, n'était pas susceptible d'être discuté en cassation. M. Schwartz, dans ses conclusions sur cette affaire, avait proposé au Conseil d'Etat d'adopter une autre solution. Il préconisait un contrôle du juge de cassation sur la notion de *moyen sérieux*, dès lors que les juges du fond accueillent les conclusions à fin de sursis. En revanche, il recommandait que le juge suprême n'exerce aucun contrôle sur l'existence d'un moyen sérieux chaque fois que les juges du fond rejettent la demande de sursis à exécution¹¹⁸⁷.

Si la Section du contentieux n'a pas retenu la solution proposée par M. Schwartz, elle en a malgré tout retenu l'esprit : le contrôle du juge de cassation n'est pas identique quand les juges du fond ont accueilli ou rejeté la demande de sursis¹¹⁸⁸. Lorsque les juges du fond rejettent les conclusions à fin de sursis, ils agissent dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire. On sait, en effet, que l'octroi du sursis à exécution n'est qu'une simple faculté pour le juge administratif et que celui-ci a la possibilité de refuser de l'octroyer, même si les conditions qui permettent de le faire sont remplies¹¹⁸⁹.

En revanche, dès lors que les juges du fond accordent le sursis, le juge de cassation vérifie indirectement le bien-fondé de cette décision, à travers le contrôle de la motivation¹¹⁹⁰. Nous savons, en effet, que les juges du fond doivent désigner le moyen qu'ils estiment sérieux et de nature à entraîner l'annulation de la décision dont il est demandé de sursoir à l'exécution¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁶ CE Section 5 novembre 1993, Commune de Saint-Quay-Portrieux ; SA Immobilière de construction « La Gauloise », n° 145814, p 305 ; Ville de Strasbourg et SCI du Marais, n° 145643, et n° 145718 ; M. et Mme Péan, n° 146570 ; RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz ; AJDA 1993, p 844, chronique C. Maugüé et L. Touvet.

¹¹⁸⁷ R. Schwartz, op. cit., p 49.

¹¹⁸⁸ Sur cette question : cf. supra les développements consacrés au *contrôle asymétrique*, dans la partie intitulée « Une condition de l'effectivité du contrôle de cassation », p 175.

¹¹⁸⁹ CE Ass. 13 février 1976, Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame, p 100.

¹¹⁹⁰ Cf. supra la partie intitulée « Une condition de l'effectivité du contrôle de cassation », p 175.

¹¹⁹¹ CE Section 5 novembre 1993, Commune de Saint-Quay-Portrieux, précité, p 306 et s ; Voir C. Maugüé et L. Touvet, Chronique, op. cit., p 844 et s.

Examinons, maintenant, les dispositions de l'article 521-1 du Code de justice administrative. Aux termes de cet article, le juge des référés, saisi d'une demande dans ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative qui fait l'objet d'une contestation, lorsque *l'urgence le justifie* et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, *un doute sérieux* quant à la légalité de la décision.

Par une décision « France Télécom » du 6 avril 2001, la Section du contentieux a considéré que le juge des référés apprécie souverainement si la condition d'urgence est établie¹¹⁹². Dans le même arrêt, les conseillers d'Etat ont estimé que la question de savoir s'il existe un moyen qui soulève un doute sérieux, relevait du pouvoir souverain du juge des référés¹¹⁹³.

L'analyse de la jurisprudence permet de constater que lorsque le juge des référés rejette une demande qui lui est présentée, l'obligation de motivation à laquelle il est tenu, est moins importante que lorsqu'il accueille¹¹⁹⁴.

Notons qu'en pratique le juge de cassation vérifie effectivement si l'appréciation du juge des référés est entachée de dénaturation¹¹⁹⁵.

Enfin, l'appréciation selon laquelle le juge des référés estime qu'une requête qui lui est soumise est manifestement mal fondée au sens de l'article L 522-3 du Code de justice administrative, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation¹¹⁹⁶.

Par ailleurs, il convient de souligner qu'en matière de référé fiscal, l'appréciation qu'effectue le Tribunal administratif sur la question de savoir si les mesures conservatoires prises par le comptable, comporte pour le contribuable des conséquences difficilement réparables, constitue une appréciation souveraine¹¹⁹⁷.

¹¹⁹² CE Section 6 avril 2001, France Télécom, n° 230338. Voir également : CE Section 25 avril 2001, Ministre de l'économie c/ SARL Janfin, n° 230166, p 197 ; CE Section 25 avril 2001, Association des habitants du littoral du Morbihan, n° 230025, p 220.

¹¹⁹³ Décision « France Télécom » précitée.

¹¹⁹⁴ Sur cette question cf. J. Massot, O Fouquet, J-H Stahl et M Guyomar, « Le Conseil d'Etat juge de cassation », Berger-Levrault L'administration nouvelle, 5^{ème} édition, 2001, p 294 et s.

¹¹⁹⁵ CE Section 23 février 2001, Ministre de l'intérieur c/ M. Traikia, n° 230218, DA Avril 2001, n° 4, p 32.

¹¹⁹⁶ CE Section 16 février 2001, M. Breucq, n° 229246.

¹¹⁹⁷ CE 5 avril 1993, Launay, RJF 5 / 1993 n° 738 ; cf. l'article L 552-2 du Code de justice administrative qui reprend l'article L 277 alinéa 4 du Livre des procédures fiscales.

Il résulte des exemples qui précèdent, que le juge de cassation laisse à la sagesse des juges du fond un certain nombre de questions qui concernent avant tout l'administration de la justice. On sait que cette liberté accordée aux juridictions du fond est très encadrée. Elle est restreinte par la censure de l'erreur de droit, la théorie de la dénaturation et le contrôle exercé sur la motivation des décisions définitives. Dans ces conditions, ce pouvoir se révèle être, encore une fois et pour l'essentiel, la mise en œuvre d'une compétence liée *a priori* non-contrôlée.

Le pouvoir réputé souverain des juges du fond ne concerne pas seulement l'administration du procès, il peut également, comme on va le voir, être un véritable pouvoir juridictionnel d'exécution.

§ 2. Un pouvoir juridictionnel d'exécution.

Le Conseil d'Etat refuse de surveiller, au titre du contrôle de la qualification des faits, un nombre relativement important de questions relatives au droit administratif. Celles-ci relèvent donc de la compétence des juges du fond. C'est ce que nous appelons un *pouvoir juridictionnel d'exécution*. En d'autres termes, le pouvoir de juger l'administration est ici exercé par les juridictions du fond et les solutions auxquelles elles aboutissent ne sont pas, *a priori*, remises en cause par la Haute juridiction.

L'usage du mot *pouvoir* ne doit pas faire illusion. Encore une fois, le pouvoir souverain d'appréciation reconnu aux juges du fond, s'analyse, en bien des occasions, comme la mise en œuvre d'une compétence liée.

Ce pouvoir juridictionnel d'exécution conféré aux juridictions du fond peut revêtir deux apparences. En premier lieu, nous verrons que les juridictions du fond décident quelles mesures concrètes il convient d'adopter, en exécution d'une règle de droit, à l'égard d'une personne individualisée. Ainsi, par exemple, les juges du fond tranchent souverainement la question de savoir quel sera le montant de l'indemnité accordée à la victime d'un fait fautif de l'administration.

Dans ce cas de figure, le juge de cassation contrôle, en général, le bien-fondé du fait générateur de responsabilité retenu par les juges du fond. Mais il laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la fixation du montant des indemnités auxquelles peut prétendre la personne victime du dommage. Il s'agit, en quelque sorte, d'examiner quels sont les aspects du droit de la responsabilité jugé devant les juridictions administratives, dont la mise en œuvre est laissée aux juridictions du fond. C'est ce que nous avons appelé le pouvoir souverain dérivé d'une qualification (A.).

En second lieu, on sait qu'il appartient aux juges du fond de mettre en œuvre certaines notions qualificatives déterminées. Nous aborderons quelques-unes des notions qui relèvent du droit administratif substantiel et dont la mise en œuvre est laissée aux juges du fond.

L'appréciation souveraine se présente alors comme la faculté de mettre en œuvre certaines règles de droit. Il s'agit d'examiner dans quelle mesure ce phénomène peut s'analyser comme la consécration d'un pouvoir de décision autonome (B.) conféré aux juges du fond.

A. Le pouvoir dérivé d'une qualification.

On sait que les juges du fond sont tenus, en raison de la nature de leur mission, de fixer le montant des indemnités qu'ils accordent et de déterminer quelle est la sanction la plus appropriée pour réprimer la commission d'un fait prohibé. Le juge de cassation a considéré que ces questions relevaient, en principe, du pouvoir souverain des juridictions du fond. C'est ce que nous allons constater en examinant les problématiques soulevées par les questions relatives au partage de responsabilité, à la fixation des conséquences pécuniaires d'une sanction, puis celles qui concernent l'évaluation d'un préjudice.

Commençons par examiner la solution admise par la Haute juridiction en matière de partage de responsabilité. Dans l'affaire « Commune de Béthoncourt contre Consorts Barbier » de 1992, la Section du contentieux a estimé que le fait de limiter à 50 % la part de responsabilité d'une commune, afin de tenir compte de la faute commise par la victime et qui a concouru à la réalisation du dommage¹¹⁹⁸, relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans ses conclusions sur cette affaire, M. Le Chatelier affirmait que le fait d'évaluer quelle est la part respective de responsabilité de chacun des coauteurs d'un dommage n'entraînait, en principe, l'application d'aucune règle de droit¹¹⁹⁹. Mais le pouvoir reconnu aux juges du fond est ici, nous semble-t-il, d'une portée réduite, dans la mesure où le juge suprême contrôlera en principe d'une part, l'existence du fait générateur de responsabilité et d'autre part, la question de l'imputabilité du dommage à la personne condamnée par les juges statuant en dernier ressort.

¹¹⁹⁸ CE Section 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, RFDA 1993, p 78, conclusions Le Chatelier. Voir également : CE 9 février 1994, SA Duault, D 1996, SC, p 53.

¹¹⁹⁹ G. Le Chatelier conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, op. cit., p 76.

Venons-en aux problèmes soulevés par l'évaluation des indemnités pécuniaires et le prononcé de sanctions. Il convient, en premier lieu, de souligner que l'appréciation de l'étendue du préjudice pécuniaire subi par une victime est du ressort des juges du fond, à condition qu'ils respectent les principes régissant l'indemnisation des victimes¹²⁰⁰.

Ainsi, dans l'arrêt « Centre hospitalier régional de Brest » de 1993, le Conseil d'Etat a jugé que constituait une appréciation souveraine, le fait de considérer pour un couple sans enfant, que l'épouse disposait de 50 % des revenus apportés au ménage par son mari, pour la fixation du préjudice subi par cette dernière à la suite du décès de son conjoint¹²⁰¹.

De même, dans l'affaire « Alix » de 1997, le juge suprême a estimé que les questions de savoir, d'une part si une personne dans un coma végétatif ressentait de la douleur, et d'autre part si les troubles que cette personne ressentait dans ses conditions d'existence, se limitaient à la perte de son intégrité physique ou comprenaient aussi un préjudice d'agrément spécifique, relevaient du pouvoir souverain des juridictions du fond¹²⁰².

En second lieu, n'oublions pas que l'appréciation à laquelle se livre une juridiction disciplinaire pour appliquer une sanction déterminée, compte tenu de la gravité des faits reprochés à la personne poursuivie, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation¹²⁰³. Cela autorise un juge d'appel à maintenir une sanction prononcée en première instance, tout en écartant certains des griefs retenus par les premiers juges¹²⁰⁴. Il en va de même, s'agissant de la fixation, dans la limite légale, du montant d'une amende infligée par la Cour des Comptes, à une personne qu'elle a déclarée comptable de fait¹²⁰⁵.

On se souvient qu'il s'agit là d'une différence essentielle opposant recours en cassation et recours pour excès de pouvoir, dans la mesure où le juge de l'excès de pouvoir vérifie si une sanction administrative est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation¹²⁰⁶.

¹²⁰⁰ Sur ce dernier point, cf. par exemple les décisions suivantes : CE 20 mars 1991, Centre hospitalier de Bourg-en-Bresse, p 97 ; CE 23 juin 1995, Cabinet d'architectes concepteurs Andrault-Parat, p 270 ; CE 24 mars 1995, Rabotin, p 139 ; CE 25 novembre 1994, Ville de Nanterre, D 1996, SC, p 51.

¹²⁰¹ CE 22 mars 1993, Centre hospitalier régional de Brest c/ Mme Fraboul, p 79.

¹²⁰² CE 23 avril 1997, Consorts Alix et Centre hospitalier de Rennes, n° 157664, p 167.

¹²⁰³ CE Ass. 11 juillet 1984, Subrini, p 411 ; CE 9 décembre 1988, Kessler, n° 56858, p 436. Sous réserve que le juge disciplinaire relève, avec suffisamment de précision, les faits retenus à l'encontre de la personne poursuivie cf. CE 29 avril 1988, Cuaz, n° 94927, p 176.

¹²⁰⁴ CE 20 mai 1994, Mme Durif, p 255.

¹²⁰⁵ CE 14 décembre 1977, Jacquet, T p 941.

¹²⁰⁶ CE Section 9 juin 1978, Lebon, p 245.

En ce qui concerne l'existence d'un préjudice, les conseillers d'Etat ont jugé que relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond le fait de considérer qu'un préjudice ne présente pas un caractère actuel et certain¹²⁰⁷. De même, la question de savoir si un préjudice a un caractère purement éventuel¹²⁰⁸, ne peut pas être discutée au cours d'une instance en cassation.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat admet que les juridictions administratives puissent procéder à une évaluation globale du montant des indemnités à allouer au titre de chefs de préjudice distincts¹²⁰⁹. Cela nous paraît être le corollaire logique des règles précédentes : les juges du fond ne sont pas tenus de détailler le montant d'indemnité accordé, au titre de chaque catégorie de préjudices, parce que le juge de cassation ne souhaite aucunement contrôler les mesures prises par les juridictions qui lui sont subordonnées en ce domaine.

Le non-contrôle est ici justifié par l'idée que les mesures adoptées par les juges du fond ne produisent d'effets qu'à l'égard des parties au litige. Les appréciations que nous venons d'analyser ne sont pas, a priori, susceptibles d'influencer le cours d'autres affaires.

Il s'agit, en quelque sorte, du pouvoir d'énoncer des normes qui ont une portée strictement individuelle. Nous allons maintenant constater que les juges du fond peuvent aussi, dans le cadre de leur pouvoir souverain, mettre en œuvre des notions qualificatives qui sont susceptibles de produire des effets dans d'autres affaires.

¹²⁰⁷ CE 14 avril 1995, Société de construction et de génie civil, T p 1007.

¹²⁰⁸ CE 23 avril 1997, Consorts Alix et Centre hospitalier de Rennes, n° 157664, p 167.

¹²⁰⁹ CE 2 février 1996, Mme Liuzzi, T p 1131.

B. Le pouvoir de décision autonome.

On sait que les juges du fond disposent d'un pouvoir autonome de décision à l'égard de certaines notions qualificatives. Il importe maintenant d'essayer de discerner les grandes catégories d'appréciation que l'on peut rencontrer en ce domaine.

En premier lieu, nous constaterons que les juridictions du fond sont conduites à apprécier souverainement des questions qui ressortissent à la légalité d'un acte administratif. En effet, en matière de contentieux objectif, la mise en œuvre d'une notion qualificative déterminée peut être laissée à la sagesse des juges du fond. C'est ce que nous appelons l'appréciation objective (1°).

En second lieu, nous verrons que le pouvoir souverain d'appréciation comprend des notions ou concepts qui sont perçus comme se confondant avec les circonstances d'un litige. Sous cet aspect, les juges du fond apprécient souverainement les questions qui impliquent de rechercher quelles pouvaient être les *intentions* d'une ou plusieurs parties à un moment déterminé (2°). De même, les juridictions du fond tranchent souverainement les notions qui sont considérées comme liées aux circonstances du litige (3°).

1°/ L'appréciation objective.

Nous allons voir que le juge de cassation laisse aux juridictions du fond le soin de trancher des questions qui ressortissent à la légalité d'une décision administrative. Cela nous amènera à examiner la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de contrôle de la notion d'erreur manifeste d'appréciation.

On sait que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation permet au juge de l'excès de pouvoir de censurer des actes administratifs irréguliers, alors même que ceux-ci sont rendus dans des domaines où traditionnellement le juge administratif accorde une grande liberté d'action à l'administration active. Il s'agit pour le juge de l'excès de pouvoir d'annuler les décisions entachées d'une irrégularité patente.

Dans l'arrêt « Société Clichy Dépannage » de 1994, la Section du contentieux a considéré que relevait du pouvoir souverain des juges du fond, le fait de savoir si les auteurs d'un plan d'occupation des sols ont commis une erreur manifeste en limitant les activités susceptibles d'être exercées dans une zone déterminée¹²¹⁰. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement avait souligné que « la définition de l'erreur manifeste d'appréciation renvoie à la notion d'évidence. Il s'agit d'un manquement trop grossier, trop grave, dans l'application de la loi, à une situation donnée pour ne pas être sanctionné¹²¹¹ ». Il en concluait qu'il s'agissait d'une question de fait.

Le juge de cassation a confirmé par la suite cette jurisprudence. Ainsi dans l'arrêt « Maixandeu » de 1995, il a été jugé qu'une Cour administrative d'appel tranchait souverainement la question de savoir si les auteurs d'un arrêté pouvaient *manifestement* retirer le « master of business administration » de la liste des diplômes ouvrant droit à dispense du remboursement des frais de scolarité de l'Ecole polytechnique¹²¹². De même, il n'est pas possible de discuter en cassation la question de savoir si un maire ne devait *manifestement* pas accorder un permis de construire¹²¹³.

La portée exacte de cette jurisprudence demeure, néanmoins, délicate à cerner. D'un côté, le juge de cassation refuse de vérifier l'appréciation émise par le juge de l'excès de pouvoir sur la question de savoir si un acte est entaché d'erreur manifeste. Mais d'un autre côté, le juge suprême interdit aux juges du fond de dénaturer les faits et les actes. Or, on le sait, la théorie de la dénaturation permet au juge suprême de censurer les erreurs patentes commises par les juges du fond.

On aboutit à la situation suivante : les juges du fond apprécient souverainement si l'administration a commis *une erreur grossière* ; et le juge de cassation censure *l'erreur grossière* des juridictions du fond. Ne faut-il pas penser que si, théoriquement, le juge de

¹²¹⁰ CE Section 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, p 505.

¹²¹¹ B. Marais, conclusions sur CE Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA 1995, p 683. Le commissaire du gouvernement souligne « la prééminence, dans [le] concept [d'erreur manifeste], de la dimension du fait, du constat ». Plus précisément il ajoute : « On sait (...) l'importance en matière d'urbanisme, des plans, des photos, etc., joints à la requête (...) le juge souhaite parfois procéder par supplément d'instruction, voire par transport sur les lieux. Suppléments d'instruction qui ne sont pas possibles en cassation », cf. B. Marais, conclusions précitées, p 687.

¹²¹² CE 10 février 1995, Maixandeu, p 64.

¹²¹³ CE 23 avril 1997, Epoux Ballon et Crevel, n° 161328, p 165.

cassation ne contrôle pas les décisions rendues en matière d'erreur manifeste, il aboutit malgré tout à exercer une surveillance sur cette notion, par le biais du contrôle de la dénaturation ?

Il existe d'autres cas de figure où le juge de cassation laisse une question de droit objectif à l'appréciation des juges du fond. Examinons, par exemple, l'affaire « Normand » de 1992, rendue en matière fiscale et où certaines questions concernant la légalité d'une imposition contestée sont laissées à la sagesse des juges du fond.

Dans cet arrêt, la Section du contentieux a estimé que relevaient du domaine de l'appréciation souveraine des juges du fond les questions suivantes : à savoir d'une part, si les justifications fournies à l'administration fiscale sur des sommes d'origine inexplicée constituent une réponse suffisante à une demande de renseignement, faisant obstacle à la mise en œuvre de la procédure de taxation d'office de l'article L 69 du Livre des procédures fiscales¹²¹⁴ ; et d'autre part, si un contribuable taxé d'office sur ce fondement apporte la preuve de l'exagération des bases d'imposition de son revenu¹²¹⁵.

Dans cette affaire, on peut constater que les éléments essentiels qui justifient le recours à une procédure d'imposition d'office relèvent du pouvoir souverain des juges du fond.

A côté des appréciations objectives qui concernent principalement une question de légalité, la Haute juridiction reconnaît aussi aux juridictions du fond un pouvoir souverain lorsqu'est en jeu la manifestation de la volonté d'une ou plusieurs parties au litige.

2°/ L'appréciation intentionnelle.

L'analyse de la jurisprudence révèle que le juge de cassation laisse à l'appréciation des juges du fond la question de savoir ce que les parties au litige ont voulu, individuellement ou d'un commun accord, dans un contexte déterminé. C'est ce que nous appelons l'appréciation intentionnelle, à savoir celle qui est relative à la recherche de l'intention d'une ou plusieurs parties.

¹²¹⁴ CE Section 10 juillet 1992, Normand, T p 889 ; DF 1993, N° 10, comm. 527, conclusions O. Fouquet.

¹²¹⁵ Décision « Normand » de 1992, précitée.

En premier lieu, le Conseil d'Etat considère que les questions de savoir si un justiciable a agi de bonne foi ou de manière frauduleuse relèvent, en principe, du pouvoir souverain des juges du fond. Dans l'affaire « Galland » de 1951, la Haute juridiction avait estimé que le fait de savoir si une déclaration inexacte a été faite sciemment ¹²¹⁶, échappait au contrôle du juge de cassation. Les conseillers d'Etat n'examinent pas, non plus, la question de savoir si un comptable de fait peut être regardé comme ayant agi de bonne foi¹²¹⁷. De même, le Conseil d'Etat laisse à l'appréciation des juges du fond le fait de savoir si des justiciables avaient, « lors de l'instruction de précédents permis de construire, dissimulé le caractère aménageable des combles de leurs habitations¹²¹⁸ ». En revanche, le juge de cassation contrôle, au titre de la qualification juridique des faits, la notion de mauvaise foi en matière de contentieux fiscal¹²¹⁹.

En second lieu, de nombreuses questions qui concernent le droit des contrats ressortissent à la compétence des juridictions du fond. Dans l'arrêt « Erb » de 1945, la Section du contentieux avait déjà considéré que l'interprétation de la commune intention des parties ¹²²⁰ ne relevait pas du contrôle du juge de cassation. Cette solution a été confirmée par la suite. Il est toujours admis, en droit positif, que l'interprétation à laquelle se livrent les juges du fond de clauses contractuelles¹²²¹ n'est pas susceptible d'être discutée en cassation.

Ainsi, dans l'arrêt « Framatome » de 1991 par exemple, une Cour administrative d'appel avait considéré qu'aucune clause contractuelle n'impliquait que des produits financiers fussent un des éléments constitutifs de la rémunération d'un cocontractant, permettant d'assimiler ces produits à des acomptes ¹²²². Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a estimé que les juges du fond n'avaient pas dénaturé la commune intention des parties et s'étaient livrés à une appréciation souveraine.

¹²¹⁶ CE 4 avril 1951, Galland, p 172.

¹²¹⁷ CE 21 octobre 1983, Simler, p 240.

¹²¹⁸ CE 15 octobre 1999, M. et Mme Chatin, n°180298 ; Note L. Touvet., Droit administratif, février 2000, n°2, commentaire, p 27.

¹²¹⁹ CE 3 mai 1993, Cohen, RJF 6 / 93, n° 774.

¹²²⁰ CE Section 5 janvier 1945, Erb, p 7.

¹²²¹ CE 24 avril 1992, Syndicat mixte pour la géothermie à La Courneuve, T p 1264.

¹²²² CE 11 octobre 1991, Société Framatome, p 332.

Les conseillers d'Etat ont jugé que relève du pouvoir des juridictions du fond le point de savoir si les parties ont supprimé, d'un commun accord, des obligations de gardiennage spéciales qui avaient initialement été mises à la charge d'un cocontractant ¹²²³. De même, la question de savoir si un maître de l'ouvrage, lorsqu'il a procédé à la réception définitive des travaux, a entendu renoncer à une garantie spéciale instituée contractuellement ¹²²⁴, n'est pas contrôlée en cassation. Enfin, les juges du fond apprécient souverainement la connaissance qu'a une caution de la nature et de l'étendue de son obligation ¹²²⁵.

Le juge de cassation laisse à la sagesse des juridictions du fond la question de savoir si une personne a la qualité de partie à un contrat ¹²²⁶.

Il est intéressant de rapprocher les solutions qui viennent d'être présentées, de la jurisprudence du juge de cassation portant sur la problématique de l'acceptation des risques par la victime d'un dommage. Les conseillers d'Etat considèrent que ne peut pas être discutée devant le juge de cassation la question de savoir si une victime a accepté un risque, et s'est ainsi sciemment exposée à la survenance d'un dommage, qui s'est finalement réalisé.

Ainsi, les juges du fond apprécient souverainement le fait qu'une personne ait accepté en connaissance de cause le risque d'instabilité auquel était exposé son établissement ¹²²⁷. Dans l'arrêt « Société arboricole et fruitière de l'Agenais » de 1997, le juge de cassation n'a pas contrôlé le point de savoir si une société ne pouvait ignorer les risques que comportait un programme ¹²²⁸ expérimental de plantation d'eucalyptus auquel elle avait participé. Dans la même affaire, le Conseil d'Etat a jugé que relevait du pouvoir souverain le fait de savoir si une personne publique avait donné des indications erronées ou des assurances non suivies d'effets ¹²²⁹.

¹²²³ CE 25 novembre 1994, Société Aticam, p 514.

¹²²⁴ CE 28 avril 1997, Entreprise Quillery, n° 148477, p 170.

¹²²⁵ CE Section 28 juin 1996, Krief, n° 138874, p 251.

¹²²⁶ CE 29 octobre 1997, Mme Rosenblum, T p 1042.

¹²²⁷ CE 10 juillet 1996, Meunier, p 289.

¹²²⁸ CE 16 juin 1997, Société arboricole et fruitière de l'Agenais, n°161900, p 238.

¹²²⁹ Ibid.

Dans les différents exemples qui viennent d'être abordés, on voit que le juge de cassation laisse à l'appréciation des juridictions du fond diverses questions qui ressortissent à l'analyse des volontés ou du consentement des parties au procès. Nous allons maintenant voir que les conseillers d'Etat ne contrôlent pas, non plus, des notions qualificatives parce qu'elles sont perçues comme trop liées aux circonstances d'un litige donné.

3°/ L'appréciation circonstancielle.

L'analyse de la jurisprudence révèle que la catégorie la plus courante d'appréciations souveraines est celle qui comprend des notions qualificatives perçues comme consubstantielles aux circonstances de fait d'un litige. Nous ne reviendrons pas ici sur le caractère illusoire de la distinction du fait et du droit. Nous nous contenterons de présenter quelques-unes des solutions admises par la jurisprudence du Conseil d'Etat et qui permettront d'illustrer ce que nous appelons les appréciations circonstancielle.

Conformément à une jurisprudence classique, le Conseil d'Etat ne contrôle pas les appréciations techniques émises par des juges spécialisés (a). Plus généralement, il n'aborde pas, non plus, celles qui analysent le contexte d'un litige déterminé et qui finissent par être confondues avec le contexte lui-même (b).

a./ L'appréciation technique.

Dans les présents développements, nous parlerons d'appréciations techniques, pour désigner les notions qualificatives dont la mise en œuvre est laissée à des juridictions administratives spécialisées. Ces appréciations sont, *a priori*, censées présenter un certain seuil de technicité qui justifie qu'elles soient laissées à la sagesse de juges qui ont les compétences techniques nécessaires pour résoudre ces questions à bon escient.

Commençons par examiner quelques solutions admises par le juge de cassation en matière de droit d'asile. Dans l'affaire « Mujica Garmendia » de 1988 par exemple, la Section du contentieux a estimé que l'existence de *faits de nature à faire craindre avec raison des*

persécutions au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 modifiée ¹²³⁰, constitue une appréciation souveraine laissée à la sagesse de la Commission des recours des réfugiés.

De même, dans l'arrêt « Agyepong » de 1994, l'Assemblée du contentieux a considéré que la question de savoir si le lien matrimonial est établi entre une requérante, demandeuse d'asile, et une personne titulaire du statut de réfugié ¹²³¹, n'était pas susceptible d'être discuté devant le juge de cassation.

La Haute assemblée laisse à la sagesse des juridictions ordinaires des professions de la santé le soin de mettre en œuvre des appréciations de nature médicale. Ainsi, la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre des médecins apprécie souverainement le caractère risqué et non nécessaire d'une expérimentation ¹²³². Cette juridiction apprécie souverainement la dangerosité d'une thérapeutique ¹²³³.

Enfin, on peut aussi souligner qu'en matière d'opposition à l'ouverture d'une école technique privée, le Conseil supérieur de l'Éducation nationale apprécie si les programmes d'enseignement sont de nature à assurer une formation technique ¹²³⁴.

Nous venons de voir que le juge de cassation ne contrôle pas certaines questions parce qu'elles sont censées présenter un certain seuil de technicité, d'ailleurs fort variable selon les domaines envisagés. Ces solutions, qui concernent les juridictions administratives spéciales, étaient, en règle générale, déjà admises avant l'entrée en vigueur de la réforme du contentieux administratif de 1987. Nous allons maintenant voir que depuis la réforme de 1987, le Conseil d'État laisse aux Cours administratives d'appel le soin de mettre en œuvre de nombreuses notions qualificatives.

¹²³⁰ CE Section 27 mai 1988, *Mugica Garmendia*, p 219 ; RFDA 1989, p 46, conclusions O. Van Ruymbeke.

¹²³¹ CE Ass. 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, n° 112842, RFDA 1995, p 86, conclusions M. Denis-Linton.

¹²³² CE 4 octobre 1991, *Milhaud*, n° 100064, p 320.

¹²³³ CE 8 mars 1972, *Roux*, p 198.

¹²³⁴ CE 23 juillet 1976, *Association Maison familiale d'Éducation et d'Orientation de Craon*, p 379.

b./ L'appréciation contextuelle.

L'expression *appréciation contextuelle* nous permet de désigner diverses notions qualificatives, qui relèvent du pouvoir souverain des juridictions administratives de droit commun. Les appréciations que nous allons examiner, dans les développements à venir, ont en commun d'être perçues par la doctrine, sinon par les magistrats, comme des questions de fait.

Nous verrons que cette manière de voir est, encore une fois, mal adaptée pour analyser la jurisprudence administrative. Nous constaterons que les questions qui sont ici laissées à la sagesse des juges du fond, conduisent ces derniers à analyser scrupuleusement les circonstances d'un litige, afin de leur permettre d'adopter la solution la plus conforme aux postulats de la notion à appliquer. Dans la mesure où cette analyse du contexte litigieux n'apparaît pas entachée de dénaturation, le juge de cassation ne la remettra pas en cause.

Examinons d'abord le contrôle qu'exerce le juge de cassation en matière de la garantie décennale des constructeurs.

Dans l'arrêt « SARL Cartigny » de 1991, la Section du contentieux a considéré que relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond la question de savoir si l'ampleur et la gravité des conséquences d'un vice se sont révélés postérieurement à la réception des travaux¹²³⁵. Dans ses conclusions sur cette affaire, M. Le Chatelier avait estimé que l'appréciation du caractère apparent des désordres est « une simple constatation matérielle¹²³⁶ ».

Trois ans après, dans une décision « SA Les grands travaux de Franche-Comté » de 1994, le Conseil d'Etat a estimé que le fait de savoir si des désordres sont de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination¹²³⁷, ne pouvait pas être discuté devant le juge de cassation. Dans ses

¹²³⁵ CE Section 19 avril 1991, SARL Cartigny, RFDA 1991, p 965, conclusions G. Le Chatelier. Voir aussi : CE 6e/2e sous-section réunies 10 juin 1994 S.A. Les grands travaux de Franche-Comté (G.T.F.C.), n° 124761, RFDA 1995, p674, conclusions B. Marais.

¹²³⁶ G. Le Chatelier, conclusions sur CE Section 19 avril 1991, SARL Cartigny, RFDA 1991, p 961.

¹²³⁷ CE 6° / 2° sous-section réunies 10 juin 1994, S. A. Les grands travaux de Franche-Comté (G.T.F.C.), n°124761, RFDA 1995, p 674.

conclusions, M. Marais avait proposé plusieurs raisons pour justifier l'absence de contrôle du juge de cassation sur ce point.

Il soulignait, tout d'abord, que les juges du fond procèdent à « l'évaluation de l'importance des désordres ¹²³⁸ » pour examiner si l'ouvrage est impropre à sa destination. Il est vrai que ce genre de démarche rappelle, dans une certaine mesure, *les appréciations quantitatives*, c'est-à-dire celles où les magistrats évaluent, par exemple, le montant d'une indemnité. Or on sait que les appréciations quantitatives relèvent en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Mais le principal argument présenté par M. Marais, et qui a probablement emporté l'adhésion de la Haute juridiction, était qu'il paraissait opportun de soumettre toutes les conditions de mise en œuvre de la garantie décennale au même régime ¹²³⁹.

Par suite, le juge de cassation a considéré que relèvent aussi du pouvoir souverain des juridictions du fond l'appréciation de la compétence technique d'un entrepreneur pour émettre des réserves à l'égard du dispositif choisi par un architecte ¹²⁴⁰. De même, ne peuvent pas être discutées en cassation, d'une part l'existence d'une reconnaissance de responsabilité susceptible d'interrompre le délai de la garantie décennale des constructeurs ¹²⁴¹, et d'autre part l'existence d'une intention dolosive ¹²⁴².

D'autres régimes de responsabilité relèvent du pouvoir souverain des juridictions du fond. Certes, on a vu qu'en matière de droit de la responsabilité, le juge de cassation contrôle, en principe, l'existence du fait générateur de responsabilité. Mais il en va différemment en matière de responsabilité issue des dommages de travaux publics. En ce domaine, le juge de cassation considère que relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, le point de savoir si une personne publique a entretenu normalement un ouvrage public ¹²⁴³.

¹²³⁸ B. Marais, conclusions précitées, p 673.

¹²³⁹ « Il serait en définitive illogique que les deux conditions d'engagement de la garantie décennale ne soient pas soumises aux mêmes principes ». B. Marais, conclusions précitées, p 673.

¹²⁴⁰ CE Section 19 avril 1991, SARL Cartigny, précité. Dans cette affaire, un architecte avait conçu la couverture d'un bâtiment en ne respectant pas les règles de l'art et l'entrepreneur n'avait pas émis de réserve avant d'exécuter les travaux.

¹²⁴¹ CE 29 janvier 1993, Syndicat intercommunal des eaux de La Dhuy, p 19 ; RFDA 1993, p 748, conclusions H. Legal.

¹²⁴² CE 10 juillet 1996, Commune de Boissy-Saint-Léger, p 287.

¹²⁴³ CE Section 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, p 268, RFDA 1993, p 78, conclusions Le Chatelier.

En matière de contravention de grande voirie, le juge administratif est parfois tenu de trancher un litige portant sur la délimitation du rivage de la mer. On sait que depuis l'arrêt « Kreitmann » de 1973, la limite du domaine maritime est fixée *jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre, en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles*¹²⁴⁴. Dans l'affaire « Funel » de 1994, le juge de cassation a décidé que la question de savoir si prévalaient, lorsqu'un expert a procédé aux observations destinées à déterminer les limites du domaine public maritime, des *perturbations météorologiques exceptionnelles*¹²⁴⁵ relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Sans prétendre être exhaustif, il convient malgré tout de présenter brièvement d'autres appréciations, qui englobent des notions qualificatives et qui sont mises en œuvre par les juges du fond et ce, afin de souligner, fût-ce sommairement, l'ampleur du phénomène étudié.

Examinons quelques solutions rendues en matière de droit de l'urbanisme. Dans l'affaire « Pruvost » de 1996, le juge de cassation a considéré que relève du pouvoir souverain d'appréciation la question de savoir si une parcelle est située en dehors des parties urbanisées d'une commune¹²⁴⁶. De même, le Conseil d'Etat ne contrôle pas le caractère de maison bourgeoise ou de villa d'une construction au sens du cahier des charges d'un lotissement¹²⁴⁷. Enfin, la notion d'espace urbanisé¹²⁴⁸ n'est pas, non plus, susceptible d'être discutée au cours de l'instance de cassation.

De façon similaire, mais à propos de questions relevant de domaines fort variés, les juges du fond apprécient souverainement le caractère convenable d'un logement à la disposition d'un instituteur¹²⁴⁹, ainsi que le caractère irrémédiable de l'insalubrité d'un immeuble¹²⁵⁰.

¹²⁴⁴ CE Ass. 12 octobre 1973, Kreitmann, p 563 ; RDP 1974, p 1150, conclusions Gentot.

¹²⁴⁵ CE 8e/9e sous-section réunies 26 janvier 1994, M. Funel, n° 125746, conclusions J. Arrighi de Casanova, RFDA 1995, p 675.

¹²⁴⁶ CE 26 juillet 1996, Mlle Pruvost, p 314.

¹²⁴⁷ CE 22 septembre 1997, Commune de Morsang-sur-Orge et autre.n°160491, T p 1042.

¹²⁴⁸ CE 12 mai 1997, Société Coprotour, p 188.

¹²⁴⁹ CE 22 février 1995, Commune de Glaire, p 1007.

¹²⁵⁰ CE 22 mai 1996, Mme Bernard, T p 1132.

Dans l'arrêt « Launay » de 1993 rendu en matière fiscale, le juge de cassation a considéré que le caractère difficilement réparable que peuvent avoir pour un contribuable des mesures conservatoires prises par un comptable ¹²⁵¹, n'était pas susceptible d'être discuté en cassation.

Par un arrêt rendu le 5 juin 2002, le juge suprême a considéré que, dans le contentieux qui concerne l'agrément administratif en vue d'une adoption, les juges du fond apprécient souverainement si les conditions d'accueil offertes par la personne qui s'est vue opposer un refus d'agrément, correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant ¹²⁵².

Pour terminer cette rapide présentation de solution jurisprudentielle, il est intéressant de noter que le Conseil d'Etat ne contrôle pas, non plus, la gravité des nuisances causées à son voisinage par une installation classée ¹²⁵³ ou le fait de savoir si un attentat a été commis par un groupe organisé en « commando » ¹²⁵⁴.

Toutes ces décisions, rendues dans divers domaines du droit public, ont un point commun : la juridiction de cassation laisse aux juges du fond le soin de trancher des notions qualificatives qui sont intimement mêlées au contexte des litiges que nous venons de présenter.

L'analyse de la jurisprudence permet d'appréhender les domaines privilégiés relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. En effet, on vient de voir que par une approche casuistique, il est possible de délimiter la sphère de « souveraineté » reconnue aux juridictions du fond.

Cela permet en quelque sorte de voir quelles sont les grandes questions qui relèvent de façon privilégiée de l'appréciation souveraine des juridictions du fond. Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat est ici avant tout pragmatique. Comme nous l'avons vu, elle ne met pas en œuvre un critère abstrait déterminé.

¹²⁵¹ CE 5 avril 1993, Launay, p 97.

¹²⁵² CE 5 juin 2002, Mlle B., AJDA 2002, p 622, conclusions P. Fombeur.

¹²⁵³ CE 22 mars 1996, Groupement agricole d'exploitation en commun du Vieux Bougy, T p 1132.

¹²⁵⁴ CE 12 novembre 1997, AGF, T p 1043.

Le juge suprême organise une répartition du travail au sein des juridictions administratives. Il définit prétoriquement les sphères de compétences respectives entre d'une part, les juges du fond et d'autre part, le juge de cassation. De ce point de vue, on comprend mieux la nature de la distinction entre contrôle et non-contrôle, au cours de l'instance de cassation. Il s'agit simplement d'une question d'organisation. C'est ce que nous appelons le non-contrôle organisationnel.

L'examen de la théorie de l'appréciation souveraine, conjuguée à celle de la dénaturation, a débouché sur des conclusions relativement étonnantes.

Dans un premier temps, nous avons pu constater qu'en général, l'appréciation souveraine consiste pour les juges du fond à mettre en œuvre une compétence liée. Il en résulte que très fréquemment, les juges du fond ne peuvent pas agir à leur guise et que leur liberté d'action est enfermée dans un carcan étroit.

Dans un second temps, nous avons vu que l'appréciation souveraine n'était, a priori, pas contrôlée par le juge de cassation. Il n'y a rien de curieux à cela. La règle de principe est, bien sûr, la suivante : l'appréciation souveraine des juges du fond n'est pas surveillée par la juridiction suprême.

En revanche, ce qu'il est plus curieux de constater c'est, qu'en bien des occasions, le Conseil d'Etat remet en cause les appréciations des juges du fond. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence révèle que le non-contrôle de façade s'efface et laisse place à un contrôle du juge de cassation, à travers la théorie de la dénaturation des faits ou des actes. En outre, ce contrôle s'avère souvent très pointilleux.

Il résulte de tout cela que les appréciations souveraines ne font l'objet que d'une présomption simple de non-contrôle.

A la lumière de ce qui précède, on a une image plus claire de l'intensité du contrôle de cassation maintenant que nous avons cerné les caractéristiques, non seulement du contrôle des qualifications, mais aussi des appréciations souveraines et de la théorie de la dénaturation.

Aux termes de ce titre, il est intéressant de résumer les conclusions auxquelles nous sommes arrivé. Cela nous conduira à distinguer quatre solutions différentes, qui traduisent divers seuils dans l'intensité du contrôle du juge de cassation.

On se souvient que le contrôle des qualifications peut soit permettre au juge de cassation de contrôler la qualification des faits, soit s'avérer, au contraire, purement formel. Nous avons appelé le premier le contrôle réel et le second le contrôle formel.

1°) Commençons par étudier les effets du contrôle de cassation lorsque le juge suprême contrôle réellement les qualifications juridiques effectuées par les juges du fond. Lorsque le contrôle des qualifications est réel, il faut distinguer deux cas de figures.

En premier lieu, envisageons l'hypothèse où le juge de cassation surveille la qualification des faits, mais ne contrôle pas les appréciations souveraines effectuées par les juges du fond. Nous appellerons cette hypothèse : la solution numéro un. Cela correspond au schéma séquentiel du raisonnement judiciaire.

C'est le schéma réputé classique. Il est présenté par la doctrine dominante comme l'unique modèle. Ce cas de figure n'appelle pas de commentaire particulier. Néanmoins, il faut souligner qu'il est, nous semble-t-il, beaucoup moins répandu qu'on ne le pense parfois en jurisprudence.

En second lieu, examinons l'hypothèse où le juge de cassation contrôle la qualification des faits, mais aussi les appréciations réputées souveraines, par le biais du contrôle de la dénaturation. Appelons cela la solution numéro deux. Ici, l'on constate que le juge suprême contrôle l'intégralité du raisonnement effectué par les juges du fond.

Nous sommes dans une situation similaire à celle d'un jugement en appel : le Conseil d'Etat contrôle effectivement, non seulement les questions *de droit*, mais aussi les questions *de fait*, pour reprendre la terminologie usitée par la doctrine majoritaire. Cette situation ne devrait pas exister si l'on en croit la doctrine majoritaire, ou tout au moins elle devrait être fort marginale.

Nous pensons, cependant, que cette solution est plus répandue en jurisprudence qu'on ne le pense habituellement. Elle est d'ailleurs en harmonie avec la vraie nature de l'appréciation souveraine qui est, comme on l'a vu, dans la majorité des cas, la mise en œuvre d'une compétence liée.

Venons-en maintenant au deuxième cas de figure, à savoir celui où la juridiction de cassation exerce un contrôle des qualifications, mais où celui-ci s'avère purement formel.

2°) On se souvient que le contrôle des qualifications demeure purement formel, lorsque le juge de cassation affirme contrôler la qualification des faits, mais qu'en réalité celle-ci découle entièrement des appréciations souveraines des juges du fond ; de sorte que le contrôle des qualifications est vidé de toute substance. On peut alors dire que la qualification juridique des faits est dépendante des appréciations souveraines effectuées par les juridictions du fond. Dans ce cas de figure, il convient de distinguer deux séries de possibilités.

En premier lieu, examinons le cas de figure où le juge de cassation ne contrôle que formellement la qualification juridique des faits et où il ne contrôle pas non plus les appréciations souveraines effectuées par les juges du fond. Appelons cela la solution numéro trois.

Nous constatons d'emblée que dans cette hypothèse, le juge de cassation ne contrôle rien. Cette solution n'est à notre connaissance que très rarement prise en compte par la doctrine dominante, alors même qu'elle n'est pas si rare en jurisprudence. Elle est caractéristique de ce que nous avons appelé le déclin du contrôle des qualifications en tant qu'instrument de contrôle du juge de cassation.

Il n'y a pas forcément dans ce cas exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les juges du fond. En effet, le Conseil d'Etat peut toujours exercer une certaine surveillance à travers le contrôle de l'erreur de droit.

En second lieu, considérons l'hypothèse où le juge de cassation ne surveille que formellement la qualification juridique des faits, mais contrôle malgré tout les appréciations souveraines des juges du fond, à travers la théorie de la dénaturation. C'est ce que nous appellerons la solution numéro quatre.

Dans ce cas, toute est contrôlé : le juge de cassation surveille le bien-fondé des appréciations des juges du fond au moyen de la technique de la dénaturation. Or, en contrôlant les appréciations, le juge suprême aboutit à qualifier juridiquement les faits, dans la mesure où l'opération de qualification des faits est intimement liée à celle qui consiste à les apprécier.

Nous constatons donc qu'il existe bien quatre cas de figures différents que l'on peut rencontrer en jurisprudence administrative et non un seul, comme on le pense parfois. Ces différentes hypothèses regroupent en fait trois situations : celles où le juge de cassation ne contrôle *rien* (solution numéro trois), celle où il contrôle *tout* (solutions numéros deux et quatre) et enfin celle, intermédiaire en quelque sorte, où les conseillers d'Etat contrôlent un *peu* (solution numéro un).

En résumé, l'intensité du contrôle du juge de cassation dépend d'une pluralité de facteurs. Ainsi, le contrôle de la dénaturation peut s'avérer tout aussi efficace, voire plus efficace, que le contrôle des qualifications. Cela correspond indéniablement à un déplacement du contrôle du juge de cassation en jurisprudence administrative contemporaine, par rapport aux solutions admises avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1987. C'est la conséquence du prodigieux essor qu'a connu le contrôle de la dénaturation depuis un peu plus d'une décennie en jurisprudence administrative.

Les diverses situations que nous venons de présenter coexistent simultanément en jurisprudence, sans qu'il soit possible d'affirmer que l'une d'entre elles est plus fréquente que les autres. Il n'y a donc pas, en ce domaine, un principe (i.e. : un contrôle partiel qui correspondrait à l'approche séquentielle du contrôle des qualifications) ; et deux exceptions (le contrôle total et l'absence de contrôle).

La finalité du contrôle, qu'il s'agisse de celui de la qualification des faits ou de la dénaturation, est toujours le même : le juge suprême entend assurer et maintenir l'unité du droit administratif. Le Conseil d'Etat peut également atteindre cet objectif par une autre technique, à savoir par la voie de l'évocation.

Titre Deuxième : L'unité d'interprétation ponctuelle par voie d'évocation.

Assurer et maintenir l'unité d'interprétation du droit est assurément une des tâches fondamentales qui revient à une juridiction de cassation. Or, on l'a vu, le contrôle de cassation est par nature partiel. Il laisse, tout simplement, certaines questions de côté. M. Tuot a, très justement, souligné que, depuis 1987, le rôle juridictionnel du Conseil d'Etat a évolué : « Un certain nombre de principes ne pourront plus être dégagés par le Conseil d'Etat en tant que juge de cassation : il en va ainsi, par exemple, du montant des indemnités, objet d'une attention accrue et légitime de la part de l'opinion publique¹²⁵⁵ ». Mais cet auteur a aussitôt ajouté : « Le règlement au fond harmonisera les règles jurisprudentielles ou permettra leur nécessaire modernisation¹²⁵⁶ ».

L'article L 821-2 du Code de justice administrative dispose que « s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ». Le deuxième alinéa du même article précise : « Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire ».

La faculté de statuer sur le fond des litiges est un instrument qui peut permettre à la juridiction suprême d'unifier l'interprétation du droit administratif.

¹²⁵⁵ T. Tuot, « La cassation sans renvoi devant le juge administratif », RFDA 1989, p 920.

¹²⁵⁶ Ibid.

Il est sans doute utile, lorsqu'on aborde l'analyse des effets de l'arrêt de cassation, de distinguer entre la théorie classique, et la conception moderne de la cassation. Dans le premier cas, il est prévu que si le juge de cassation prononce l'annulation d'une décision irrégulière, cela n'autorise pas cette juridiction à évoquer le litige et à statuer sur le fond. La prohibition de juger le fond du procès est scrupuleusement respectée et cette solution s'inscrit dans la logique de l'absence d'effet dévolutif du recours en cassation. Dans le second cas, au contraire, le juge de cassation peut procéder à une forme d'évocation du litige. Il s'agit d'une transgression du principe selon lequel le juge de cassation ne se prononce pas sur le litige lui-même.

En droit positif, on assiste à un mélange entre ces deux manières de concevoir le recours en cassation. Autrement dit à une coexistence entre d'une part, la cassation non évocatoire (**Chapitre 1.**) et d'autre part, l'appel sur cassation (**Chapitre 2.**).

Chapitre 1 – La cassation non évocatoire.

La théorie classique de la cassation retenait une idée simple : le juge de cassation ne pouvait guère évoquer le fond des litiges qui lui étaient soumis. Chaque fois qu'après une décision de cassation, il convenait de statuer sur un aspect du litige, le juge de cassation devait renvoyer l'affaire aux juges du fond. En droit positif, le renvoi n'est plus qu'une simple faculté. La possibilité de renvoyer une affaire n'a aujourd'hui rien d'obligatoire à l'issue d'une première cassation. Le juge de cassation dispose d'une option : il a le pouvoir¹²⁵⁷ de renvoyer le dossier ou de le régler.

Depuis la réforme de 1987, le Conseil d'Etat ne peut renvoyer une même affaire qu'une seule fois devant les juges du fond. Son droit de renvoi disparaît si un litige fait l'objet d'un second pourvoi en cassation. Dans ce cas, en effet, la juridiction suprême « statue définitivement sur cette affaire¹²⁵⁸ ». Le législateur de 1987 a donc limité de façon surprenante le droit pour le Conseil d'Etat de renvoyer un dossier devant les juridictions qui sont réputées statuer en dernier ressort, alors même que l'intention affichée par les parlementaires était d'éviter la création d'un troisième degré de juridiction.

Dans la majorité des cas, le renvoi devant les juges du fond paraît justifié par l'idée que certains aspects d'un procès doivent être réexaminés¹²⁵⁹, à la lumière de la décision d'annulation, et que les magistrats des juridictions inférieures sont mieux placés que le Conseil d'Etat pour statuer à nouveau sur l'affaire. Mais il demeure, malgré tout, des cas où le juge de cassation préfère renvoyer, alors même que le litige est en état d'être jugé.

L'examen de la jurisprudence révèle le domaine de la théorie du renvoi (Section 1.), ainsi que les limites au renvoi (Section 2.).

¹²⁵⁷ Le législateur a utilisé le verbe pouvoir dans le cadre de l'alinéa 1^{er} de l'article L 821-2 du Code de justice administrative, ce qui permet d'affirmer que le Conseil d'Etat a la faculté de choisir discrétionnairement entre le renvoi et le règlement au fond. Aucune hiérarchie n'est instaurée entre ces deux mesures. Il n'y a pas une procédure prioritaire qu'il conviendrait que le juge de cassation utilisât de préférence à l'autre.

¹²⁵⁸ Article L 821-2 alinéa 2 du Code de justice administrative.

¹²⁵⁹ Cf. CE 21 juin 1989, Comejo Nunez, T p 882 ; CE 13 octobre 1989, Ouchène, T p 882.

Section 1 - La théorie du renvoi.

Dès lors que le renvoi aux juges du fond n'est plus obligatoire lorsque, après cassation, le litige n'est pas clos, il importe de se demander quelles sont les raisons qui poussent le juge suprême à renvoyer une affaire. Cela soulève également la question de savoir quels principes régissent l'instance de renvoi.

C'est pourquoi, avant d'examiner quelles sont les obligations du juge de renvoi (§2.), il convient d'aborder les principes jurisprudentiels gouvernant le renvoi au juge du fond (§1.).

§1. Le renvoi au juge du fond.

La faculté de renvoyer soulève la question de savoir quels sont les critères du renvoi. L'étude de la jurisprudence permet de recenser les principaux motifs du renvoi (A.). Outre cela, il convient d'examiner certaines situations où l'identification de la juridiction de renvoi (B.) peut poser des problèmes.

A. Les motifs du renvoi.

En droit positif, le renvoi a pour objet soit de permettre un complément d'instruction (1°), soit de régler le litige (2°).

1°/ Le renvoi afin de compléter l'instruction.

Le renvoi est prononcé parce qu'une mesure d'instruction paraît s'imposer dans un procès. Il s'agit soit d'apporter au juge des éléments d'information supplémentaires (1°), soit d'approfondir un débat judiciaire qui n'est toujours pas clos (2°).

1°) - En premier lieu, le renvoi peut être justifié par l'idée que « les parties sont encore susceptibles d'apporter utilement des éléments de nature à éclairer la juridiction de renvoi¹²⁶⁰ ».

Dans le cadre de ses conclusions sur l'affaire « Cala¹²⁶¹ » de 1992, M. le commissaire du gouvernement Le Chatelier avait estimé qu'il convenait de renvoyer le litige, car les parties pouvaient apporter des précisions qui pourraient s'avérer pertinentes pour résoudre le procès. On se souvient que le juge de cassation avait annulé un arrêt de la Cour de Lyon, au motif que la route de montagne, où les époux Cala avaient été victimes d'un accident de la circulation, ne présentait pas un seuil de dangerosité exceptionnel. Le commissaire du gouvernement avait conclu qu'en « l'espèce, outre le terrain de l'ouvrage exceptionnellement dangereux, les époux Cala avaient invoqué devant la Cour administrative d'appel de Lyon le défaut d'entretien normal de l'ouvrage. Or le règlement du litige sur ce point suppose des appréciations de fait sur lesquelles les parties sont encore susceptibles d'apporter utilement des éléments de nature à éclairer la juridiction de renvoi, dès lors que la discussion en appel avait principalement porté sur la qualification d'ouvrage exceptionnellement dangereux de la route nationale 204¹²⁶² ». La Section du contentieux a suivi cet avis et a renvoyé l'affaire devant les juges du fond.

2°) - En second lieu, le renvoi d'une affaire paraît légitime dès lors que le débat judiciaire n'est pas vraiment clos. C'est le cas, par exemple, quand une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort est annulée, au motif que cette dernière a omis de statuer sur tout ou partie du litige¹²⁶³. Le juge de renvoi doit toujours apprécier les aspects du procès qui n'ont pas été tranchés auparavant, alors qu'ils auraient dû l'être.

Il en va de même quand, eu égard aux particularités d'un procès, un débat apparaît opportun, après que le juge suprême a prononcé une annulation. Dans un litige opposant l'Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction (ANPEEC) à un

¹²⁶⁰ CE 13 octobre 1989, Ouchène, T p 882 (solution implicite).

¹²⁶¹ CE Section 5 juin 1992, Epoux Cala, p 224 ; RFDA 1993, p 71, conclusions G. Le Chatelier.

¹²⁶² G. Le Chatelier, conclusions précitées sur l'arrêt « Cala » de 1992, p 70.

¹²⁶³ Voir sur ce point : CE 21 juin 1989, Cornejo Nunez, T p 882.

organisme soumis à son contrôle, en date du 9 juillet 1997¹²⁶⁴, la Section du contentieux avait cassé un arrêt définitif qui rejetait une demande introduite en référé. L'affaire fut renvoyée devant les juges du fond, probablement pour la raison suivante, qui a été avancée par le commissaire du gouvernement : « Compte tenu, notamment, de l'intervention, entre-temps, du juge civil des référés qui n'a fait que partiellement droit à la demande, la question de savoir dans quelle mesure la communication demandée présente encore une utilité pour l'ANPEEC nous paraît susceptible de donner lieu à débats. Il est donc naturel que ceux-ci aient lieu devant le juge d'appel et c'est pourquoi un renvoi nous paraît préférable¹²⁶⁵ ».

Dans l'affaire « SA Mondial Auto ¹²⁶⁶ » de 1991, la Section du contentieux ne statue pas sur le fond, apparemment parce qu'il reste quelque chose à juger. La Cour administrative avait commis une erreur de droit en estimant que la société requérante ne remplissait pas une des conditions légales exigées pour obtenir une exonération fiscale. Il convenait d'examiner si la société remplissait les autres conditions pour bénéficier de l'avantage en cause¹²⁶⁷.

Dans ses conclusions sur l'arrêt « Joseph ¹²⁶⁸ » de 1992, M. le commissaire du gouvernement Arrighi de Casanova invitait la Section du contentieux à renvoyer l'affaire devant les juges du fond, au motif qu'il y avait encore « matière à discussion sur les faits, et ce d'autant plus qu'en raison de la défaillance du contribuable en appel cette discussion n'a pas eu lieu devant la Cour¹²⁶⁹ ».

Ces exemples soulignent que la juridiction de cassation renvoie lorsque l'instruction n'est pas close, quel que soit le motif précis à l'origine de cela¹²⁷⁰.

Le juge suprême peut renvoyer pour une autre raison : quand il s'agit de régler le litige, c'est-à-dire de mettre définitivement un terme au procès.

¹²⁶⁴ CE Section 9 juillet 1997, Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction, AJDA 1997, p 701, conclusions J. Arrighi de Casanova.

¹²⁶⁵ J. Arrighi de Casanova, op. cit., p 704.

¹²⁶⁶ CE Section 5 juillet 1991, SA Mondial Auto, RFDA 1991, p 956.

¹²⁶⁷ Les installations de stockage de la société requérante étaient-ils de « la nature de ceux qui sont normalement utilisés au stade de la production dans les entreprises industrielles ». Par ailleurs il fallait juger si la société requérante était une « entreprise nouvelle » au sens de l'article 44 du code général des impôts. Sur ces questions : cf. conclusions, J. Gaeremynek, in RFDA 1991, p 956.

¹²⁶⁸ CE Section 20 novembre 1992, Joseph, AJDA 1993, conclusions J. Arrighi de Casanova, p 130.

¹²⁶⁹ J. Arrighi de Casanova, conclusions précitées sur l'affaire « Joseph » de 1993, p 135.

¹²⁷⁰ Pour un autre exemple : cf. CE 20 mars 1991, Centre hospitalier de Bourg-en-Bresse c/ Epoux Bouvard, p97, T p 1162.

2°/ Le renvoi afin de régler le litige.

Le contentieux relevant des juridictions ordinaires offre de bons exemples de ce phénomène où le juge de cassation renvoie une affaire, alors qu'elle paraît en l'état d'être jugée et qu'aucune mesure d'instruction complémentaire ne semble particulièrement nécessaire. Dans le cadre du contentieux disciplinaire des Ordres professionnels, le Conseil d'Etat aurait tendance à renvoyer plus fréquemment les affaires devant les juridictions statuant en dernier ressort.

Par un arrêt du 18 mars 1993, la Section du contentieux a annulé une décision du Conseil national de l'Ordre des médecins infligeant à un praticien la sanction d'interdiction d'exercer la médecine pendant un an, au motif que cette mesure était entachée d'inexactitude matérielle¹²⁷¹. Les instances disciplinaires avaient considéré que des articles de presse vantant le cabinet du médecin poursuivi contrevenaient aux règles interdisant certaines formes de publicité, que l'intéressé entretenait des relations étroites avec l'institut de beauté de son épouse, qui était situé dans le même immeuble que son cabinet, et qu'il était à même de bénéficier de la publicité faite autour de cet institut. Le Conseil d'Etat a annulé cette décision uniquement parce que le cabinet et l'institut n'étaient pas situés dans le même immeuble.

Après cassation, l'affaire était en état d'être jugée, car d'une part l'instruction avait été complète, et d'autre part les motifs à la base de l'arrêt d'annulation n'impliquaient pas qu'il eût fallu procéder à une nouvelle instruction. Une audition de l'intéressé ou toute autre mesure ne semblait pas nécessaire. Le commissaire du gouvernement avait d'ailleurs conclu que « le dossier d'appel est tout à fait complet : les faits sont certes contestés, mais ils le resteront jusqu'au bout ; en tout état de cause, ce qui pouvait être établi avec certitude l'a été. Et il n'est point besoin d'une nouvelle comparution [de la personne poursuivie] pour apprécier ces faits¹²⁷² ». Cependant la juridiction administrative suprême a préféré renvoyer le dossier au Conseil national de l'Ordre des médecins, alors même qu'en l'espèce, il paraissait suffisamment établi que le médecin poursuivi avait violé les règles organisant la publicité de sa profession¹²⁷³.

¹²⁷¹ CE Section 18 juin 1993, Haddad, AJDA 1993, p 572, conclusions D. Kessler.

¹²⁷² D. Kessler, conclusions précitées sur l'arrêt « Haddad » de 1993, p 574.

¹²⁷³ Pour un exemple de renvoi devant une juridiction ordinaire, après une cassation pour erreur de fait : cf. CE 8 février 1989, Rodet, RDP 1989, p 1499.

Il n'y a pas toujours de frontière étanche entre ce qui relève du renvoi et ce qui peut être réglé en instance de cassation. Dans l'hypothèse où les frais d'instance avaient été mis à la charge du requérant avant l'instance de cassation, le Conseil d'Etat peut renvoyer l'affaire devant les juges du fond, pour qu'ils tranchent cette question¹²⁷⁴, mais il peut aussi statuer lui-même directement sur ce point¹²⁷⁵.

Dans la théorie classique de la cassation, chaque fois qu'un aspect d'un litige demeurait à trancher à l'issue de l'instance de cassation, il convenait de saisir le juge de renvoi. Aujourd'hui la situation est plus complexe, le renvoi n'est qu'une simple faculté. Quand les conditions sont réunies pour renvoyer, le juge suprême peut décider de régler lui-même le litige au fond¹²⁷⁶.

Une fois admis qu'une affaire doit être renvoyée, il convient bien évidemment de savoir quelle sera la juridiction de renvoi compétente pour connaître de la suite du litige.

B. L'identification de la juridiction de renvoi.

La désignation de la juridiction de renvoi est régie par le principe de rétroactivité (1°). L'annulation est censée mettre les parties dans la même situation que celle qui était la leur avant qu'intervienne l'acte qui fut annulé. L'analyse de la jurisprudence révèle qu'une deuxième idée influence la désignation des juges de renvoi. Il s'agit de faire en sorte, dans la mesure du possible, que l'affaire renvoyée soit examinée par une formation différente de celle qui s'était prononcée auparavant (2°).

¹²⁷⁴ CE 19 mars 1982, Ageron, p 127.

¹²⁷⁵ CE 26 octobre 1994, Champagne, p 464, T p 1128. (solution implicite).

¹²⁷⁶ cf. infra le chapitre intitulé « L'appel sur cassation », p 465.

1° Le principe de rétroactivité.

La première grande idée qui influence la désignation de la juridiction de renvoi est celle selon laquelle l'arrêt de cassation produit un effet rétroactif. Après cassation, les parties doivent être, rétroactivement, remises dans la situation où elles étaient, avant qu'intervienne la décision qui fut cassée.

Quand la juridiction dont la décision fut annulée a un ressort national, cette dernière est à nouveau saisie de plein droit de l'affaire ¹²⁷⁷. Cela n'est pas sans soulever quelques problèmes comme nous le constaterons ¹²⁷⁸. Mais c'est à l'égard des juridictions reconstituées, afin qu'elles puissent connaître à nouveau du litige sur renvoi après cassation, que le principe de rétroactivité produit ses effets les plus manifestes.

Il est arrivé que la juridiction qui a rendu l'acte censuré par les conseillers d'Etat ne fasse plus partie du droit positif, au moment où le juge de cassation rend sa décision. En effet, il y a, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, quelques exemples d'affaires où une juridiction soumise au contrôle de cassation est supprimée avant que la Haute juridiction ait rendu sa décision. Dans ce cas si une décision d'annulation est finalement prononcée, la juridiction du fond est reconstituée, afin qu'elle puisse juger définitivement le litige. Quelques exemples tirés de la jurisprudence permettent d'illustrer ce principe.

Premièrement, lorsqu'une juridiction est créée à titre provisoire et que la décision de cassation intervient après qu'il a été mis un terme à son activité, l'arrêt du juge de cassation « fait revivre une instance qui avait été close ¹²⁷⁹ ». Une affaire peut donc être renvoyée devant une juridiction qui avait disparu.

Deuxièmement, lorsqu'une modification législative transforme un organisme juridictionnel en une entité administrative, cette structure redevient juridictionnelle, afin de statuer sur un arrêt

¹²⁷⁷ En effet, lorsque le dispositif d'une décision de cassation omet de renvoyer l'affaire à une juridiction ayant une compétence nationale, cette dernière est saisie de plein droit de l'affaire cf. CE 4 novembre 1987, Tabau, T p904. Voir également : CE Section 11 mars 1960, Société des Travaux et Carrières du Maine, p 195.

¹²⁷⁸ Voir infra la partie intitulée : « l'examen de l'affaire dans une formation différente », p 425.

¹²⁷⁹ CE Ass. 18 février 1949, Fauchon, p 82. Cet arrêt concernait les décisions du Jury d'honneur.

de renvoi après cassation d'une décision juridictionnelle qu'elle avait rendue avant la réforme¹²⁸⁰.

Mais lorsqu'une juridiction est supprimée et remplacée par une autre, le juge de cassation enverra l'affaire à la nouvelle juridiction qui fera office de juge de renvoi¹²⁸¹. Dans l'hypothèse exceptionnelle où la juridiction de renvoi est supprimée après cassation mais avant d'avoir eu le temps de statuer sur le litige, les parties peuvent bien évidemment demander au Conseil d'Etat de désigner une autre juridiction de renvoi¹²⁸².

Une deuxième grande idée concourt à déterminer qui seront dans une affaire précise les juges de renvoi. Il s'agit de faire en sorte, dans la mesure du possible, que le nouvel examen de l'affaire soit effectué par d'autres magistrats que ceux qui se sont précédemment prononcés sur le litige en cause.

2°/ L'examen de l'affaire dans une formation différente.

La théorie traditionnelle de la cassation administrative n'admettait pas qu'une juridiction de renvoi doive statuer obligatoirement dans une formation différente de celle qui a rendu l'acte annulé par le juge de cassation. Les mêmes juges pouvaient donc délibérer à nouveau sur la même affaire, au cours d'une instance de renvoi. Mais il en va différemment aujourd'hui, dans la mesure où la portée de cette règle traditionnelle a été fortement réduite. Dans la grande majorité des cas, et notamment lorsqu'il y a annulation d'un arrêt d'une Cour administrative d'appel, le législateur a prévu de renvoyer l'affaire soit devant la même juridiction statuant dans une autre formation, soit devant une autre juridiction de même nature¹²⁸³.

¹²⁸⁰ CE 8 mars 1967, *Ministre des Armées c/ Vernin*, p 111. Il s'agissait des Conseils de révision statuant en matière de sursis d'incorporation : ces organismes étaient juridictionnels avant le 1^{er} juillet 1966 et administratifs après cette date.

¹²⁸¹ CE 30 septembre 1955, *Deschamps*, p 457 : A compter du 1^{er} janvier 1946, la Commission supérieure de contrôle des assurances sociales a été remplacée par la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins. Voir également l'affaire suivante : CE 25 novembre 1983, *Barbier*, p 462.

¹²⁸² Pour un exemple d'affaire où il y a eu ce genre de difficulté cf. : CE Section 30 avril 1965, *Joligeon*, p 258.

¹²⁸³ cf. article L 821-2 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative.

On assiste donc à un véritable renversement du principe traditionnel. Le principe le plus fréquemment appliqué consiste à renvoyer devant une juridiction composée de manière différente par rapport à la juridiction initiale (a.). Mais il existe un aménagement à cette règle à l'égard de certaines juridictions spéciales (b.).

a./ Le principe.

Depuis 1987, la règle la plus généralement appliquée en cas de renvoi est celle qui concerne les Cours administratives d'appel et les Tribunaux administratifs. A leur égard le Conseil d'Etat est tenu soit de renvoyer devant la même juridiction statuant dans une autre formation, soit de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature¹²⁸⁴.

Dans ce cas de figure, les juges de renvoi ne sont pas ceux qui ont rendu l'acte juridictionnel qui a été annulé par le juge suprême. Deux possibilités sont donc également envisageables pour le juge de cassation lorsqu'il censure l'arrêt d'une Cour administrative d'appel. Il peut prononcer le renvoi devant la même Cour administrative¹²⁸⁵ : il est alors précisé qu'elle doit se prononcer dans une autre formation¹²⁸⁶ ou autrement composée¹²⁸⁷. Mais le Conseil d'Etat peut parfaitement renvoyer les parties devant une autre Cour administrative¹²⁸⁸.

On sait que l'article R 112-18 du Code des juridictions financières dispose que la Cour des Comptes statue sur les affaires qui lui sont renvoyées après cassation toutes chambres réunies¹²⁸⁹.

¹²⁸⁴ Article L 821-2 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative.

¹²⁸⁵ Notons qu'il est cependant arrivé que le Conseil d'Etat casse un arrêt rendu par une Cour administrative d'appel statuant en formation plénière, puis renvoie l'affaire devant la même Cour, sans préciser que celle-ci doit statuer dans une autre formation : CAA Plénière Lyon 5 avril 1993, SA Lorenzy-Palanca, n°90LY00810, RJF 5/93, n°687, p 413 ; CE 6 mai 1996, SA Lorenzy-Palanca, n°148503 ; CAA 2^{ème} Chambre 11 mars 1998, SA Lorenzy-Palanca, n°96LY01392.

¹²⁸⁶ Voir par exemple : CE Section 5 juillet 1991, SA Mondial Auto, p 272 ; RFDA, 1991, p 956, conclusions J. Gaeremynck.

¹²⁸⁷ CE Section 9 juillet 1997, Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction, AJDA 1997, p 701, conclusions J. Arrighi de Casanova.

¹²⁸⁸ Voir par exemple les arrêts suivants : CE 13 septembre 1995, Mme Simha, p 343 ; CE 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, p 334, AJDA 1996, p 788, note J-P. Gilli.

¹²⁸⁹ CE Ass. 23 juin 1989, Ministre de l'Economie, Finances et Budget c/ Vèque et autres, p 151.

Mais la règle qui préconise le renvoi devant d'autres juges que ceux qui se sont précédemment prononcés sur l'affaire n'a nullement une portée absolue en procédure administrative. Il demeure des aménagements à ce principe, qu'il convient maintenant d'aborder.

b./ L'aménagement.

On sait que certaines juridictions administratives spéciales, statuant en dernier ressort, ont une compétence nationale. Lorsque les magistrats du Palais-Royal annulent un acte émanant de l'une d'entre elles, ils n'ont pas toujours la possibilité de renvoyer les parties devant une autre formation que celle qui a précédemment statué. Cela a conduit le Conseil d'Etat à admettre qu'en l'absence de dispositions contraires, les juges du fond ayant rendu une décision ultérieurement annulée en cassation peuvent délibérer à nouveau sur l'affaire.

Ce principe a été initialement formulé de la manière suivante dans l'arrêt « Société Dikson Walrave et Cie » de 1926 : « Aucune règle générale de procédure ne s'oppose, en l'absence de texte de cette nature, à ce que les juges dont une décision a été annulée pour violation de la loi soient appelés à délibérer de nouveau sur la même affaire¹²⁹⁰ ». Cette solution fut confirmée par la suite¹²⁹¹. Le Conseil d'Etat accepte donc que la juridiction de renvoi puisse avoir la même composition que la formation de jugement qui avait rendu la décision annulée, au cours de l'instance de cassation¹²⁹².

Le législateur a maintenu cet état du droit, en prévoyant expressément que l'obligation pour le juge de renvoi de statuer dans une formation différente ne s'appliquait pas aux juridictions pour lesquelles cela est impossible, eu égard à leur nature¹²⁹³.

¹²⁹⁰ CE 12 novembre 1926, Société Dikson, Walrave et Cie, p 963.

¹²⁹¹ CE Section 25 juillet 1980, Dollet, p323 ; AJDA 1981, p 154, conclusions J-F. Théry.

¹²⁹² Voir par exemple : Affaire « Dollet » de 1980, éclairée par les conclusions J-F. Théry précitées ; CE 29 octobre 1990, Diennet, p 300.

¹²⁹³ Article L 821-2 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative.

Cette solution, qui résulte de la jurisprudence « Société Dikson Walrave et Cie », est critiquable dans la mesure où elle peut aboutir à ce que les mêmes juges se prononcent deux fois sur la même affaire alors que, comme on l'a vu précédemment, pareille situation a été jugée non satisfaisante par la Haute assemblée¹²⁹⁴.

Observons, par ailleurs, que le renvoi devant la même juridiction est susceptible de poser des difficultés concrètes, notamment lorsque le Conseil d'Etat a cassé un arrêt définitif, au motif que la composition de la juridiction de dernier ressort était irrégulière parce que certains de ses membres avaient déjà pris position sur le litige dans le cadre d'autres fonctions. Cela peut notamment obérer le fonctionnement d'une juridiction comme, par exemple, la Cour de discipline budgétaire et financière.

Dans l'arrêt « Dubreuil » de 2003¹²⁹⁵, le juge de cassation renvoie une affaire devant la Cour de discipline budgétaire et financière, alors que le quorum pour siéger valablement est tout juste atteint. En effet, l'article L 314-13 du Code des juridictions financières dispose que la Cour de discipline budgétaire et financière ne peut valablement délibérer que si quatre au moins de ses membres sont présents. Or, en l'espèce quatre membres seulement de cette juridiction pouvaient siéger au cours de l'audience de renvoi, dans la mesure où deux autres magistrats (i.e. : membres de la Cour des Comptes) avaient déjà pris position sur les circonstances de la cause, à l'occasion de leur fonction au sein de la Cour des Comptes.

Dans l'affaire « Dubreuil », les trois quarts des membres de la juridiction de renvoi ont déjà participé au premier examen de l'affaire. Ces derniers se sont donc déjà prononcés sur le litige. MM. les Professeurs Lascombe et Vandendriessche¹²⁹⁶ ont soulevé la question de savoir si cela est bien conforme à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En toute hypothèse, il est regrettable de renvoyer le soin de juger une affaire à une juridiction qui est contrainte de siéger avec un effectif réduit au minimum.

¹²⁹⁴ cf. supra la partie intitulée : « Le fait pour un magistrat d'avoir déjà jugé une affaire », p 252. La Cour de Cassation a estimé quant à elle qu'un arrêt rendu sur renvoi après cassation, sous la présidence d'un magistrat ayant participé au délibéré de l'arrêt cassé, était contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : cf. Civ. 3^{ème} 11 juin 1987, Bull. civ., III, n° 122 ; D 1988, p 527, note P. Bailly.

¹²⁹⁵ CE 4 juillet 2003, Dubreuil, Rev. Trésor 2004, p 151, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

¹²⁹⁶ M. Lascombe et X. Vandendriessche, chronique, op. cit., p 152 et 153.

De lege ferenda, il serait souhaitable de réformer l'organisation et la composition des organismes juridictionnels concernés afin qu'ils puissent disposer d'une formation spéciale ou *ad hoc*, qui serait habilitée à statuer sur renvoi après cassation et qui comprendrait des magistrats qui n'ont pas été impliqués dans le jugement du dossier qui leur est transmis, au cours d'une phase antérieure du procès. Sans doute faut-il considérer qu'il n'appartient au juge suprême ni de prescrire pareille réforme ni de pousser le législateur à instaurer ce genre de structure. Et il est peu probable que dans un proche avenir, le Conseil d'Etat modifie sa jurisprudence en la matière.

Le principe selon lequel il est préférable que le juge de renvoi n'ait pas déjà statué sur l'affaire, avant qu'intervienne l'arrêt de cassation, est assez formaliste. Mais il permet de prémunir les parties contre le risque que le juge de renvoi ne confirme sur le fond la solution annulée, tout en adoptant une motivation qui serait conforme aux *desiderata* du juge suprême. Ce principe contribue donc à la sérénité des débats judiciaires¹²⁹⁷ et pour ce motif, devrait pouvoir être appliqué le plus souvent possible.

A côté des règles qui viennent d'être abordées, le juge suprême a également été conduit à définir les obligations du juge de renvoi.

¹²⁹⁷ En ce sens : J-F. Théry, conclusions sur CE Section 25 juillet 1980, Dollet, AJDA 1981, p 154.

§2. Les obligations du juge de renvoi.

La théorie classique de la cassation administrative était, on s'en souvient, très influencée par les solutions retenues en matière d'excès de pouvoir. Ainsi l'arrêt de cassation était perçu comme ayant un effet rétroactif, il remettait les parties dans la situation qui était la leur avant qu'intervienne l'acte juridictionnel annulé. Une annulation en cassation produisait *mutatis mutandis* les mêmes effets qu'une annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir¹²⁹⁸. Ce principe était tempéré par l'idée que la juridiction de renvoi devait respecter la chose jugée en droit par le Conseil d'Etat, sous peine d'entacher sa décision d'une cause d'irrégularité. Cela était certes de nature à atténuer la liberté d'appréciation dont disposait le juge de renvoi, mais ne la supprimait aucunement.

Depuis la réforme de 1987, l'analyse de la jurisprudence révèle que certains magistrats administratifs du fond ont voulu assimiler les effets d'une décision de cassation administrative à ceux que produit un arrêt de cassation rendu par la Cour de Cassation. Cela est révélateur d'un changement d'état d'esprit. Le modèle qui influence l'évolution de la cassation administrative n'est plus le recours pour excès de pouvoir, mais ce sont les solutions consacrées en matière de pourvoi en cassation devant la Cour suprême de l'ordre judiciaire. Ceci a été à l'origine d'une controverse qui concerne la question de savoir quelle est la portée exacte de la saisine du juge de renvoi (A.). Par ailleurs, l'évolution des mentalités est également susceptible d'influencer les principes gouvernant l'instance de renvoi (B.).

¹²⁹⁸ Nous laissons ici de côté la question de savoir si l'acte est annulé *erga omnes* ou si l'annulation est soumise au principe de l'autorité relative de la chose jugée. (Sur ce point cf. D. Jacquemart, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation », LGDJ, 1957, p 259.) Dans ces deux hypothèses, l'acte administratif ou juridictionnel est annulé rétroactivement.

A. La portée de la saisine du juge de renvoi.

Quelle est l'étendue de la saisine du juge de cassation ? Deux écoles s'affrontent à ce sujet. Pour les partisans de la théorie classique de la cassation administrative, une décision d'annulation produit un effet rétroactif, elle fait revivre l'instance. Elle opère une saisine étendue du juge de renvoi (1°). Pour d'autres, en revanche, la saisine de la juridiction de renvoi doit être limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation. Cela aboutit à restreindre la saisine du juge de renvoi, dans les mêmes conditions qu'en matière de cassation civile (2°).

1°/ La saisine étendue.

Pour le Conseil d'Etat une décision de cassation remet en principe les parties dans la situation où elles étaient avant qu'intervienne l'acte annulé. La Haute juridiction administrative a implicitement, mais nécessairement reconnu qu'une décision d'annulation avait un effet rétroactif. Dans l'arrêt « Fauchon » de 1949, il est affirmé que l'annulation d'une décision définitive « par le juge de cassation fait revivre une instance qui avait été close¹²⁹⁹ ».

Mais pour apprécier la portée exacte d'une décision de cassation, il importe de distinguer deux séries de situations. En premier lieu, le juge de cassation peut, on le sait, prononcer une annulation partielle. L'effet d'une pareille décision ne pose généralement pas de problème, dans la mesure où la saisine de la juridiction de renvoi est limitée aux questions qui ont été désignées comme annulées. Le plus souvent les conseillers d'Etat retiennent la formule suivante : « Annulation de l'arrêt *en tant qu'il prononce*¹³⁰⁰, *ou exclut*¹³⁰¹, etc. ... ».

¹²⁹⁹ CE Ass. 18 février 1949, Sieur Fauchon, p 82.

¹³⁰⁰ Parmi une jurisprudence abondante on peut citer, à titre d'exemple : CE 2 mars 1990, Deplus, p 54.

¹³⁰¹ CE 20 mars 1991, Centre hospitalier de Bourg-en-Bresse c/ Epoux Bouvard, p 97.

En second lieu, le juge suprême peut prononcer la cassation totale d'un arrêt, c'est-à-dire que la portée de l'annulation n'est pas expressément limitée à certaines questions. Le juge de renvoi sera alors tenu de rejurer l'ensemble du litige. Mais la cassation totale recèle une difficulté. Il arrive en effet que les motifs d'une cassation totale ne concernent, en réalité, qu'une partie du dispositif de la décision censurée. Dans cette hypothèse, il convient de savoir si le juge de renvoi doit réexaminer entièrement le dossier ou s'il peut limiter son examen aux questions visées par la portée du moyen qui fonde la cassation.

Cette dernière solution a été admise par certaines Cours administratives, mais il n'est pas évident qu'elle soit conforme à la jurisprudence de la Haute assemblée.

2°/ La saisine restreinte.

La Cour administrative de Lyon a estimé en 1994 que : « la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire¹³⁰² ».

Par un arrêt « Entreprise Lamy » de 1994, la Cour de Lyon a appliqué ce principe. Les circonstances de l'affaire étaient les suivantes : une Cour administrative avait d'abord condamné une entreprise sur le fondement de la garantie décennale en raison de problèmes affectant la façade d'un immeuble, ensuite elle avait rejeté les conclusions d'un appel incident qui tendait à indemniser, sur le même terrain, des désordres relatifs au réseau d'évacuation des eaux pluviales, et enfin un appel provoqué des architectes avait été rejeté. Les auteurs du pourvoi en cassation ont contesté le rejet, par les juges du fond, de l'appel principal et de l'appel provoqué, mais pas celui de l'appel incident. En conséquence, la juridiction de renvoi a estimé qu'elle n'était saisie « que des conclusions d'appel principal et provoqué et des moyens exposés à leur soutien (...) ainsi que des conclusions et moyens [du maître de l'ouvrage] relatifs aux désordres des façades, à l'exclusion des conclusions d'appel

¹³⁰² CAA Lyon, 4^{ème} ch. 1^{er} juin 1994, SA Entreprise Lamy, p 642, T p 1154 ; AJDA 1994, p 846. Cette jurisprudence fut confirmée par la suite : CAA Lyon, 4^{ème} ch. 15 mars 1995, Sieur Féraud, Dr. Fisc.1995, n°22, comm. 1245. La Cour de Bordeaux a retenu une solution contraire : cf. CAA Bordeaux, Plénière, 15 janvier 1996, Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie, des postes... , p 558. Dans cette dernière affaire, en effet, le juge de renvoi est saisi de l'ensemble du litige après l'annulation totale de l'arrêt d'appel.

incident¹³⁰³ ». Les moyens développés dans l'appel incident étaient considérés comme « définitivement rejetés¹³⁰⁴ ».

La Cour de Lyon a confirmé sa position, en estimant que, lorsque le débat au cours de l'instance de cassation ne concerne que certains aspects d'un arrêt définitif, la juridiction de renvoi n'a pas à rejurer les aspects de l'affaire qui n'ont pas été contestés devant le prétoire du juge de cassation¹³⁰⁵.

La solution retenue par la Cour de Lyon revient en fait à considérer que toute cassation totale est présumée partielle, dès lors « que le motif de cassation n'affecte (...) qu'une partie du dispositif¹³⁰⁶ » de l'arrêt attaqué. Cela aboutit à considérer qu'une décision annulée continue à produire certains effets juridiques à l'égard des parties.

Cette solution incorpore les dispositions de l'article 624 du Nouveau code de procédure civile en matière de procédure administrative contentieuse¹³⁰⁷. En effet cet article dispose : « La censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ». Quels sont les arguments en faveur d'une saisine de la juridiction de renvoi limitée à la portée des motifs de cassation ?

¹³⁰³ Arrêt « Entreprise Lamy » de 1994, précité.

¹³⁰⁴ Ibidem.

¹³⁰⁵ Voir : l'arrêt « Féraud » de 1995, rendu par la CAA de Lyon, précité. L'arrêt rendu en cassation dans l'affaire « Féraud » était le suivant : CE 30 mars 1994, *Ministre c/ Féraud*, Dr. Fisc. 1994, n° 29, comm. 1434, conclusions G. Bachelier.

¹³⁰⁶ J-P. Jouquelet, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA 1994, p 799.

¹³⁰⁷ Sur cette question cf. O. Renard-Payen, « Effets et suites des arrêts de la Cour de Cassation. », Editions du Juris-Classeur, 2002, Procédure civile, Fascicule 798, p 10 et s. La Cour de cassation justifie cette solution de la manière suivante : « L'annulation d'un arrêt, si généraux et absolus que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée, laisse subsister comme passées en force de chose jugée toutes les parties de la décision qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi », cf. Civ. 3^{ème} 4 décembre 1973, Bull. civ., III, n° 612. Voir aussi : Com. 31 mai 1983, Bull., civ., IV, n° 160 ; Civ. 1^{ère} 12 octobre 1999, Gaz. Pal., 2000, I, sommaire de jurisprudence, p 209. Mais lorsque la Cour de Cassation casse « en toutes ses dispositions », la juridiction de renvoi est investie de la connaissance de l'entier litige, dans tous ses éléments de fait et de droit, cf. Civ. 1^{ère} 7 décembre 1999, JCP G 2000, IV, 1154. Dans cette dernière hypothèse, « le rejet préalable de certains moyens [de cassation] n'a pour objet que d'éclairer la juridiction de renvoi sur la doctrine de la Cour de Cassation et est sans aucune incidence sur l'étendue de la cassation prononcée », cf. Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, Bull. civ., I, n° 109.

En premier lieu, la partie qui ne conteste pas un élément d'une décision définitive, déferée au juge de cassation, est censée acquiescer à la solution retenue sur ce point¹³⁰⁸. Par la suite, elle ne pourra plus demander la réformation de cet aspect du litige lorsque l'affaire est devant le juge de renvoi. Il y aurait donc un acquiescement implicite qui empêcherait son auteur de se prévaloir à l'avenir de certains moyens qui avaient été présentés devant la juridiction de dernier ressort.

Cela n'est pas très convaincant. Une partie qui est défenderesse en cassation peut se satisfaire du résultat global obtenu devant les juges du fond (i.e. : de l'économie générale d'un arrêt.), sans pour autant acquiescer à tous les aspects de l'arrêt définitif. Dès lors que le juge de cassation prononce une cassation totale et estime qu'eu égard aux circonstances de l'affaire, il y a lieu de rouvrir l'instruction et de renvoyer les parties devant les juges du fond, n'est-il pas inéquitable de les priver du droit d'invoquer toutes leurs écritures antérieures ? Admettre la solution contraire, n'est-ce pas créer une condition de recevabilité des moyens invocables devant le juge de renvoi, qui est étrangère à la procédure administrative contentieuse ?

En second lieu, le juge de renvoi peut être tenté de ne réexaminer que ce qui a été déclaré illicite par le juge suprême. La juridiction de renvoi est alors tentée de présumer que le reste de la décision est correct. La tendance à « recopier [le] précédent arrêt, sauf pour la partie censurée par le Conseil d'Etat¹³⁰⁹ », a été soulignée par certains auteurs. Ce phénomène est compréhensible si l'on pense qu'il est susceptible d'accélérer le traitement des dossiers et qu'il y a peu de risque que les motifs qui n'ont pas été déclarés illicites par le juge de cassation, se révèlent être, à l'occasion d'un second pourvoi, illégaux.

Mais cela soulève une délicate question théorique. Peut-on légitimement admettre que les motifs d'un arrêt définitif cassé, qui ne sont pas à la base de la cassation, soient légaux ? Existe-t-il une déclaration implicite de légalité à l'égard des motifs qui n'ont pas été annulés par le juge suprême ? On sait que la doctrine s'est déjà demandé si un arrêt de rejet, émanant du juge de cassation, pouvait constituer une reconnaissance de licéité de l'acte qui a fait l'objet du rejet. Pour de très pertinentes raisons, la doctrine majoritaire n'adhère pas à cette

¹³⁰⁸ Sur cette question voir : J-P. Jouquelet, op. cit., p 799.

¹³⁰⁹ J-P. Jouquelet, op. cit., p 799.

thèse¹³¹⁰. Il est fort contestable, en théorie, d'estimer que des motifs non expressément censurés sont nécessairement licites ; mais l'idée contraire paraît largement admise de nombreux praticiens.

Les justiciables devraient être à même de présenter leurs observations, comme au cours de l'instance de dernier ressort. La juridiction de renvoi ne doit pas être en mesure de restreindre abusivement le périmètre de ce qui peut être discuté dans son prétoire. Il lui est possible de recopier l'arrêt annulé, mais il ne peut valablement refuser d'instruire à nouveau l'affaire dont il est saisi. En effet, le Conseil d'Etat considère, tout au moins dans la théorie classique de la cassation administrative, que les parties sont libres de produire devant le juge de renvoi ce qu'elles jugent utile et ce qui leur paraît opportun¹³¹¹. Cette jurisprudence est très protectrice des droits des plaideurs et il serait souhaitable de ne pas l'abandonner.

En troisième lieu, la formule retenue par la Cour de Lyon peut poser des difficultés d'application, et ce, bien qu'elle reprenne les termes du Nouveau code de procédure civile. Pour apprécier si une question soulevée par les parties lui est soumise, le juge de renvoi devrait examiner si elle est affectée *par la portée du moyen qui constitue la base de la cassation* ? Cette formule floue implique un travail d'interprétation de l'arrêt du Conseil d'Etat.

De plus, il faudrait savoir, dans chaque hypothèse, s'il y a *indivisibilité ou dépendance nécessaire* ? Dans ce cas, il importe de définir ce qui est indivisible (cela s'apprécie-t-il au niveau du litige ou par rapport à certains moyens ?) et à partir de quel moment on peut juger qu'il y a une dépendance nécessaire entre deux problèmes ? En conséquence, loin de résoudre un problème, la théorie de la saisine restreinte à la portée de la cassation peut être à l'origine d'un nouveau contentieux. Effet pervers et paradoxal : les plaideurs pourraient être encouragés à intenter un second pourvoi pour vérifier si la juridiction de renvoi n'a pas méconnu la portée de l'arrêt de cassation en adoptant une conception trop limitée de sa propre compétence. M. Perdriau a d'ailleurs récemment écrit, à propos de la portée des arrêts d'annulation de la Cour de Cassation : « En dépit de la clarté apparente [des articles 624 et

¹³¹⁰ cf. G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français .Evolution et régime actuel », Sirey, 1958, p 424 ; Voir infra les développements dans la partie intitulée « La décision de rejet », p 447.

¹³¹¹ cf. CE Section 11 mars 1960, Société des Travaux et Carrières du Maine, p 195.

638 du Nouveau code de procédure civile], le nombre de pourvois qui invoquent leur violation par fausse application ou fausse interprétation est considérable, et est également très forte la proportion de censures auxquelles ces pourvois donnent lieu ¹³¹² ».

Par ces raisons nous pensons qu'en limitant par principe la censure d'un arrêt de cassation à la portée du moyen qui en constitue la base, la Cour de Lyon commet une erreur de droit, car elle pose un principe qui n'est prévu par aucun texte et qui est contraire à la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui jusqu'à présent, tend à faire prévaloir le principe selon lequel une décision d'annulation a un caractère rétroactif.

Les autres obligations du juge de renvoi sont intimement liées aux principes qui régissent le déroulement de l'instance de renvoi.

¹³¹² A. Perdriau, « Etendue de la saisine des juridictions de renvoi après cassation », Les Petites affiches, 27 novembre 2000, n° 236, p 10.

B. Les principes gouvernant l'instance de renvoi.

Bien évidemment, le juge de renvoi doit respecter les principes habituels en matière de procédure administrative contentieuse¹³¹³. Il n'est pas utile ici de revenir sur les grandes règles applicables aux procès administratifs, ces dernières ont déjà été abordées précédemment¹³¹⁴. Mais, il convient cependant de souligner qu'il existe des règles spécifiques, qui régissent le déroulement de l'instance de renvoi. Il s'agit de l'obligation d'une part d'instruire à nouveau l'affaire (1°) et d'autre part, de respecter la chose jugée en droit (2°).

1°/ L'obligation d'instruire à nouveau l'affaire.

Il y a au moins deux manières d'envisager le rôle de la juridiction de renvoi, ou bien on estime qu'elle doit procéder à une nouvelle instruction de l'affaire, ou bien on considère qu'elle est simplement tenue de délibérer à nouveau sur le dossier.

Dans le premier cas, on part de l'idée que l'affaire n'est pas en état d'être jugée immédiatement après le renvoi et qu'il y a donc lieu de rouvrir l'instruction. Dans le second cas, au contraire, on estime que la censure du juge de cassation a une portée limitée à des questions juridiques. En conséquence, le dossier demeure en l'état d'être jugé, car d'une part, les circonstances de faits n'ont pas évolué, et d'autre part, le sens de l'arrêt de cassation est en général suffisamment limpide pour que le juge de renvoi l'applique sans que les parties aient à formuler d'observations. Pour ces raisons, il n'y aurait pas lieu de solliciter des justiciables des remarques nouvelles : elles n'apporteraient, en définitive, rien de bien pertinent.

¹³¹³ Pour des exemples d'arrêts rendus sur renvoi : cf. CAA de Lyon 29 juillet 1994, Stéfany, p 661 ; CAA Bordeaux, Plénière, 15 janvier 1996, Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie, des postes... , p 558.

¹³¹⁴ cf. supra les développements p 228 et s.

Si dans la première moitié du 20^{ème} siècle, c'est probablement la seconde conception qui a prédominé¹³¹⁵, il paraît aujourd'hui clairement établi que la Haute juridiction administrative souhaite que la juridiction de renvoi instruisse à nouveau l'affaire qui lui est soumise. La réforme de 1987 a accentué ce phénomène : pourquoi en effet justifier le renvoi d'un dossier, dès lors que le juge suprême peut statuer au fond, si ce n'est pour que le juge de renvoi procède à un complément d'instruction ?

Ainsi, le juge de renvoi doit mettre à même les parties de présenter de nouvelles observations, car la décision de cassation constitue un « fait nouveau¹³¹⁶ ». Le Conseil d'Etat a précisé, à ce sujet, qu'il « était loisible [aux parties] de produire, si elles le jugeaient utile (...) les observations qu'il leur paraîtrait opportun [d']adresser¹³¹⁷ » au juge de renvoi. Cependant la juridiction de renvoi n'est pas tenue de répondre aux moyens qui ont été soulevés pour la première fois devant le juge de cassation, mais qui n'ont pas été repris dans les écritures qui furent présentées au cours de l'instance de renvoi¹³¹⁸.

Le juge de renvoi doit procéder à une nouvelle instruction et il dispose d'une « plénitude de juridiction pour statuer sur l'affaire¹³¹⁹ » qui lui est renvoyée. Cela signifie que le juge de renvoi peut, lors du nouvel examen du dossier, modifier ou maintenir les constatations et les appréciations qu'il avait faites précédemment. Mais il ne dispose pas d'une liberté absolue, à l'occasion du nouveau jugement de l'affaire. Il lui faut respecter la chose jugée en droit par le Conseil d'Etat.

¹³¹⁵ Sur ce point voir : CE 12 novembre 1926, Société Dikson, Walrave et Cie, p 963, dans cet arrêt la juridiction de renvoi peut statuer sans mettre en demeure les parties de présenter leurs observations.

¹³¹⁶ CE Section 11 mars 1960, Société des Travaux et Carrières du Maine, p 195.

¹³¹⁷ Arrêt « Société des Travaux et Carrières du Maine » de 1960, précité. Voir également : CE 6 février 1981, SA Bocquet, T p 888.

¹³¹⁸ CE 10 octobre 2001, SARL Link, RJF 1 / 02, n° 53, p 48.

¹³¹⁹ CE Section 9 octobre 1964, Pion, p 458.

2°/ L'obligation de respecter la chose jugée en droit.

Depuis l'arrêt « Botta » du 8 juillet 1904, il est de jurisprudence constante que le juge de renvoi est tenu « de faire application de la décision du Conseil [d'Etat] au jugement de l'affaire, à l'occasion de laquelle les questions de légalité ont été définitivement résolues par le Conseil¹³²⁰ ». En cas de contradiction entre la décision de la juridiction de renvoi et celle du juge de cassation, ce dernier annulera l'arrêt rendu sur renvoi, au motif qu'il « a méconnu l'autorité de la chose jugée sur [un] point de droit¹³²¹ ».

Il s'agit là d'une différence avec les solutions consacrées en matière de cassation civile. En effet, la juridiction de renvoi n'est tenue de se conformer aux points de droit jugés par la Cour de Cassation que lorsque l'arrêt de cassation est rendu en Assemblée plénière¹³²². Or l'Assemblée plénière n'examine un pourvoi que si une affaire pose une question de principe ou quand après une première cassation, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens¹³²³. En bref, les Conseillers d'Etat n'admettent aucune rébellion¹³²⁴ de la part des juges de renvoi, alors que celle-ci est, dans une certaine mesure, tolérée en droit judiciaire privé¹³²⁵.

Dans la cassation administrative, le juge de renvoi doit d'une part appliquer la décision du juge de cassation, et d'autre part, il ne doit pas la contredire. Bien souvent, cela ne pose guère de difficultés. Et il paraît assez exceptionnel que la Haute juridiction administrative soit obligée de censurer un arrêt rendu par une juridiction de renvoi pour violation de la chose jugée. C'est par exemple le cas quand le Conseil d'Etat juge que l'arrestation d'une personne et celle de son personnel ne pouvaient être regardées comme des causes directes des dommages subis par son exploitation agricole et que malgré tout, le juge de renvoi reconnaît à

¹³²⁰ CE 8 juillet 1904, Botta, p 567.

¹³²¹ Ibid.

¹³²² Article L 131-4 du Code de l'organisation judiciaire.

¹³²³ Article L 131-2 du Code de l'organisation judiciaire.

¹³²⁴ Le mot est utilisé par O. Renard-Payen in « Effets et suites des arrêts de la Cour de Cassation. », Editions du Juris-Classeur, 2002, Procédure civile, Fascicule 798, p 24, point 238.

¹³²⁵ Mais la liberté d'appréciation laissée au juge de renvoi n'interdit bien évidemment pas à celui-ci de se conformer spontanément à la doctrine de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation : cf. Civ. 1^{ère} 9 mars 1982, Bull. civ., I, n° 100.

l'intéressé le droit de recevoir une indemnité de ce chef ¹³²⁶. De même, si le juge de cassation considère que les faits reprochés à un requérant ne sont pas de nature à justifier une sanction, les juges du fond, statuant sur renvoi, ne peuvent pas se fonder sur les mêmes griefs qu'auparavant pour prononcer à nouveau, contre l'intéressé une sanction ¹³²⁷.

En fait, le seul problème qui puisse se présenter est celui de savoir quel est le sens exact, ou du moins, la portée précise d'une décision d'annulation prononcée par la Haute juridiction administrative. Dans l'arrêt « Dollet » du 25 juillet 1980, la Section du contentieux avait été saisie d'un recours tendant notamment à l'annulation d'une décision d'une juridiction de renvoi, au motif que cette dernière avait méconnu l'autorité de la chose jugée par le juge de cassation. Or l'arrêt du juge de cassation pouvait raisonnablement être susceptible de deux interprétations différentes.

Cette affaire concernait le contentieux de l'obtention du statut d'objecteur de conscience. Le Conseil d'Etat avait rendu, en date du 27 juillet 1979 ¹³²⁸, un arrêt cassant la décision de la Commission juridictionnelle compétente, qui refusait à M. Dollet le statut d'objecteur de conscience.

Les juges du fond avaient rejeté la demande, au motif que le requérant n'apportait pas les justifications d'ordre philosophique ou religieux exigées par les articles L 41 et L 42 du Code du Service national. Le juge de cassation a censuré cette décision parce que la Commission juridictionnelle n'avait pas recherché, notamment par une invitation à comparaître devant elle, si le requérant exprimait des convictions personnelles d'ordre philosophique ou religieux. En conséquence, la Commission juridictionnelle n'avait pas suffisamment motivé sa décision ¹³²⁹.

¹³²⁶ CE 11 janvier 1967, Commissaire du gouvernement près de la commission régionale des dommages de guerres de Bordeaux c/ Cabrol, T p 907.

¹³²⁷ CE 1^{er} juin 1949, Le Bris, p 259. Voir également : CE 23 décembre 1970, Chevreuil, p 789.

¹³²⁸ CE 27 juillet 1979, Dollet, p 341.

¹³²⁹ CE Section 25 juillet 1980, Dollet, p 323.

Saisie sur renvoi, la Commission juridictionnelle a d'abord enjoint à M. Dollet de communiquer « toutes précisions ou justifications au soutien des convictions religieuses ou philosophiques personnelles pour lesquelles il déclare être opposé par principe à l'usage personnel des armes en toutes circonstances¹³³⁰ ». L'intéressé a adressé aux juges une lettre où il confirmait ses précédentes déclarations, affirmant qu'il était opposé à l'usage des armes, et qu'il s'agissait d'une conviction intime¹³³¹. Par une décision du 11 mars 1980, la juridiction de renvoi a, de nouveau, rejeté la requête qui lui avait été soumise. Cette solution fut déferée au juge de cassation.

La Haute juridiction devait apprécier si les motifs à la base de la décision de cassation impliquaient que le juge de renvoi ne statue qu'après avoir entendu oralement le requérant, ce que semblait suggérer la formulation suivante : sans rechercher « notamment par une invitation à comparaître devant elle » ; ou bien, au contraire, la Commission juridictionnelle était-elle libre d'instruire à nouveau l'affaire comme elle le désirait, et sa seule obligation était-elle d'examiner si les convictions de l'intéressé étaient personnelles ? Cette question se subdivise en deux problèmes : D'abord, les motifs qui sont le fondement nécessaire d'un arrêt de cassation sont-ils divisibles ou non ? Ensuite, à supposer que ce soit le cas, la proposition introduite par l'adverbe « notamment », fixait-elle une obligation de faire, que le juge de renvoi devait respecter, ou s'agissait-il d'une remarque incidente qui n'imposait pas à la Commission une obligation déterminée ? En d'autres mots, le contenu d'un *obiter dictum* est-il impératif ou facultatif à l'égard du juge de renvoi ?

En contradiction avec l'opinion émise par son Commissaire du gouvernement¹³³², la Section du contentieux a jugé qu'en « invitant (...) l'intéressé à lui communiquer les justifications du caractère personnel de ses convictions religieuses ou philosophiques, la Commission n'a pas violé la chose jugée par le Conseil d'Etat¹³³³ ». La remarque incidente comprise dans les motifs de cassation ne s'impose donc pas à la juridiction de renvoi. Cette solution est contestable car on ne voit pas l'utilité d'une telle observation, si elle n'a pas de caractère impératif. On ne peut s'empêcher de se demander pourquoi dans sa décision du 27 juillet 1979, le juge de cassation paraît inviter les juges du fond à procéder à une audition personnelle du requérant, alors qu'un an après, cette convocation semble superflue. Faut-il

¹³³⁰ Cf. les conclusions J-F. Théry, sur l'arrêt « Dollet » du 25 juillet 1980, AJDA 1981, p 154.

¹³³¹ Pour plus de détails sur les déclarations du requérant cf. J-F. Théry, op. cit., p 155.

¹³³² J-F. Théry, op. cit., p 155.

¹³³³ CE Section 25 juillet 1980, Dollet, précité.

distinguer les *obiter dictum* impératifs qui ne seraient pas introduits par « notamment », et ceux qui seraient facultatifs car précédés de cet adverbe ? Une telle solution ne paraît guère opportune, car quelle peut être l'utilité d'une remarque incidente si elle n'apporte guère de précision sur la démarche qu'il convient d'adopter pour régler définitivement le litige ? Les remarques qui figurent parmi les motifs de cassation ne doivent pas être de simples suggestions adressées au juge de renvoi, elles devraient être des directives claires et précises adressées à ces derniers.

Enfin, si la juridiction de renvoi est « maîtresse des mesures d'instruction qu'elle estime nécessaires¹³³⁴ », pourquoi le juge de cassation suggère-t-il une mesure d'instruction particulière dans une décision d'annulation ? Une telle attitude peut prêter à confusion et laisser croire, à tort, que le juge de renvoi doit effectuer quelque chose à laquelle il n'est pas tenu.

La théorie du renvoi est une conséquence directe du principe qui interdit au juge de cassation de connaître du fond des litiges. Il arrive cependant que le juge de cassation puisse mettre un terme à une affaire, sans pour autant s'emparer du fond du litige. Dans le cadre de la cassation non évocatoire, le juge suprême peut clore le procès sans se départir de son rôle traditionnel. Cela conduit les conseillers d'Etat à ne pas renvoyer l'affaire aux juges du fond.

¹³³⁴C'était le cas de la Commission juridictionnelle dans l'affaire « Dollet » de 1980, cf. J-F. Théry, conclusions sur CE Section 25 juillet 1980, Dollet, AJDA 1981, p 155.

Section 2 - Les limites au renvoi.

La théorie classique de la cassation administrative admettait déjà que dans certains cas, le juge de cassation mette fin à un litige, sans pour autant renvoyer l'affaire devant les juges du fond. Il s'agit de diverses situations où la décision émanant de la juridiction de cassation se suffit à elle-même. On sait que depuis 1987, le législateur a autorisé le juge de cassation à statuer sur le fond d'un litige après cassation. Plus qu'une innovation majeure, cela est susceptible d'entraîner une transformation de l'instance en cassation. Mais il n'en est pas toujours ainsi. L'analyse de la jurisprudence révèle qu'un certain usage de la faculté de juger au fond est tout à fait conforme à la théorie classique de la cassation. C'est le cas lorsque le juge suprême règle une affaire au fond, sans se départir de son rôle traditionnel. Chaque fois que le règlement au fond ne débouche pas sur une réelle évocation du litige, il n'y a pas lieu de penser que le juge de cassation s'éloigne du rôle qui est habituellement le sien.

Dans le cadre de la cassation non-évocatoire, il existe deux séries d'hypothèses où la juridiction suprême peut mettre un terme à un litige, sans renvoyer les parties devant les juges du fond. Premièrement, il arrive que la décision du juge de cassation se suffise à elle-même pour clore le litige. Il y a alors une forme de règlement implicite du litige (**Sous-section 1.**) par les conseillers d'Etat. Deuxièmement, il est possible que la décision de cassation nécessite une mesure d'exécution pour mettre un terme au litige. Mais cette dernière n'est que la mise en œuvre d'une compétence liée. Dans ce cas, les magistrats du Palais-Royal procèdent au règlement explicite du litige (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1 - Le règlement implicite du litige.

L'arrêt rendu par le juge de cassation peut mettre un terme au litige. C'est ce qui se produit d'une part lorsque la requête n'est pas accueillie (§1.) et d'autre part quand la cassation sans renvoi (§2.) est prononcée. Ces solutions bien connues des juristes n'appellent pas de développements très longs. Ils permettent de souligner le fait qu'il n'est pas étranger à l'office du juge de cassation, tel qu'il était défini avant la réforme de 1987, de rendre une décision qui *clôt définitivement* le litige.

§1. Le rejet de la requête.

Lorsque la juridiction de cassation n'accueille pas une requête, c'est soit parce qu'elle considère que la demande doit être rejetée (B.), soit parce qu'il existe une cause de non-lieu à statuer (A.). Dans le premier cas, le juge rejette le recours car il n'est pas fondé ; dans le second cas, il est mis fin au litige sans que les conseillers d'Etat aient statué sur celui-ci. Mais ces deux types de décisions aboutissent à clore la dispute juridictionnelle.

A. La décision de non-lieu.

De manière synthétique, l'arrêt prononçant le non-lieu à statuer constate la disparition de l'objet du litige. On sait que le concept de non-lieu à statuer n'est pas spécifique au droit de la cassation, mais qu'il relève, plus généralement, de l'étude de la procédure administrative contentieuse¹³³⁵. Quelques exemples tirés de la jurisprudence permettent de mieux cerner cette notion et de voir comment elle est mise en œuvre par les magistrats du Palais-Royal au cours des instances de cassation.

¹³³⁵ Sur cette question : cf. R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », Montchrestien, 10^{ème} édition, n°1065 et s ; cf. les articles R 351-4 et 5 du Code de justice administrative.

Tout d'abord, le décès du requérant peut entraîner le prononcé d'une décision de non-lieu à statuer. C'est le cas par exemple si un justiciable meurt après avoir introduit un recours en cassation à l'encontre d'une décision de la Cour de discipline budgétaire et financière lui infligeant une sanction. En raison du caractère personnel de l'amende infligée, le pourvoi en cassation devient sans objet¹³³⁶.

Le non-lieu peut aussi être prononcé lorsque le requérant a déjà obtenu gain de cause et que par conséquent rien ne demeure à trancher. Par une décision postérieure à l'introduction d'un recours en cassation, la Commission des recours des réfugiés a d'une part, annulé une décision du directeur de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) refusant à une personne le bénéfice du statut de réfugié et d'autre part, reconnu à l'intéressé cette qualité. Dans ce cas de figure, la requête en cassation dirigée contre une décision antérieure de la Commission des recours et qui rejetait un recours contre une décision précédente de l'OFPRA est devenue sans objet¹³³⁷.

Chaque fois qu'une décision provisoire est déférée à la censure du juge de cassation et que la décision sur le fond intervient avant que les conseillers d'Etat aient eu le temps de statuer sur la légalité de la décision provisoire, ils constateront le non-lieu à statuer sur la mesure provisoire. Il en résulte que, lorsqu'un recours en cassation est exercé contre une décision avant-dire droit, si la décision sur le fond intervient et que celle-ci ne soit pas frappée de cassation, alors le juge de cassation prononcera le non-lieu dans cette affaire. En effet, la décision principale acquiert définitivement force de chose jugée¹³³⁸.

Dans l'affaire « Moritz¹³³⁹ » de 1993, le juge de cassation considère qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le pourvoi formé à l'encontre d'une décision refusant l'octroi du sursis à exécution d'un jugement, dès lors que le juge d'appel a rendu sa décision au fond.

M. Moritz avait demandé le sursis à exécution d'un jugement rendu par le Tribunal de Strasbourg, auprès de la Cour administrative d'appel de Nancy. Le juge d'appel avait rejeté sa requête et l'intéressé avait déféré cette décision à la censure du juge de cassation. Le 2 avril 1991, la Cour administrative d'appel de Nancy s'était prononcée sur le fond du litige dans

¹³³⁶ CE 21 juillet 1989, Aubert, T p 882.

¹³³⁷ CE 20 septembre 1993, Bulbul, T p 780.

¹³³⁸ Voir sur ce point : CE 7 juin 1972, Wahba, T p 1209.

¹³³⁹ CE Section 26 mars 1993, M. Moritz, p 87 ; RFDA 1993, p 750, conclusions S. Lasvignes.

cette affaire et l'arrêt d'appel a fait l'objet de recours en cassation. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat a estimé que les pourvois tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution du jugement de première instance, étaient devenus sans objet, au motif que « le jugement du Tribunal administratif de Strasbourg n'[était] plus susceptible de produire d'effets juridiques à l'égard du requérant ¹³⁴⁰ ».

Une décision de non-lieu est également prononcée par le juge de cassation, lorsqu'il s'avère que le requérant sollicite qu'il soit sursis à l'exécution d'un jugement qui a déjà été entièrement exécuté¹³⁴¹ au moment où les conseillers d'Etat rendent leur décision.

En matière de référé précontractuel, la Haute juridiction considère que le pourvoi introduit à l'encontre d'une décision refusant de suspendre ou de rectifier une procédure de passation d'un marché public est devenu sans objet, dès lors que le contrat en question est définitivement conclu au cours de l'instance de cassation¹³⁴².

Cette solution illustre que ce n'est pas uniquement la disparition de *l'objet* du litige, mais uniquement la disparition de *l'intérêt* du litige qui peut justifier le prononcé d'une décision de non-lieu. Cela traduit un choix en faveur d'une conception extensive de la notion de non-lieu à statuer, qui aboutit à priver le demandeur en cassation de voir sa cause jugée par le juge suprême, chaque fois que ce dernier estimera que l'arrêt à rendre ne présente pas suffisamment d'intérêt. Or l'intérêt dont il est alors question n'est pas juridique, mais purement pratique. Il s'agit de ne pas prononcer d'arrêt d'annulation qui serait privé de tout effet, c'est-à-dire de reconnaître l'irrégularité d'un acte, dont les effets sont devenus insusceptibles d'être contestés¹³⁴³. On saisit alors que la décision de non-lieu peut véritablement clore le litige et non se limiter à constater l'absence ou la disparition de celui-ci.

¹³⁴⁰ Arrêt « M. Moritz » de 1993, précité.

¹³⁴¹ CE 6 janvier 1989, Lallemand c/ Conseil national de l'Ordre des médecins, T p 881.

¹³⁴² CE Section 3 novembre 1995, Société Stentofon-Communications, p 393 ; RFDA 1995, p 1077, conclusions Ch. Chantepy.

¹³⁴³ Sur ces développements : cf. conclusions Ch. Chantepy, op. cit. p 1083 et s.

Enfin le non-lieu en l'état pourra également être prononcé, quand le juge de cassation n'est pas en mesure d'obtenir communication du dossier qui avait été soumis aux juges du fond¹³⁴⁴.

La juridiction suprême clôt aussi définitivement le litige lorsqu'elle rejette le pourvoi qui lui a été présenté.

B. La décision de rejet.

Le juge de cassation prononce le rejet d'un pourvoi, s'il constate qu'il n'est pas recevable en la forme ou non fondé quant à son argumentation. Les auteurs qui se sont intéressés à la cassation administrative n'ont jamais consacré de long développements à cette question. Tout au plus notent-ils que la décision de rejet, d'ailleurs comme celle prononçant la cassation, produit un effet *inter partes*, et non *erga omnes*, contrairement à ce qui se passe dans le cadre du recours pour excès de pouvoir¹³⁴⁵. M. Peiser souligne très justement dans sa thèse que l'arrêt de rejet n'est nullement « un certificat de légalité de l'acte attaqué¹³⁴⁶ ». Quelques exemples jurisprudentiels permettent de présenter différentes hypothèses où le juge suprême rend un arrêt de rejet.

En premier lieu, une décision de rejet sanctionnera le non-respect par le justiciable d'une condition de recevabilité du recours¹³⁴⁷. De même, le Conseil d'Etat rejette une requête si l'intéressé n'apporte aucune précision au soutien des moyens tirés de ce que l'arrêt attaqué serait entaché d'erreur de fait et de droit¹³⁴⁸.

¹³⁴⁴ CE 25 mai 1970, Bounouala, p 350. Dans cette affaire, la juridiction du fond siégeait à Constantine en 1961, et le juge de cassation n'a pas eu la possibilité d'avoir communication des pièces qui lui avait été soumises, après l'indépendance de l'Algérie.

¹³⁴⁵ Sur cette question cf. : G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel », Sirey, 1958, p 423 ; D. Jacquemart, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation », LGDJ, 1957, p258.

¹³⁴⁶ op. cit., p 424.

¹³⁴⁷ CE 29 décembre 1993, SA Bigand, T p 989 : rejet d'une requête pour cause de tardiveté.

¹³⁴⁸ CE 30 novembre 1994, Georges, p 520.

En second lieu, le juge de cassation rejette une requête si la décision attaquée contient un motif erroné, mais surabondant¹³⁴⁹. On sait que le juge de cassation peut substituer à un motif erroné un motif pertinent, afin de rejeter une requête¹³⁵⁰. Mais dans ce cas le motif substitué doit être d'une part exclusif de toute appréciation de fait¹³⁵¹, et d'autre part revêtir soit un caractère d'ordre public¹³⁵², soit avoir déjà été invoqué devant les juges du fond¹³⁵³.

Dans les hypothèses qui ont été abordées, la décision du juge de cassation se suffit à elle-même et elle aboutit à mettre un terme à la controverse judiciaire.

Aux décisions qui prononcent le non-lieu ou le rejet d'un pouvoi, il est courant d'opposer les décisions de cassation. On a vu que la cassation peut être soit totale, soit partielle¹³⁵⁴. Cette dernière hypothèse suppose que la décision attaquée ne soit pas indivisible¹³⁵⁵. On sait également que la règle juridique retenue par le juge de cassation s'impose au juge de renvoi¹³⁵⁶. Mais on oublie parfois que dans le cadre de la théorie classique de la cassation administrative, une décision de cassation ne débouchait pas systématiquement sur le renvoi de l'affaire devant les juges du fond. En effet, il existe des cas où un arrêt de cassation se suffit à lui-même ; car une fois qu'il a été rendu, il ne reste plus rien à juger.

¹³⁴⁹ Voir par exemple : CE 19 janvier 1968, Banque Chabasseur et Cie, p 49.

¹³⁵⁰ Voir les arrêts suivants : CE 20 mai 1994, Gouelo, p 251 ; CE 27 mai 1994, Laroche, p 266.

¹³⁵¹ CE 3 mai 1993, Cohen, p 149 ; CE 30 juillet 1997, Boudin, RFDA 1997, p 1100.

¹³⁵² Cf. affaire « Cohen » de 1993, précitée.

¹³⁵³ CE 8 décembre 1995, Société Sogéa, p 434 ; RFDA 1996, p 174.

¹³⁵⁴ Voir par exemple : CE 20 mars 1991, Centre hospitalier de Bourg-en-Bresse c/ Epoux Bouvard, p 97 ; CE Section 17 janvier 1992, Université de Dijon, p 24.

¹³⁵⁵ CE 23 juin 1986, Commissaire du Gouvernement près le conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables c/ Brisbout, p 168.

¹³⁵⁶ CE 8 juillet 1904, Botta, p 557, conclusions Romieu.

§2. La cassation sans renvoi.

S'il n'y a plus rien à trancher, le juge de cassation ne renverra pas l'affaire devant les juges du fond. Les commissaires du Gouvernement se bornent à conclure : « Il n'y a plus rien à juger pour le juge de renvoi : vous casserez donc l'arrêt sans renvoi¹³⁵⁷ ». Cette solution ne diffère pas apparemment de celle qui est consacrée devant les juridictions judiciaires. La Cour de Cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond¹³⁵⁸.

Le juge de cassation examine d'abord les moyens de cassation sans renvoi, puis seulement après ceux qui justifient le renvoi¹³⁵⁹. Dans quels cas de figure le juge de cassation déclare-t-il qu'il n'y a plus rien à juger ? L'analyse de la jurisprudence permet de répondre à cette question.

En premier lieu, il est bien sûr évident que le Conseil d'Etat, juge de cassation, ne renvoie pas une affaire devant les juges du fond, lorsque la décision annulée émane de juridictions incompétentes pour connaître du litige¹³⁶⁰. De même, il n'y a pas de renvoi lorsqu'une décision est censurée parce que les juges l'ayant rendue se sont crus à tort saisis d'un appel dirigé contre une décision de première instance, alors qu'en réalité, aucun n'appel n'avait été interjeté contre le jugement des premiers juges¹³⁶¹.

En second lieu, le juge de cassation ne renvoie pas l'affaire quand, après une cassation partielle, il n'y a plus rien à juger, eu égard à la portée de l'arrêt de cassation. Il est bien évident que les points non annulés de la décision attaquée, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été contestés pendant l'instance de cassation, ne peuvent pas justifier un renvoi.

¹³⁵⁷ D. Kessler, Conclusions sur CE, Section, 18 mars 1994, Caisse nationale d'assurance maladie c/ M. Cohen, RFDA 1995, p 668.

¹³⁵⁸ Article 627 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile.

¹³⁵⁹ CE Section 15 décembre 1961, Sabadini, p 710, et T p 1154. C'est une solution implicite.

¹³⁶⁰ CE 16 octobre 1985, Payet, T p 748.

¹³⁶¹ CE 29 mars 1993, Portmann, T p 989.

L'arrêt « Commune de Lens ¹³⁶² » du 29 juillet 1994, illustre fort bien ce cas de figure où l'arrêt d'annulation se suffit à lui-même. La Cour administrative d'appel de Nancy avait été saisie d'un appel dirigé contre une ordonnance en date du 2 avril 1991, par laquelle un conseiller délégué par le président du Tribunal administratif de Lille avait rejeté une demande d'un requérant, tendant à ce que soit ordonnée en référé une expertise, permettant d'établir l'exagération du montant des redevances d'occupation du domaine public qui lui avaient été réclamées par son adversaire, la Commune de Lens. La Cour de Nancy avait partiellement annulé l'ordonnance de référé et déclaré sans fondement la contrainte exercée contre le requérant par voie de saisie-exécution.

La juridiction suprême a considéré qu'en « se prononçant par l'arrêt attaqué sur le bien-fondé de la contrainte diligentée à l'encontre de l'intéressé pour le paiement de ces redevances, la Cour administrative d'appel a méconnu les règles qui définissent l'étendue de la compétence du juge des référés administratifs ¹³⁶³ ». Les sixième et deuxième sous-sections en ont déduit qu'il convenait « d'annuler l'article 1^{er} de l'arrêt attaqué qui censure l'ordonnance du 2 avril 1991 en ce qu'elle rejette les conclusions portant sur la contestation au fond des droits réclamés [au requérant] ainsi que l'article 2 dudit arrêt qui déclare sans fondement la contrainte exercée pour le paiement de ces droits; [mais] faute pour [l'intéressé] d'avoir déféré au juge de cassation l'article 3 de l'arrêt de la Cour qui rejette ses conclusions relatives à la mesure d'expertise qu'il sollicitait, l'annulation prononcée par la présente décision ne laisse rien à juger ; [...] il n'y a donc pas lieu à renvoi devant une Cour administrative d'appel ¹³⁶⁴ ».

Il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive de toutes les hypothèses où une annulation se suffit à elle-même. Le contexte de chaque affaire se révèle déterminant pour apprécier si la cassation clôt le litige. Ainsi, la juridiction suprême peut casser une décision sans renvoi, si elle constate qu'une formalité prescrite, sous peine de forclusion du droit d'agir en justice, n'a pas été respectée ¹³⁶⁵. Le renvoi n'est également pas nécessaire quand le Conseil d'Etat estime qu'une décision attaquée avait à tort engagé la responsabilité d'une partie au litige ¹³⁶⁶. De

¹³⁶² CE 29 juillet 1994, Commune de Lens c/ Prouvoyeur, p 404.

¹³⁶³ Arrêt « Commune de Lens » de 1994, précité.

¹³⁶⁴ Arrêt « Commune de Lens » de 1994, précité.

¹³⁶⁵ Sur ce point cf. CE 29 janvier 1993, Société d'économie mixte d'aménagement de la ville de Martigues (SEMAVIM), p 20 ; RFDA 1993, p 746, conclusions H. Legal.

¹³⁶⁶ CE Section 18 mars 1994, Caisse nationale d'assurance maladie c/ M. Cohen, p 149 ; RFDA 1995, p 664, conclusions D. Kessler.

même, quand le juge de cassation constate qu'une loi d'amnistie s'oppose au prononcé d'une sanction disciplinaire, il n'y a pas de renvoi de l'affaire¹³⁶⁷.

Le point commun entre toutes les affaires qui viennent d'être examinées, c'est que la décision de cassation vide le litige au fond.

On sait que dans le cadre de la théorie moderne de la cassation administrative, le Conseil d'Etat peut statuer au fond, après avoir prononcé l'annulation de l'arrêt attaqué. Ce qu'il convient à présent de souligner, c'est que le juge de cassation peut statuer au fond sans procéder à une réelle évocation du litige. En d'autres termes, les conseillers d'Etat mettent un terme au litige, tout en restant en harmonie avec la conception classique de la cassation, c'est-à-dire qu'ils adoptent des solutions parfaitement compatibles avec une conception non évocatoire du recours en cassation.

¹³⁶⁷ CE Section 3 juillet 1970, Sieur Nguyen Van Phi Long, p 460.

Sous-section 2 - Le règlement explicite du litige.

Conformément à l'esprit traditionnel du recours en cassation, « le rôle du juge de cassation est d'assurer l'unité de la jurisprudence, de fixer de façon certaine la règle de droit, non de se saisir du fond¹³⁶⁸ » des affaires.

On sait cependant que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1987, la Haute juridiction administrative peut régler une affaire au fond « si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie¹³⁶⁹ ». Cette formulation permet au Conseil d'Etat de recourir discrétionnairement à cette possibilité¹³⁷⁰. La faculté de statuer au fond offre au juge suprême la possibilité de transgresser l'interdiction traditionnelle de juger directement le procès¹³⁷¹.

Mais il n'en va pas toujours ainsi et dans le cadre de l'article L 821-2 du Code de justice administrative, le Conseil d'Etat peut régler un litige sur le fond sans s'éloigner de la mission traditionnelle qui incombe à une juridiction de cassation. Dans ce cas, les magistrats du Palais-Royal n'évoquent pas le litige, ils se bornent à tirer les conséquences pratiques qui découlent des motifs qui sont à la base de la cassation. Ils ne rejagent pas à proprement parler le litige.

Le législateur a prévu deux cas où peut intervenir le règlement du litige après cassation (§1.). L'examen de la jurisprudence révèle que *régler un litige* n'est pas toujours assimilable à une évocation du litige, c'est ce que nous verrons en abordant les manifestations du règlement des litiges (§2.)

¹³⁶⁸ D. Kessler, conclusions sur CE Section 18 juin 1993, M. Haddad, AJDA 1993, p 573.

¹³⁶⁹ Article L 821-2 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative.

¹³⁷⁰ R. Chapus a souligné que la notion de bonne administration de la justice est une condition « aussi peu limitative que possible de la liberté du juge de cassation », cf. « Les aspects procéduraux. », AJDA 1988, p 98.

¹³⁷¹ cf. infra le chapitre 2, intitulé : « l'appel sur cassation », p 465.

§1. Le règlement du litige après cassation.

Aux termes du premier alinéa de l'article L 821-2 du Code de justice administrative, le Conseil d'Etat peut régler une affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Le second alinéa du même article précise que lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire. On le voit : le législateur a clairement entendu distinguer deux séries d'hypothèses, c'est ce que révèle dans un cas l'emploi du verbe « régler » et dans l'autre celui du verbe « statuer »¹³⁷². Pour l'instant, nous n'allons pas établir de distinction entre les deux alinéas en question. Nous nous limiterons à souligner que le juge suprême peut mettre un terme au litige, sur le fondement de l'un ou l'autre de ces alinéas, sans se départir de son rôle traditionnel. Cette faculté de clore le procès, que nous appellerons le règlement de l'affaire, peut donc intervenir dès le prononcé d'une première cassation (A.), ou après celui d'une seconde cassation (B.).

A. Le règlement après première cassation.

La Haute juridiction peut statuer sur le fond, dès une première cassation, sans pour autant trop se départir de son rôle traditionnel. C'est le cas quand le règlement d'un litige ne repose que sur des questions de droit¹³⁷³. Dans cette hypothèse en effet, « l'intérêt d'une bonne administration de la justice se résume à éviter un renvoi pour que le juge du fond exerce une compétence liée¹³⁷⁴ ». Nous constaterons que bien souvent, le Conseil d'Etat statue au fond dans une affaire uniquement pour tirer les conséquences de la règle qui a justifié l'annulation de la décision attaquée. Cette manière de mettre en œuvre l'article L 821-2 alinéa 1^{er} ne s'éloigne pas tellement du rôle traditionnellement joué par un juge de cassation, dans la mesure où le juge suprême se contente de tirer les conséquences des motifs ayant conduit à annuler l'arrêt attaqué.

¹³⁷² Nous reviendrons plus loin sur les conséquences qu'il convient de tirer de l'emploi, par le législateur, de ces deux verbes différents et qui ne peut pas être fortuit : cf. infra la partie intitulée « l'assimilation du règlement à l'évocation », p 469.

¹³⁷³ Sur ce point cf. : CE 13 octobre 1989, Thévenin, T p 882, et CE 30 octobre 1989, Le Gallais, T p 883.

¹³⁷⁴ J. Massot, « La cassation », AJDA n° spécial, 1995, p 210.

Un parallèle peut être effectué entre le règlement du litige par les conseillers d'Etat et la possibilité offerte à la Cour de Cassation de prononcer la cassation sans renvoi. Normalement, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ¹³⁷⁵. Mais elle peut également « en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée¹³⁷⁶ ». Cela peut par exemple conduire la Cour de Cassation à dire qu'une Cour d'appel est compétente pour connaître d'un litige, alors que celle-ci s'était déclarée incompétente¹³⁷⁷. Elle peut aussi rejeter une fin de non-recevoir qui avait été, à tort, accueillie par les juges du fond¹³⁷⁸. Plus récemment, et de manière beaucoup plus audacieuse, la Cour de Cassation est allée jusqu'à condamner une partie au remboursement d'une somme d'argent¹³⁷⁹ ou à l'exécution d'une obligation de faire¹³⁸⁰. Il en résulte, comme certains l'ont souligné, que le pourvoi en cassation judiciaire peut parfois être une voie d'achèvement du procès¹³⁸¹.

Le règlement du litige par les conseillers d'Etat peut aussi intervenir à l'issue d'une seconde et ultime cassation.

B. Le règlement après seconde cassation.

Le règlement du litige après une seconde cassation soulève d'intéressantes questions, dans la mesure où elle constitue une innovation majeure, à la fois en rupture et en harmonie avec les solutions admises par la Haute juridiction avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1987.

Le législateur a consacré le principe selon lequel, en cas de second pourvoi en cassation dans une même affaire, le Conseil d'Etat statue définitivement sur celle-ci. Sans doute faut-il considérer que dans cette hypothèse « la procédure [de droit commun] aura duré environ une dizaine d'années et il est effectivement souhaitable qu'il y soit mis un terme par la Haute

¹³⁷⁵ Article L 131-5 du Code de l'organisation judiciaire et article 627 du Nouveau code de procédure civile.

¹³⁷⁶ Article 627 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile. Sur ce point cf. A. Perdriau, « Sens des arrêts », Editions du Juris-Classeur, 2001, Procédure civile, Fascicule 796, p 14.

¹³⁷⁷ Civ. 1^{ère} 27 mai 1997, Bull. civ. I, n° 175.

¹³⁷⁸ Civ. 1^{ère} 25 novembre 1997, Bull. civ. I, n° 324.

¹³⁷⁹ Com. 18 janvier 2000, JCP G 2000, II, 10300, note A. Perdriau.

¹³⁸⁰ Soc. 23 février 2000, JCP G 2000, II, 10300, note A. Perdriau.

¹³⁸¹ A. Perdriau, JCP G 2000, II, 10300, p 802.

Assemblée¹³⁸² ». C'est pourquoi la Haute assemblée statue définitivement sur une affaire en vertu de l'article L 821-2 alinéa 2 du Code de justice administrative. Cette solution constitue une rupture par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat antérieure à la réforme de 1987.

Néanmoins, lorsqu'il statue définitivement sur une affaire, le juge de cassation ne transgresse pas systématiquement l'interdiction traditionnelle faite au juge de cassation de connaître du fond des litiges. Mais cela implique que deux conditions soient réunies : premièrement, que l'affaire soit en l'état d'être jugée et que deuxièmement, le règlement du litige repose sur l'exercice d'une compétence liée. Il s'agit des mêmes conditions que celles qui ont été abordées précédemment¹³⁸³.

Paradoxalement, le règlement après une seconde cassation demeure en harmonie avec certaines solutions jurisprudentielles admises par le Conseil d'Etat avant la réforme de 1987. En effet, la spécificité de la cassation administrative aboutissait à admettre que la Haute assemblée puisse mettre un terme à un litige lorsque la juridiction de renvoi ne respectait pas l'autorité de la chose jugée par les conseillers d'Etat sur des questions de droit. Cela aboutissait déjà à limiter le nombre de renvois qui pouvaient être faits dans une affaire. Ainsi, en matière de contentieux disciplinaire, dès lors que le juge de cassation estimait que les faits reprochés à un requérant n'étaient pas de nature à justifier une sanction, la marge de manœuvre du juge de renvoi était extrêmement réduite. Ce dernier en l'absence d'éléments nouveaux imputables à l'intéressé, n'avait bien souvent pas d'autre choix que de constater que le justiciable ne pouvait pas être sanctionné.

Dans ce contexte, si la juridiction de renvoi confirmait malgré tout sa décision antérieure, en dépit de l'arrêt de cassation qui en condamnait la teneur, le Conseil d'Etat saisi d'un second pourvoi dans la même affaire pouvait constater que les juges du fond commettaient « un excès de pouvoir¹³⁸⁴ », au motif qu'ils ne s'étaient pas conformés à ce qui avait été précédemment jugé en droit, lors de la précédente instance de cassation. A l'issue de cette seconde annulation, la Haute juridiction administrative, constatait qu'il n'y avait plus rien à trancher et prononçait la cassation sans renvoi du litige¹³⁸⁵.

¹³⁸² Ch.-L. Vier, « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987. », AJDA 1988, p 126.

¹³⁸³ Cf. supra la partie intitulée : « le règlement après première cassation », p 453.

¹³⁸⁴ Cf. CE 1^{er} juin 1949, Le Bris, p 259.

¹³⁸⁵ Pour une affaire qui illustre ce cas de figure, voir l'arrêt « Le Bris » de 1949, précité.

En bref, avant 1987, le Conseil d'Etat pouvait mettre un terme au litige sans renvoyer l'affaire, s'il constatait que les juges du fond avaient « statué au-delà des limites de renvoi¹³⁸⁶ ». Cette décision était justifiée par l'idée de ne pas rallonger inutilement les délais de procédure. L'idée de limiter le nombre de navettes entre juge de cassation et juge de renvoi était déjà, on le voit, latente en jurisprudence administrative avant 1987. La réforme de 1987 n'a fait qu'accentuer ce phénomène : en obligeant le juge suprême à statuer sur les litiges qui font l'objet d'un second pourvoi, le législateur a adopté une solution radicale pour empêcher d'incessantes navettes entre juge suprême et juge du fond.

Nous venons de voir que lorsque le motif de cassation implique qu'une solution déterminée soit prise sur le fond, la Haute juridiction va volontiers adopter au fond la mesure nécessitée et cela aboutit à clore le litige. Cela permet aussi d'éviter de renvoyer une affaire devant des magistrats qui ne disposeraient d'aucun pouvoir, sauf celui de tirer les conséquences de ce qui peut être clairement déduit des motifs de cassation.

Examinons maintenant quelques exemples tirés de la jurisprudence. Ils permettront de mieux saisir les manifestations du règlement des litiges et de voir concrètement pourquoi le juge de cassation ne s'éloigne pas de son rôle traditionnel dans ce cas.

§2. Manifestations du règlement des litiges.

Dans un certain nombre d'hypothèses, les motifs qui sont à la base de la cassation vont être déterminants pour le règlement de l'affaire au fond. En premier lieu, le motif retenu pour casser l'arrêt attaqué peut également permettre de vider le litige au fond. Il y a alors une identité entre le motif de cassation et celui qui permet de régler le litige. C'est ce que l'on peut appeler le règlement à partir du motif de cassation (A.). En second lieu, le motif de cassation peut postuler que l'issue d'un litige dépend d'un mode de calcul déterminé. Statuer sur le fond revient à appliquer la formule adéquate, en d'autres mots il s'agit du règlement à l'aide d'une opération mathématique (B.).

¹³⁸⁶ CE 13 juillet 1966, Dame Chaumont, T p 1073.

A. Le règlement à partir du motif de cassation.

Il peut arriver qu'après cassation, le Conseil d'Etat statue au fond pour tirer les conséquences du motif qui est le fondement de l'annulation. Quelques exemples permettent de présenter ce mode de règlement des litiges.

1°) - Lorsque l'enjeu d'un litige est de déterminer la légalité d'un acte et que le juge de cassation annule la décision juridictionnelle qui lui est déférée, au motif qu'elle n'a pas soulevé d'office le moyen de nullité tiré du fait que l'acte litigieux émanait d'un organisme incompétemment créé, le Conseil d'Etat peut statuer sur le fond et déclarer l'acte illégal¹³⁸⁷ sans juger au-delà de ce qui est strictement juridique. Il y a en effet un rapport d'inférence entre la solution en droit et celle qui doit intervenir sur le fond.

Dans un litige opposant l'Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer à l'ancienne propriétaire d'un fonds de commerce situé à Alger, le Conseil d'Etat devait apprécier si la demande d'indemnisation de la requérante était forclosée. En effet, « l'article 4 de la loi du 16 juillet 1987 subordonne la levée de forclusion qu'il prévoit, dans le cas où les biens dont l'indemnisation est demandée n'ont jamais été évalués par l'Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer, à la condition que la dépossession de ces biens ait été déclarée auprès d'une autorité administrative française avant le 15 juillet 1970¹³⁸⁸ », et « en vertu des dispositions combinées des articles 2 et 12 de la loi du 15 juillet 1970, la dépossession doit porter sur des biens mentionnés au titre II de cette loi¹³⁸⁹ ».

La Cour administrative d'appel de Lyon avait admis que l'intéressée pouvait se prévaloir d'une demande de subvention et de prêt de reclassement, présentée le 8 octobre 1962, qui faisait état de la perte d'une exploitation personnelle de gérance libre d'un fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie. Le juge de cassation a annulé cet arrêt, au motif que cette demande « ne comportait aucune mention de droits détenus sur cette entreprise commerciale qui auraient été susceptibles d'être indemnisés en vertu des dispositions du titre II de la loi du 15

¹³⁸⁷ Voir par exemple : CE 8 mars 1991, *Ministre de l'Education nationale c/ Roger*, p 84.

¹³⁸⁸ CE 17 février 1992, *Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer c/ Mme Escau de Maison*, p 71.

¹³⁸⁹ *Ibid.*

juillet 1970¹³⁹⁰ ». Dès lors, la requérante ne pouvait être regardée comme ayant effectué une déclaration de dépossession.

Les dixième et sixième sous-sections ont réglé le litige en soulignant : « qu'il résulte de ce qui précède que c'est également à tort que [la juridiction de première instance] a regardé la demande ci-dessus analysée comme une déclaration de dépossession au sens de l'article 4 de la loi du 16 juillet 1987; que, dès lors, il y a lieu également d'annuler sa décision et de rejeter le pourvoi dont Mme Escau de Maison l'a saisie¹³⁹¹ ». En d'autres termes, si le Conseil d'Etat en l'espèce se substitue au juge de première instance (i.e. : la commission du contentieux de l'indemnisation de Nice), après avoir annulé l'arrêt d'appel de la Cour de Lyon, il rejette la demande au fond, en retenant le même motif que celui qui avait permis de casser la décision définitive qui lui a été déférée.

2°) - Dans l'affaire « Département des Hauts-de-Seine¹³⁹² » de 1989, la Section du Contentieux avait cassé une décision de la Commission centrale d'aide sociale qui avait mis à la charge du département des Hauts-de-Seine, et non de l'Etat, des dépenses afférentes au placement en établissement hospitalier ou en maison de retraite de diverses personnes âgées.

La Commission centrale d'aide sociale avait d'abord relevé que les personnes âgées en cause étaient dépourvues de domicile de secours et résidaient dans le département des Hauts-de-Seine au moment de leur demande d'admission à l'aide sociale ; ensuite elle s'était fondée sur le fait qu'elles séjournèrent depuis plusieurs mois, voire parfois plusieurs années, dans un établissement sanitaire et social de Nanterre. Dans ces conditions, les juges du fond ont estimé que l'Etat n'avait pas à prendre en charge les dépenses litigieuses, car les individus en cause n'entraient pas dans la catégorie « des personnes pour lesquelles aucun domicile fixe ne peut être déterminé¹³⁹³ », et dès lors, les dépenses litigieuses devaient être prises en charge par le département.

¹³⁹⁰ Ibid.

¹³⁹¹ Ibid.

¹³⁹² CE Section 28 juillet 1989, Département des Hauts-de-Seine, RFDA 1989, p 918, note T. Tuot.

¹³⁹³ Voir : l'article 194 du Code de la famille et de l'aide sociale, cf. CE Section 28 juillet 1989, Département des Hauts-de-Seine, précité.

Le juge de cassation annula cette décision au motif que « le séjour, même prolongé, dans un établissement sanitaire et social n'est pas de nature à faire acquérir aux personnes concernées un domicile fixe, au sens du troisième alinéa de l'article 194 [du Code de la famille et de l'aide sociale], situé dans cet établissement¹³⁹⁴ ».

Statuant sur le fond, le Conseil d'Etat constata en premier lieu que les personnes âgées en question « n'avaient acquis de domicile de secours ni antérieurement à leur entrée dans [l'établissement sanitaire et social] de Nanterre ni à l'occasion d'une interruption de leur séjour ». La Commission centrale d'aide sociale était arrivée à la même conclusion sur ce point.

En second lieu, les magistrats du Palais-Royal ont jugé « [qu']aucun domicile fixe, au sens de l'alinéa 3 de l'article 194 du Code de la famille et de l'aide sociale, ne peut être déterminé pour ces personnes¹³⁹⁵ ». Et cette solution est la conséquence directe de la règle de droit qui est à l'origine de l'arrêt de cassation. En conséquence, la décision sur le fond était la suivante : les dépenses d'aide sociale afférentes au placement de ces personnes âgées devaient être prises en charge par l'Etat.

Lorsque le Conseil d'Etat annule une décision du juge fiscal qui refuse à un contribuable une décharge d'impôt, pour un motif erroné, le juge de cassation peut régler le litige au fond, en accordant au requérant la mesure sollicitée¹³⁹⁶.

Dans les affaires qui viennent d'être abordées, le même motif permet d'une part de casser et d'autre part de régler le litige¹³⁹⁷.

¹³⁹⁴ C'est le considérant de principe de l'arrêt « Département des Hauts-de-Seine » de 1989, précité.

¹³⁹⁵ Affaire « Département des Hauts-de-Seine » de 1989, précité.

¹³⁹⁶ Voir par exemple les arrêts suivants : CE 25 mars 1991, SA Construrama Bati Service Promotion, p 106 ; CE 6 juillet 1994, Société Profat Investissements, p 348.

¹³⁹⁷ Voir également les arrêts suivants : Concernant l'annulation partielle d'une amende prononcée par la Cour de discipline budgétaire et financière cf. CE Section 10 novembre 2000, M. Despessailles, n° 201755, p 510. En matière de procédure fiscale, cf. CE 10 avril 1991, Di Fazio, p 131, (Annulation, puis règlement fondés sur l'absence d'opposition à contrôle fiscal de la part du contribuable vérifié en l'espèce).

Il existe une variante du phénomène précédent. C'est lorsqu'un motif de cassation postule l'emploi d'une formule déterminée pour résoudre un problème ; trancher l'affaire au fond revient alors à appliquer la formule en question.

B. Le règlement à l'aide d'une opération mathématique.

Chaque fois que le juge de cassation prononce la cassation, de tout ou partie, d'un arrêt, au motif qu'il a retenu des modalités de calcul erroné. Le juge de cassation peut régler l'affaire au fond, tout simplement en calculant ce qui doit l'être, d'après la méthode de calcul qu'il a jugé correcte. Les exemples suivants permettent de présenter cette solution.

1°) - L'arrêt « Fonds de garantie automobile contre Gaz de France ¹³⁹⁸ » de 1996, illustre cette hypothèse. Le 2 octobre 1976, le véhicule que conduisait Mme Munoz a été heurté par le véhicule conduit par M. Brun qui roulait en sens inverse et qui a fait un écart pour éviter une tranchée creusée dans la chaussée par Gaz de France. M. Brun, qui a été condamné à verser la somme de 672 428 F à Mme Munoz par le Tribunal correctionnel de Saint-Etienne, n'étant pas assuré et s'étant révélé insolvable, cette indemnité a été versée à Mme Munoz par le Fonds de garantie automobile.

Le fonds, subrogé dans les droits de Mme Munoz, a intenté une action contre Gaz de France devant le juge administratif afin d'obtenir le remboursement des sommes allouées à la victime. La Cour administrative d'appel de Lyon a condamné Gaz de France à verser au fonds le quart de la somme qui avait été demandée (soit 168 107 F), au motif que la faute qu'aurait commise M. Brun exonérait Gaz de France des trois quarts de la responsabilité encourue vis-à-vis de Mme Munoz. Cet arrêt fut déféré au Conseil d'Etat.

La Haute juridiction souligna « qu'il résulte des constatations souveraines des juges du fond que la preuve d'un entretien normal de la voie au lieu où s'est produit l'accident n'est pas rapportée¹³⁹⁹ ». Ainsi, « Gaz de France dont la responsabilité était engagée à l'égard de Mme Munoz, qui avait la qualité d'usager de ladite voie, ne pouvait invoquer le fait d'un tiers pour

¹³⁹⁸ CE 31 juillet 1996, Fonds de garantie automobile, p 337 ; CJEG 1997, p 149, conclusions J-H. Stahl.

¹³⁹⁹ CE 31 juillet 1996, Fonds de garantie automobile, précité.

s'exonérer en tout ou partie¹⁴⁰⁰ ». En conséquence, la Cour administrative ne pouvait pas légalement limiter l'indemnisation accordée au Fonds de garantie automobile. Et le « Fonds de garantie automobile [...] est [...] fondé à soutenir qu'en laissant trois quarts de responsabilité à sa charge, la cour a méconnu tant la portée de l'article L 420-3 du Code des assurances que les règles de la responsabilité pour dommages de travaux publics¹⁴⁰¹ ».

En l'espèce, statuer sur le fond revenait à calculer la somme que le coresponsable devait encore rembourser à la personne subrogée dans les droits de la victime. Gaz de France fut donc condamné à payer au Fonds 504 321 F (soit les trois quarts de 672 428 F).

2°) - Par un arrêt « Association pour l'unification du Christianisme mondial¹⁴⁰² », du 1^{er} octobre 1999, la Section du contentieux a, à deux reprises, partiellement cassé une décision, puis a statué définitivement sur les questions qui demeuraient à régler. Cet arrêt rendu à la suite d'un second pourvoi dans la même affaire, soulève un cas intéressant de règlement du litige.

La Cour administrative d'appel de Paris, statuant en matière fiscale, avait condamné une association à payer une pénalité de 120 %. Le juge de cassation a estimé que le juge de l'impôt aurait dû d'office appliquer une loi répressive plus douce et substituer au taux de 120 % celui de 100 %. Le Conseil d'Etat a ensuite statué sur ce point en affirmant « que, pour le motif précédemment indiqué, il y a lieu de ramener de 120 % à 100 % le taux de la pénalité infligée à l'association et de prononcer la décharge des sommes correspondant à cette différence de taux¹⁴⁰³ ». Dans cet exemple la Section du contentieux ne s'éloigne pas du rôle traditionnellement joué par un juge de cassation, alors même qu'elle statue sur le fond d'un dossier, car la solution du litige est déterminée par les motifs qui sont à la base de la décision d'annulation.

¹⁴⁰⁰ Ibid.

¹⁴⁰¹ Ibid.

¹⁴⁰² CE Section 1^{er} octobre 1999, Association pour l'unification du Christianisme mondial, p 286.

¹⁴⁰³ Ibid.

Dans la même affaire la Cour de Paris, statuant sur renvoi après la première cassation, avait rejeté une demande de l'association en cause qui tendait à obtenir la décharge de pénalités pour mauvaise foi maintenues à sa charge au titre des années 1979 et 1981. La juridiction suprême annula l'arrêt attaqué sur ce point, car la pénalité en cause « ne pouvait légalement être appliquée à l'association requérante au seul motif qu'elle n'avait pas produit de déclaration de ses résultats pour 1979 et 1981¹⁴⁰⁴ ». Statuant définitivement sur cette question la Section du contentieux a souligné que « l'association requérante est fondée à soutenir que les pénalités pour mauvaise foi ne pouvaient être mises à sa charge¹⁴⁰⁵ ».

Mais par la suite, la Haute juridiction a également examiné la demande du ministre visant à substituer, aux pénalités pour mauvaise foi, la majoration prévue en cas de défaut de déclaration dans les délais prescrits¹⁴⁰⁶. La Section du contentieux a jugé que la substitution de base légale était possible et a finalement maintenu les pénalités à la charge de l'association requérante. Dans cet exemple, les motifs qui justifiaient la cassation permettaient de conclure que la requérante ne devait pas payer de pénalité pour mauvaise foi. Mais la question de savoir si la substitution de base légale était justifiée était indépendante des motifs ayant conduit à annuler l'arrêt attaqué. Faut-il en conclure que lorsque le juge suprême tranche la question de savoir s'il peut y avoir substitution de base légale, il aborde un problème qui fait qu'il s'éloigne du rôle attribué à une juridiction devant statuer en droit et non sur le fond des litiges ?

En procédant à une substitution de base légale, le Conseil d'Etat a jugé le litige, sans se borner strictement à tirer les conséquences des motifs sur lesquels étaient fondée la cassation. De ce point de vue, puisque le motif de l'annulation ne permettait pas de régler l'ensemble de l'affaire, il serait possible de soutenir qu'en statuant définitivement, les conseillers d'Etat se sont davantage comportés en juge d'appel qu'en une juridiction constatant que la solution du litige reposait principalement sur des questions de droit. Néanmoins une autre approche paraît plus pertinente. En jugeant si une pénalité fiscale peut faire l'objet d'une substitution de base légale, le juge suprême tranche toujours la question de la légalité de la sanction contestée. Il y a un rapport de connexité entre le fait de savoir si une sanction est une pénalité de mauvaise foi ou une majoration pour non-respect des délais prescrits. Par ailleurs, dans la théorie

¹⁴⁰⁴ Ibid.

¹⁴⁰⁵ Ibid.

¹⁴⁰⁶ Cf. l'article 1733-1 du Code général des impôts dans sa rédaction applicable lors du litige : Ibid.

classique de la cassation administrative, il était déjà admis que le Conseil d'Etat puisse réaliser des substitutions de motifs. La particularité de la présente espèce n'est-elle pas uniquement que la Section du contentieux ait procédé à une substitution de base légale après cassation et non avant ?

Pour toutes ces raisons, nous pensons que dans l'arrêt « Association pour l'unification du Christianisme mondial » du 1^{er} octobre 1999, la Section du contentieux statue définitivement sur une affaire sans trop s'éloigner du rôle traditionnel qui est attribué à une juridiction de cassation.

Dans les différents arrêts qui viennent d'être abordés, la Haute juridiction administrative statue sur le fond des litiges dans des situations où « une fois la position du Conseil prise, le juge de renvoi n'avait plus rien à juger¹⁴⁰⁷ ». M. Tuot a fort justement remarqué à propos de l'affaire « Département des Hauts-de-Seine » de 1989 que « renvoyer au juge du fond le simple soin de recopier un considérant pour ajouter un nom à la fin d'une phrase, infliger aux parties encore six mois de procédure au moins n'avait aucun sens ni utilité¹⁴⁰⁸ ».

Dans la mesure où le raisonnement de droit commande la solution du litige¹⁴⁰⁹, on peut considérer que le juge de cassation statue sur le fond, mais ne s'éloigne pas de son rôle traditionnel. La Haute juridiction ne s'immisce pas beaucoup dans le fond des procès, ne procède pas à une nouvelle instruction du dossier et ne rejuge pas l'affaire, puisqu'il se borne à tirer les conséquences du ou des motifs qui ont justifié l'arrêt de cassation.

Dans les exemples qui ont été abordés précédemment, la juridiction suprême statuait sur le fond d'une affaire pour principalement tirer les conséquences de la règle de droit qui avait justifié l'annulation de la décision attaquée. En adoptant cette attitude, le Conseil d'Etat s'éloignait peu du rôle traditionnel conféré à une juridiction de cassation, car en quelque sorte le règlement du litige ne reposait que sur des questions de droit.

¹⁴⁰⁷ T. Tuot, « La cassation sans renvoi devant le juge administratif », Note sur CE Section 28 juillet 1989, Département des Hauts-de-Seine, RFDA 1989, p 920.

¹⁴⁰⁸ T. Tuot, op. cit., p 920.

¹⁴⁰⁹ Sur ce point cf. J-H. Stahl, conclusions sur CE 31 juillet 1996, Fonds de garantie automobile, CJEG 1997, p151.

Toutefois la Haute juridiction administrative ne se contente pas de régler au fond un procès uniquement lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences des motifs qui sont à la base de la décision d'annulation. Dans un certain nombre d'hypothèses, les conseillers d'Etat usent pleinement de la faculté que leur a offert le législateur de se substituer au juge de renvoi : ils deviennent – ou redeviennent selon les cas – véritablement des juges d'appel. Il y a alors une véritable « métamorphose du juge¹⁴¹⁰ » de cassation qui s'opère, et ce dernier va être en mesure de juger le litige, et non plus seulement la décision définitive qui lui a été déférée. On peut parler d'un véritable renversement de situation : traditionnellement le juge de cassation ne doit pas se comporter comme une juridiction d'appel, mais dans la cassation administrative moderne, il peut annuler la décision attaquée et ensuite trancher le fond du litige, c'est-à-dire devenir juge d'appel.

¹⁴¹⁰ R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », 11^{ème} éd., Montchrestien, 2004, n°1466, p 1248.

Chapitre 2 – L’appel sur cassation.

Dans le cadre de l’article L 821-2 du Code de justice administrative, la Haute assemblée peut, après avoir prononcé l’annulation d’une décision rendue en dernier ressort, statuer sur le fond d’une affaire. Le juge suprême casse un arrêt qui lui est déféré pour un motif déterminé, puis estime qu’il y a lieu de statuer sur le fond, eu égard aux circonstances de l’espèce. Ensuite, il examine les différentes questions qu’il importe de trancher, même si elles sont indépendantes et sans aucun rapport avec les motifs qui l’ont conduit à annuler la décision définitive dont il était saisi.

L’analyse de la jurisprudence révèle que deux cas de figure sont possibles :

- Ou bien le Conseil d’Etat annule un arrêt parce qu’il est irrégulier en la forme, puis il règle les questions constituant le fond du litige. C’est le cas, par exemple, si l’arrêt ne mentionne pas s’il a été rendu au cours d’une audience publique¹⁴¹¹ ou est entaché d’une insuffisance de motivation¹⁴¹², puis les conseillers d’Etat abordent le fond de l’affaire, c’est-à-dire apprécient la pertinence des requêtes des parties comme le ferait un juge d’appel.
- Ou bien le juge suprême annule une décision car elle est entachée d’une illégalité interne, puis réglant le dossier, il examine les autres aspects du litige. Si une décision attaquée est nulle en raison d’une erreur de droit¹⁴¹³, le Conseil d’Etat pourra se saisir du litige et appliquer la norme juridique pertinente.

Dans toutes ces hypothèses, la décision d’annulation débouche sur un nouvel examen du fond de l’affaire, au cours duquel les conseillers d’Etat tranchent des problèmes qui n’ont aucun lien avec les motifs ayant justifié l’annulation. Ils se comportent sans équivoque comme des juges d’appel, et c’est en ce sens qu’il y a un appel sur cassation : l’instance de cassation débouche sur une instance d’appel. On constate donc que le juge suprême procède à *une*

¹⁴¹¹ Cf. CE Section 29 juillet 1994, Département de l’Indre, RFDA 1995, p 169, conclusions J.-C. Bonichot.

¹⁴¹² Cf. CE 10 avril 1991, M. et Mme Goiot, p 132.

¹⁴¹³ Cf. CE Ass. 9 avril 1993, D, p 110.

forme d'évocation du litige : dans un premier temps, un arrêt est annulé, dans un second temps, il statue sur le dossier comme juge d'appel.

Ni la Cour de Cassation, ni le Conseil d'Etat antérieurement à la réforme de 1987 ¹⁴¹⁴, n'avaient eu autant de pouvoirs pour trancher le fond d'une affaire au cours d'une instance de cassation. Mais cette faculté rappelle une prérogative dont disposait le Conseil des Parties, sous l'Ancien régime. Ce dernier en effet pouvait évoquer une affaire au fond, après avoir prononcé la cassation d'une décision rendue en dernier ressort ¹⁴¹⁵. Ce mécanisme avait été écarté du droit français par les révolutionnaires. Les députés de la Constituante avaient décidé que « l'organe de cassation ne devait pas connaître du fond des affaires, ni régler des litiges entre des particuliers ¹⁴¹⁶ ». Il est assez amusant de constater que cette procédure est réapparue en droit positif presque deux siècles après avoir été supprimée.

On sait que l'article L 821-2 comprend deux alinéas. Le premier autorise le Conseil d'Etat à régler l'affaire au fond, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Le second dispose qu'en cas de deuxième pourvoi dans la même affaire, les conseillers d'Etat statuent définitivement sur celle-ci. Ces innovations introduites par le législateur en 1987 consacrent, dans le premier cas, un appel sur cassation discrétionnaire (**Section 1**) et dans le second, un appel sur cassation de plein droit (**Section 2**). La différence entre ces deux régimes et les conséquences qu'elles impliquent justifient qu'ils soient examinés séparément.

¹⁴¹⁴ Observons que la loi du 30 mai 1972 qui a supprimé les commissions régionales des dommages de guerre avait prévu, à titre transitoire, que si un pourvoi pendant devant le Conseil d'Etat, donnait lieu à une décision de cassation, les conseillers d'Etat régleraient l'affaire au fond. Cependant cette hypothèse ne s'est pas présentée en pratique. Sur cette question : J. Massot, O. Fouquet, J-H. Stahl et M. Guyomar, « Le Conseil d'Etat juge de cassation », Berger-Levrault L'administration nouvelle, 5^{ème} édition, 2001, p 318 ; R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 11^{ème} édition, 2004, p 1247.

¹⁴¹⁵ Ce pouvoir était contesté à l'époque, semble-t-il. « Les Cours supérieures se plaignent souvent que le Conseil [des Parties] ne s'en tient pas à son seul rôle d'inspecteur de la régularité de la sentence incriminée, mais en retient aussi la connaissance du fond après l'avoir évoqué », cf. M. Boulet-Sautel, « La cassation sous l'Ancien régime. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 22.

¹⁴¹⁶ J-L. Halperin, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790 – 1799). », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 29.

Section 1 - L'appel sur cassation discrétionnaire.

En vertu du premier alinéa de l'article L 821-2 du Code de justice administrative, la Haute assemblée peut, après avoir prononcé l'annulation d'une décision rendue en dernier ressort, régler l'affaire au fond, si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Ces dispositions ont été interprétées par le Conseil d'Etat, comme l'autorisant à procéder à une forme d'évocation du litige, après cassation.

Cela a profondément transformé la théorie de la cassation administrative. Les magistrats du Palais-Royal sont plus ou moins consciemment arrivés à dépasser la théorie classique de la cassation et à transgresser l'interdiction faite au juge de cassation de connaître du fond des litiges. Le plus surprenant est que la portée de cette transgression n'a jamais été réellement discutée, sinon abordée, en doctrine. Elle a été perçue comme découlant normalement des dispositions nouvelles introduites par le législateur de 1987. L'exégèse des textes conduit cependant à s'étonner devant pareille approche.

La doctrine majoritaire semble ignorer l'évolution jurisprudentielle qui a abouti à consacrer, ce que l'on peut appeler une post-cassation administrative (**Sous-section 1**). Par ailleurs, l'analyse du droit jurisprudentiel conduit à s'interroger sur la notion de *bonne administration de la justice* au cours d'une instance de cassation (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 - Une post-cassation administrative.

La liberté de statuer au fond est plus qu'une modification importante de la théorie de la cassation administrative, elle incarne ce que l'on peut nommer la post-cassation. En effet, on assiste à un dépassement de la cassation. Celui-ci se traduit d'abord par le fait que le règlement au fond est une phase du procès qui suit la cassation. Elle est postérieure à la cassation. Ensuite, une mutation s'opère et on assiste à autre chose qu'une instance de cassation, c'est-à-dire à une véritable instance d'appel.

On constatera donc l'utilisation de la technique de l'appel (§1.) qui est faite par le juge suprême, puis on examinera quels types de contentieux sont susceptibles de faire l'objet d'un appel (§2.).

§1. L'utilisation de la technique de l'appel.

La théorie classique de la cassation administrative s'est développée en prenant pour modèle le recours pour excès de pouvoir. Après la réforme de 1987, on sait que les conseillers d'Etat ont souvent comparé certaines de leurs solutions avec celles qui sont retenues, sur des questions similaires, par la Cour de Cassation, comme l'attestent de nombreuses conclusions de commissaire du gouvernement.

Mais la théorie moderne de la cassation administrative s'éloigne considérablement de ce que peut être le recours pour excès de pouvoir et elle ne se confond pas non plus avec la cassation judiciaire. La faculté de statuer sur le fond illustre ce point. En effet, dans ce domaine, le Conseil d'Etat s'est inspiré des solutions admises dans le cadre du recours en appel. Sur ce point, l'appel est devenu *le modèle* retenu par le juge de cassation. Cela a débouché sur la création d'un droit d'évocation au profit du juge administratif suprême.

Les conseillers d'Etat ont assimilé le règlement du litige à une forme d'évocation (A.) ; par ricochet, cela conduit à assimiler la cassation à une instance au fond (B.).

A. L'assimilation du règlement à l'évocation.

Les conseillers d'Etat ont fini par assimiler implicitement le règlement après cassation à la théorie de l'évocation. Or si l'on s'attache à analyser l'article L 821-2 du Code de justice administrative, on constate que le législateur a abordé séparément la question des pouvoirs du juge de cassation à l'issue d'une première cassation et celle des prérogatives qui lui sont reconnues au terme d'une seconde cassation. Dans le premier cas, le juge suprême peut régler l'affaire au fond. Dans le second cas, il doit statuer définitivement sur l'affaire. Doit-on penser que la différence entre les termes employés n'est que fortuite, ou le législateur a-t-il voulu établir deux régimes juridiques distincts, visant chacun à régir des situations différentes ?

L'utilisation des verbes *régler* et *statuer* n'est pas innocente, elle introduit une nuance de langage dont il convient de tirer les conséquences. Régler, c'est donner une solution complète et définitive à un différend. Statuer, revient à trancher avec autorité, c'est-à-dire décider de l'issue d'une affaire¹⁴¹⁷. Ces deux verbes ont certes des significations proches l'une de l'autre et peuvent souvent être synonymes. Mais il nous semble que dans le cadre de l'article L 821-2, *régler le litige*, c'est permettre au Conseil d'Etat d'appliquer la règle de droit pertinente. Ce n'est nullement une habilitation autorisant les conseillers d'Etat à connaître du fond des procès. En revanche, l'expression *statuer définitivement* autorise le juge de cassation à se saisir du fond d'une affaire, afin de vider le litige au fond.

En d'autres mots, *régler* une affaire aurait pu être une démarche conforme à une conception non évocatoire de la cassation. Alors que *statuer définitivement* aurait permis au juge de cassation, sur autorisation expresse du législateur, d'évoquer le fond des litiges qui n'ont que trop duré. Mais, en toute hypothèse, la Haute assemblée n'a pas retenu cette distinction. Pour la jurisprudence les verbes *régler* et *statuer* sont interchangeables.

¹⁴¹⁷ Sur ces définitions, cf. Le Petit Larousse.

Dès lors que le juge de cassation accepte de connaître du fond de certains litiges à l'issue d'une première cassation, il convient de se demander ce qui distingue la faculté de statuer au fond offerte au juge de cassation, du pouvoir d'évoquer une affaire reconnue au juge d'appel ?¹⁴¹⁸ D'ailleurs, le terme « pouvoir d'évocation¹⁴¹⁹ » est bien souvent utilisé dans des conclusions de commissaire du gouvernement, lorsqu'il s'agit de régler une affaire sur le fondement de l'article L 821-2.

Il existe certes des différences entre la théorie de l'évocation¹⁴²⁰ et celle du règlement au fond. Cependant ces deux institutions présentent d'importants points communs qui révèlent leur parenté commune. Dans les deux cas, une décision est déférée à une instance supérieure. Celle-ci considère qu'il convient d'annuler la décision attaquée, parce qu'elle est entachée d'un vice. Puis l'instance supérieure choisit, discrétionnairement¹⁴²¹, de se saisir du fond du litige et de se substituer à la juridiction qui a rendu l'acte annulé.

Mais des différences, comme on l'a dit, demeurent entre le régime de l'évocation et celui du règlement au fond. En premier lieu, le juge d'appel ne peut évoquer que si le jugement qui lui est déféré est entaché « d'un vice de forme ou de procédure¹⁴²² », c'est-à-dire d'une cause d'irrégularité externe. Alors que le juge de cassation peut également annuler une décision juridictionnelle si elle est affectée par certains vices de légalité interne. Les motifs d'annulation sont donc plus nombreux pour le juge de cassation.

En second lieu, le juge d'appel peut évoquer s'il est saisi de conclusions en ce sens¹⁴²³. Mais il n'est plus nécessaire que l'affaire soit en l'état pour que le juge d'appel procède à l'évocation du litige, comme cela était exigé avant 1982¹⁴²⁴. En revanche, le juge de cassation peut régler une affaire au fond, à l'unique condition que l'intérêt d'une bonne administration de la justice

¹⁴¹⁸ Sur cette question, voir les observations de MM. Chapus, Stahl et Labetoulle, in *Rev. Adm.*, 1999, Numéro spécial, « Le Conseil d'Etat Evolutions et révolution du contentieux administratif », p 91 et s.

¹⁴¹⁹ C. Bergeal, conclusions sur CE Section 8 décembre 1999, Société Borg Warner, CJEG, février 2000, p 88.

¹⁴²⁰ Sur l'évocation cf. R. Drago, « L'évocation dans la procédure administrative », RDP 1957, p 453 ; M. Letourneur, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », EDCE 1958, n° 12, p59 ; Y. Gaudemet, « Appel », Répertoire Dalloz de contentieux administratif, t 1.

¹⁴²¹ On sait en effet que le juge d'appel peut renvoyer l'affaire devant les juges de première instance et qu'il n'est pas tenu, en principe, d'évoquer le litige : cf. CE Section 8 mai 1981, Marquiset, p 208, conclusions Schricke ; CE Section 19 décembre 1984, Société Ciments Lafarge France, p 432.

¹⁴²² CE Section 23 décembre 1955, Dellière, p 606.

¹⁴²³ CE Ass. 24 juin 1960, Société Frampar, p 412, conclusions Heumann.

¹⁴²⁴ CE Section 22 mai 1982, Mille Bloc'h, AJDA 1982, p 166, conclusions J-P. Costa.

le justifie. Il est sans doute plus facile pour le juge de cassation de régler un litige que pour un juge d'appel d'évoquer une affaire. Car en définitive, la théorie du règlement est soumise à moins de contraintes que celle de l'évocation. On peut en conclure que le règlement au fond est une évocation perfectionnée : il permet au recours en cassation d'être une voie d'achèvement du litige.

Dans les développements qui vont suivre, on utilisera les expressions *statuer au fond* (ou *régler le litige sur le fond*) comme des synonymes du terme évocation. Il conviendra de se demander dans quelles séries d'hypothèses le juge de cassation désire évoquer. Et ce afin de vérifier si, comme certains l'ont pensé dès 1988, la faculté de juger au fond « pourra (...) être employée chaque fois qu'il apparaîtra qu'une nouvelle instruction devant une Cour administrative d'appel n'apporterait rien d'utile au juge ou aux parties¹⁴²⁵ ». Mais auparavant, il importe d'examiner quelles sont les conséquences à tirer du fait d'avoir assimilé l'instance de cassation à une instance au fond.

B. L'assimilation de la cassation à une instance au fond.

Lorsque le juge de cassation règle une affaire au fond, il agit comme le ferait un juge d'appel¹⁴²⁶. Le Conseil d'Etat peut alors statuer au vu des moyens dont peut être saisi tout juge d'appel et les justiciables peuvent soulever les moyens susceptibles d'être recevables en instance d'appel.

Encore une fois, la comparaison entre l'évocation en appel et le règlement en cassation s'avère fort intéressante. En effet, de même que le juge de cassation peut se substituer à une juridiction d'appel, le juge d'appel, qui procède à l'évocation d'un litige, se substitue aux premiers juges¹⁴²⁷. De plus la théorie de l'évocation en appel admet que l'instance initiale continue devant le juge d'appel¹⁴²⁸.

¹⁴²⁵ Ch.-L. Vier, « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987. », AJDA 1988, p 126.

¹⁴²⁶ Sur ce point cf. J.-H. Stahl, Rev. Adm. 1999, Numéro spécial, « Le Conseil d'Etat Evolutions et révolution du contentieux administratif. », p 93.

¹⁴²⁷ CE 4 octobre 1961, Syndicat du personnel des services publics de la préfecture de la Seine et administrations annexes, p 536. Voir aussi : Y. Gaudemet, « Appel », Répertoire Dalloz de contentieux administratif, t 1, p 25 ; M. Letourneur, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », EDCE 1958, n°12, p 66.

¹⁴²⁸ CE 21 juillet 1970, Thomas, p 532.

Enfin, on peut souligner que le Conseil d'Etat statuant au fond, en application de l'article L 821-2, dispose très exactement des mêmes pouvoirs qu'une juridiction d'appel. Il peut ainsi annuler le jugement de première instance, évoquer le litige, comme un juge d'appel, afin de statuer immédiatement sur les conclusions présentées en première instance¹⁴²⁹.

Dans ces conditions, peut-on réellement considérer que le juge de cassation, quand il se substitue à une juridiction de renvoi, ne constitue pas un nouveau degré de juridiction ? Certes, l'annulation totale de la décision attaquée fait entièrement disparaître cette dernière. Mais il s'agit là bien évidemment d'une fiction¹⁴³⁰. En outre, il arrive fréquemment qu'une cassation partielle soit prononcée¹⁴³¹. Or dans ce cas, l'arrêt attaqué est en partie maintenu.

Le choix du Conseil d'Etat de se substituer à une juridiction de renvoi n'est pas neutre. Cela débouche *de facto* sur l'ouverture d'un troisième degré de juridiction ou exceptionnellement, d'un second degré de juridiction, chaque fois que la décision rendue en dernier ressort émanait d'un organisme statuant en premier et dernier ressort. En effet, il n'est pas possible d'assimiler l'arrêt d'une juridiction de renvoi et celui qui est rendu par le juge suprême, lorsqu'il règle un litige au fond. L'arrêt d'une juridiction suprême bénéficie d'une autorité morale supérieure à celui qui émane d'une juridiction de renvoi. Cela ne fait aucun doute qu'en certains cas, le juge de cassation statue au fond dans une affaire, afin d'établir un précédent de manière solennelle. Statuer au fond est alors l'occasion de contribuer à éclaircir la jurisprudence dans un domaine précis.

Si la décision de statuer au fond débouche sur l'ouverture d'un troisième degré de juridiction, et ce, en violation de l'intention clairement affichée par le législateur de ne pas arriver à pareille solution, faut-il en conclure que la Haute assemblée a adopté une jurisprudence *contra legem* en s'octroyant des pouvoirs trop importants pour juger le fond des litiges ? On serait tenté de répondre par l'affirmative à cette question. Cependant il convient de se

¹⁴²⁹ Voir par exemple : cf. CE Section 30 mars 2001, Consorts Rothenberger, n° 208934.

¹⁴³⁰ Maxime Letourneur avait d'ailleurs constaté, s'agissant de la théorie de l'évocation en appel : « Certes le juge qui évoque est censé agir (...) comme juge de première instance. Mais cette fiction ne peut masquer la réalité ; et la réalité est qu'il y a eu, en fait, des conclusions présentées devant un juge inférieur et des conclusions présentées devant un juge supérieur », *op. cit.*, p 69. Cette remarque peut, nous semble-t-il, être transposée dans le domaine du règlement après cassation.

¹⁴³¹ De la même façon une évocation partielle peut être prononcée par une juridiction d'appel. Pour un exemple : cf. CE 2 janvier 1957, Société Lancery, p 1 ; AJDA 1957, p 58, conclusions Lasry.

demander si le législateur de 1987 a réellement voulu éviter la création d'un troisième degré de juridiction.

Devant l'Assemblée Nationale, le rapporteur de la Commission des lois avait, au cours des débats parlementaires, dit ceci : « pour éviter l'allongement des délais de procédure (...) je souhaite que, dans la plupart des cas, le Conseil d'Etat juge au fond : il ne renverra que dans des cas tout à fait exceptionnels, notamment lorsqu'il manquerait des éléments de fait¹⁴³² ». Force est de constater que le législateur a mis le Conseil d'Etat en mesure de devenir un juge suprême qui, s'il exerce un contrôle de cassation, est susceptible de se transformer en juge du fond.

Existe-t-il une justification qui légitimerait cette transgression de l'interdiction traditionnelle faite au juge de cassation de connaître du fond des litiges ? On peut tout d'abord se demander si cela rend la procédure plus équitable. Il est vrai que l'évocation en cassation rend le procès plus équitable, si l'on pense que l'équité implique une justice diligente. Mais dès lors que l'on songe aux autres concepts que l'on peut comprendre sous le terme équité, il faut reconnaître que l'appel sur cassation ne contribue pas forcément à leur réalisation. Le règlement au fond ne rend pas la procédure plus contradictoire et les magistrats qui évoquent ne sont pas plus impartiaux que ceux qui n'évoqueraient guère. L'appel sur cassation participe seulement, mais c'est sans doute déjà beaucoup, à accélérer la célérité de la justice.

La doctrine a quelquefois souligné que c'était l'idée de « bonne administration de la justice », qui fondait et justifiait la théorie de l'évocation en instance d'appel¹⁴³³. Il est amusant de constater que, lorsque la technique de l'évocation a été incorporée au droit de la cassation administrative, la « bonne administration de la justice » est devenue le standard qui justifie le recours à ce mécanisme. Le règlement en cassation est une évocation perfectionnée, débarrassée des scories qui sont susceptibles d'en limiter l'usage. Et ce, afin de ne point trop restreindre la liberté des formations de jugement qui souhaiteraient avoir recours à cet instrument. Cela fait de la cassation administrative une véritable voie d'achèvement du litige. C'est le triomphe d'une conception pragmatique du recours en cassation. Les conseillers d'Etat se sont ici arrogé un pouvoir important et il importe maintenant d'examiner s'ils

¹⁴³² P. Mazeaud, J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3938.

¹⁴³³ M. Letourneur, op. cit., p 72 ; Y. Gaudemet, op. cit., p 23.

entendent l'utiliser dans toutes les catégories de contentieux ou s'ils préfèrent en restreindre l'usage, c'est-à-dire ne l'utiliser que relativement à certaines questions.

§2. Les contentieux objet de l'appel.

On a vu que le Conseil d'Etat peut statuer sur le fond. Mais le fait-il dans toutes les catégories de contentieux ou uniquement dans les matières qui relevaient de sa compétence d'appel avant la réforme de 1987, c'est-à-dire dans les domaines qui ressortissent à la compétence des Cours administratives ?

S'il évoquait uniquement dans le domaine relevant de la compétence des Cours administratives, il y aurait un régime juridique applicable aux juridictions normales et un autre pour les juridictions spéciales. On constaterait l'existence de deux régimes au sein de la cassation administrative et cela compromettrait l'unité du droit de la cassation administrative.

En revanche, si le juge suprême statuait sur le fond, indistinctement, dans des litiges relevant non seulement des Cours administratives, mais également des juridictions spéciales, cela déboucherait sur un problème particulier. La Haute assemblée devrait se substituer à des juridictions spéciales (singulièrement les instances ordinales), alors qu'elle n'a jamais été expressément habilitée à trancher ce genre de contentieux. Cela la conduirait à empiéter sur la sphère de compétence réservée aux juges administratifs spéciaux.

L'analyse de la jurisprudence révèle qu'il existe un « pré carré » de l'évocation (A.) et des matières où le juge suprême est beaucoup moins tenté de procéder à une évocation. Ce sont les limites à l'évocation (B.).

A. Le pré carré de l'évocation.

Le Conseil d'Etat évoque le fond des litiges principalement dans les matières qui constituent son domaine réservé, c'est-à-dire qui lui sont particulièrement familières ou bien qui soulèvent des questions relatives à la réformation d'acte administratif ou qui concernent le contentieux indemnitaire. La première hypothèse vise les litiges relevant des Cours administratives d'appel. On peut comprendre que les conseillers d'Etat soient tentés de trancher le fond de ces affaires, dans la mesure où ils avaient l'habitude de le faire avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1987. M. Perrot a très justement souligné que « le Conseil d'Etat conserve son emprise souveraine sur un contentieux administratif qui a été dispersé localement comme à regret et sur lequel il peut toujours affirmer sa maîtrise, tant en fait qu'en droit¹⁴³⁴ ». L'aptitude de statuer sur le fond est une technique permettant aux conseillers d'Etat de garder une emprise sur les procès qui sont de la compétence des Cours administratives.

Dans la seconde hypothèse, le juge suprême statue sur des affaires qui ressortissent à la compétence de juridictions spéciales. Mais il s'agit de contentieux qui ne soulèvent pas des questions très différentes de celles qu'ont à connaître les juridictions administratives normales.

Le fait que la Haute juridiction administrative ne soit pas uniquement juge de cassation, mais également une juridiction de premier et dernier ressort, voire d'appel dans certaines matières, explique aussi pourquoi les juges du Palais-Royal recourent assez largement à la faculté de statuer sur le fond, non seulement en matière de contentieux général (1°), mais également dans le domaine du contentieux spécial (2°).

¹⁴³⁴ R. Perrot, « Cour de Cassation et Conseil d'Etat à travers leurs fonctions de juges suprêmes. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 154.

1°/ Le contentieux général.

On sait que le Conseil d'Etat statue fréquemment sur le fond des litiges dans les matières qui relevaient de sa compétence d'appel avant la réforme du contentieux administratif de 1987. Ainsi, le juge suprême statue au fond en matière de contentieux fiscal ¹⁴³⁵ et de responsabilité ¹⁴³⁶, par exemple.

Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence révèle qu'il faut distinguer deux périodes ¹⁴³⁷. Dans un premier temps, de 1989 à 1998, le Conseil d'Etat a fait un usage relativement modéré de la faculté de statuer sur le fond. En revanche dans un second temps, de 1998 jusqu'à aujourd'hui, la Haute juridiction tend presque systématiquement à régler les litiges. Il semblerait qu'à l'heure actuelle, en matière de contentieux administratif général, neuf décisions de cassation sur dix débouchent sur l'évocation du litige ¹⁴³⁸.

Comment expliquer ce phénomène ? En raison de l'encombrement des Cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat souhaite limiter au maximum le nombre des renvois. Il n'y aurait de renvoi que si une expertise s'avère nécessaire ou s'il convient que les parties échangent leurs points de vue sur une question qui n'a pas été débattue avant le prononcé de la cassation ¹⁴³⁹.

Si le problème de l'encombrement des Cours administratives d'appel est résolu, faut-il en déduire que le Conseil d'Etat reviendrait à sa pratique antérieure, à savoir renvoyer plus souvent des affaires aux Cours administratives d'appel ? Cela nous paraît peu probable. En effet, dès lors que la Haute juridiction a pris l'habitude de statuer presque systématiquement au fond après cassation, on a peine à croire qu'elle reviendra sur cet usage dans un proche avenir.

¹⁴³⁵ Cf. en matière de taxe sur la valeur ajoutée : CE 10 avril 1991, M. et Mme Goiot, p 132 ; CE Section 5 juillet 1991, Ministre chargé du Budget c/ Mme Artola, p 270.

¹⁴³⁶ Cf. CE Ass. 26 mai 1995, Pavan, p 222, arrêt rendu en matière de responsabilité médicale.

¹⁴³⁷ Sur ces questions : J. Massot, O. Fouquet, J-H. Stahl et M. Guyomar, « Le Conseil d'Etat juge de cassation », Berger-Levrault L'administration nouvelle, 5^{ème} édition, 2001, p 323 ; R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », Montchrestien, 11^{ème} édition, 2004, p 1250.

¹⁴³⁸ Ibid.

¹⁴³⁹ J. Massot, O. Fouquet, J-H. Stahl et M. Guyomar, ibid.

Rappelons qu'au cours d'une audience, une formation de jugement du Conseil d'Etat peut être amenée à statuer sur différentes catégories de recours. Les magistrats du Palais-Royal ont toujours l'habitude de trancher des litiges en premier et dernier ressort ou par la voie de l'appel. En d'autres termes, ils sont habitués à examiner le fond d'un dossier et ils ont les automatismes d'un juge du fond.

Il nous semble que dans l'optique des conseillers d'Etat, régler un dossier au fond permet d'éviter de le remettre à plus tard. Sous cet angle, il est difficile d'imaginer qu'ils puissent un jour revenir sur la pratique qui consiste à évoquer, presque systématiquement, après cassation¹⁴⁴⁰. Notons enfin que les avocats aux conseils auraient pris l'habitude de joindre à leurs écritures des conclusions sur le fond de l'affaire.

Il importe maintenant de souligner que les conseillers d'Etat ne règlent pas les litiges au fond uniquement lorsqu'une affaire ressortit à la compétence des juridictions administratives ordinaires. Il peut y avoir appel sur cassation dans une affaire relevant de juridictions administratives spéciales.

2°/ Le contentieux spécial.

Le Conseil d'Etat peut évoquer une affaire au fond, même si elle relève d'une juridiction administrative spéciale. Mais lorsque cela arrive, il est fréquent que la matière où intervient le procès en cause est assimilable au type de contentieux relevant des juridictions administratives normales.

Le Conseil d'Etat a statué sur le fond, en matière d'aide sociale, dans une affaire où il fallait déterminer si un département pouvait récupérer auprès de la succession d'un bénéficiaire des sommes qui avaient été versées au titre de prestations aux handicapés¹⁴⁴¹. L'enjeu du litige était d'apprécier si les montants réclamés pouvaient être en l'espèce récupérés sur l'actif net successoral.

¹⁴⁴⁰ Pour une analyse en sens contraire : R. Chapus, *op. cit.*, p 1251.

¹⁴⁴¹ CE Section 29 juillet 1994, Département de l'Indre, RFDA 1995, p 161, conclusions J-C. Bonichot.

En conséquence, même si cette affaire relevait en dernier ressort de la Commission centrale d'aide sociale, la nature du procès n'était pas très différente de celles dont peuvent être saisies les Cours administratives d'appel. La Haute assemblée a seulement examiné si, dans les circonstances de l'affaire, le législateur autorisait une personne morale à récupérer une somme pécuniaire auprès d'un particulier¹⁴⁴².

La pratique contemporaine de l'évocation des litiges après cassation soulève, nous semble-t-il, de sérieuses questions. Les solutions retenues par le Conseil d'Etat sont-elles bien protectrices des droits de la défense ?

Nous savons que la Haute juridiction peut statuer sur le fond d'une affaire même si le requérant sollicite le renvoi de celle-ci devant les juges du fond¹⁴⁴³. Dans ces conditions, ne prive-t-on pas les parties au litige d'un débat serein sur les conséquences de l'arrêt de cassation ?

Dès que la décision attaquée est cassée, le Conseil d'Etat règle au fond sans demander aux parties de présenter d'observations nouvelles. Or nous avons vu que lorsqu'une affaire est renvoyée devant une juridiction du fond, cette dernière doit instruire à nouveau le dossier¹⁴⁴⁴. La décision de cassation constitue un *fait nouveau* et les parties doivent être à même de *produire des observations* sur celui-ci.

Force est de constater qu'il existe une différence entre l'obligation qui est faite au juge de renvoi de procéder à une nouvelle instruction et l'absence d'obligation pour le Conseil d'Etat d'instruire à nouveau le dossier. Lorsque les conseillers d'Etat décident de statuer au fond, ils estiment que l'affaire est en l'état d'être jugée, sans qu'il y ait lieu de demander aux parties au litige leurs opinions sur le fait nouveau que constitue la cassation.

Nous savons certes que les avocats aux conseils ont pris l'habitude de joindre à leurs recours en cassation ou aux mémoires en réplique des observations sur le fond du litige. Mais les conclusions au fond qui sont produites par les avocats aux conseils, au cours de l'instruction

¹⁴⁴² Voir aussi : CE Section 30 mars 2001, Consorts Rothenberger, n° 208934.

¹⁴⁴³ J. Massot, O. Fouquet, J-H. Stahl et M. Guyomar, *ibid.*

¹⁴⁴⁴ Voir *supra* p 437.

d'un pourvoi en cassation, sont soumises au Conseil d'Etat alors même qu'ils ignorent si une décision de cassation sera effectivement rendue. Les avocats aux conseils présentent des observations au fond sans connaître les motifs qui seront, le cas échéant, à la base de l'arrêt de cassation. Il ne nous paraît pas évident que les mémoires rédigés dans ces conditions puissent avoir la même valeur que ceux qui seraient écrits en connaissance de cause, à la lumière des motifs justifiant la cassation.

Que se passe-t-il si une partie omet de joindre à ses conclusions de cassation, des observations au fond ?

Notons néanmoins que dans la décision « APBP contre France » de 2002 ¹⁴⁴⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si le Conseil d'Etat pouvait valablement annuler l'arrêt d'une Cour administrative d'appel puis évoquer l'affaire sans rouvrir les débats pour recueillir les observations des parties. En l'espèce, le juge européen relève que le Conseil d'Etat s'était contenté de « corriger l'erreur de droit commise par la Cour administrative d'appel ¹⁴⁴⁶ » et qu'il a repris « la position de droit et de fait établie contradictoirement devant le Tribunal administratif ¹⁴⁴⁷ ». Dans ces conditions, la Cour de Strasbourg estime que le principe du contradictoire est respecté.

Sur cet arrêt, G. Gonzalez note pertinemment qu'il « n'est pas sûr que la faculté d'évocation puisse être utilisée systématiquement en accord avec l'article 6-1 ¹⁴⁴⁸ » de la Convention européenne des droits de l'homme. Le règlement au fond pourrait porter atteinte au droit à un procès équitable, si par exemple le Conseil d'Etat tranchait une question qui aurait été insuffisamment débattue devant les juridictions du fond.

Finalement, on peut légitimement se demander si la théorie de la cassation administrative moderne est bien respectueuse des droits de la défense. Une réforme de l'évocation après cassation nous semblerait souhaitable, afin qu'aucune ambiguïté ne subsiste sur le fonctionnement de ce mécanisme. Il faut permettre aux justiciables de présenter au Conseil d'Etat, en toute connaissance de cause, des observations sur le fond du dossier.

¹⁴⁴⁵ CEDH 21 mars 2002, APBP c/ France, JCP 2002, I, n°157, chronique F. Sudre ; RDP 2003, p 694, observations G. Gonzalez.

¹⁴⁴⁶ CEDH 21 mars 2002, APBP c/ France, précité, § 33.

¹⁴⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁴⁸ G. Gonzalez, op. cit., p 696.

L'examen de la jurisprudence révèle qu'en certaines matières, le Conseil d'Etat a quelques scrupules à procéder à l'évocation du litige. Il convient maintenant d'examiner ce que l'on peut appeler les limites à l'évocation.

B. Les limites à l'évocation.

Dans certaines matières, la Haute juridiction ne paraît guère disposée à statuer sur le fond ou ne l'envisage qu'avec réticence. Ce sont en général des domaines où le Conseil d'Etat n'est pas habitué à connaître du fond des litiges. Il s'agit du contentieux disciplinaire (1°) ou de celui relatif à la déclaration de gestion de fait (2°).

Dans ces deux catégories de procès, la juridiction qui statue au fond est appelée à apprécier le comportement adopté par un individu dans un contexte déterminé. On s'éloigne en conséquence de ce qui constitue le cœur du procès administratif, à savoir la réformation d'un acte administratif ou l'obtention d'une indemnité de la part de la puissance publique.

1°/ Le contentieux disciplinaire.

Le Conseil d'Etat ne souhaite apparemment pas faire un usage extensif de l'évocation prévue à l'article L 821-2 alinéa 1^{er} *in fine*, en matière de décisions rendues par des juridictions disciplinaires. Les particularités du contentieux de la répression disciplinaire sont alors souvent invoquées pour justifier cette position.

M. Kessler ne disait-il pas en 1993 , en s'adressant à la Section du Contentieux : « Alors que vous retrouvez assez aisément votre fonction de juge d'appel parce que vous l'avez exercée parfois depuis fort longtemps, lorsque vous cassez une décision de Cour administrative, vous

ne vous êtes jamais trouvé dans la situation d'avoir à juger les hommes pour les fautes commises dans l'exercice de leur profession¹⁴⁴⁹ ».

Tout le problème est là. Le Conseil d'Etat répugne à recourir au mécanisme de l'article L 821-2 alinéa 1^{er}, si cela doit le conduire à apprécier quelle sanction il importe de prononcer à l'encontre d'un individu. D'ailleurs, comme M. le commissaire du gouvernement Kessler l'a souligné, à ce sujet, la vraie difficulté réside en « la détermination d'un quantum de peine¹⁴⁵⁰ ». Ainsi le juge administratif paraît ne pas souhaiter édicter de sanctions disciplinaires, en se fondant uniquement sur les pièces d'un dossier et en l'absence d'audition ou de comparution de l'intéressé.

Cette attitude devrait conduire le Conseil d'Etat à refuser systématiquement de statuer sur le fond d'une affaire, après qu'il a annulé la décision d'une juridiction disciplinaire¹⁴⁵¹. Dans l'affaire « Haddad¹⁴⁵² », par exemple, la Section du contentieux n'avait pas suivi le commissaire du gouvernement lorsque ce dernier proposait de faire usage de l'article L 821-2 alinéa 1^{er} en pareille hypothèse.

Néanmoins, des arguments convaincants militaient pour que la solution contraire soit retenue. Tout d'abord, la nécessité de maintenir l'unité du régime du recours en cassation aurait pu conduire à ne pas établir de distinction entre les divers types de contentieux. Dans de nombreuses affaires le juge de cassation avait statué sur le fond, lorsque les dossiers sont en état d'être jugés, pour mettre un terme à des litiges relativement anciens. Or dans l'arrêt « Haddad », la décision attaquée avait été rendue cinq ans auparavant par la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, et il eût été souhaitable de mettre un terme à cette affaire le plus rapidement possible. Cela aurait été le cas si la Section du contentieux avait procédé au règlement sur le fondement de l'article L 821-2.

¹⁴⁴⁹ D. Kessler, conclusions sur CE Section 18 juin 1993, M. Haddad, AJDA 1993, p 573.

¹⁴⁵⁰ D. Kessler, *ibid.*

¹⁴⁵¹ Pour un exemple d'arrêt où le Conseil d'Etat règle l'affaire au fond après cassation en matière disciplinaire : CE Section 21 décembre 2001, M. Dio, AJDA 2002, p 641, note C. Guettier. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat considère que les faits reprochés au praticien poursuivi n'étaient pas de nature à justifier une sanction. Ce motif justifie d'une part, la cassation de la décision du Conseil national de l'Ordre des médecins qui avait prononcé une sanction et d'autre part, l'annulation de la décision de première instance qui avait infligé un blâme au médecin poursuivi.

¹⁴⁵² CE Section 18 juin 1993, M. Haddad, précité.

En outre, on a pu souligner que s'il y avait une seconde cassation dans ce genre de procès, le Conseil d'Etat serait alors sans doute, obligé de statuer sur le fond.

En fait, cela revient à se demander d'une part si le Conseil d'Etat accepterait de juger des personnes et d'autre part, s'il souhaite apprécier l'adéquation entre une faute et une sanction ?

Or, sur le premier point, il arrive que le juge administratif examine si le comportement d'une personne est de nature à justifier une sanction. Dans le droit de la fonction publique, le juge de l'excès de pouvoir vérifie si la faute commise par l'agent public est de nature à justifier qu'une sanction disciplinaire soit prononcée. Le juge de l'excès de pouvoir contrôle également la question de savoir si le choix de la sanction infligée n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation¹⁴⁵³.

Par conséquent, on le voit, le droit disciplinaire n'est pas étranger au droit administratif. Le juge administratif peut être amené, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, à infirmer une sanction qui serait manifestement disproportionnée par rapport à la faute commise.

Mais il n'en demeure pas moins que lorsqu'une Cour administrative juge qu'une sanction disciplinaire affectant un fonctionnaire est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, cette appréciation ne peut plus être discutée devant le juge de cassation¹⁴⁵⁴.

Il convient de se demander si l'appréciation de la proportionnalité d'une sanction est étrangère à l'activité du Conseil d'Etat ou si au contraire la Haute juridiction administrative a une expérience en la matière.

Le législateur a prévu que certaines sanctions prononcées par des autorités administratives pourraient faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. Dans ces hypothèses les magistrats du Palais-Royal examinent non seulement si les faits à l'origine du litige justifient le prononcé d'une sanction, mais aussi si la sanction prononcée est adéquate.

¹⁴⁵³ CE Section 9 juin 1978, Lebon, p 245.

¹⁴⁵⁴ CE Section 28 juin 1999, Ministre de l'Intérieur c/ M. Stasiak, n°178530, T p 864, 979.

Ainsi il arrive que le Conseil d'Etat substitue sa propre décision à celles qui ont été prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel¹⁴⁵⁵ ou à celles qui émanaient du Conseil des marchés financiers¹⁴⁵⁶, lorsque ces autorités ont prononcé des sanctions.

S'agissant du Conseil des bourses de valeurs, dont les sanctions peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'Etat, l'Assemblée du contentieux a décidé d'exercer un contrôle de proportionnalité sur les sanctions prononcées par cet organisme¹⁴⁵⁷.

Enfin, la Haute juridiction administrative a parfois l'occasion d'évaluer *la nature* (ou *le montant*) d'une sanction qu'il convient de prononcer à l'égard d'une personne. Le Conseil d'Etat a déjà eu à confirmer des sanctions disciplinaires visant des personnes physiques. Dans l'arrêt « Didier¹⁴⁵⁸ » de 1999, la Section du contentieux a confirmé une décision du Conseil des marchés financiers qui procédait au retrait pour une période de six mois de la carte professionnelle du requérant et lui infligeait une sanction pécuniaire de cinq millions de francs.

Ces précédents montrent que rien ne s'oppose *a priori* à ce que le Conseil d'Etat statue sur le fond après une première cassation, même en matière disciplinaire. Sauf bien entendu la réticence des conseillers d'Etat à empiéter sur la sphère de compétence des instances ordinales ou disciplinaires¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁵ CE 14 juin 1991, Association Radio Solidarité, n° 107365, p 232 : confirmation d'une sanction prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, parce qu'elle « ne présente pas un caractère excessif », Ibidem.

CE Ass. 11 mars 1994, SA La Cinq, n° 115052, p 117 : l'Assemblée du contentieux réduit le montant d'une sanction infligée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

¹⁴⁵⁶ Depuis la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, le Conseil des marchés financiers s'est substitué au Conseil du marché à terme. Le Conseil d'Etat vérifiait l'adéquation des sanctions prononcées par le Conseil du marché à terme. Voir par exemple, CE Section 4 mai 1998, Société de bourse Patrice Wargny, n° 164294, p 192 : réduction d'une sanction ; CE Section 9 avril 1999, GIE Oddo-Futures, n° 182421, T p 651 : réduction de la sanction pécuniaire prononcée.

Les sanctions disciplinaires du Conseil des marchés financiers peuvent faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat. cf. CE Section 3 décembre 1999, M. Didier, n° 207434, p 399.

¹⁴⁵⁷ CE Ass. 4 mars 1991, Le Cun, n° 112820, p 70.

¹⁴⁵⁸ CE Section 3 décembre 1999, M. Didier, précité.

¹⁴⁵⁹ Pour un autre exemple d'arrêt où le juge de cassation annule une décision d'une instance disciplinaire, sans renvoyer l'affaire et sans statuer au fond : CE Section 20 octobre 2000, Habib Bank Limited, n° 180122, précité note 807. Sur cette affaire cf. M. Guyomar et P. Collin, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA 2000, p 1003.

Le Conseil d'Etat adopte aussi une attitude réticente à l'égard du contentieux relatif à la déclaration de gestion de fait. C'est ce que révèle le refus de la Haute assemblée de statuer au fond pour déclarer une personne comptable de fait.

2°/ La déclaration de gestion de fait.

Dans l'affaire « Labor Métal¹⁴⁶⁰ », l'Assemblée du contentieux a annulé une décision de la Cour des comptes, au motif que le juge des comptes ne pouvait pas valablement statuer sur une affaire et déclarer une personne comptable de fait, alors que dans son rapport public les faits litigieux avaient déjà été considérés comme irréguliers. Par conséquent, la Cour des comptes avait méconnu le principe d'impartialité. Bien évidemment, ce motif de cassation s'opposait à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour des comptes. Et il est sans doute légitime d'affirmer que « l'Assemblée a jugé que l'opinion émise par les magistrats sur l'affaire par la voie du rapport public transcendait chacun d'entre eux pris personnellement et engageait l'institution pour le présent comme pour le futur, indépendamment des éventuels changements de personnes¹⁴⁶¹ ».

Le Conseil d'Etat aurait peut-être pu statuer au fond dans cette affaire. Mais il s'est borné à casser l'arrêt sans renvoi. Ainsi, comme l'a notamment souligné M. Prétot, le Conseil d'Etat « fait échapper néanmoins, une fois annulé l'arrêt de la Cour des comptes, à tout examen au fond de leur situation des personnes ayant fait l'objet d'une déclaration à titre provisoire de gestion de fait, laquelle ne connaîtra plus, dès lors, aucune suite¹⁴⁶² ». La solution retenue dans l'arrêt « Labor Métal » a été, à juste titre, vertement critiquée en doctrine¹⁴⁶³.

¹⁴⁶⁰ CE Ass. 23 février 2000, Société Labor Métal, RFDA 2000, p 435, conclusions Seban ; Rev. Trésor 2000, p 682, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; RDP 2000, p 323, note Prétot ; RFFP 2000, n°70, p 207, note G. Orsoni ; AJDA 2000, p 404, chronique M. Guyomar et P. Collin.

¹⁴⁶¹ M. Guyomar et P. Collin, Chronique, op. cit., p 407.

¹⁴⁶² X. Prétot, « La Cour des comptes et le principe de l'impartialité du juge. », RDP 2000, p 333 et 334.

¹⁴⁶³ MM. Lascombe et Vandendriessche ont estimé que « cette solution peut s'apparenter à un véritable déni de justice dès lors que l'affaire Labor Métal, dans ses différents aspects, apparaît désormais comme définitivement close, et ce malgré l'ampleur et la certitude des irrégularités qui avaient été commises. », M. Lascombe et X. Vandendriessche, chronique, op. cit., p 692. Pour une opinion en sens contraire (absence de déni de justice) : cf. M. Guyomar, conclusions sur CE Section 17 octobre 2003, Dugoin, Rev. Trésor 2004, p 144. M. Guyomar souligne qu'il « n'y a pas déni de justice s'il a été jugé d'une manière quelconque, même si celle-ci ne correspond pas au vœu du demandeur, par exemple par une décision d'incompétence ». Ibid.

On sait que dans l'affaire « Dugoin » de 2003 ¹⁴⁶⁴, le Conseil d'Etat règle l'affaire au fond, après avoir annulé trois arrêts par lesquels la Cour des Comptes avait décliné sa compétence pour juger des appels dont elle avait été saisie. Les magistrats de la rue Cambon avaient estimé qu'ils ne pouvaient pas régulièrement statuer sur le litige, parce que les faits en cause avaient été évoqués dans un rapport public.

Contrairement à l'usage en vigueur au Palais-Royal, les conseillers d'Etat ont explicité les motifs qui les ont conduits à appliquer l'article L 821-2 du Code de justice administrative dans l'arrêt « Dugoin ». C'est pour ne pas priver les personnes déclarées comptables de fait d'une voie de recours, prévues par la loi, à l'encontre de jugements rendus en premier ressort, que la Section du contentieux examine le fond du dossier.

On notera cependant que le règlement au fond du litige n'a pas conduit le Conseil d'Etat à apurer les comptes retraçant l'emploi des fonds publics qui ont fait l'objet de managements irréguliers. Le juge administratif suprême a certes annulé les jugements de première instance, mais en raison de l'irrégularité de la composition de la chambre régionale des comptes.

Après l'annulation des jugements, le Conseil d'Etat n'a pas souhaité évoquer le litige et se substituer au juge des comptes de première instance, comme le proposait le commissaire du gouvernement ¹⁴⁶⁵. MM. les Professeurs Lascombe et Vandendriessche en ont déduit que « le Conseil d'Etat ne juge pas le fond de l'affaire ¹⁴⁶⁶ », mais procède à un « renvoi putatif ¹⁴⁶⁷ ». En effet, le juge suprême invite la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France à examiner s'il y a lieu, en l'espèce, d'ouvrir de nouvelles procédures de gestion de fait des deniers publics ¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁴ CE Section 17 octobre 2003, Dugoin, Rev. Trésor 2004, p 142, conclusions M. Guyomar et chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; AJDA 2003, p 2031, chronique F. Donnat et D. Casas.

¹⁴⁶⁵ M. Guyomar, conclusions sur CE Section 17 octobre 2003, Dugoin, op. cit., p 147 et s.

¹⁴⁶⁶ M Lascombe et X. Vandendriessche, chronique, op. cit., p 150.

¹⁴⁶⁷ Ibid.

¹⁴⁶⁸ CE Section 17 octobre 2003, Dugoin, précité, note 1464.

Quels que soit les mérites de cette solution, les conseillers d'Etat ont consacré deux pratiques distinctes de l'évocation au cours des instances de cassation¹⁴⁶⁹. La doctrine l'a constaté, « en matière ordinaire, le Conseil d'Etat renvoie systématiquement les affaires après cassation afin, notamment, de respecter la spécificité des juridictions ordinaires qui est d'être majoritairement composées de professionnels¹⁴⁷⁰ ».

Il faut en conclure qu'il existe un domaine privilégié de l'évocation ; comme nous l'avons vu, le juge suprême ne procède au règlement des litiges que dans certaines matières déterminées. Pour analyser plus en détail l'appel sur cassation, il convient maintenant d'étudier la notion de *bonne administration de la justice*, afin de voir s'il est possible de déboucher sur une définition de celle-ci. Certes il faut garder à l'esprit que la Haute juridiction évoque principalement, sinon exclusivement, en matière de contentieux administratif général. Mais parmi toutes les affaires qui relèvent de ce domaine, pourquoi le juge suprême évoque-t-il certaines affaires et en renvoie-t-il d'autres ? C'est un problème qu'il importe de résoudre, car il est au centre des questions qui nous préoccupent.

¹⁴⁶⁹ Voir sur ce point D. Labetoulle, in « Le Conseil d'Etat Evolutions et Révolution du contentieux administratif. », Revue administrative, Numéro spécial 1999, p 92.

¹⁴⁷⁰ M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. », AJDA 2000, p 616 et 617.

Sous-section 2 - Une bonne administration de la cassation.

Dans le cadre de l'article L 821-2 alinéa 1^{er} du Code de justice administrative, le juge suprême peut régler une affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. La notion de *bonne administration de la justice* ne restreint pas sérieusement la faculté qu'a le Conseil d'Etat de recourir à cette procédure. Mais il convient tout de même d'essayer d'en préciser la portée, à la lumière de la jurisprudence de la Haute assemblée.

Dans les présents développements, nous aborderons principalement les solutions adoptées par le Conseil d'Etat entre 1989 et 1998. Nous savons en effet que depuis 1998, la Haute juridiction tend à statuer systématiquement sur le fond après cassation, en raison de l'encombrement des Cours administratives d'appel ¹⁴⁷¹. Mais cette situation ne devrait pas en principe perdurer¹⁴⁷². C'est pourquoi, il apparaît utile d'analyser la jurisprudence antérieure à 1998, afin de voir ce que recouvre la notion de bonne administration de la justice dans un contexte où le renvoi devant les Cours administratives d'appel n'est pas déconseillé pour des raisons pratiques.

Cette expression peut être interprétée au moins de deux façons, qui traduisent les différentes manières dont on peut envisager ce concept. La bonne administration de la justice pourrait concerner soit le déroulement d'une instance juridictionnelle, soit l'édiction de règles jurisprudentielles. Dans la première approche, le juge s'occuperait principalement de l'instance dont il est saisi, il tenterait, par exemple, de ne pas rallonger inutilement les délais de procédure. Dans la seconde approche, au contraire, les conseillers d'Etat s'intéresseraient davantage à l'influence que pourrait avoir l'arrêt qu'ils vont prononcer, pour la cohérence du droit administratif. Il s'agirait d'établir un précédent qui constitue une contribution utile ou un apport à l'édification du droit jurisprudentiel.

¹⁴⁷¹ Voir supra p 476.

¹⁴⁷² Pour une opinion en ce sens : R. Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 11^{ème} édition, 2004, p 1251. Il est néanmoins peu probable que le Conseil d'Etat revienne aux solutions jurisprudentielles qui étaient admises entre 1989 et 1998. Sur cette question : supra 476 et s.

La bonne administration de la justice, c'est le raccourcissement des délais de procédure. Mais c'est aussi juger au fond pour préciser, de façon prétorienne, la portée d'une règle dans l'ordre juridique national¹⁴⁷³. La bonne administration de la justice se conçoit donc, soit dans le temps (§1.), soit dans l'espace (§2.).

¹⁴⁷³ Ces deux manières de concevoir la bonne administration de la justice ont par exemple été présentées par M. Legal, dans ses conclusions sur l'affaire suivante : CE Ass. 9 avril 1993, G..., D..., B..., p 120.

§1. La bonne administration de la justice dans le temps.

On sait que le principe selon lequel chacun a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable, joue un rôle de plus en plus important en procédure administrative contentieuse. Cette idée a conduit les magistrats du Palais-Royal à juger des dossiers au fond, dans le seul but d'éviter aux requérants l'allongement des délais de procédure qu'impliquerait inévitablement le renvoi de l'affaire devant une autre juridiction. Les préoccupations liées à l'écoulement du temps sont donc une raison qui pousse les conseillers d'Etat à connaître du fond d'un dossier. Cela soulève deux séries de questions, d'une part celles qui sont relatives à la longueur de l'instance (A.) et, d'autre part celles qui sont posées par la notion d'urgence (B.).

A. Le temps et la longueur de l'instance.

Il n'y a probablement pas un délai précis à partir duquel une procédure juridictionnelle devient automatiquement trop longue. Cependant dans un certain nombre d'hypothèses, il paraît souhaitable et légitime que la juridiction suprême tranche définitivement des dossiers, afin d'éviter aux justiciables de devoir attendre davantage avant de connaître l'issue de leurs litiges. Eviter des procédures trop longues devient alors un motif pour statuer au fond.

Dans une affaire « SA Nike ¹⁴⁷⁴ » de 1996, les huitième et neuvième sous-sections réunies ont jugé, après cassation, une demande de décharge de cotisation de l'impôt sur les sociétés auquel avait été assujettie la société requérante au titre des années 1978 à 1982. Le jugement de première instance avait été rendu le 10 mai 1988, et l'arrêt d'appel le 26 juin 1990. La décision de cassation intervenait quatorze ans après 1982, et il était opportun que le Conseil d'Etat mette fin à ce procès en évitant un renvoi qui aurait rallongé les délais de procédure inutilement¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷⁴ CE 17 janvier 1996, SA Nike, p 2.

¹⁴⁷⁵ Voir aussi l'arrêt suivant rendu en matière fiscale : CE 29 juillet 1994, Société Grace, p 391, T p 1154.

Dans l'arrêt « Consort Pavan ¹⁴⁷⁶ » de 1995, l'Assemblée du contentieux a annulé une décision d'une Cour administrative, en date du 11 mai 1993, rendue en matière de responsabilité médicale. Dans cette affaire, un parent des requérants avait subi, lors d'une intervention chirurgicale, une transfusion sanguine qui a été à l'origine de sa contamination par le virus de l'immuno-déficience humaine (V.I.H.). L'opération à l'origine du décès était intervenue le 4 janvier 1984. Dans ces conditions, il était préférable, eu égard à la souffrance de la famille, que la Haute assemblée ne prolonge pas les délais de procédure en prononçant le renvoi du dossier à une autre juridiction.

A côté des instances qui sont trop longues, le juge de cassation évoque un litige si l'urgence le justifie.

¹⁴⁷⁶ CE Ass. 26 mai 1995, Consort Pavan, p 222.

B. Le temps et l'urgence.

En matière de procédure d'urgence, le Conseil d'Etat est parfois enclin à se saisir du fond des litiges, afin de préserver les droits des parties intéressées. Quelques exemples jurisprudentiels permettent d'illustrer ce phénomène.

Dans l'affaire « Commune de Roquevaire contre époux Dessy ¹⁴⁷⁷ » de 1991, le Conseil d'Etat a annulé un arrêt de la Cour de Lyon refusant d'accorder le sursis à exécution d'un jugement de première instance, au motif que la décision attaquée était entachée d'une irrégularité formelle. Les première et quatrième sous-sections ont ensuite jugé s'il convenait de faire droit à la demande de sursis à exécution qui avait été présentée devant la juridiction d'appel. Il était pertinent de statuer sur la question de savoir s'il fallait octroyer un sursis, car ce genre de décision ne peut produire utilement ses effets que si elle intervient rapidement.

Dans le cadre du référé en matière de passation de contrats et de marchés ¹⁴⁷⁸, il est évidemment souhaitable qu'une décision juridictionnelle définitive et incontestable soit prise le plus vite possible. C'est très certainement pourquoi la Haute assemblée a pu décider de trancher certaines de ces contestations, après avoir annulé les ordonnances de présidents de Tribunal administratif qui lui avaient été déférées ¹⁴⁷⁹.

La bonne administration de la justice ne se limite pas seulement à examiner la question de savoir si une procédure juridictionnelle n'a que trop duré et s'il convient de remédier à cela en y mettant un terme définitif par voie d'évocation. Ce standard doit également permettre au juge suprême d'unifier, sur l'ensemble du territoire national, les règles applicables au contentieux administratif.

¹⁴⁷⁷ CE 6 mars 1991, Commune de Roquevaire c/ Epoux Dessy, p 83.

¹⁴⁷⁸ Voir l'article L 551-1 du Code de justice administrative, ancien article L 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

¹⁴⁷⁹ Pour une décision où le Conseil d'Etat accorde le sursis à la signature d'une convention : cf. CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, p 300. Pour un exemple d'affaire où la demande est rejetée par la Haute juridiction : CE Section 2 octobre 1996, SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger, p 379.

§2. La bonne administration de la justice dans l'espace.

Le Conseil d'Etat a tendance à évoquer des litiges afin de fixer concrètement les règles de droit qui sont applicables à certaines situations. Comme l'a exprimé Mme le commissaire du gouvernement Bergeal en s'adressant à la Section du contentieux, la cassation « présente l'avantage de vous permettre, en qualité de juge d'appel, de fixer clairement le droit applicable au litige¹⁴⁸⁰ ». Le juge suprême décide de statuer sur une affaire en tant que juge d'appel pour des motifs de politique jurisprudentielle. Cela lui permet d'unifier l'interprétation jurisprudentielle d'une notion sur l'ensemble du territoire national. C'est pour cela que l'on peut parler de bonne administration de la justice dans l'espace. Il en résulte deux catégories de décisions, d'abord les arrêts exemplaires (A.) et ensuite les arrêts de règlement (B.).

A. L'arrêt exemplaire.

L'analyse de la jurisprudence révèle que le Conseil d'Etat statue parfois au fond afin d'appliquer correctement une règle de droit déterminée. Il s'agit donc pour le juge suprême de rendre des arrêts exemplaires, c'est-à-dire qui peuvent servir d'exemple et par là même avoir une valeur « pédagogique ».

Dans l'arrêt « Département de l'Indre¹⁴⁸¹ » de 1994, la Section du contentieux a cassé une décision de la Commission centrale d'aide sociale car elle n'avait pas été rendue en audience publique, puis a statué sur le fond du litige. La Haute juridiction a jugé l'affaire afin d'appliquer correctement la règle de droit qui s'imposait aux particularités de l'espèce¹⁴⁸².

¹⁴⁸⁰ C. Bergeal, conclusions sur CE Section 8 décembre 1999, Société Borg Warner, CJEG, février 2000, p 88. Mais il est vrai qu'un autre motif militait dans le sens de l'examen de l'affaire au fond puisqu'il s'agissait « d'une affaire déjà trop ancienne », conclusions précitées, p 88.

¹⁴⁸¹ CE Section 29 juillet 1994, Département de l'Indre, RFDA 1995, p 161, conclusions J-C. Bonichot.

¹⁴⁸² Voir également : CE Section 30 mars 2001, Consorts Rothenberger, n° 208934.

Le Conseil d'Etat statue souvent sur le fond d'une affaire en matière de contentieux fiscal. Cela permet à la Haute juridiction de continuer à statuer, en tant que juge d'appel, dans ce domaine. En conséquence, le juge suprême garde une emprise non négligeable sur l'évolution de la jurisprudence fiscale, même par rapport aux catégories juridiques relevant de l'appréciation souveraine des juridictions du fond.

Dans une décision en date du 16 février 1994¹⁴⁸³, les huitième et neuvième sous-sections ont annulé un arrêt de la Cour de Paris rendu en matière de taxation d'office résultant des articles L 16 et L 69 du Livre des procédures fiscales. En l'espèce, statuer sur le fond du dossier n'avait apparemment guère d'autre objectif que de permettre au juge suprême de préciser les conditions dans lesquelles l'administration fiscale peut demander des justifications à un contribuable quand après avoir dressé la balance de trésorerie de ce dernier, elle estime être en présence d'un écart inexpliqué. Pour M. le commissaire du gouvernement Arrighi de Casanova, cette « décision [« Francelet » de 1994] s'explique sans doute par le souci de la Haute Assemblée de donner aux juges du fond des indications, sinon des directives, quant au contrôle qui leur incombe dans un contentieux où l'appréciation des faits est souvent délicate¹⁴⁸⁴ ».

Le règlement au fond n'est pas uniquement l'occasion pour le juge suprême de rendre des arrêts exemplaires, il est aussi le moyen pour les conseillers d'Etat de rappeler, voire de proclamer, les principes qui régissent le droit administratif. C'est une technique qui permet au Conseil d'Etat de remplir pleinement le rôle normatif qui lui revient, en tant que juridiction suprême.

¹⁴⁸³ CE 16 février 1994, Francelet ; RJF 1994, n°374, conclusions Arrighi de Casanova, p 210.

¹⁴⁸⁴ J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 919.

B. L'arrêt de règlement.

L'examen de la jurisprudence montre que le juge de cassation entend juger certaines affaires au fond lorsqu'il s'agit d'adopter une position de principe (ou adopter un précédent) sur une question juridique importante. En d'autres termes, le juge de cassation règle le litige au fond pour des « impératifs de politique jurisprudentielle¹⁴⁸⁵ ». Sous cet angle, on peut parler « d'arrêts de règlement¹⁴⁸⁶ » dans la mesure où une solution retenue a vocation à être transposée dans d'autres litiges. Elle a pour but de fonder une jurisprudence. Quelques exemples jurisprudentiels permettent d'illustrer ce que l'on peut appeler des arrêts importants ou des arrêts de règlement.

Le juge suprême a statué sur le fond pour reconnaître que la responsabilité de l'Etat était intégralement engagée à l'égard des personnes contaminées par le virus de l'immunodéficience humaine à la suite d'une transfusion de produits sanguins non chauffés entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985¹⁴⁸⁷.

C'est aussi à l'occasion d'un appel sur cassation que la Section du contentieux a fixé les principes régissant l'indemnisation des victimes de fautes hospitalières commises dans des examens prénataux¹⁴⁸⁸.

La juridiction suprême a également jugé sur le fond un procès pour préciser les règles organisant la responsabilité de la puissance publique en raison d'une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques¹⁴⁸⁹. Or il s'agit d'un type de contentieux où il convient d'analyser scrupuleusement les circonstances d'un dossier pour apprécier si le demandeur à l'instance a effectivement subi un préjudice spécial et anormal.

¹⁴⁸⁵ J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 919.

¹⁴⁸⁶ J. Arrighi de Casanova, op. cit., RFDA 1994, p 924.

¹⁴⁸⁷ CE Ass. 9 avril 1993, G..., D..., Epoux B..., p 110.

¹⁴⁸⁸ Cf. CE Section 14 février 1997, CHR de Nice c/ Epoux Quarez, p 44, conclusions Péresse ; AJDA 1997, p 430, chronique D. Chauvaux et Th-X Girardot.

¹⁴⁸⁹ CE Section 31 mars 1995, Lavaud, p 155.

On peut très légitimement considérer, comme M. Arrighi de Casanova l'a écrit, que « cette tendance [à statuer au fond] peut se justifier au nom de la fonction régulatrice que le Conseil d'Etat exerce au sommet de l'ordre administratif¹⁴⁹⁰ ». On saisit alors dans toute son ampleur comment l'appel sur cassation peut être un instrument qui permet à la Haute juridiction de contrôler l'évolution de la jurisprudence administrative.

Il convient maintenant d'examiner l'appel sur cassation obligatoire, c'est-à-dire celui qui intervient à la suite d'un second pourvoi en cassation. On sait en effet que le juge suprême est tenu de statuer sur le fond d'un litige, dès lors qu'il prononce un arrêt de cassation à l'occasion d'un second pourvoi dans la même affaire. Le caractère automatique de cette règle, qui est en rupture avec les solutions consacrées dans la théorie classique de la cassation, soulève des questions particulières qu'il importe désormais d'examiner.

¹⁴⁹⁰ J. Arrighi de Casanova, « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA 1994, p 919. « Certains domaines dans lesquels l'appréciation souveraine semble prépondérante nécessitent une telle régulation, ne serait-ce qu'au regard des exigences (...) de l'égalité devant l'impôt. Il peut donc sembler préférable que les directives que la Haute Assemblée estime devoir donner le soient à l'occasion d'un règlement au fond judicieusement choisi, plutôt qu'à travers une conception trop extensive du moyen de cassation qui bousculerait les distinctions traditionnelles », Op. cit., p 919.

Section 2 - L'appel sur cassation de droit.

L'article L 821-2 alinéa 2 du Code de justice administrative dispose que « lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire ». On sait que cette disposition a été introduite par l'article 11 alinéa 3 de la loi du 31 décembre 1987. Elle est issue d'un amendement parlementaire¹⁴⁹¹ et tendait uniquement à « éviter de trop longue procédures¹⁴⁹² ». Mais cette règle a des conséquences importantes sur le droit de la cassation administrative. Ce qui était traditionnellement prohibé devient dorénavant une obligation pour le juge de cassation. Cela a pour effet de transformer encore davantage la physionomie moderne du recours en cassation. Un appel automatique est instauré devant le juge de cassation (§1.) et cela aboutit à dénaturer la cassation administrative, en contrevenant aux principes qui régissent le déroulement de l'instance de cassation (§2.).

§1. L'appel automatique au juge de cassation.

Il y a appel automatique auprès du Conseil d'Etat, si à l'occasion d'un second pourvoi, dans la même affaire, le juge suprême casse l'arrêt attaqué et statue au fond pour régler des questions qui n'ont rien à voir avec le motif qui est à la base de la cassation. Il convient de distinguer la situation des juridictions normales et celle des juridictions spéciales. Dans le premier cas, il y a renaissance d'un appel (A.) auprès du Conseil d'Etat. Dans le second cas, on assiste à une nouvelle compétence d'appel en faveur de la Haute juridiction, c'est ce que l'on peut appeler la naissance d'un appel (B.).

¹⁴⁹¹ J.O. Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987, 2^{ème} séance du 6 octobre 1987, p 3969 : amendement n° 21, présenté par M. Mazeaud.

¹⁴⁹² M. Mazeaud, Ibidem.

A. La renaissance de l'appel en matière de contentieux général.

La réforme de 1987 a transféré aux Cours administratives d'appel certaines des compétences d'appel qui ressortissaient à la compétence du Conseil d'Etat auparavant. Elle a aussi habilité la Haute juridiction à connaître définitivement des affaires qui font l'objet de deux pourvois consécutifs. En dernière analyse, les conseillers d'Etat jugent le fond d'un litige si la décision du juge de renvoi est irrégulière. Cela débouche sur une compétence d'appel exceptionnelle en faveur de la Haute juridiction. Ici, le recours en cassation, s'il est accueilli, débouche obligatoirement sur un jugement en appel. Ce qui est paradoxal. C'est donc une exception à la dévolution de compétence qui a été consacrée par le législateur en 1987.

Cela n'appelle guère de longs commentaires. Il faut souligner que c'est une transgression majeure du principe selon lequel le juge de cassation ne doit pas connaître du fond des litiges.

Il y a plus à dire s'agissant de l'instauration d'un appel automatique à l'encontre des décisions des juridictions spéciales. En effet, il s'agit là d'une compétence entièrement nouvelle pour le Conseil d'Etat. Cela doit le conduire à s'immiscer dans une sphère de compétence qui lui était totalement prohibée avant 1987.

B. La naissance d'un appel à l'encontre des décisions spéciales.

On peut se demander s'il est légitime que le juge de cassation à l'occasion d'un second pourvoi dans une affaire soit tenu de se substituer à une juridiction spéciale statuant en dernier ressort. Les dispositions de l'article L 821-2 alinéa 2 du Code de justice administrative sont contenues dans un code qui a principalement pour vocation d'organiser le fonctionnement des juridictions administratives normales et non de celles qui sont spéciales¹⁴⁹³. Quoiqu'il en soit, le Conseil d'Etat a reconnu cet article applicable aux juridictions spéciales.

Un arrêt rendu à l'occasion d'un second pourvoi contre une décision d'une juridiction ordinale permet d'illustrer et de présenter quelles sont les conséquences de l'application de cet article aux juridictions spéciales.

Par un arrêt du 27 octobre 1997¹⁴⁹⁴, en effet, les quatrième et première sous-sections réunies ont cassé une décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins qui avait jugé que la mention « SOS Médecins » ne peut pas être inscrite sur les feuilles d'ordonnance ou dans un annuaire professionnel. La Haute juridiction administrative a estimé en revanche que la mention litigieuse « ne figurait sur les feuilles d'ordonnance de M. Delmas que comme un élément de son adresse¹⁴⁹⁵ », et que les instances disciplinaires avaient dénaturé les pièces du dossier en estimant que « SOS Médecins » était une inscription prohibée par le Code de déontologie médicale.

Puisqu'il s'agissait de la seconde cassation dans la même affaire, le juge suprême a statué définitivement sur celle-ci : il a donc examiné les conclusions dont avait été saisie la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins. Les sous-sections réunies se sont substituées à la juridiction spéciale réputée statuer en dernier ressort. Sur le fond, le Conseil d'Etat a d'abord rejeté un appel incident formé par le Syndicat national des médecins de permanence de soins ; ensuite les moyens soulevés par l'appelant ont été analysés.

¹⁴⁹³ L'article L 1 du Code de justice administrative dispose que : « Le présent code s'applique au Conseil d'Etat, aux Cours administratives d'appel et aux Tribunaux administratifs ».

¹⁴⁹⁴ CE 27 octobre 1997, Delmas, p 374.

¹⁴⁹⁵ Ibid.

Le premier moyen soulevé par le requérant n'appelait pas d'appréciation particulière puisqu'il s'agissait de répéter les motifs ayant conduit à annuler l'arrêt attaqué. Les conseillers d'Etat ont réaffirmé, « que M. Delmas n'a fait figurer la mention « SOS Médecins » sur ses ordonnances que comme élément de son adresse et n'a, par suite, pas méconnu, de ce chef, les dispositions précitées de l'article 67 du code de déontologie des médecins¹⁴⁹⁶ ».

En revanche, les autres moyens qui avaient été invoqués en instance d'appel et que les sous-sections réunies ont tranchés concernaient des questions n'ayant rien à voir avec les motifs qui étaient le fondement de l'arrêt de cassation. Il s'agissait de déterminer si l'intéressé avait violé l'interdiction d'exercer la médecine comme un commerce et qui prohibe certaines formes de réclame ou de publicité. Le juge suprême a analysé si les faits reprochés au praticien mis en cause étaient de nature à porter atteinte aux obligations déontologiques des médecins¹⁴⁹⁷.

Au terme de cet examen, les magistrats ont considéré que l'appelant était fondé à demander l'annulation de la décision de première instance qui lui avait infligé une interdiction d'exercer la médecine pendant un mois. En bref, le Conseil d'Etat juge en l'espèce un individu relevant d'un Ordre professionnel pour des faits commis à l'occasion de son métier et non une décision rendue par un juge de dernier ressort. Dans l'affaire « Delmas », la juridiction suprême a relaxé la personne poursuivie, mais elle pourra à l'avenir être saisie d'un dossier où il conviendra de prononcer une sanction contre un justiciable. Les formations de jugement

¹⁴⁹⁶ Ibid.

¹⁴⁹⁷ Le considérant suivant permet de bien illustrer le rôle qu'adopte le Conseil d'Etat lorsqu'il se substitue au juge d'appel :

« Il résulte de l'instruction qu'à l'époque des faits relevés à son encontre, M. Delmas n'exerçait plus de fonctions dirigeantes au sein de la Société civile de médecine d'urgence dont il était devenu un simple membre, comme de nombreux autres médecins liés à la société « SOS Médecins »; qu'il ne peut être tenu pour responsable des indications concernant « SOS Médecins » portées sur des panneaux lumineux de la ville de Paris; qu'il n'est pas établi qu'il ait eu connaissance de la distribution dans des boîtes aux lettres de cartes mentionnant, à titre de numéros de téléphone utiles, celui de « SOS Médecins », ni que des « autocollants » publicitaires de « SOS Médecins » aient été apposés après le 21 mai 1988; que le recrutement d'une attachée de relations publiques à la seule occasion de l'organisation d'un congrès ne saurait être regardé comme un procédé publicitaire interdit par le code de déontologie; que les mentions portées pour « SOS Médecins » dans l'annuaire téléphonique n'excédaient pas celles que justifie l'information du public; que les griefs relatifs aux pratiques de la société « SOS Communicance » ne sont pas établis; que le fait que M. Delmas détenait des actions de la société anonyme « SOS Médecins » n'est pas de nature à conférer à son exercice de la médecine un caractère commercial; qu'enfin, eu égard au caractère d'urgence des interventions des médecins adhérents à « SOS Médecins », l'usage par ces derniers, de véhicules équipés d'un gyrophare et portant la mention « SOS Médecins » ne peut être regardé comme constituant un procédé, direct ou indirect, de publicité », cf. Affaire « Delmas » de 1997, précité. Le Conseil d'Etat avait également apprécié d'autres faits qui avaient été reprochés au praticien, ces derniers ont aussi été analysés en détail.

seront alors confrontées à la délicate question de savoir quelle peine il convient de prononcer à l'encontre d'une personne.

Quelle peut être l'influence de cette substitution du Conseil d'Etat aux juridictions administratives spéciales statuant en dernier ressort, à l'occasion d'une seconde cassation dans un procès ? Il est bien sûr difficile de l'évaluer. Mais une chose est certaine : les conseillers d'Etat sont amenés à exercer une compétence juridictionnelle qui ne leur fut jamais expressément attribuée, c'est-à-dire qu'ils vont juger des individus (qui parfois exercent des professions privées ou libérales) en raison de faits survenus au cours de leur activité professionnelle.

Le caractère automatique de l'appel auprès du Conseil d'Etat en pareille hypothèse appelle quelques critiques, car cela en fin de compte dénature le rôle de la juridiction de cassation.

§2. La dénaturation de l'instance de cassation.

Les Commissions des lois du Sénat avaient proposé un amendement lors des débats relatifs à la réforme du contentieux administratif de 1987, qui prévoyait que si le juge de cassation « prononce l'annulation d'une décision d'une Cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat règle l'affaire au fond¹⁴⁹⁸ ». En revanche, la Haute juridiction eût été libre de renvoyer l'affaire devant les juges du fond ou de statuer sur le fond, si elle avait prononcé la cassation d'une juridiction administrative spéciale statuant en dernier ressort. Cet amendement ne fut pas adopté, probablement pour maintenir une certaine unité dans le régime des effets de la cassation administrative, et pour ne pas établir de discrimination entre les justiciables en raison de la nature de la juridiction dont il attaque la décision¹⁴⁹⁹. Le Garde des sceaux avait, au cours de la première lecture du projet de loi devant le Sénat, soutenu qu'un tel amendement aurait effacé la « différence entre appel et cassation, puisqu'il s'agit de la création d'un troisième degré de juridiction¹⁵⁰⁰ ».

Mais en adoptant la solution qui a été finalement retenue, les parlementaires ont, semble-t-il, feint d'ignorer qu'ils modifiaient le régime de la cassation administrative. Finalement, on aboutit à une situation où est transgressée l'idée fondamentale selon laquelle la juridiction de cassation ne doit pas connaître du fond des litiges. Le juge de cassation ne se contente pas de juger les arrêts qui lui sont déférés, il vide les litiges au fond. Il y a ouverture d'un nouveau degré de juridiction à l'issue d'une décision de cassation.

¹⁴⁹⁸ Cf. J.O. Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3786 : amendement n° 10. (non adopté).

¹⁴⁹⁹ Sur ce point : cf. les propos de M. le Garde des sceaux A. Chalandon, J.O. Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3787.

¹⁵⁰⁰ A. Chalandon, J.O. Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3788.

En dernière analyse, on constate qu'il existe aujourd'hui en droit administratif français un nouveau droit de la cassation. On a vu que la théorie classique de la cassation postulait que le juge de cassation devait en général renvoyer l'affaire devant les juges du fond pour qu'il y soit mis un terme. Le droit positif tend à adopter la solution contraire. Dans la cassation administrative moderne, le juge suprême évoque le fond des litiges, dès que cela s'avère possible. Il y a donc un véritable effacement du juge de cassation et l'instauration (ou la restauration) d'un Conseil d'Etat, juge suprême, statuant en appel.

L'appel sur cassation n'est aujourd'hui nullement une procédure exceptionnelle. C'est une technique qui est couramment utilisée. Il ne nous paraît pas déraisonnable de penser que lorsqu'il y a cassation d'un arrêt d'une Cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat statue, en principe, au fond et qu'il ne renvoie, qu'exceptionnellement, si une mesure d'instruction supplémentaire peut s'avérer utile pour résoudre le litige. La situation est légèrement différente pour les juridictions disciplinaires (ainsi qu'en matière de déclaration de gestion de fait). Dans ce cas, le renvoi est pratiquement de droit, après une première cassation. Mais dès lors qu'une seconde cassation est prononcée, dans une même affaire, la faculté de renvoi s'avère impossible. La théorie moderne de la cassation administrative se révèle, encore une fois, « allergique » au renvoi.

La grande innovation de la réforme de 1987 et de la jurisprudence du Conseil d'Etat est d'avoir fait de la cassation administrative une voie d'achèvement du litige. Le juge suprême met fin au procès s'il prononce l'annulation de la décision qui lui a été déférée. C'est une des principales raisons qui expliquent l'usage fréquent de l'évocation en instance de cassation. Mais ce n'est pas la seule raison qui explique ce phénomène.

L'appel sur cassation est en effet une des deux grandes techniques qui, on l'a vu, permettent aux conseillers d'Etat d'interpréter les règles de droit. En statuant sur le fond des litiges, la Haute assemblée se prononce sur de nombreuses questions qu'elle n'aborderait pas si elle se contentait de n'être qu'une juridiction de cassation. Evoquer le fond des affaires permet aux magistrats du Palais-Royal de prendre position sur des questions qui relèvent uniquement du pouvoir d'appréciation des juridictions du fond. La place éminente du Conseil d'Etat dans

l'ordre juridictionnel administratif fait que ces prises de position ont la valeur de précédents. Gageons que les juges du fond sont tentés de s'en inspirer.

Le Conseil d'Etat, statuant en tant que juge de cassation, dispose, comme on l'a vu, de plusieurs techniques pour maintenir l'unité et la cohérence de la jurisprudence administrative. Il y a tout d'abord le mélange compliqué entre contrôle et non-contrôle. Il existe ensuite l'usage fréquent qui est fait du pouvoir de statuer sur le fond. Tout cela permet aux conseillers d'Etat de maintenir l'unité de la législation administrative.

La cassation administrative a été instrumentalisée par le Conseil d'Etat. Elle est devenue l'instrument permettant à la Haute assemblée de remplir sa mission de juridiction suprême. Il convient dorénavant de se demander si la technique du recours en cassation ne peut pas contribuer à réformer le fonctionnement du Conseil d'Etat.

Conclusion.

Au terme de notre travail, il convient de mettre en lumière les grandes caractéristiques de la théorie moderne de la cassation administrative. Celle-ci rompt avec de nombreuses solutions qui étaient admises auparavant dans la théorie classique et débouche sur une conception véritablement renouvelée de la cassation administrative (I).

Nous aurons alors tous les éléments nécessaires afin d'aborder la question de savoir quelle est la place du pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat en droit positif. Plus précisément, nous examinerons si le droit au recours en cassation est un principe général du droit ? (II)

I - Une cassation administrative renouvelée.

De nombreux administrativistes se sont exprimés sur l'évolution du droit de la cassation administrative, depuis la réforme de 1987. Ils admettent que des changements ont eu lieu. Mais lorsqu'ils portent un jugement global sur l'évolution du droit en ce domaine, ils considèrent malgré tout que peu de choses ont changé en la matière. Cette opinion a été clairement exprimée par M. Stahl, à l'occasion d'une journée d'études consacrée aux évolutions et révolution du contentieux administratif. Il a dit à propos du bouleversement provoqué par la réforme de 1987 : « Pour rapide et profonde qu'elle ait été, cette révolution me semble toutefois, et rétrospectivement, s'être accomplie sans heurts, sans ruptures brutales, sans difficultés majeures, presque sans effort. Cette révolution est une « révolution de velours » ¹⁵⁰¹ ».

A la réflexion, nous ne pouvons que nous étonner devant cette opinion. Si on analyse les grandes idées qui gouvernent le recours en cassation et si l'on songe à l'ampleur des changements qui sont intervenus depuis un peu plus d'une décennie, ne doit-on pas, au contraire, considérer qu'une rupture brutale s'est produite entre ce qu'a pu être la cassation administrative et ce qu'elle est devenue ?

Reprenons synthétiquement les grandes règles qui régissent la cassation en droit public et constatons l'étendue des changements qui se sont produits.

¹⁵⁰¹ J.-H Stahl, « La cassation. », La Revue Administrative, Le Conseil d'Etat. Evolutions et révolution du contentieux administratif, Numéro spécial 1999, p 84.

1°) - La première grande nouveauté a certainement été de restreindre l'accès au prétoire du juge de cassation. La doctrine considère généralement, depuis l'arrêt « d'Aillières¹⁵⁰² » de 1947, que le recours en cassation est un recours de droit commun ouvert à l'encontre des décisions juridictionnelles administratives rendues en dernier ressort. La décision « d'Aillières », on s'en souvient, avait admis que lorsque le législateur prévoit qu'une décision juridictionnelle n'est susceptible d'aucun recours, cette expression « ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat¹⁵⁰³ ». Cette jurisprudence libérale permettait aux justiciables un accès relativement aisé au juge de cassation.

Mais il en va différemment aujourd'hui. Le Conseil d'Etat a dorénavant la faculté de choisir, grâce au contentieux de l'admission, les affaires qu'il estime suffisamment sérieuses pour mériter qu'il les examine. Le demandeur en cassation n'est jamais sûr d'être entendu par le juge suprême. L'affaire peut être rejetée après n'avoir été que sommairement instruite. A l'heure actuelle, il est admis que la Haute assemblée puisse refuser l'accès à son prétoire. Cette solution drastique restreint, bien évidemment, l'accès au juge de cassation. Il fait du recours en cassation une faculté ouverte sur autorisation, mais il vide de toute substance l'idée qu'il puisse exister un droit au recours en cassation.

2°) - Le recours en cassation est souvent perçu comme assis sur la dichotomie entre le fait et le droit. Plus précisément, cette procédure aurait vocation à mettre en œuvre une telle distinction entre le particulier et le général.

Certes la doctrine contemporaine admet volontiers qu'une opposition de ce genre est difficile ou délicate à saisir et à appréhender. Mais elle refuse cependant d'abandonner cette explication. MM. Damien et Boré ont par exemple écrit : « La distinction du fait et du droit n'est pas seulement une règle de compétence, mais une règle *politique*, que le juge de cassation module en fonction des exigences de l'égalité devant la loi, des besoins du droit et

¹⁵⁰² CE Ass. 7 février 1947, D'Aillières, p 50, RDP 1947, p 68, conclusions R Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, n°3508, note G. Morange.

¹⁵⁰³ CE Ass. 7 février 1947, d'Aillières, précité.

de la défense des justiciables contre les excès des juges du fond ou même contre les lenteurs de la justice ¹⁵⁰⁴». En réalité, on l'a vu, la distinction du fait et du droit est inopérante pour expliquer ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas au cours d'une instance de cassation.

Devant ces lacunes, certains auteurs ont préféré un autre critère. Celui-ci est dérivé de la distinction du fait et du droit. Il est alors fait référence à la plus ou moins grande *densité juridique* d'une notion. Elle est supposée justifier les raisons qui poussent les conseillers d'Etat à contrôler ou non un concept. Mais cette approche n'est guère plus satisfaisante que la précédente. Ces solutions sont inopérantes pour comprendre ce qui est inclus ou exclu du périmètre du contrôle du juge de cassation.

Il arrive parfois que la doctrine considère que le contrôle de cassation consiste à vérifier la validité de la majeure du raisonnement contenu dans la décision de justice déferée à la censure du juge suprême. Or un arrêt n'est nullement réductible à un raisonnement syllogistique. La juridiction suprême ne se limite pas à examiner ce qu'il peut y avoir d'abstrait dans les décisions qui lui sont soumises. Au contraire, elle s'immisce dans les détails, apprécie comment les juges du fond ont mis en œuvre la règle juridique, en d'autres termes elle statue sur de nombreuses questions concrètes.

En bref, ce qui distingue les questions qui sont contrôlées de celles qui ne le sont pas n'est pas un critère objectif et rationnel. Les conseillers d'Etat ont élaboré de manière empirique ¹⁵⁰⁵ les diverses causes d'annulation admises en droit positif.

3°) - Le recours en cassation est censé reposer sur l'interdiction faite aux juges suprêmes de connaître du fond des litiges. On a vu que si la théorie traditionnelle de la cassation administrative respectait effectivement cette règle, la théorie moderne a au contraire choisi de la transgresser. Cette évolution motivée et justifiée au nom de la célérité de la justice est, nous semble-t-il, la plus significative qui se soit produite depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 1987. Elle marque une rupture importante par rapport aux solutions antérieurement

¹⁵⁰⁴ A. Damien et J Boré, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile. », RFDA 1990, p 105.

¹⁵⁰⁵ Sur l'idée que le droit procède de l'expérience cf. T. Kirat, « Economie du droit. », Editions La Découverte, 1999, p 39.

admises. Mais la portée réelle de cette évolution jurisprudentielle est, en général, et fort curieusement, totalement occultée par la doctrine.

L'évocation en cassation fait du juge de cassation un juge d'appel. Il en résulte une curieuse synthèse entre appel et cassation. La cassation administrative moderne est un recours en appel ouvert, s'il y a lieu d'annuler l'acte juridictionnel déféré au Conseil d'Etat.

Sous cet angle, il est peut-être possible de comprendre pourquoi certains conseillers d'Etat ont estimé, à l'instar de M. Stahl, que la réforme de 1987 a été une révolution de velours. Car finalement pour les magistrats du Palais-Royal, l'évolution du rôle dévolu aux formations de jugement a moins changé qu'on aurait pu le croire de prime abord.

En définitive, si la réforme de 1987 a abouti à faire du Conseil d'Etat un juge de cassation dans de nombreuses matières, elle l'a également autorisé à demeurer juge d'appel après cassation. Dans les domaines qui ressortissent à la compétence des Cours administratives, le Conseil d'Etat peut toujours intervenir en tant que juge d'appel. Il se prononce certes moins souvent qu'auparavant comme juge d'appel, mais une compétence d'appel résiduelle existe toujours bel et bien.

On peut donc constater qu'il existe une certaine continuité dans le travail des conseillers d'Etat avant et après l'entrée en vigueur de la réforme de 1987. Cette permanence résulte de la persistance d'une compétence d'appel dans un domaine où celle-ci aurait dû disparaître. Cette constance dans le travail quotidien des formations de jugement a contribué, semble-t-il, à masquer aux yeux des magistrats qui les composent l'ampleur des changements qui ont affecté la théorie de la cassation administrative depuis un peu plus d'une décennie.

Le recours en cassation apparaît alors sous un jour différent. Il s'agit d'une technique qui a été mise au service d'une politique jurisprudentielle. Le recours en cassation a été instrumentalisé par le Conseil d'Etat. Cette procédure est utilisée pour permettre aux conseillers d'Etat de remplir leur rôle de juges suprêmes.

4°) - Il est parfois admis en doctrine que le degré, voire l'intensité, du contrôle mis en œuvre par le juge de cassation varie en fonction de la confiance accordée par celui-ci à l'organisme contrôlé¹⁵⁰⁶. Cette opinion nous paraît contestable de deux manières.

En premier lieu, elle ne prend pas en compte le fait qu'une partie du contrôle du juge de cassation puisse être véritablement invariable. Ce contrôle standard du juge de cassation, comme nous l'avons appelé, ne change pas et peu importe la nature de l'organisme juridictionnel ayant rendu l'acte attaqué. S'il y a une variation dans l'intensité de la surveillance mise en œuvre par le juge suprême, celle-ci concerne essentiellement le contrôle des qualifications et le contrôle du seuil de motivation exigé. Cela concerne donc un aspect du contrôle de cassation, mais non l'ensemble de celui-ci.

En second lieu, l'idée selon laquelle la portée de l'examen de cassation est lié au crédit accordé à la juridiction dont l'acte est examiné, n'est pas une théorie très convaincante. Cette idée repose, implicitement mais nécessairement, sur le postulat suivant : il existe des juridictions dont on peut craindre qu'elles ne soient pas dignes de confiance, c'est-à-dire des juridictions suspectes.

Cette thèse était, d'une certaine manière, admissible à l'époque où le recours en cassation n'était ouvert qu'à l'encontre des décisions de juridictions administratives spéciales et parce que certaines d'entre elles ont pu être perçues, à tort ou à raison, comme des juridictions d'exception. Force est de constater qu'il en va différemment en droit positif. Le recours en cassation est, dans la majorité des cas, dirigé contre des arrêts de Cours administratives d'appel, c'est-à-dire des juridictions offrant de nombreuses garanties de procédure.

Malgré tout, on constate que selon les catégories de contentieux envisagés, le Conseil d'Etat est plus ou moins enclin à approfondir le contrôle qu'il exerce. On a vu que les conseillers d'Etat étaient plus enclins à examiner de façon approfondie un arrêt rendu dans le domaine du contentieux fiscal qu'une décision intervenant en matière contractuelle. Cela ne veut pas dire que les juges du Palais-Royal font moins confiance aux Cours administratives, lorsqu'elles statuent dans la première catégorie de procès, que dans la seconde.

¹⁵⁰⁶ cf. par exemple : J.-H. Stahl, « La cassation. », *La Revue Administrative, Le Conseil d'Etat. Evolutions et révolution du contentieux administratif*, Numéro spécial 1999, p 87.

En réalité, l'intensité du contrôle ne peut varier qu'en fonction des objectifs de politique jurisprudentielle que se fixe la Haute juridiction. Dans certaines matières, elle entend manifester une présence et une surveillance accrues, afin de surveiller l'évolution des concepts qu'elle estime suffisamment importants pour devoir être vérifiés. C'est cette volonté politique qui explique très certainement les variations que l'on a pu constater dans le cadre du contrôle exercé par le juge de cassation. Certes cette explication n'est pas pleinement satisfaisante pour le juriste. Elle postule en effet que derrière les solutions juridiques se cache, en dernière analyse, une volonté *arbitraire* et non un raisonnement parfaitement *objectif* ou *scientifique*.

Le droit de la cassation administrative reflète la politique jurisprudentielle mise en œuvre par le Conseil d'Etat à l'égard des Cours administratives et des autres juridictions statuant en dernier ressort. Cela n'est finalement pas si surprenant. Le droit est bien souvent l'expression d'une volonté et le juge suprême assoit son autorité sur le pouvoir qui lui est reconnu de trancher les litiges en dernière instance. Ici, on le constate, la frontière entre le droit et l'autorité s'efface : devient droit la décision qui acquiert la force ou l'autorité de chose jugée¹⁵⁰⁷.

La théorie moderne de la cassation administrative a permis au Conseil d'Etat d'inventer une nouvelle forme de recours, sans trop bouleverser les méthodes de travail des formations de jugement. Ce nouveau pourvoi en cassation conduit à s'interroger sur l'avenir, d'une part, du contentieux administratif et d'autre part, du Conseil d'Etat. Il est en effet à craindre que dans les décennies à venir, le Conseil d'Etat soit à nouveau victime d'un encombrement qui serait, comme par le passé, de nature à l'empêcher de fonctionner correctement et efficacement. Dans ces conditions, il est probable qu'il faille, au cours du 21^e siècle, songer à une nouvelle réforme du contentieux administratif.

Or il nous semble que le nouveau droit de la cassation rendra possible, à l'avenir, une autre réforme d'envergure de l'Assemblée du Palais-Royal : une réforme qui ferait du Conseil d'Etat exclusivement un juge de cassation. La nouvelle conception de la cassation pourrait en quelque sorte permettre de transformer le Conseil d'Etat.

¹⁵⁰⁷ Voir notamment : H. Kelsen, « Théorie pure du droit. », Traduit par Charles Eisenmann, Bruylant LGDJ, collection La pensée juridique, 1999, p 341.

Aucun obstacle majeur ne s'y opposerait véritablement et de multiples systèmes sont également envisageables.

Le juge administratif suprême dispose d'une compétence de premier et dernier ressort, dans les domaines visés par l'article R 311-1 du Code de justice administrative. Il peut s'agir par exemple des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République, les décrets ou les actes réglementaires des ministres. On comprend qu'il s'agit de litiges importants. Ceux-ci doivent être tranchés avec célérité et de préférence par une juridiction unique.

Malgré tout, on peut imaginer que le jugement des questions qui relèvent actuellement de la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'Etat puisse être transféré à une autre juridiction administrative qui serait également prestigieuse.

De lege ferenda, il serait envisageable soit de créer une juridiction *ad hoc* qui aurait une compétence nationale ; soit de transférer le jugement de ces affaires à une juridiction prestigieuse qui existe déjà, comme par exemple la Cour administrative d'appel de Paris.

On peut aussi, nous semble-t-il, songer à supprimer la compétence d'appel du Conseil d'Etat. Dans ce cas, deux solutions au moins paraissent possibles. En premier lieu, on pourrait songer à transférer la compétence d'appel du Conseil d'Etat et à attribuer celle-ci aux Cours administratives d'appel. Mais cela suppose que soit résolue la question de l'encombrement des Cours administratives d'appel.

En second lieu, il serait plus facile de supprimer, purement et simplement, le recours en appel devant le Conseil d'Etat et de lui substituer la voie du recours en cassation. Dans cette hypothèse, la Haute juridiction administrative pourrait toujours statuer sur le fond des litiges après cassation, en application de l'article L 821-2 du Code de justice administrative, si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifiait.

L'idée de créer au sommet de l'ordre juridictionnel administratif une juridiction statuant uniquement sur cassation n'est certes pas neuve¹⁵⁰⁸. Mais cette opinion apparaît aujourd'hui beaucoup plus séduisante qu'hier. La théorie de la cassation administrative contemporaine permet au Conseil d'Etat de restreindre l'accès à son prétoire, tout en l'autorisant à intervenir dans le détail des litiges s'il estime que cela est justifié. La cassation moderne permet aux conseillers d'Etat de contrôler ce qui leur paraît essentiel, sans trop s'encombrer des questions qui leur semblent inutiles. Cela paraît être le recours idéal pour une juridiction suprême. Pour cette raison, il ne nous semble pas improbable qu'à l'avenir, le Conseil d'Etat puisse devenir exclusivement un juge de cassation.

Si le recours en cassation occupe aujourd'hui une place éminente dans l'activité du Conseil d'Etat, il est intéressant de se demander quelle place ce recours occupe dans l'œuvre jurisprudentielle de l'Assemblée du Palais-Royal.

II - Le principe ambigu du droit au juge de cassation.

Quelle est la valeur du droit au recours en cassation en droit positif? Le droit au recours en cassation est-il un principe général du droit ?

Il convient au préalable de s'entendre sur le sens des mots. Il n'existe pas une définition unique de la notion de principes généraux du droit¹⁵⁰⁹. De manière synthétique, deux approches contradictoires paraissent envisageables. Si l'on retient une conception extensive de cette notion, elle englobe des règles morales, éthiques, voire philosophiques, qui sont susceptibles d'influencer un ordre juridique. En revanche, dans une conception stricte, les principes généraux du droit sont une catégorie de normes juridiques qui produisent des effets de droit et qui sont insérés dans une hiérarchie de normes. Dans cette hypothèse, un principe général du droit est un énoncé non écrit, invoqué par un juge, bien souvent pour suppléer à une carence de la législation écrite.

¹⁵⁰⁸ Cf. J. Foyer, J.O. Débats, Ass. Nat., 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3949.

¹⁵⁰⁹ J-M. Maillot, « La théorie administrativiste des principes généraux du droit. », Dalloz 2003, p 11 et s. ; F. Moderne, « Actualité des principes généraux du droit. », RFDA 1998, p 496.

L'expérience révèle que chaque juridiction, dans la sphère de compétence qui lui est reconnue, dispose d'une large marge de manœuvre pour reconnaître, voire énoncer, des principes généraux du droit. Par suite, les principes généraux applicables au sein d'un ordre de juridiction ne sont pas forcément transposables dans un autre ordre de juridiction. Cela débouche sur l'existence de plusieurs sous-catégories de principes généraux, en fonction de la matière dans laquelle ils interviennent. On distingue, par exemple, les principes administrativiste, civiliste ou communautaire.

Une précision méthodologique s'impose également : doit-on considérer que tout principe énoncé par une juridiction et qui fait jurisprudence constitue un principe général ou faut-il estimer que seules les normes qui ont été expressément qualifiées de principes généraux du droit sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie déterminée ? En d'autres termes, comment distinguer une norme jurisprudentielle et un principe général du droit ?

En effet, il semblerait que le droit au recours en cassation remplisse toutes les conditions pour pouvoir être considéré comme un principe général du droit, mais cependant le Conseil d'Etat n'a jamais expressément reconnu l'existence d'un principe général du droit selon lequel tout acte juridictionnel définitif peut faire l'objet d'un pouvoi en cassation. Il s'agit là d'une attitude très surprenante et il convient d'examiner brièvement les causes de ce phénomène.

Commençons par analyser la question à la lumière de la jurisprudence administrative.

On sait que depuis l'arrêt d'Assemblée « Dame Lamotte ¹⁵¹⁰ » de 1950, le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qu'il a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité.

Nous savons que dans l'arrêt « d'Aillières ¹⁵¹¹ » de 1947, la Haute assemblée avait considéré que l'expression « n'est susceptible d'aucun recours » ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par le législateur, comme excluant le recours en

¹⁵¹⁰ CE Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, p 110, RDP 1951, p 478, conclusions J. Delvolvé, note M. Waline.

¹⁵¹¹ CE Ass. 7 février 1947, *D'Aillières*, précité note 1502.

cassation devant le Conseil d'Etat. Soulignons que les magistrats du Palais-Royal ne fondent pas leur décision sur l'existence d'un principe général du droit.

L'analyse de la jurisprudence révèle que la Haute assemblée n'a jamais expressément reconnu l'existence d'un principe général du droit selon lequel le recours en cassation peut être intenté à l'encontre de tout acte juridictionnel ¹⁵¹². Il apparaît plus juste d'affirmer comme le faisait le Président Odent que le recours en cassation devant le Conseil d'Etat est ouvert « de plein droit ¹⁵¹³ » à l'encontre des décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort.

D'ailleurs cette solution n'est-elle pas conforme à l'esprit de la jurisprudence administrative ?

Certes, dans la théorie classique de la cassation administrative, le juge de cassation appliquait volontiers les règles qui avaient été retenues en matière d'excès de pouvoir ¹⁵¹⁴. Il y avait, en quelque sorte, une forte parenté entre les deux branches du contentieux de l'annulation. Cela aurait dû militer en faveur de la reconnaissance d'un principe général du droit, en vertu duquel toute décision définitive peut être déférée à la censure de la juridiction de cassation.

Mais nous savons également que le Conseil d'Etat, depuis bien longtemps, a établi une distinction entre l'administrateur et le juge. Il manifeste au second des égards qu'il nie au premier. M. Degoffe est même allé jusqu'à affirmer que le Conseil d'Etat, juge de cassation, traite les juridictions administratives spécialisées avec déférence ¹⁵¹⁵. Cela conduit le juge de cassation non seulement à respecter la compétence d'attribution des juridictions administratives spécialisées, mais aussi à limiter le contrôle qu'il exerce sur leurs décisions.

Dans son cours de contentieux administratif, le Président Odent n'affirmait-il pas que : « Les règles applicables au recours pour excès de pouvoir continuent à régir le recours en cassation chaque fois qu'il n'existe pas une raison, tenant à la nature particulière de ce dernier recours, de les écarter ; or la nature particulière du recours en cassation ne tient elle-même qu'à la

¹⁵¹² Pour une autre interprétation de la jurisprudence : R. Chapus, « Droit du contentieux administratif. », 7^{ème} éd., 1998, p 1038. Sur la solution adoptée par la Cour de Cassation : Civ. 1^{ère} 4 mai 1971, Bull. civ. I, n°146 ; J. Boré et L. Boré, « La cassation en matière civile. », 3^{ème} éd., Dalloz 2003, p 3.

¹⁵¹³ R. Odent, « Contentieux administratif. », fascicule VI, Les cours de droit, Paris, 1981, p 2065.

¹⁵¹⁴ Sur le rapprochement entre le contentieux de l'excès de pouvoir et le recours en cassation dans les années 1940-1950 : Voir G. Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel », Sirey, 1958, p 142 et s.

¹⁵¹⁵ Voir M. Degoffe, « La juridiction administrative spécialisée », LGDJ, 1996, et en particulier le chapitre intitulé « La déférence à l'égard de la qualité de juridiction », p 421 et s.

nature juridictionnelle de la décision entreprise ¹⁵¹⁶ ? Force est de constater que le Conseil d'Etat adapte le contrôle qu'il exerce à la nature de l'acte contrôlé.

C'est pour cette raison, nous semble-t-il, que la Haute juridiction n'a pas érigé en principe général du droit la règle jurisprudentielle qui autorise une partie à contester une décision rendue en dernier ressort par la voie de la cassation. Il existerait un axiome en droit administratif d'après lequel une juridiction est présumée respecter la légalité. Bien sûr, il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable. Nous en concluons que le respect du principe de légalité, n'implique pas d'ériger l'exercice du recours en cassation en principe général du droit.

Il existe cependant des raisons pertinentes qui auraient pu justifier une solution en sens contraire. Songeons tout d'abord que le recours en cassation peut être le moyen de garantir aux justiciables une égalité de traitement devant le service public de la justice administrative. Nous avons vu que le contrôle de cassation permet, d'une part, de garantir le principe d'égalité devant la justice administrative et d'autre part, de préserver une certaine unité dans l'interprétation de la législation administrative. Sous ce dernier aspect, le juge de cassation, garant de l'unité de l'interprétation de la norme juridique, assure aux justiciables une égalité devant l'application concrète du droit. Or nous savons combien le principe d'égalité est à l'origine de nombreux principes généraux du droit ¹⁵¹⁷.

D'autres raisons militaient également en faveur de la reconnaissance d'un principe général du droit dans le domaine qui nous occupe. Il s'agit bien évidemment des questions relatives au droit au juge ¹⁵¹⁸, ainsi qu'au droit au recours ¹⁵¹⁹. Nous reviendrons sur ces points, lorsque nous examinerons les jurisprudences constitutionnelle et européennes.

¹⁵¹⁶ R. Odent, *op. cit.*, p 2059, note 1513.

¹⁵¹⁷ A-S. Mescheriakoff, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente. », *AJDA* 1976, p 596.

¹⁵¹⁸ G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge. », in *Liber amicorum Jean Waline, « Gouverner, administrer, juger. »*, Dalloz, 2002, p 477 ; Th. S. Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental. », *RTD Civ.*, janv.-mars 1993, p 33.

¹⁵¹⁹ N. Molfessis, « Le Conseil Constitutionnel et le droit privé. », *LGDJ*, 1997, p 238 et s ; Th. S. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel. », *JCP (éd. G)*, 1993, I, n°3675, p 211.

Notons que les droits aux recours qui sont consacrés par les jurisprudences « Dame Lamotte » et « d'Aillières » sont l'expression du pouvoir créateur du juge administratif suprême¹⁵²⁰. Ces deux décisions ont en pratique exactement la même force juridique, c'est-à-dire une valeur infralégislative et supraréglementaire, pour reprendre une opinion formulée par M. Chapus¹⁵²¹.

Depuis la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987, le droit au recours en cassation est un principe énoncé par le législateur. En effet, l'article L 821-1 du Code de justice administrative dispose que les arrêts rendus par les Cours administratives d'appel et, de manière générale, toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives peuvent être déférés au Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation.

Il est intéressant maintenant de voir si le principe que nous étudions est susceptible d'avoir une valeur supérieure à la loi. Le législateur peut-il librement limiter l'exercice du recours en cassation ou est-ce qu'un élément du bloc de la constitutionnalité protège l'exercice de cette voie de recours ?

On sait que pour le Conseil Constitutionnel le recours en cassation constitue pour les justiciables une garantie fondamentale, dont en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles¹⁵²².

Dès 1980, le juge constitutionnel a reconnu l'existence d'un droit d'agir en justice, dont le libre exercice relève du domaine de la loi¹⁵²³. Cette formule signifie que le législateur doit garantir le libre exercice de ce droit¹⁵²⁴.

¹⁵²⁰ En ce sens : Voir F. Moderne, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit. », RFDA 1999, p 732 et p 741. En sens contraire : G. Morange, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit. », RDP 1997, p 763.

¹⁵²¹ R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif. », D 1966, chronique, p 99.

¹⁵²² CC 14 mai 1980, Procédure contentieuse en matière fiscale, (113 DC), Rec. p 17.

¹⁵²³ CC 2 décembre 1980, (119 L), Rec. p 74 ; RDP 1981, p 628, chronique L. Favoreu.

¹⁵²⁴ En ce sens : L. Favoreu, op. cit., p 631.

Dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois, le Conseil Constitutionnel allait, au cours des décennies suivantes, vérifier que les assemblées législatives n'attaquent pas à cette liberté publique.

Dans sa décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel » de 1989 ¹⁵²⁵, le Conseil Constitutionnel a notamment relevé que les décisions du C.S.A. qui infligent des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. Les conseillers du Palais Montpensier ont également attaché de l'importance au fait que le droit de recours est réservé à la personne sanctionnée, et que son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation.

Dans la décision « Maîtrise de l'immigration » de 1993 ¹⁵²⁶, le juge constitutionnel constatait que les dispositions contestées maintenaient l'existence de garanties juridictionnelles de droit commun applicables aux mesures de police administrative. Ces garanties juridictionnelles étaient déterminantes pour apprécier si un principe à valeur constitutionnelle était méconnu.

Il faut néanmoins attendre la décision « Autonomie de la Polynésie française » de 1996 pour que soit reconnu le principe selon lequel « il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ¹⁵²⁷ ».

Ce principe trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Cet article, qui est à l'origine de la séparation des pouvoirs, consacre l'existence du pouvoir juridictionnel et autorise les personnes qui le souhaitent à intenter un recours devant la juridiction compétente ¹⁵²⁸.

¹⁵²⁵ CC 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel, (248 DC), Rec. p 18 ; Rev. Adm. 1989, p 223, note J-L Autin ; RDP 1989, p 399, note L Favoreu ; RFDA 1989, p 215, note B. Genevois.

¹⁵²⁶ CC 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, (325 DC), Rec. p 224 ; RFDA 1993, p 871, note B. Genevois.

¹⁵²⁷ CC 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française, (373 DC), Rec. p 43, § 83 ; AJDA 1996, p 371, note O. Schrameck ; RFDC 1996, p 594, note Th. S. Renoux ; CC 19 juin 1999, Délit de grand excès de vitesse, (411 DC), Rec. p 75, § 21 ; CC 23 juillet 1999, Couverture maladie universelle, (416 DC), Rec. p 100, § 38.

¹⁵²⁸ Sur ce point : Th. S. Renoux, op. cit., p 597.

Notons que le droit à un recours juridictionnel effectif s'oppose à ce qu'une validation ait pour effet d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé, quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants¹⁵²⁹.

On vient de voir dans quelle mesure le droit à un recours juridictionnel effectif permet au juge constitutionnel de contrôler les mesures adoptées par le législateur. Le Conseil Constitutionnel est, nous semble-t-il, en mesure d'assurer une protection effective du droit au recours en cassation, par l'intermédiaire du principe qui interdit l'atteinte substantielle au droit au recours. Cela paraît d'autant plus justifié que le pourvoi en cassation constitue, rappelons-le, une garantie fondamentale accordée aux justiciables.

La jurisprudence constitutionnelle que l'on vient d'aborder est reprise par le Conseil d'Etat¹⁵³⁰. Celui-ci accepte en effet d'examiner si des dispositions réglementaires portent atteinte à la substance même du droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction¹⁵³¹.

Il convient maintenant de voir si la jurisprudence communautaire peut produire des effets sur le droit au recours en cassation ?

La Cour de Justice des Communautés Européennes a reconnu le droit à un recours juridictionnel effectif en cas d'atteinte à un droit reconnu par les traités¹⁵³². Ce droit ne peut être invoqué que dans les litiges qui sont relatifs à l'application d'une norme communautaire. Le champ d'application de cette mesure est donc limité. Mais elle débouche néanmoins sur la reconnaissance d'un droit d'accès au juge national, afin que celui-ci garantisse l'effectivité de la règle communautaire. Par contagion, le droit au recours, au sens de la jurisprudence communautaire, débouche sur un véritable statut communautaire du juge national, qui tend à protéger l'individu¹⁵³³.

¹⁵²⁹ CC 21 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2000, (422 DC), Rec. p 143, § 64 ; AJDA 2000, p 48, note J-E Schoettl.

¹⁵³⁰ CE 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France, AJDA 1998, p 1010, conclusions R. Schwartz ; CE 21 décembre 2001, M et Mme Hofmann, RFDA 2002, p 176 ; CE 30 juillet 2003, M'Bow, n°247376.

¹⁵³¹ Voir en particulier : CE 21 décembre 2001, M et Mme Hofmann, précité.

¹⁵³² Sur cette question : L. Potvin-Solis, « Les effets des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français. », LGDJ 1999, p 284 et s. ; F. Berrod, « La systématique des voies de droit communautaires. », Dalloz 2003, p 779 et s. ; L. Dubouis, « A propos de deux principes généraux du droit communautaire. Droit au contrôle juridictionnel effectif et motivation des décisions des autorités nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire. », RFDA 1988, p 691.

¹⁵³³ En ce sens : F. Berrod, *ibid.*

Dans l'arrêt « Johnston » de 1986 ¹⁵³⁴, la Cour de Justice a affirmé que l'existence d'un contrôle juridictionnel est l'expression d'un principe général du droit qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. La Cour de Luxembourg rappelle que ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'il convient de tenir compte des principes dont s'inspire ce texte dans le cadre du droit communautaire.

Par la décision « Heylens » de 1987 ¹⁵³⁵, le juge communautaire précise que l'efficacité du contrôle juridictionnel sur les décisions adoptées par une autorité nationale implique que le juge national puisse non seulement obtenir, mais aussi exiger, la communication des motifs à l'origine d'un acte, lorsque celui-ci est contesté en justice.

Notons que pour la Cour de Luxembourg la motivation des actes qui émanent d'une autorité publique est perçue comme « l'une des conditions de l'effectivité du droit à la protection juridictionnelle ¹⁵³⁶».

Les Etats membres ont une obligation de résultat de respecter les règles communautaires, c'est une conséquence du principe de la primauté du droit communautaire. Certes, le droit communautaire respecte l'autonomie institutionnelle des Etats membres, et ces derniers sont libres de choisir d'organiser comme ils le souhaitent l'exercice des voies de recours juridictionnelles ¹⁵³⁷. Toutefois, cela ne doit pas remettre en cause les libertés reconnues aux personnes par le droit communautaire.

De ce point de vue, il nous semble que des restrictions de droit ou de fait à l'exercice du recours en cassation peuvent, dans certaines circonstances, constituer une atteinte au droit à un recours juridictionnel au sens du droit communautaire. Dans ces conditions, le droit au recours en cassation pourrait avoir une dimension supralégislative et le législateur ne serait pas en mesure d'en limiter l'exercice.

¹⁵³⁴ CJCE 15 mai 1986, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, Recueil de jurisprudence p 1651, conclusions M. Darmon.

¹⁵³⁵ CJCE 15 octobre 1987, *UNETEF c/ Heylens*, 222/86, Recueil de jurisprudence p 4097.

¹⁵³⁶ L. Dubouis, « A propos de deux principes généraux du droit communautaire... », op. cit., p 697.

¹⁵³⁷ L. Dubouis, op. cit., p 699.

Notons en effet que le Conseil d'Etat considère que les principes généraux de l'ordre juridique communautaire déduits du traité instituant la Communauté européenne ont la même valeur juridique que ce dernier. Les conseillers d'Etat ont implicitement accepté de contrôler si une loi est compatible avec les principes généraux du droit communautaire¹⁵³⁸.

Sous un autre aspect, cependant, le droit au recours en cassation pourrait en revanche ne pas constituer un recours juridictionnel effectif, dans la mesure où le juge de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond un certain nombre de questions. Nous avons vu, sur le fondement de la jurisprudence « Heylens », que l'efficacité du contrôle juridictionnel suppose un contrôle de la légalité des motifs de la décision attaquée. Dans la mesure où le contrôle de cassation est partiel, il peut ne pas constituer, dans certains litiges, un contrôle juridictionnel efficace au sens du droit communautaire.

Observons que pour la Cour de Luxembourg, le respect de l'équilibre institutionnel de l'Union européenne, tel qu'il résulte des Traités, paraît s'opposer à une remise en cause trop brutale des règles d'accès au prétoire du juge communautaire, notamment en ce qui concerne le droit des particuliers à contester les actes communautaires de portée générale. En effet, la Cour de Justice n'a pas voulu prétoriennement assouplir les conditions de recevabilité des requêtes présentées par les particuliers à l'encontre des actes réglementaires¹⁵³⁹, contrairement à ce qu'avait commencé à faire le Tribunal de première instance des Communautés européennes¹⁵⁴⁰.

Examinons brièvement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous savons que la Cour de Strasbourg attache une grande importance à la question du droit au juge¹⁵⁴¹. Les solutions retenues en ce domaine par le juge des droits de l'homme est de nature à influencer la portée du droit au juge de cassation.

¹⁵³⁸ CE 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, RFDA 2002, p 166, note P. Cassia ; AJDA 2002, p 1219, note A-L. Valembois.

¹⁵³⁹ CJCE 25 juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores c/ Conseil, C-50/00 P, Recueil de jurisprudence p I-6677 ; AJDA 2002, p 868, note F. Malvasio. Voir également : CJCE 30 mars 2004, Rothley e.a. c/ Parlement, C-167/02 P ; AJDA 2004, p 1080, obs. J-M. Belorgey, S. Gervasoni, Ch. Lambert.

¹⁵⁴⁰ TPICE 3 mai 2002, Jégo-Quéré c/ Commission, T-177/01, Rec. p II-2365 ; AJDA 2002, p 867, note F Malvasio.

¹⁵⁴¹ Sur cette question : L. Potvin-Solis, op. cit., p 291 et s. ; G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge. », in Liber amicorum Jean Waline, « Gouverner, administrer, juger. », Dalloz, 2002, p 471.

Dans les présents développements, nous n'aborderons pas les solutions rendues par la Cour de Strasbourg au sujet du droit à un recours effectif en vertu de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁴², mais uniquement celles qui concernent le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la même Convention. L'article 13 ne joue en fait qu'un rôle subsidiaire dans la jurisprudence de la Cour européenne¹⁵⁴³. Celle-ci a préféré construire sa jurisprudence relative au droit au juge sur le fondement de l'article 6. Ce droit au juge ne peut donc être invoqué que dans le champ d'application de cet article, à savoir le procès civil ou l'accusation pénale. Ce sont les solutions rendues en ces domaines qui sont susceptibles d'influencer le droit au recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

C'est à l'occasion de l'affaire « Golder » de 1975¹⁵⁴⁴ que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les stipulations de l'article 6-1 reconnaissent implicitement mais nécessairement le droit de saisir un tribunal. Plusieurs éléments ont été avancés pour justifier cette solution : la notion de prééminence du droit, les principes fondamentaux du droit universellement reconnus et le principe du droit international qui prohibe le déni de justice. L'accès au juge est en toute logique la condition préalable qui permet aux personnes intéressées de bénéficier d'un droit à un procès équitable.

Dans l'arrêt « Airey » de 1979¹⁵⁴⁵, la Cour européenne a précisé que le droit d'accès à un tribunal devait être concret et effectif et non pas purement théorique. Par conséquent, il ne doit pas exister d'obstacles, fût-ce de fait, qui entravent l'exercice de ce droit. On sait que c'est à la lumière des circonstances de chaque affaire que la Cour de Strasbourg apprécie s'il a été porté atteinte au droit d'accès à la justice.

Ainsi, le juge européen examine la complexité d'un litige afin d'apprécier si une personne peut utilement intenter une action sans être assistée par un conseil¹⁵⁴⁶. Il analyse également la situation pécuniaire d'un requérant pour déterminer si le coût financier d'un procès est de

¹⁵⁴² L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

¹⁵⁴³ L. Potvin-Solis, *Ibid.*

¹⁵⁴⁴ CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A, n°18, § 31 à 36.

¹⁵⁴⁵ CEDH 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A n°32.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

nature à le dissuader d'agir en justice¹⁵⁴⁷. La Cour européenne vérifie enfin si l'Etat a adopté des mesures positives afin d'assurer sur son territoire un droit effectif à la justice.

L'examen de la jurisprudence révèle que le droit d'accès effectif à un tribunal, au sens européen, est susceptible de sanctionner tout obstacle, de droit ou de fait, qui viendrait restreindre le droit d'une personne à intenter un recours en cassation. Le droit au recours en cassation apparaît, nous semble-t-il, comme un aspect particulier du droit d'accès au juge. De ce point de vue, le droit au recours en cassation peut acquérir une valeur supralégislative lorsqu'il est exercé dans un domaine qui entre dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les traités régulièrement ratifiés ont, en vertu de l'article 55 de la Constitution, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois. Faut-il en conclure que les solutions retenues par les juridictions européennes que nous venons d'examiner ont une autorité supérieure à la loi constitutionnelle ? Le droit au recours en cassation peut-il avoir une valeur supérieure à la Constitution ?

Par un arrêt du 30 octobre 1998¹⁵⁴⁸, l'Assemblée du contentieux a considéré que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle. Dans la logique de cette jurisprudence, il a été jugé que le principe de primauté du droit communautaire ne peut pas remettre en cause la suprématie de la Constitution¹⁵⁴⁹.

La réponse apportée sur ce point par la jurisprudence administrative est sans équivoque. Elle est au demeurant parfaitement logique si l'on pense que l'origine et l'existence de l'ordre juridictionnel administratif découlent de la Constitution¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁷ Sur la question de savoir si le système de l'aide juridictionnelle garantit en toute hypothèse le droit d'accès à la justice : G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p 481 et s.

¹⁵⁴⁸ CE Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, RFDA 1998, p 1081, conclusions C. Maugüé, note D. Alland ; AJDA 1998, p 962, chronique F. Raynaud et P. Fombeur ; RDP 1999, p 919, note J-F. Flauss.

¹⁵⁴⁹ CE 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, RFDA 2002, p 166, note P. Cassia ; AJDA 2002, p 1219, note A-L. Valembois. Rappelons que pour la Cour de Justice des Communautés Européennes, il y a primauté du droit communautaire sur les normes nationales et notamment les règles constitutionnelles : CJCE 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, 6 / 64 , Recueil de jurisprudence, p 1141 ; CJCE 9 mars 1978, Simmenthal, 106 / 77 , Recueil de jurisprudence, p 629.

¹⁵⁵⁰ F. Raynaud et P. Fombeur, *op. cit.*, p 965.

Que penser alors de la place du droit au recours en cassation en droit positif ?

Tout d'abord, il n'apparaît pas possible d'affirmer que le droit au recours en cassation constitue *stricto sensu* un principe général du droit administratif français. Soutenir le contraire reviendrait, nous semble-t-il, à penser qu'une solution retenue en matière d'excès de pouvoir est *ipso facto* transposable dans la théorie de la cassation administrative. Cela revient en un mot à nier la spécificité de la théorie administrativiste de la cassation et nous ne pouvons, au terme de ce travail, adhérer à pareille solution.

Aujourd'hui le droit au recours en cassation est, comme nous l'avons vu, un principe de valeur législative. Mais cela ne veut pas dire que le législateur a la possibilité de restreindre discrétionnairement l'exercice de cette voie de recours. Au contraire, il existe plusieurs principes qui ont une valeur supérieure à la loi et qui garantissent ce qu'il est convenu d'appeler le droit au juge.

Les formules jurisprudentielles interviennent dans des domaines différents, mais se ressemblent : droit à un recours juridictionnel effectif, au sens constitutionnel ou au sens communautaire, droit d'accès à un tribunal. Le législateur national est tenu de respecter ces règles. Or il est des situations où porter atteinte au droit au recours en cassation, aurait pour effet de transgresser une norme supralégislative.

On saisit d'emblée l'ambiguïté du problème : le droit au juge de cassation n'est qu'un aspect d'un principe plus large, à savoir le droit au juge.

Sous ce dernier aspect, le droit au juge de cassation est un principe général du droit *lato sensu*. C'est un principe fondamental qui est au cœur de notre système juridique. Ce recours tend, rappelons-le, non seulement à garantir l'égalité des justiciables devant la loi, mais aussi à assurer l'unité de la législation.

BIBLIOGRAPHIE

I - Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours, travaux collectifs, actes de colloques.

Association des magistrats et des anciens magistrats de la Cour de Cassation, « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990.

ATIAS (C), « Epistémologie juridique. », PUF, collection droit fondamental, 1985.

AUBY (J-M) et DRAGO (R), « Traité de contentieux administratif », LGDJ, 3^{ème} éd., 1984.

AUBY (J-M) et DRAGO (R), « Traité des recours en matière administrative », Litec, 1992.

AUROUX (S), Volume dirigé par, « Les notions philosophiques, dictionnaire », Encyclopédie philosophique universelle, PUF, 1998.

BECHILLON (D, de-), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat. », Préface de Pierre BON, Collection droit public positif, Economica, 1996.

BECHILLON (D, de-), « Qu'est-ce qu'une règle de Droit ? » Editions Odile Jacob, 1997.

BERGEL (J-L.), « Théorie générale du droit. », Dalloz, 2^{ème} éd., 1989.

BERROD (F), « La systématique des voies de droit communautaires. », Préface de R. Kovar, Dalloz 2003.

BOBBIO (N), « Essais de théorie du droit. », Traduit par M. GUERET avec la collaboration de C. AGOSTINI, Préface de R. GUASTINI, Collection La pensée juridique, Bruylant LGDJ, 1998.

BORE (J) BORE (L), « La cassation en matière civile », 2003 /2004, Dalloz février 2003.

- BOURCIER (D) et MACKAY (P), Sous la direction, « Lire le droit. Langue, texte, cognition. », Collection Droit et Société, publié avec le concours du CNRS, LGDJ, 1992.
- BOURREL (A), « Le Conseil d'Etat juge de cassation, face au pouvoir d'appréciation des juges du fond », Thèse Pau, 1999.
- BOUSSARD (S), « L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir », Préface de D. Labetoulle, Dalloz, 2002.
- CARTIER-BRESSON (A), « Le recours pour excès de pouvoir devant le juge de cassation ». Préface de D. LABETOULLE, Editions Panthéon Assas LGDJ, 1998.
- CARTON (J-P), « Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel. », Thèse Lille 2, 1995.
- CASSIA (P), « Les référés administratifs d'urgence », LGDJ, 2003.
- CHAPUS (R), « Droit administratif général », Tome 1 et 2, 15^{ème} éd., 2001.
- CHAPUS (R), « Droit du contentieux administratif. », Montchrestien, 11^{ème} édition, 2004.
- COZIAN (M.), « Précis de fiscalité des entreprises. », Litec, 25^{ème} éd., 2001-2002.
- CRUCIS (H-M.), « Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir. », LGDJ, 1991.
- DAVID (C), FOUQUET (O), PLAGNET (B) et RACINE (P-F), « Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale », Dalloz, 3^{ème} éd., 2000.
- DEBBASCH (Ch.) et RICCI (J-Cl.), « Contentieux administratif », Dalloz, 8^{ème} éd., 2001.
- DEGOFFE (M), « La juridiction administrative spécialisée », LGDJ, 1996.

DENIEUL (J-M.), « Petit traité de l'écrit judiciaire. », 2^{ème} éd., Dalloz, 2002.

DUBOUCHET (P), « Pour une théorie générale du droit. Essai sur les rapports du normatif et du logico-grammatical. », L'HERMES, 1993.

DUBOUCHET (P), « La pensée juridique avant et après le Code Civil. », L'HERMES, 4^{ème} édition, 1998.

FAYE (E), « La Cour de Cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile ». Librairie Marescq Ainé, A. Chevalier-Marescq et Cie, éditeurs, 1903.

FERRAND (F), « Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de Justice de la République fédérale d'Allemagne. », Préface de Serge GUINCHARD, PUF, 1993.

FOLLIOT (L), « Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif », Paris, LGDJ, collection Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993.

FONT-REAULX (P, de-), « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs », Librairie du Recueil Sirey, 1930.

FOULQUIE (P), avec la collaboration de SAINT-JEAN (R), « Dictionnaire de la langue philosophique. », PUF, 2^{ème} édition, 1969.

FREYDIER (J.-L.), « Le Conseil d'Etat, juge de cassation. », Thèse, Lille, 1993.

FRIER (P.-L.), « Précis de droit administratif », Montchrestien, 2^{ème} éd., 2003.

GAUDEMET (Y), STIRN (B), DAL FARRA (Th) et ROLIN (F), « Les grands avis du Conseil d'Etat », Préface M. LONG, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002.

- GENY (F), « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique. », LGDJ, 1919, Seconde édition, (réimprimé en 1995).
- GHIRARDI (O), « Le raisonnement judiciaire. », Traduit de l'espagnol argentin par Nelly Aldana de Prol, Philosophie du droit, Editions Bière, 1999.
- GOHIN (O), « Contentieux administratif », Litec, 3^{ème} éd., 2002.
- GOLDENBERG (L), « Le conseil d'Etat juge du fait. Etude sur l'administration des juges », Librairie Dalloz, 1932.
- GROTRIAN (A), « L'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Droit à un procès équitable. », Dossiers sur les droits de l'homme n° 13, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1994.
- HAARSCHER (G), Texte rassemblés par, « Chaïm Perelman et la pensée contemporaine. », Bruylant, Bruxelles, 1993.
- HERRERA (C. M.), « Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen. », Editions Kimé, Paris, 1997.
- JACQUEMART (D), « Le Conseil d'Etat, juge de cassation », LGDJ, 1957.
- JOBART-BACHELLIER (M-N) et BACHELLIER (X), « La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile. », 4^{ème} édition, Dalloz, 1998.
- KELSEN (H), « Théorie pure du droit. », Traduit par Charles Eisenmann, Bruylant LGDJ, collection la pensée juridique, 1999.
- KELSEN (H), « Théorie générale des normes. », Traduit par O. BEAUD et F. MALKANI, Collection Léviathan, PUF, 1996.
- KIRAT (T), « Economie du droit. », Editions La Découverte, 1999.

KTISTAKI (S), « L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif », LGDJ, 1991.

LABBEE (X), « Les critères de la norme juridique. », Presses Universitaires de Lille, 1994.

LAFERRIERE (E), « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », Paris Berger-Levrault, 2 volumes, 1^{ère} éd. 1887-1888, 2^{ème} éd. 1896.

LENOBLE (J) et BERTEN (A), « Dire la norme. Droit, politique et énonciation. », La pensée juridique moderne, Bruylant LGDJ, 1996.

Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande chambre de la Cour de cassation, Université R. Schuman de Strasbourg (Equipe de recherche Droit comparé des droits de l'homme), Cour de cassation, Bruylant, Bruxelles, 1996.

L'image doctrinale de la Cour de Cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, sous l'égide de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, La Documentation Française, 1994.

LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), DELVOLVE (P) et GENEVOIS (B), « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 14^{ème} éd., Dalloz, 2003.

MAILLOT (J-M.), « La théorie administrativiste des principes généraux du droit. », Préface de J-L. AUTIN, Dalloz 2003.

MANSON (C), « Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat. », Thèse, Tours, 1994.

MARKUS (J-P), « Les juridictions ordinaires. », LGDJ, 2003.

MARTY (G), « La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait. », Librairie du Recueil Sirey, 1929.

- MASSOT (J), Sous la direction de, « Le Conseil d'Etat de l'an VIII à nos jours : livre jubilaire du deuxième centenaire », éd. Adam Biro, 1999.
- MASSOT (J), FOUQUET (O), STAHL (J-H.) et GUYOMAR (M), « Le Conseil d'Etat juge de cassation », Berger-Levrault L'administration nouvelle, 5^{ème} édition, 2001.
- MEYER (M), Edité par, « De la métaphysique à la rhétorique. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman avec un inédit sur la logique rassemblés par Michel Meyer.», Editions de l'Université de Bruxelles, Faculté de Philosophie et Lettres XCIX, Philosophie et Histoire des Idées, 1986.
- MOLFESSIS (N), « Le Conseil Constitutionnel et le droit privé. », Préface de M. GOBERT, LGDJ, 1997.
- MONTAZEL (L), « Entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle. », Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1998.
- ODENT (R), « Contentieux administratif », 6 fascicules , Les cours de droit, IEP Paris, Paris, 1981.
- OLLERO-TASSARA (A), « Droit « positif » et droits de l'homme. », Traduit de l'espagnol par Denis POHE TOKPA, en collaboration avec : M. Pilar FUERTES-AZPILLAGA, Mmes Catherine GARCIN et Hauria MAADI, Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit, Editions Bière, 1997.
- OPPETIT (B), « Droit et modernité. », Collection Doctrine juridique, PUF, 1998.
- PACTEAU (B), « Contentieux administratif », PUF, Droit fondamental, 6^{ème} éd., 2002.
- PAULME (M), « Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat. », Librairie du Recueil Sirey, 1931.

PEISER (G), « Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel », Sirey, 1958.

PEISER (G), « Contentieux administratif », Dalloz, Mémentos, 13^{ème} éd., 2004.

PERELMAN (Ch.) et OLBRECHTS-TYTECA (L), « La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation. », Tome premier, PUF, 1958.

PERELMAN (Ch.), Etudes publiée par, « La règle de droit. », Travaux du Centre national de recherches logique, E. Bruylant, Bruxelles, 1971.

PERELMAN (Ch.), « Logique juridique. Nouvelle rhétorique. », ouvrage paru initialement en 1979, Dalloz, 2^{ème} édition, 1999.

PERELMAN (Ch.), VANDER ELST (R), Etudes publiées par, « Les notions à contenu variable en droit. », Travaux du Centre national de recherches de logique, E. Bruylant, Bruxelles, 1984.

POTVIN-SOLIS (L), « Les effets des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français. », LGDJ 1999.

RABAULT (H), « L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique. », L'Harmattan, 1997.

RAINAUD (N), « Le commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat », Préface de R. CRISTINI, LGDJ 1996.

RAPP (L) et TERNEYRE (Ph.), sous la direction, « Lamy Droit public des affaires. Aides publiques. Contrats et marchés publics. Gestion du patrimoine public. Contentieux. », LAMY S.A. 1999.

RIALS (S), « Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité », LGDJ, 1980.

- RIGAUX (F), « La nature du contrôle de la Cour de cassation. », préface de J. DABIN. Bruylant, Bruxelles, 1966.
- RIPERT (G), « Les forces créatrices du droit. », 2^{ème} édition, LGDJ, 1955.
- ROLAND (H) et BOYER (L), « Adages du droit français. », Litec, 3^{ème} éd., 1992.
- ROUGEVIN-BAVILLE (M), « La responsabilité administrative », Hachette, 1992.
- ROUVIERE (J), « Le Conseil d'Etat juridiction de cassation. », Librairies techniques 1958.
- STAMATIS (C), « Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique. », PUBLISUD, 1995.
- VELU (J), Mélanges offerts à, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992.
- VINCENT (J) et GUINCHARD (S), « Procédure civile. », Précis Dalloz, 25^{ème} éd., 1999.
- VIRALLY (M), « La pensée juridique. », LGDJ, Editions Panthéon Assas, collection les introuvables, 1998.
- WALINE (Jean), Liber amicorum, « Gouverner, administrer, juger. », Dalloz, 2002.
- ZENATI (F), « La jurisprudence. », Méthodes du droit, Dalloz, 1991.

II - Articles, communications.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), « Le contentieux de la légalité à l'épreuve du contrôle de cassation : l'exemple du contentieux fiscal. », RFDA, 1994, p 916.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), « Le décret du 24 juin 2003 relatif aux Cours administratives d'appel et ses incidences sur le contentieux fiscal », RJF 10 / 03, p 760.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), « Le procès équitable dans la jurisprudence fiscale du Conseil d'Etat. », RFFP n°83, 2003, p 25.

ATIAS (C), « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. », in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation », Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, 1994, p73.

BACHELLIER (X), « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit. », in « L'image doctrinale de la Cour de Cassation », Acte du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de Cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, La documentation française, 1994, p 91.

BARJOT (A), « Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Sa place par rapport au recours pour excès de pouvoir et au recours en cassation devant la Cour de Cassation », EDCE 1951, n°5, p 64.

BARTHOUIL (T), « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé. », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1992-2, p 343, 1992-3, p 619.

BECHILLON (D, de-), « Le contrat comme norme dans le droit public positif », RFDA, 1992, p 15.

BELLET (P), « Grandeur et servitudes de la Cour de Cassation. », RIDC, 1980, p 293.

- BERTRAND (C.), « Congés, prestations sociales, hygiène et sécurité », Editions du Juris-Classeur, 1997, Administratif, Fascicule 182.
- BERTUCCI (J-Y.), « Les juridictions financières et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. », RFFP n°85, 2004, p 99.
- BLANCHARD (F), « Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémiques de la catégorisation. », in « Lire le droit. Langue, texte, cognition. », publié sous la direction de Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY, Collection Droit et Société, publié avec le concours du CNRS, LGDJ, 1992, p 223.
- BONICHOT (J-C.), « Le Conseil d'Etat, juge de cassation dans le domaine de l'urbanisme », Annuaire français du droit de l'urbanisme, Dalloz, 1998, p 27.
- BONICHOT (J-C.), « Le commissaire du Gouvernement », in « Le Conseil d'Etat de l'an VIII à nos jours : livre jubilaire du deuxième centenaire », sous la direction de J. Massot, éd. Adam Biro, 1999, p 145.
- BORE (J), « L'avenir du contrôle normatif face aux fluctuations du contrôle des qualifications. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 193.
- BOULET-SAUTEL (M), « La cassation sous l'Ancien régime. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 1.
- CABANNE (J-C.), « Le recours en cassation contre les arrêts de la Cour des Comptes », Rev. du Trésor, 1979, p 187.
- CALON (J-P), « La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Une comparaison. », RIDC, 1978, p 229.
- CATTOIR-JONVILLE (V), « Aux origines de la gestion de fait, la gestion occulte. », RFFP n°66, 1999, p 11.

CAYLA (O), « La qualification, ou la vérité du droit. », DROITS, 1993, N°18, p3.

CELERIER (T), « La cassation administrative. », LPA 20 janvier 1992, N°9, p 14.

CHABANOL (D), « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress. », AJDA 2002, p 9.

CHAPUS (R), « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif. », D 1966, chronique, p 99.

CHAPUS (R), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative. », Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, p 265.

CHAPUS (R), « Le contrôle des faits par le Conseil d'Etat français en tant que juge de cassation », RIDC, Journées de la société de législation comparée, 1980, p 183.

CHAPUS (R), « Les aspects procéduraux. », AJDA 1988, p 93.

CHAPUS (R), « Le juge de cassation vu par lui-même. », RFDA 1993, p 756.

CHEVALLIER (J), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle. », Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p 275.

COHEN-JONATHAN (G), « Le droit au juge. », in Liber amicorum Jean WALINE, « Gouverner, administrer, juger. », Dalloz, 2002, p 471.

COLIN (F), « Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif. », RDP 2000, p 779.

COSTA (J-P), « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative : le principe vu par la Cour européenne des droits de l'homme. », AJDA 2001, p 514.

COTE (P-A.), « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes. », in « Lire le droit. Langue, texte, cognition. », publié sous la direction de Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY, Collection Droit et Société, publié avec le concours du CNRS, LGDJ, 1992, p 133.

CREGUT (P), « L'enregistrement des candidatures aux élections municipales », AJDA 1990, p 358.

DAMIEN (A) et BORE (J), « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile. », RFDA 1990, p 91.

DARNANVILLE (H-M.), « La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation. », AJDA 2001, p 416.

DEBBASCH (Ch.), « L'amnistie en matière disciplinaire. », D 1963, chron., p 259.

DIEUX (X), « Vers un droit « post-moderne » ? (Quelques impressions sceptiques). », in Mélanges offerts à Jacques VELU, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 39.

DOUAT (E), « La Cassation », in Juris-Classeur administratif, Fasc. 1106 et 1107.

DRAGO (R.), « L'évocation dans la procédure administrative », RDP 1957, p 453.

DUBOUIS (L), « A propos de deux principes généraux du droit communautaire. Droit au contrôle juridictionnel effectif et motivation des décisions des autorités nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire. », RFDA 1988, p 691.

DUMON (F), « La mission attribuée à la Cour de Cassation par l'article 95 de la Constitution. La notion de « loi » dont la violation donne ouverture à un pourvoi devant la Cour. », in Mélanges offerts à Jacques VELU, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 885.

DUPUY (R.-J.), « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », RDP 1950, p 505.

FOUQUET (O), « Recours en cassation », in Encyclopédie Dalloz, Contentieux administratif.

GAUDEMET (Y), « Appel », Répertoire Dalloz de contentieux administratif, t1.

GHERARDI (E), « La note en délibéré dans le contentieux administratif. De la filiation de la décision Leniau au statut des conclusions du commissaire du gouvernement. », AJDA 2003, p 2243.

GIULIANI (A), « Le rôle du « fait » dans la controverse (à propos du binôme « rhétorique-procédure judiciaire ») », in Archives de la philosophie du droit, Tome 39, Le procès, publié avec le concours du CNRS, Sirey, 1995, p 229.

GLORION (B), « L'ordre des médecins : quels pouvoirs ? », Pouvoirs, 89, 1999, p 135.

GOHIN (O), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », DROITS, 1989, N°9, La fonction de juger, p 93.

GOULARD (G), « L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat », RJF 8-9 / 1993, p 623.

GRIZE (J.-B.), « Déduction et inférence. », in « Lire le droit. Langue, texte, cognition. », publié sous la direction de Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY, Collection Droit et Société, publié avec le concours du CNRS, LGDJ, 1992, p 233.

GUENOUN (G), « Les avocats et la garantie d'impartialité : les cordonniers sont toujours les plus mal chaussés. », Gaz. Pal., 30 juillet – 1^{er} août 2000, Tribune Libre, p 5.

GUYOMAR (M), « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative : le principe vu par le Conseil d'Etat. », AJDA 2001, p 518.

HALPERIN (J-L.), « Le Tribunal de cassation sous la révolution (1790 – 1799). » in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 25.

IVAINER (Th.), « L'interprétation des faits en droit. Deux notations pour une Postface. », in « Lire le droit. Langue, texte, cognition. », publié sous la direction de Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY, Collection Droit et Société, publié avec le concours du CNRS, LGDJ, 1992, p165.

JESTAZ (Ph.), « La qualification en droit civil. », DROITS, 1993, N°18, p 45.

KELLER (L), « La procédure d'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'Etat », in « Le nouveau juge administratif des référés », sous la direction de P. Wachsmann, Presses Universitaires de Strasbourg, 2002, p 185.

KLAOUSEN (P), « Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. », LPA 30 juillet 1993, p 22.

LABETOULLE (D), « Les premières applications de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987. », RFDA, 1989, p 893.

LABETOULLE (D), « La qualification et le juge administratif: quelques remarques. », DROITS, 1993, N°18, p 31.

LAJOIE (A), ROBIN (R) et CHITRIT (A), « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous. », in « Lire le droit. Langue, texte, cognition. », publié sous la direction de Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY, Collection Droit et Société, publié avec le concours du CNRS, LGDJ, 1992, p 155.

LAMBERT (Ch.), « Le concept européen de procès équitable. », RFFP n°83, 2003, p 41.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), « Sur le caractère objectif du contrôle exercé par le juge des comptes... », Rev. Trésor 2003, p 35.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), « Plaidoyer pour assurer le succès d'une réforme. La loi organique relative aux lois de finances et la nécessaire refonte de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables. », RFDA 2004, p 398.

LA VAISSIERE (F, de-), « Strasbourg, mode d'emploi. », Gaz. Pal., 24-26 juin 2001, p 47.

LEBEN (Ch.), « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire. », in « Chaïm Perelman et la pensée contemporaine. », Texte rassemblés par G. HAARSCHER, Bruylant, Bruxelles, 1993, p 215.

LE BERRE (H), « La jurisprudence et le temps. », DROITS, N° 30, « Temps, interprétation et droit », p 71.

LEBRETON (G), « L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIII^e siècle. », RDP 1986, p 1599.

LEGER (J), « Les réformes de la procédure devant la Cour administrative d'appel introduites par le décret du 24 juin 2003 », Droit prospectif, 2003, n° spécial, n°18, p 3139.

LETOURNEUR (M), « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », EDCE 1958, n° 12, p 59.

LEVY (M. J.) et PRETOT (X), « Le juge, le justiciable et le tomahawk. », AJDA, 1988, p109.

MAMONTOFF (C), « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives. », RFDA 1999, p1004.

MARCUS HELMONS (S), « La présence du Ministère public aux délibérations de la Cour de Cassation ou l'affaire Borgers. », in Mélanges offerts à Jacques VELU, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 1379.

MARKUS (J.-P.), « Qualification juridique des faits et cassation administrative fiscale. », AJDA 1995, p75.

MARTENS (P), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité. », in Mélanges offerts à Jacques VELU, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 49.

MARTIN-LAPRADE (B), « Le « filtrage » des pourvois et les « avis » contentieux. », AJDA, 1988, p 85.

MASSOT (J), « La cassation. », AJDA n° spécial, 1995, p200.

MELCHIOR (M), « La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. », in Mélanges offerts à Jacques VELU, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 1327.

MESCHERIAKOFF (A-S.), « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente. », AJDA 1976, p 596.

MODERNE (F), « Actualité des principes généraux du droit. », RFDA 1998, p 495.

MODERNE (F), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit. », RFDA 1999, p 722.

MONTEILLET (I), « La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence. », Gaz. Pal., 8 – 9 septembre 2000, doctrine, p 25.

MORANGE (G), « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit. », RDP 1997, p 761.

MOZOL (P), « Le contentieux administratif français face aux exigences du droit à être jugé dans un délai raisonnable », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, n°2004-2 (volume I), p 1015.

PACTEAU (B), « Le décret du 24 juin 2003 au secours des Cours administratives d'appel », RFDA 2003, p 910.

PACTEAU (B), « Le contentieux administratif, affranchi du timbre. A propos de l'ordonnance n°2003-1235 du 24 décembre 2003 et du décret n°2003-1057 du 26 décembre 2003. », RFDA 2004, p 89.

PERDRIAU (A.), « Etendue de la saisine des juridictions de renvoi après cassation », Les Petites affiches 27 novembre 2000, n° 236, p 10.

PERDRIAU (A.), « Sens des arrêts », Editions du Juris-Classeur, 2001, Procédure civile, Fascicule 796.

PERROT (R), « Cour de Cassation et Conseil d'Etat à travers leurs fonctions de juges suprêmes. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 – 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 145.

PHILIP (L), « Le procès équitable dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. », RFFP n°83, 2003, p 11.

PICARD (E), « La cassation administrative : Premier bilan en matière de responsabilité et premiers arrêts en matière de sursis. », JCP, Ed. G, 1994, I, 3751.

POLLMANN (C), « L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques. », RDP 1996, p1653.

PRETOT (X), « La Cour des comptes et le principe de l'impartialité du juge. », RDP 2000, p323.

RENARD-PAYEN (O), « Effets et suites des arrêts de la Cour de Cassation. », Editions du Juris-Classeur, 2002, Procédure civile, Fascicule 798.

RENOUX (Th. S.), « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français. », in Mélanges offerts à Jacques VELU, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 307.

RENOUX (Th. S.), « Le droit au juge naturel, droit fondamental. », RTD Civ., janv.-mars 1993, p 33.

RENOUX (Th. S.), « Le droit au recours juridictionnel. », JCP (éd. G), 1993, I, n°3675, p 211.

RIALS (S), « Les standards, notions critiques du droit. », in Etudes publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, « Les notions à contenu variable en droit. », Travaux du Centre national de recherches de logique, E. Bruylant, Bruxelles, 1984, p 39.

RIALS (S), « Pouvoir discrétionnaire », in Répertoire Dalloz de contentieux administratif, n°32.

STAHL (J.-H.), « Recours en cassation », in Rép. Cont. Adm. Dalloz, janvier 2003.

STAHL (J.-H.), « La cassation. », La Revue Administrative, Le Conseil d'Etat Evolutions et révolution du contentieux administratif, Numéro spécial 1999, p 83.

TERRE (F), « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman. », in « Chaïm Perelman et la pensée contemporaine. », Texte rassemblés par G. HAARSCHER, Bruylant, Bruxelles, 1993, p 245.

THERY (J-F.), « Le statut des objecteurs de conscience en France et la jurisprudence du Conseil d'Etat », EDCE, 1980-1982, n°32, p 115.

TOURARD (H), « Quelques observations sur le Conseil d'Etat juge de cassation. », RDP 2000, p 487.

TRAORE (S), « Obligation de se prononcer sur tous les moyens en matière d'urbanisme. », DA Mai 2001, n° 5, p 28.

TROPER (M), « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française. », in Mélanges offerts à Jacques VELU, « Présence du droit public et des droits de l'homme. », Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1992, p 829.

TUNC (A), « La Cour Suprême idéale. », RIDC, 1978, p 433.

VANDENDRIESSCHE (X), « La déclaration de gestion de fait. », RFFP n°66, 1999, p 21.

VIER (Ch.-L.), « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987. », AJDA 1988, p118.

III - Conclusions, notes, commentaires, chroniques de jurisprudences.

ABRAHAM (R), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 19 avril 1991, 2 affaires : M. Belgacem, n° 107470 ; Mme Babas, n° 117680, p 152.

ABRAHAM (R), Conclusions sur Conseil d'Etat, 19 juin 1991, Ville d'Annecy c/ M. Dussolier, AJDA, 1992, p150.

ALLAND (D), Note sur Conseil d'Etat, Assemblée, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, RFDA 1998, p 1081.

ANJUERE (P-A.) et BERGER (M), Réforme des procédures de référé administratif, Les nouvelles fiscales, n° 831, 1^{er} septembre 2000, p 30.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 20 novembre 1992, M. Marcel Joseph, AJDA, 1993, p130.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 13 janvier 1993, Ministre du budget c/ Congrégation chrétienne des témoins de Jéhova du Puy, AJDA 1993, p307.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), Conclusions sur Conseil d'Etat, 26 janvier 1994, M. Funel, RFDA, 1995, p 675.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), Conclusions sur Conseil d'Etat, 16 février 1994, Francelet, RJF 1994, p 210.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), Conclusions sur Conseil d'Etat, 29 juillet 1994, SA Prodes international, RJF 1994, n° 1048 et p 587.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), Conclusions sur CE Ass. 27 octobre 1995, Ministre du Logement c/ Mattio, n° 150703.

ARRIGHI DE CASANOVA (J), Conclusions sur CE, Section, 9 juillet 1997, Agence national pour la participation des employeurs à l'effort de construction, AJDA 1997, p701.

AUTIN (J-L), Note sur Conseil Constitutionnel 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel, (248 DC), Rev. Adm. 1989, p 223.

AUTIN (J-L) et SUDRE (F), Note sur CEDH 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, RFDA 1996, p 777.

AZIBERT (M) et BOISDEFFRE (M, de-), Chronique générale de jurisprudence administrative française, sur le retrait de la qualité de réfugié : CE, Sect. 12 décembre 1986, Tshibangu, CE 19 décembre 1986, Zapirain Elizalde, CE 19 décembre 1986, Aramburu Garmendia, AJDA, 1987, p 86.

AZIBERT (M) et BOISDEFFRE (M, de-), Chronique générale de jurisprudence administrative française, sur le droit des Réfugiés : CE 4 décembre 1987, M. Augustin Merchan, CE 4 décembre 1987, M. Jose Angel Urtiaga Martinez, CE 4 décembre 1987, M.

Jose Maria Zaldua, CE 4 décembre 1987, M. Lopez de Abechuco Linquiniano, AJDA, 1988, p 154.

BACHELIER (G), Conclusions sur Conseil d'Etat 30 mars 1994, (req. n° 115360) SARL Le Provence et (req. n° 133898) Min. c/ Feraud, DF 1994, n° 29, comm. 1434.

BAILLY (P.), Note sur Civ. 3^{ème} 11 juin 1987 et Civ. 2^{ème} 16 mars 1988, D 1988, p 527.

BARTHELEMY (Jean), Note sur CE 18 novembre 1994, Société Clichy dépannage, Dalloz, 1995, Sommaires commentés, p 241.

BELORGEY (J-M), GERVASONI (S) et LAMBERT (Ch), Note sur CJCE 30 mars 2004, Rothley e.a. c/ Parlement, C-167/02 P ; AJDA 2004, p 1080.

BERGEAL (C), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 27 mars 1998, Société d'assurances La Nantaise et L'Angevaine réunies, RFDA 1998, p 732.

BERGEAL (C), Conclusions sur Conseil d'Etat, 2 juillet 1999, SA Bouygues et autres, CJEG Octobre 1999, p357.

BERGEAL (C), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 8 décembre 1999, Société BORG WARNER, CJEG, Février 2000, p 87.

BONICHOT (J.-C.), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 28 juillet 1993, Consorts Dubouloz, n° 117449, RFDA 1994, p 36.

BONICHOT (J.-C.), « La publicité des débats devant les juridictions administratives et l'article 6 de la Convention européenne de droits de l'homme. », Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 29 juillet 1994, Département de l'Indre, RFDA 1995, p161.

BONICHOT (J.-C.), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 31 mars 1995, Lavaud, LPA 5 juillet 1995, N° 80, p 4.

BONICHOT (J.-C.), Conclusions sur CE 28 juillet 1999, GIE Mumm Perrier Jouet, LPA 8 décembre 1999, N°244, p9.

BOURREL (A), Note sur Conseil d'Etat, Section, 27 mars 1998, Société d'assurances La Nantaise et L'Angevaine réunies, RFDA 1998, p 742.

BOURREL (A), Note sur Conseil d'Etat, Section, 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p124.

BRAIBANT (G), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 12 décembre 1958, Banque Alsacienne privée, AJDA 1959, I, 24.

BRAIBANT (G), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, p 409.

BRAIBANT (G), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 17 décembre 1971, Sieur Virapin-Apou, p 779.

BRAIBANT (G), Conclusions sur Conseil d'Etat 2 mars 1973, Demoiselle Arbousset, RDP 1973, p 1066.

CHANTEPY (C), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 3 novembre 1995, (3 espèces) Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, District de l'agglomération nancéienne et Société Stentofon – Communications, RFDA 1995, p 1077.

CHARDEAU Conclusions sur CE Section 6 mars 1953, Abbé Giloteaux, p 117.

CHAUVAUX (D) et GIRARDOT (Th-X.), Chronique générale de jurisprudence administrative française, sur Conseil d'Etat, Section, 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice c/ Epoux Q., AJDA 1997, p 430.

CHAUVAUX (D), Conclusions sur Conseil d'Etat 29 juillet 1998, Mme Esclatine, D 1999, jurisprudence, p 85.

CHAUVAUX (D), Conclusions sur Conseil d'Etat Section 30 novembre 1998, Fédération nationale de l'industrie hôtelière, RFDA 1999, p 392.

CHAVRIER (H), HONORAT (E) et BERGUES (G, de-), Actualité du droit communautaire, CJCE 14 décembre 1995, Peterbroeck (C-312/93) et Van Schijndel (C-430/93), AJDA 1996, p 276 et s.

CHEVALLIER (J), Note sur Conseil d'Etat, Section, 20 novembre 1970, Sieur Bouez et UNEF, AJDA 1971, p 483.

COMBARNOUS et GALABERT, Chronique générale de jurisprudence administrative, AJDA, 1960, p 339.

CORNEILLE, Conclusions sur Conseil d'Etat 20 juin 1913, Téry, p 736.

COSTA (J-P.), Conclusions sur Conseil d'Etat Section 22 mai 1982, Mlle Bloc'h, AJDA 1982, p 166.

COUTANT (A), Note sur Conseil d'Etat 30 décembre 2003, Beusoleil et Mme Richard, RFDA 2004, p 371.

COUZINET (Ph.), « Le nouveau statut des objecteurs de conscience. TA de Paris, 11 juillet 1984, M. Olivier Borne c/ Ministre de la Défense, RFDA 1985, p 425.

DAEL (S), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 3 mars 1989, M. Falola, RFDA, 1989, p950.

DAEL (S), Conclusions sur Conseil d'Etat, 21 octobre 1992, Société SETEC-Travaux publics, RFDA 1993, p 742.

DAMAREY (S), « L'application de la jurisprudence Labor Metal par les chambres régionales des comptes. », Note sur Chambre régionale des comptes d'Ile-de-France 12 mai 2003, Association Institut municipal des sports de Levallois-Perret (2 espèces), Association Comité des œuvres sociales de Levallois-Perret, RFDA 2004, p 392.

DEGUERGUE (M), Note sur Conseil d'Etat 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk, AJDA 2003, p 1946.

DELVOLVE (J), Conclusions sur CE Ass. 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, RDP 1951, p 478.

DENIS-LINTON (M), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 2 décembre 1994, Mme Agyepong, RFDA 1995, p 86.

DE SOTO (J.), Observations sur CE 12 décembre 1953, Sieur de Bayo, AJDA 1954, II, p 138.

DEWOST (J.-L.) et DENOIX DE SAINT MARC (R), Chronique in AJDA 1969, p 558, sur CE Ass. 12 juillet 1969, L'Etang.

DEYGAS (S.), Note sur Conseil d'Etat, 19 mai 2000, M. Le Gall et Mme Trumel, Procédures, Mars 2001, n° 3, p 19.

DEYGAS (S.), Note sur Conseil d'Etat, Section, 20 octobre 2000, Société Habib Bank Limited, Procédures, Février 2001, n° 2, p 23.

DEYGAS (S.), Note sur Conseil d'Etat (avis) 20 octobre 2000, Mme Torrent, Procédures, Février 2001, n° 2, p 22.

DEYGAS (S.), Note sur Conseil d'Etat, Section, 18 janvier 2001, Commune de Venelles, Procédures, Mars 2001, n° 3, p 20.

DEYGAS (S.), Note sur Conseil d'Etat, Section, 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, Procédures, Mai 2001, n° 5, p 17.

DONNAT (F) et CASAS (D), Chronique générale de jurisprudence administrative française, observations sur CE Ass. 28 juin 2002, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Magiera, n°239575, AJDA 2002, p 596.

DRAGO (R.), Note sur CEDH 7 juin 2001, Kress c/ France, D 2001, p 2619.

FARGE (H), Commentaires sur Conseil d'Etat, Section, 28 juillet 1993, Consorts Dubouloz, n° 117449, D 1995, SC, p 237.

FAVOREU (L), Chronique sur Conseil Constitutionnel 2 décembre 1980, (119 L), RDP 1981, p 628.

FAVOREU (L), Chronique sur Conseil Constitutionnel 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel, (248 DC), RDP 1989, p 399.

FLAUSS (J-F), Note sur CEDH 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, AJDA 1996, p 383.

FLAUSS (J-F), Note sur Conseil d'Etat, Assemblée, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, RDP 1999, p 919.

FLAUSS (J-F), Chronique sur CEDH 8 décembre 1999, Pellegrin c/ France, AJDA 2000, p 530.

FOMBEUR (P) et GUYOMAR (M), Chronique générale de jurisprudence administrative française, observations sur CE Section, 11 juin 1999 (5 affaires : Ministre de l'Intérieur c/ M. El Mouhaden ; M. Cheurfa ; Mme Chicard ; M. Prouvost ; Société Les Grands Moulins de Strasbourg.), AJDA 1999, p789.

FOMBEUR (P), Conclusions sur Conseil d'Etat, 5 juin 2002, Mlle B., AJDA 2002, p 615.

FOUQUET (O), Conclusions sur Conseil d'Etat, 5 juin 1991, Société d'exploitation Frédéric Findling, DF 1991, n° 40, comm. 1813.

FOUQUET (O), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 juillet 1992, Normand, DF, 1993, n° 10, comm. 527.

- FOUQUET (O), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 juillet 1992, Société Musel SBP, RJF 8-9 / 92, n° 1249.
- FRATACCI (S), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 23 juin 1995, Conseil régional d'Aquitaine, Mme Lefèvre, RFDA, 1996, p 491.
- GAEREMYNCK (J), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, RFDA, 1991, p942.
- GAEREMYNCK (J), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 5 juillet 1991, Société « Mondial Auto », RFDA, 1991, p949.
- GAVALDA (C), Note sur CE Ass. 13 mars 1981, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et autres, D 1981, p 418.
- GENEVOIS (B), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 19 décembre 1980, Hechter, Gaz. Pal. 1981, 2, p 544.
- GENEVOIS (B), Note sur Conseil Constitutionnel 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel, (248 DC), RFDA 1989, p 215.
- GENEVOIS (B), Note sur Conseil Constitutionnel 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, (325 DC), RFDA 1993, p 871.
- GENTOT (M), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 12 octobre 1973, Kreitmann, RDP 1974, p 1150.
- GILLI (J-P.), Note sur Conseil d'Etat, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, AJDA 1996, p 788.
- GONZALEZ (G), Note sur CEDH 8 décembre 1999, Pellegrin c/ France, RDP 2000, p 711.
- GONZALEZ (G), Note sur CEDH 7 juin 2001, Kress c/ France, RDP 2002, p 684.

GONZALEZ (G), Note sur CEDH 21 mars 2002, APBP c/ France, RDP 2003, p 694.

GUETTIER (C), Note sur Conseil d'Etat Section 21 décembre 2001, M. Dio, AJDA 2002, p 641.

GUILLAUME (G), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 26 juillet 1978, Auguste, p 336.

GUYOMAR (M) et COLLIN (P), Chronique générale de jurisprudence administrative française, CE Section 3 décembre 1999, affaires : M. Didier ; M. Leriche c/ Conseil national de l'ordre des médecins ; Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf et GIE Federal Service, AJDA 2000, p 126.

GUYOMAR (M) et COLLIN (P), Chronique générale de jurisprudence administrative française, CE Ass. 23 février 2000, Société Labor Métal, AJDA 2000, p 404.

GUYOMAR (M) et COLLIN (P), Chronique générale de jurisprudence administrative française, CE Section 5 juillet 2000, Mme Rochard, AJDA 2000, p 613.

GUYOMAR (M) et COLLIN (P), Chronique générale de jurisprudence administrative française, CE Section 20 octobre 2000, Société Habib Bank Limited, AJDA 2000, p 1001.

GUYOMAR (M) et COLLIN (P), Chronique générale de jurisprudence administrative française, CE Section 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, Société Sud-Est assainissement, AJDA 2001, p 461.

GUYOMAR (M) et COLLIN (P), Chronique générale de jurisprudence administrative française, Conseil d'Etat, Ass., 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, AJDA 2002, p 127.

GUYOMAR (M), Conclusions sur Conseil d'Etat 17 octobre 2003, Dugoin, Rev. Trésor 2004, p 143.

GUYOMAR (M), Conclusions sur Conseil d'Etat 30 décembre 2003, Beausoleil et Mme Richard, RFDA 2004, p 365.

HAGELSTEEN (M-D.), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 11 janvier 1991, SA Morgane, RFDA 1991, p 652.

HAGELSTEEN (M-D.), Conclusions sur Conseil d'Etat, 25 mars 1991, M. Yaffi, DF 1991, N° 41, comm. 1846.

HAGELSTEEN (M-D.), Conclusions sur Conseil d'Etat, 15 janvier 1992, M. Perrichet, DF 1992, n° 48-49, comm. 2288.

HEUMANN Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 24 juin 1960, 1^{ère} affaire : SARL « Le Monde » ; 2^{ème} affaire : Société Frampar, p 412.

HONORAT (E) et SCHWARTZ (R), Chronique générale de jurisprudence administrative française, Conseil d'Etat, Section, 11 janvier 1991, Société Morgane, AJDA 1991, p 111.

HOSTIOU (R), Note sur Conseil d'Etat, 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, D 1999, jurisprudence, p101.

HUBERT (P), Conclusions sur CE, Section, 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p112.

JOUQUELET (J-P.), Chronique générale de jurisprudence administrative française, CAA Lyon 1^{er} juin 1994, SA Entreprise Lamy, AJDA 1994, p 799.

KESSLER (D), Conclusions sur CE, Section, 18 juin 1993, M. Haddad, AJDA, 1993, p572.

KESSLER (D), Conclusions sur CE, Section, 18 mars 1994, 2 affaires : Caisse nationale d'assurance maladie c/ M. Cohen et Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord c/ M. Gueniot, RFDA 1995, p 664.

LAMARQUE (D) et MILLER (G), « La loi du 21 décembre 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des Comptes et ses textes d'application : missions, compétences, procédures. », AJDA 2002, p 740.

LAMBERT (C), Observations sur Cour administrative d'appel de Paris 21 octobre 1999, Territoire de la Polynésie Française, AJDA 2000, p 233.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat, Assemblée, 23 février 2000, Société Labor Métal, Rev. Trésor 2000, p 682.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Cour des Comptes 27 janvier 2000, Société RMR, Région Alsace, Rev. Trésor 2000, p 694.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 13 février 2002, Mme Cans, Rev. Trésor 2004, p 137.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 13 février 2002, Abran, Rev. Trésor 2004, p 141.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 8 novembre 2002, Buisson, Rev. Trésor 2004, p 135.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 24 février 2003, Perrin et Deltana, Rev. Trésor 2004, p 139.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 4 juillet 2003, Dubreuil, Rev. Trésor 2004, p 151.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 30 juillet 2003, Marty, Rev. Trésor 2004, p 135.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 30 juillet 2003, Wach, Rev. Trésor 2004, p 136.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Cour européenne des droits de l'homme, 7 octobre 2003, Mme Richard-Dubarry c/ France, Rev. Trésor 2004, p 307.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 17 octobre 2003, Dugoin, Rev. Trésor 2004, p 149.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 30 décembre 2003, Beausoleil et Mme Richard, Rev. Trésor 2004, p 312.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Conseil d'Etat 30 décembre 2003, Richard et Herr, Rev. Trésor 2004, p 313.

LASCOMBE (M) et VANDENDRIESSCHE (X), Chronique financière sur Cour européenne des droits de l'homme, (2^{ème} section) Décision du 13 janvier 2004 sur la recevabilité de la requête n°58675/00 présentée par Michel Martinie c/ France, Rev. Trésor 2004, p 368.

LASRY, Conclusions sur Conseil d'Etat, 2 janvier 1957, Société Lancery, AJDA 1957, p 58.

LASVIGNES (S), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section 26 mars 1993, Moritz, RFDA 1993, p 750.

LASVIGNES (S), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 10 juin 1994, Commune de Cabourg, p 300.

LE CHATELIER (G), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 19 avril 1991, SARL Cartigny, RFDA, 1991, p957.

LE CHATELIER (G), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 5 juin 1992, M. et Mme. Cala, RFDA 1993, p68.

LE CHATELIER (G), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 26 juin 1992, Comme de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, RFDA 1993, p 71.

LEGAL (H), Conclusions sur Conseil d'Etat, 29 janvier 1993, SEM d'aménagement de la ville de Martigues c/ Société de construction et de génie civil, RFDA 1993, p 746.

LEGAL (H), Conclusions sur Conseil d'Etat, 29 janvier 1993, Syndicat intercommunal des eaux de la Dhuy, RFDA 1993, p 748.

LEGAL (H), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée 9 avril 1993, M. D., p 110.

LETOURNEUR, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 4 janvier 1952, Docteur Simon, p 13.

LOLOUM (F), Conclusions sur Conseil d'Etat, 13 décembre 1993, Beaume, DF 1994, n°13, comm. 644.

MALVASIO (F), Note sur CJCE 25 juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores c/ Conseil, C-50/00 P et TPICE 3 mai 2002, Jégo-Quééré c/ Commission, T-177/01; AJDA 2002, p 867.

MARAIS (B, du-), Conclusions sur Conseil d'Etat, 10 juin 1994, SA Les Grands Travaux de Franche-Comté, RFDA 1995, p 671.

MARAIS (B, du-), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 18 novembre 1994, Société Clichy Dépannage, RFDA, 1995, p 679.

MARCEAU (A) et VERPEAUX (M), « Qui exerce le contrôle de légalité sur les actes des collectivités locales ? », Note sous Conseil d'Etat, Assemblée, 15 octobre 1999, Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Savigny-le-Temple, RFDA 2001, p 128.

MARGUERIE, Conclusions sur Conseil d'Etat 5 mai 1882, Ministre de l'intérieur c/ Chasteau, p 420.

MARKUS (J-P.), « La légalité du décret du 24 juin 2003 a-t-elle été contestée avec des moyens appropriés ? », note sur CE 17 décembre 2003, Meyet, n° 258253, AJDA 2004, p712.

MAUGÛE (C) et TOUVET (L), Chronique générale de jurisprudence administrative sur CE, Section, 5 novembre 1993, 4 espèces : Commune de Saint-Quay-Portrieux ; M. et Mme Péan ; Ville de Strasbourg et SCI du Marais ; SA immobilière de construction La Gauloise, AJDA 1993, p 844.

MAUGÛE (C), Note sur Conseil d'Etat 30 juillet 1997, Ville d'Angers, n° 160949, DA, Janvier 1998, n° 30, p 27.

MAUGÛE (C), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, RFDA 1998, p 1081.

MAUGÛE (C), Note sur Conseil d'Etat 10 janvier 2001, Ouk, DA Mai 2001, n° 5, p 22.

MAUGÛE (C), Note sur Conseil d'Etat 10 janvier 2001, Gouvernement du Territoire de la Polynésie Française, DA Mai 2001, n° 5, p 30.

MAYRAS, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section 7 décembre 1960, Sieur Milbergue, p680.

MORANGE (G), Note sur CE Ass. 7 février 1947, D'Aillières, JCP 1947, II, n° 3508.

MORISOT, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, p 657.

ODENT (R), Conclusions sur CE Ass. 7 février 1947, D'Aillières, RDP 1947, p 68.

ORSONI (G), Note sur Conseil d'Etat, Assemblée, 23 février 2000, Société Labor Métal, RFFP 2000, n°70, p 207.

PAUTI, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 8 février 1985, Castet, p 31.

PECCHIOLI (J-L.), Note sur Conseil d'Etat 4 juillet 2001, Ministre de l'Economie c/ Consorts Ferrand, Gaz. Pal. 5-6 février 2003, p 15.

PERDRIAU (A.), Note sur Com. 18 janvier 2000 ; et sur Soc. 23 février 2000, JCP G 2000, II, 10300, p 801.

POTTEAU (A), Note sur Cour européenne des droits de l'homme 7 octobre 2003, Mme Richard-Dubarry c/ France, RFDA 2004, p 378.

PRETOT (X), Observations sur Conseil d'Etat 4 novembre 1988, Mme Schott, AJDA 1989, p189.

PRETOT (X), Note sur CEDH 8 décembre 1999, Pellegrin c/ France, RDP 2000, p 617.

RAYNAUD (F) et FOMBEUR (P), Chronique sur Conseil d'Etat Section 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, AJDA 1998, p 792.

RAYNAUD (F) et FOMBEUR (P), Chronique sur Conseil d'Etat, Assemblée, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, AJDA 1998, p 962.

RENOUX (Th. S), Note sur Conseil Constitutionnel 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française, (373 DC), RFDC 1996, p 594.

ROLIN (F.), Note sur Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) 7 juin 2001, Kress c/ France, AJDA 2001, p 675.

ROLIN (F.), Note sur Cour européenne des droits de l'homme 6 mai 2003, Kleyn c/ Pays-Bas, AJDA 2003, p 1490.

ROUL (A-F.), Conclusions sur Conseil d'Etat, 3 novembre 1999, M. Zurmely, RFDA 2000, p 1079.

ROUQUETTE (R.), Note sur Conseil d'Etat Section 16 mars 2001, Brun, DA Avril 2001, n° 4, p 35.

SACHS (O), Note sur Conseil d'Etat, Assemblée, 18 décembre 1998, Gaz de France, CJEG Février 1999, p 72.

SANSON, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 14 février 1996, Maubleu, p 34.

SARGOS (P), Observations sur Cour de Cassation (Civ. 1^{ère}) 23 mai 2000, aff. M. P., AJDA 2000, p 763.

- SAVIGNAT (R), Note sur CE 12 juin 1998, M. Masse c/ Electricité de France, CJEG Janvier 1999, p 36.
- SAVOIE (H), Conclusions sur Conseil d'Etat 30 décembre 1998, Association syndicale du Nevon, RFDA 1999, p 763.
- SAVOIE (H), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 20 octobre 2000, Société Citécable Est, CJEG n° 572, janvier 2001, p 21.
- SCHOETTL (J-E), Note sur Conseil Constitutionnel 21 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2000, (422 DC), AJDA 2000, p 48.
- SCHRAMECK (O), Note sur Conseil Constitutionnel 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française, (373 DC), AJDA 1996, p 371.
- SCHRICKE, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 8 mai 1981, Marquiset, p 208.
- SCHWARTZ (R), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 5 novembre 1993, (5 espèces), Commune de Saint-Quay-Portrieux ; Société anonyme immobilière de construction La Gauloise ; Ville de Strasbourg ; Société civile immobilière du Marais ; Epoux Péan, RFDA 1994, p 43.
- SCHWARTZ (R), Note sur Conseil d'Etat 25 juin 1997, Hayat, DA, Décembre 1997, n° 392, p 23.
- SCHWARTZ (R), Note sur Conseil d'Etat 17 octobre 1997, Gave, DA, Décembre 1997, n° 391, p 22.
- SCHWARTZ (R), Note sur Conseil d'Etat, 3 décembre 1999, Leriche, n° 195512, Droit administratif, Février 2000, N°2, commentaire, p 26.
- SCHWARTZ (R), Note sur Conseil d'Etat 8 décembre 2000, Szmaja, DA 2001, n° 2, p 49.

SCHWARTZ (R), Note sur Conseil d'Etat 8 décembre 2000, Draï, DA Avril 2001, n° 4, p 37.

SCHWARTZ (R), Note sur Conseil d'Etat 29 décembre 2000, Gubler, DA Avril 2001, n° 4, p 37.

SCHWARTZ (R), Note sur Conseil d'Etat 29 décembre 2000, Duffau, DA Avril 2001, n° 4, p 38.

SEBAN (A), Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 23 février 2000, Société Labor Métal, RFDA 2000, p 435.

SIMON (G), Note sur Conseil d'Etat Section 25 juin 2001, Société à objet sportif Toulouse Football Club, AJDA 2001, p 887.

SPIELMANN (D), Note sur Cour de Justice des Communautés européennes, 4 février 2000, Emesa Sugar (Free Zone) N.V. c/ Aruba, Revue trimestrielle des droits de l'homme, N° 43, 1^{er} juillet 2000, p 581.

SPIELMANN (D), Note sur CEDH 7 juin 2001, Kress c/ France, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2001, p 581.

STAHL (J.-H.), Conclusions sur Conseil d'Etat, 10 juillet 1996, M. Benvindo Mpanzu, RDP 1997, p 250.

STAHL (J.-H.), Conclusions sur Conseil d'Etat, 31 juillet 1996, Fonds de garantie automobile, CJEG Avril 1997, p 149.

STAHL (J.-H.), Observations sur Conseil d'Etat 4 avril 1997, Derrier, DA 1997, n° 220.

STIRN (B), Conclusions sur Conseil d'Etat 16 novembre 1984, Woetglin, D, jurisprudence, 1985, p 58.

SUDRE (F), Note sur Cour européenne des droits de l'homme 8 décembre 1999, Pellegrin c/ France, JCP 2000, I, n° 203.

SUDRE (F), Note sur Cour européenne des droits de l'homme 7 juin 2001, *Kress c/ France*, JCP 2001, II, n° 10578.

SUDRE (F), Note sur Cour européenne des droits de l'homme 21 mars 2002, *APBP c/ France*, JCP 2002, I, n° 157.

SURREL (H), Observations sur Cour européenne des droits de l'homme 26 septembre 2000, *Guisset c/ France*, RDP 2001, p 668.

TABUTEAU (D), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 avril 1992, *Centre hospitalier général d'Hyères*, RFDA 1993, p 88.

TABUTEAU (D), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 avril 1992, *Société nationale des chemins de fer français c/ Ville de Paris*, RFDA 1993, p 79.

THERY (J-F.), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 25 juillet 1980, *Dollet*, AJDA, 1981, p 154.

TOUVET (L) et STAHL (J-H.), Chronique générale de jurisprudence administrative, sur CE Section, 18 novembre 1994, *Société Clichy dépannage* ; et CE 25 novembre 1994, *Commune de Colombes*, AJDA 1995, p 109.

TOUVET (L), Note sur Conseil d'Etat, 15 octobre 1999, *Epoux Chatin*, n° 180298, *Droit administratif*, Février 2000, N°2, commentaire, p 27.

TUOT (T), « La cassation sans renvoi devant le juge administratif. », Note sur Conseil d'Etat, Section, 28 juillet 1989, *Département des Hauts-de-Seine*, RFDA 1989, p 918.

VAN RUYMBEKE (O), Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 27 mai 1988, *M. Mujica Garmendia*, RFDA 1989, p 46.

WALINE (M), Note sur CE Ass. 7 février 1947, *D'Aillières*, RDP 1947, p 68.

WALINE (M), Note sur CE Ass. 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, RDP 1951, p 478.

WALINE (M), Note sur CE Ass. 12 juillet 1969, L'Etang, RDP 1970, p 387.

IV - Travaux parlementaires.

Sur la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, JO 1^{er} janvier 1988, p 7.

Assemblée Nationale.

1^{ère} lecture : JO Débats Ass. Nat., 7 octobre 1987 : 1^{ère} séance du 6 octobre 1987, p 3937 ; 2^{ème} séance du 6 octobre 1987, p 3956.

2^{ème} lecture : JO Débats Ass. Nat., 5 décembre 1987 : 2^{ème} séance du 4 décembre 1987, p6808.

Adoption définitive : JO Débats Ass. Nat., 21 décembre 1987 : 1^{ère} séance du 20 décembre 1987, p 7911.

Sénat.

1^{ère} lecture : JO Débats Sénat, 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3752 et p3784.

2^{ème} lecture : JO Débats Sénat, 10 décembre 1987, séance du 9 décembre 1987, p 5179.

Adoption définitive : JO Débats Sénat, 20 décembre 1987, séance du 20 décembre 1987, p 5825.

V - Liste des décisions citées.

A - Juridictions administratives générales et tribunal des conflits.

Attention : L'indication d'un numéro de page, sans autre précision, renvoi au Recueil des décisions du Conseil d'Etat, éditions Sirey. La lettre « T » renvoie à la partie table analytique des matières de ce recueil.

Conseil d'Etat.

1. CE 26 novembre 1875, Pariset, p 934.
2. CE 5 mai 1882, Ministère de l'intérieur c/ Chasteau, p 420, conclusions Marguerie.
3. CE 20 juillet 1883, Monnier, p 672.
4. CE 8 juillet 1904, Botta, p 557, conclusions Romieu.
5. CE 20 juin 1913, Téry, p 736, conclusions Corneille.
6. CE 4 avril 1914, Gomel, p 488.
7. CE 14 janvier 1916, Camino, p 15.
8. CE 4 mai 1917, Mauguin, p 349.
9. CE 10 août 1918, Villes, p 848.
10. CE 6 août 1920, Société des Etablissement Lenoir, p 828.
11. CE 17 novembre 1922, Légillon, p 849.

12. CE 5 décembre 1924, Légillon, p 985.
13. CE 10 décembre 1924, Société Dufour et compagnie, p 993.
14. CE 15 mai 1925, Louchart, p 476.
15. CE 12 novembre 1926, Société Dickson, Walrave et Cie, p 963.
16. CE S 24 janvier 1930, Brohon Régnier, p 109.
17. CE S 5 mai 1944, Dame veuve Trompier Gravier, p 133.
18. CE S 5 janvier 1945, Erb, p 7.
19. CE S 2 février 1945, Moineau, p 27.
20. CE Ass. 7 février 1947, D'Aillières, p 50, RDP 1947, p 68, conclusions R Odent, note M. Waline ; JCP 1947, II, n°3508, note G. Morange.
21. CE Ass. 20 février 1948, Dubois, p 87.
22. CE Ass. 5 mars 1948, Fédération nationale des entreprises à commerces multiples, p 121.
23. CE 25 juin 1948, Brillaud, p 292.
24. CE Ass. 18 février 1949, Fauchon, p 82.
25. CE 18 février 1949, Viet, p 84.
26. CE 1^{er} juin 1949, Le Bris, p 259.
27. CE 15 juin 1949, Faveret, p 288.
28. CE S 24 juin 1949, Sieur Nègre, p 304.
29. CE S 10 février 1950, Conseil régional de l'ordre des pharmaciens de la XVIII^{ème} région sanitaire, p 98.
30. CE Ass. 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, p 110, RDP 1951, p 478, conclusions J. Delvolvé, note M. Waline.
31. CE 7 juin 1950, Rougier, p 347.
32. CE 4 avril 1951, Galland, p 172.

33. CE Ass. 8 juin 1951, Sieur Brusset, p 321.
34. CE Ass. 4 janvier 1952, Docteur Simon, p 13, conclusions M. Letourneur.
35. CE S 24 octobre 1952, Caisse primaire de Sécurité sociale de Grenoble, p 470.
36. CE S 20 février 1953, Société Intercopie, p 88.
37. CE S 6 mars 1953, Abbé Giloteaux, p 117, conclusions Chardeau.
38. CE 1^{er} juin 1953, Vasnier, p 254.
39. CE 1^{er} juin 1953, Sieur Godard, p 255.
40. CE Ass. 12 décembre 1953, de Bayo, p 544 ; AJDA 1954, II, 138, obs. J. de Soto.
41. CE 12 mars 1954, Ministre de la Santé publique, p 158.
42. CE 2 juillet 1954, Bourret, T p 737.
43. CE 20 mai 1955, Sieur Chabert, p 270.
44. CE 30 septembre 1955, Deschamps, p 457.
45. CE S 23 décembre 1955, Dellière, p 606.
46. CE S 2 mars 1956, Société Le Secteur électrique de Reuilly, p 102.
47. CE S 2 mars 1956, Berson et Mouillard, p 104.
48. CE Ass. 1^{er} juin 1956, Pabion, p 218.
49. CE S 12 octobre 1956, Sieur Desseaux, p 364.
50. CE 2 janvier 1957, Société Lancery, p 1 ; AJDA 1957, p 58, conclusions Lasry.
51. CE 20 février 1957, Gremeau, p 114.
52. CE 20 mars 1957, de Massia, p 190.
53. CE 10 juillet 1957, Gervaise, p 466.
54. CE S 21 mars 1958, Delteil, p 189.
55. CE 12 novembre 1958, Arditi, p 552.
56. CE S 12 décembre 1958, Banque Alsacienne privée, AJDA 1959, I, 24, conclusions Braibant.
57. CE 9 mars 1960, Jourdan, p 189 ; AJDA 1960, p 95.

58. CE S 11 mars 1960, Société des travaux et carrières du Maine, p 195.
59. CE Ass. 24 juin 1960, SARL « Le Monde », p 412, conclusions Heumann.
60. CE Ass. 24 juin 1960, Société Frampar, p 412, conclusions Heumann.
61. CE S 7 décembre 1960, Milbergue, p 680, conclusions Mayras.
62. CE S 12 mai 1961, Société La Huta, p 313.
63. CE 17 mai 1961, Caisse artisanale de retraite Auvergne Velay, p 332.
64. CE 19 mai 1961, Gianotti, p 346.
65. CE S 16 juin 1961, SOPREMA, p 410.
66. CE Ass. 30 juin 1961, procureur général près de la Cour des comptes c/ Mazer, p 451.
67. CE 4 octobre 1961, Syndicat du personnel des services publics de la préfecture de la Seine et administrations annexes, p 536.
68. CE 27 octobre 1961, ministre des armées c/ Pannetier, p 593.
69. CE S 15 décembre 1961, Sabadini, p 710 et T p 1154.
70. CE Ass. 2 mars 1962, Rubin de Servens, p 143.
71. CE 16 novembre 1962, Primet, p 609.
72. CE S 31 mai 1963, Société X, p 335.
73. CE 29 janvier 1964, Sieur Mezergue, p 63.
74. CE 4 mars 1964, M. Mellinger, p 157.
75. CE 10 juillet 1964, Ducret, p 397.
76. CE S 9 octobre 1964, Pion, p 458.
77. CE S 9 octobre 1964, Mansillon, p 461.
78. CE S 30 avril 1965, Joligeon, p 258.
79. CE 19 janvier 1966, Lion Mayer, p 43.
80. CE 9 février 1966, Mme Debré-Felbdau, p 101.
81. CE S 15 avril 1966, Pennec, p 261.
82. CE 20 avril 1966, Ville de Marseille, p 266.
83. CE 13 juillet 1966, Dame Chaumont, T p 1073.
84. CE S 21 octobre 1966, Société française des mines de Sentein, p 564.

85. CE 11 janvier 1967, Cabrol, T p 907.
86. CE 8 mars 1967, ministre des Armées c/ Vernin, p 111.
87. CE S 5 mai 1967, Geisz, p 199.
88. CE S 7 avril 1967, Koster, p 151.
89. CE 19 janvier 1968, Banque Chabasseur et Cie, p 49.
90. CE Ass. 13 décembre 1968, Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, Comité de défense des intérêts menacés par l'autoroute D 6 et Musso, p 645.
91. CE Ass. 12 juillet 1969, L'Etang, p 388 ; RDP 1970, p 393, note M. Waline ; AJDA 1969, p 558, chron. Dewost et Denoix de Saint Marc.
92. CE 1^{er} octobre 1969, Fournier, p 415.
93. CE S 6 février 1970, Entreprise de transports et de distribution d'électricité, p 99.
94. CE 25 mai 1970, Bounouala, p 350.
95. CE S 3 juillet 1970, Sieur Nguyen Van Phi Long, p 460.
96. CE 8 juillet 1970, Sieur Doré, p 471.
97. CE 21 juillet 1970, Thomas, p 532.
98. CE S 20 novembre 1970, Sieur Bouez et Union nationale des étudiants de France (U.N.E.F.), p 690 ; AJDA 1971, p 483, note J. Chevallier.
99. CE 9 décembre 1970, Veuve Jame, p 739.
100. CE 23 décembre 1970, M. Chevreuil, p 789.
101. CE 26 mars 1971, Devillers, p 259.
102. CE Ass. 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, p 409, conclusions Braibant.
103. CE S 17 décembre 1971, Sieur Virapin-Apou, p 779, conclusions M. Braibant.
104. CE 1^{er} mars 1972, Ducreux, p 179.
105. CE 8 mars 1972, Roux, p 198.
106. CE 7 juin 1972, Wahba, T p 1209.
107. CE 4 octobre 1972, SCI de construction des 5 et 5 bis rue des Chalets à Bourges, p 598.

108. CE Ass. 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, p 657, conclusions Morisot.
109. CE 7 février 1973, Sieur Palmowski, p 121.
110. CE 2 mars 1973, Dlle Arbousset, p 189 ; RDP 1973, p 1066, conclusions G. Braibant.
111. CE Ass. 6 juillet 1973, Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Sieur Dalleau, p 482.
112. CE Ass. 12 octobre 1973, Kreitmann, p 563 ; RDP 1974, p 1150, conclusions Gentot.
113. CE 26 octobre 1973, Caisse primaire d'assurance maladie des travailleurs salariés de la Somme, p 600.
114. CE S 6 février 1974, ministres des anciens Combattants c/ Rondot, p 618.
115. CE S 24 mai 1974, Diot, p 306.
116. CE 28 octobre 1974, Dame veuve Lambert, T p 1045.
117. CE S 6 décembre 1974, Rondot, p 618.
118. CE S 14 mars 1975, Rousseau, p 194.
119. CE 23 avril 1975, Dupont, T p 1208, 1235.
120. CE Ass. 13 février 1976, Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame, p 100.
121. CE 7 juillet 1976, Znaty, p 350.
122. CE 23 juillet 1976, Association Maison familiale d'éducation et d'orientation de Craon, p 379.
123. CE S 4 mars 1977, Prince, p 127.
124. CE 14 décembre 1977, Jacquet, T p 941.
125. CE S 9 juin 1978, Lebon, p 245.
126. CE 7 juillet 1978, Massip, p 301.
127. CE S 26 juillet 1978, Auguste, p 336 conclusions G. Guillaume.
128. CE 30 mars 1979, Jeault, p 146, DA 1979, n° 173.
129. CE 27 juillet 1979, Dollet, p 341.
130. CE Ass. 12 octobre 1979, Rassemblements des nouveaux avocats de France, p 371.

131. CE 19 octobre 1979, Darlet, p 380.
132. CE 23 novembre 1979, Landsmann, p 430.
133. CE 21 décembre 1979, Lasserre, p 479.
134. CE11 janvier 1980, Roujanski, p 11.
135. CE 25 janvier 1980, Gras, p 50.
136. CE 13 février 1980, Nal, p 82.
137. CE S 25 juillet 1980, Dollet, p 323 ; AJDA 1981, p 154, conclusions J-F. Théry.
138. CE S 19 décembre 1980, Hechter, p 488 ; Gaz. Pal. 1981, 2, p 547, conclusions B. Genevois.
139. CE S 19 décembre 1980, Roques, p 489.
140. CE 14 janvier 1981, Putot, p 17.
141. CE Ass. 16 janvier 1981, Conté, p 20.
142. CE 6 février 1981, SA Bocquet, T p 888.
143. CE S 6 mars 1981, Pech, p 133.
144. CE Ass. 13 mars 1981, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et autres, p 135 ; D 1981, p 419, note C. Gavalda.
145. CE S 8 mai 1981, Marquiset, p 208, conclusions Schricke.
146. CE 10 juillet 1981, Mathio, T p 885.
147. CE 7 octobre 1981, Rispaill, p 354.
148. CE 27 novembre 1981, Olech et Dame Maurin, T p 872.
149. CE S 8 janvier 1982, Serban, p 8.
150. CE 8 janvier 1982, Devillechaise, T p 728.
151. CE 26 février 1982, Gontard, p 92.
152. CE 19 mars 1982, Ageron, p 127.
153. CE S. 22 mai 1982, Mlle Bloc'h, AJDA 1982, p 166, conclusions J-P. Costa.
154. CE 18 juin 1982, Gourion, T p 728.
155. CE 5 novembre 1982, Ministre délégué chargé du budget c/ Roussel, p 373.
156. CE 25 mars 1983, SNCF, T p 665.
157. CE 8 juillet 1983, Association gestionnaire de l'école Violet, p 304.
158. CE 21 octobre 1983, Simler, p 420.

159. CE 25 novembre 1983, Barbier, p 462.
160. CE 20 janvier 1984, Ministre de l'urbanisme c/ Société Stribick, p 11.
161. CE S 10 février 1984, ministre du budget c/ SARL Venutolo, p 61.
162. CE 2 mars 1984, Badiola, p 92.
163. CE S 16 mars 1984, Moreteau, p 107.
164. CE 7 mai 1984, Epoux Lubanzadio, p 173.
165. CE 6 juin 1984, Venutolo, T p 552.
166. CE Ass. 11 juillet 1984, Subrini, p 259.
167. CE 16 novembre 1984, Woetglin, p 373 ; D, jurisprudence, 1985, p 58, conclusions B. Stirn.
168. CE S 19 décembre 1984, Société Ciments Lafarge France, p 432.
169. CE S 8 février 1985, Castet, p 31, conclusions M. Pauti.
170. CE S 8 février 1985, Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne, p 30.
171. CE 29 mars 1985, Loredon, n° 62841.
172. CE 29 mars 1985, Commune de Sisteron, T p 731.
173. CE 17 avril 1985, Confédération des associations autonomes des sinistrés expropriés victimes de l'environnement et des calamités publiques, T p 736.
174. CE 5 juillet 1985, Roujanski, T p 754.
175. CE 16 octobre 1985, Payet, T p 748.
176. CE S 22 novembre 1985, Benamour, p 331.
177. CE 21 février 1986, Blanc, p 43.
178. CE 30 mai 1986, Ministre du redéploiement industriel c/ Guerret, p 154.
179. CE 23 juin 1986, commissaire du gouvernement près le conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables c/ Brisbout, p 168.
180. CE S 12 décembre 1986, Tshibangu, p 279 ; AJDA, 1987, p 86, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre.
181. CE 27 mars 1987, Fontaine, p 110.
182. CE 3 juin 1987, Mampasi, T p 733.
183. CE 24 juillet 1987, Rudlich, RDP 1988, p 587.

184. CE 24 juillet 1987, Vitiello, T p 594.
185. CE 4 novembre 1987, Tabau, T p 904.
186. CE 18 novembre 1987, Bokwa Kimbolo, p 372.
187. CE 4 décembre 1987, Urriaga Martinez, p 398.
188. CE 4 décembre 1987, Zaldua, p 397.
189. CE 4 décembre 1987, Lopez de Abechuco Liquiniano, p 398.

190. CE S 13 janvier 1988, Abina, p 5.
191. CE 24 février 1988, Chemla, T p 992.
192. CE 18 mars 1988, France terre d'asile, p 126.
193. CE 29 avril 1988, Cuaz, p 176.
194. CE S 27 mai 1988, Mujica Garmendia, p 219 ; RFDA 1989, p 46, conclusions O. Van Ruymbeke.
195. CE 10 juin 1988, Ministre du Travail c/ Association « La Chrysalide - Marseille », n°71755.
196. CE 17 juin 1988, Bady, p 247.
197. CE 19 décembre 1988, Mme Pascau, p 459.
198. CE 4 novembre 1988, Mme Schott, p 394 ; AJDA 1989, p 189, obs. X. Prétot.
199. CE 16 novembre 1988, Lecertua Urrutibeascao, p 409.
200. CE 9 décembre 1988, Kessler, p 436.
201. CE 9 décembre 1988, Mme Siddiqui, n° 70274.
202. CE S 23 décembre 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, p 464.

203. CE 1^{er} janvier 1989, Jakobsen, T p 860.
204. CE 6 janvier 1989, Lallemand, T p 882.
205. CE 27 janvier 1989, Chrun, p 37.
206. CE 8 février 1989, Rodet, RDP 1989, p1499.
207. CE S 17 février 1989, Garcin, p 59.
208. CE 3 mars 1989, M. Falola, RFDA, 1989, p 959, conclusions S. Daël.
209. CE S 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, p 69.
210. CE S 31 mars 1989, Département de la Moselle, p 105.
211. CE 21 juin 1989, Cornejo Nunez, T p 882.
212. CE Ass. 23 juin 1989, ministre de l'Economie, Finances et Budget c/ Vèque et autres, p 151.

213. CE 21 juillet 1989, Aubert, T p 882.
214. CE S 28 juillet 1989, Département des Hauts-de-Seine, RFDA 1989, p918, note T. Tuot.
215. CE 28 juillet 1989, Bakhci, T p 685, 686, 882.
216. CE 28 juillet 1989, Centre de réadaptation « Les Genêts », T p 883.
217. CE 13 octobre 1989, Ouchène, T p 882.
218. CE 13 octobre 1989, Thévenin, T p 883.
219. CE Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, p 190.
220. CE 30 octobre 1989, Le Gallais, T p 883.
221. CE S 1^{er} décembre 1989, Mme Gillet et autres, p 242.
222. CE 23 février 1990, Hauchecorne, T p 927.
223. CE 2 mars 1990, Deplus, p 55.
224. CE 11 mai 1990, Siron, T p 946.
225. 29 octobre 1990, Diennet, p 300.
226. CE 7 novembre 1990, Dame Serwaah, p 311.
227. CE 17 décembre 1990, Fournier, p 365.
228. CE S 11 janvier 1991, Société Morgane, p 9 ; RFDA 1991, p 652, conclusions M-D. Hagelsteen ; AJDA 1991, p 111, chronique E. Honorat et R. Schwartz.
229. CE 20 février 1991, Scotto, p 56.
230. CE 22 février 1991, Gibelin, p 64.
231. CE Ass. 4 mars 1991, Le Cun, p 70.
232. CE 6 mars 1991, Commune de Roquevaire, p 83.
233. CE 8 mars 1991, Ministre de l'Education nationale c/ M. Roger, p 84 ; RFDA 1991, p391.
234. CE 20 mars 1991, Centre hospitalier de Bourg-en -Bresse c/ Epoux Bouvard, p 97.
235. CE 25 mars 1991, SA Construrama, p 106.
236. CE 25 mars 1991, M. Yaffi, DF 1991, N° 41, comm. 1846, conclusions M-D. Hagelsteen.
237. CE S 29 mars 1991, Levesque, p 110.
238. CE 10 avril 1991, Di Fazio, p 131.
239. CE 10 avril 1991, M. et Mme Goiot, p 132.
240. CE Ass. 19 avril 1991, M. Belgacem, n° 107470, conclusions R. Abraham, p 152.

241. CE Ass. 19 avril 1991, Mme Babas, n° 117680, conclusions R. Abraham, p 152.
242. CE 19 avril 1991, SARL Cartigny, p 164 ; RFDA, 1991, p 965, conclusions Le Chatelier.
243. CE 5 juin 1991, Société d'exploitation Frédéric Findling, DF 1991, n° 40, comm. 1813, conclusions O. Fouquet.
244. CE 14 juin 1991, Association Radio Solidarité, p 232.
245. CE 17 juin 1991, OPHLM de Paris c/ Société Campenon-Bernard, p 241.
246. CE 19 juin 1991, Ville d'Annecy c/ M. Dussolier, AJDA, 1992, p152, conclusions R. Abraham.
247. CE S 5 juillet 1991, Ministre chargé du budget c/ Mme Artola, p 270.
248. CE 5 juillet 1991, Société de fait Couderc, p 273 ; RFDA, 1991, p948, conclusions J. Gaeremynck.
249. CE 5 juillet 1991« Mondial Auto », p 272 ; RFDA, 1991, p956, conclusions J. Gaeremynck.
250. CE 11 juillet 1991, Carment, p 282.
251. CE 26 juillet 1991, Société des grands magasins Galeries Lafayette, p 305.
252. CE 4 octobre 1991, Milhaud, n° 100064, p 320.
253. CE 7 octobre 1991, Tchouli, p 323.
254. CE 9 octobre 1991, Masneuf, T p 785.
255. CE 11 octobre 1991, Société Framatome, p 332.
256. CE 6 novembre 1991, Garçon, T p 894.
257. CE 22 novembre 1991, ministre du Budget c/ Moreau, p 402.
258. CE 11 décembre 1991, Administration générale de l'assistance publique à Paris, T p1161 ; RDP 1993, p 252.
259. CE 15 janvier 1992, Centre de recherches et d'études de sociologie-psychologie et d'urbanisme, RJF 3 / 1992, n° 401.
260. CE 15 janvier 1992, Guilloteau, RJF 3 / 1992, n° 402.
261. CE 15 janvier 1992, SA Kinetics Technology International (KTI), RJF 3 /1992, n°403.
262. CE 15 janvier 1992, M. Perrichet, DF 1992, n° 48-49, comm. 2288, conclusions M-D Hagelsteen.
263. CE S 17 janvier 1992, Université de Dijon c/ Dames Picard et Brachet, p 24.
264. CE 17 février 1992, Anifom, p71.
265. CE 17 février 1992, Diaby, T p 1262.

266. CE 6 mars 1992, Société générale d'assainissement et de distribution SGAD, T p1261.
267. CE 20 mars 1992, Mme Houry-Reby, DA, Mai 1992, n° 257.
268. CE S 10 avril 1992, Centre hospitalier général d'Hyères, p 169 ; RFDA 1993, p 88, conclusions D. Tabuteau.
269. CE 10 avril 1992, Société nationale des chemins de fer français c/ Ville de Paris, p 168 ; RFDA 1993, p 79, conclusions D. Tabuteau.
270. CE 24 avril 1992, Syndicat mixte pour la géothermie a la Courneuve, T p 1264 ; D 1992, SC, p 415, obs. P. Terneyre.
271. CE S 5 juin 1992, M et Mme Cala, p 224 ; RFDA 1993, p71, conclusions Le Chatelier.
272. CE 26 juin 1992, Comme de Béthoncourt c/ Consorts Barbier, p 268 ; RFDA 1993, p78, conclusions Le Chatelier.
273. CE S 10 juillet 1992, Normand, T p 889 ; DF 1993, N° 10, comm. 527, conclusions O. Fouquet.
274. CE S 10 juillet 1992, Société Musel SBP, T p 921 ; RJF 8-9 / 92, n° 1249, conclusions O. Fouquet.
275. CE 16 octobre 1992, Dupuis, p 372.
276. CE 21 octobre 1992, Société SETEC-Travaux publics, T p 1260 ; RFDA 1993, p 742, conclusions S. Daël.
277. CE 23 octobre 1992, Tourlet, p 377.
278. CE (Avis) 4 novembre 1992, n°138380.
279. CE 20 novembre 1992, M. Marcel Joseph, AJDA, 1993, p136, conclusions J. Arrighi de Casanova.
280. CE 14 décembre 1992, Lanson, T p1091.
281. CE S 13 janvier 1993, Ministre du budget c/ Congrégation chrétienne des témoins de Jéhova du Puy, p 10 ; AJDA 1993, p 307, conclusions J. Arrighi de Casanova.
282. CE 29 janvier 1993, Syndicat intercommunal des eaux de la Dhuy, p 19 ; RFDA 1993, p 748, conclusions H. Légal.
283. CE 29 janvier 1993, SEM d'aménagement de la ville de Martigues c/ Société de construction et de génie civil, p 20 ; RFDA 1993, p 746, conclusions H. Légal.
284. CE S 29 janvier 1993, Association des riverains de l'Herrengrie, p 21.
285. CE 22 mars 1993, Centre hospitalier régional de Brest c/ Dame Fraboul, p 79.
286. CE S 26 mars 1993, Moritz, p 87 ; RFDA 1993, p 750, conclusions S. Lasvignes.

287. CE 29 mars 1993, Portmann, T p 989.
288. CE 31 mars 1993, SA Clinique Lafourcade, p 90.
289. CE 3 avril 1993, Cohen, p 149.
290. CE 5 avril 1993, Launay, p 97 ; RJF 5 / 1993, n° 738 ; DF 1993, n° 31, 1614.
291. CE Ass. 9 avril 1993, M. D., p 110, conclusions Legal.
292. CE 9 avril 1993, Mme Baudoin, T p 991.
293. CE 9 avril 1993, Théodore, p 1002.
294. CE 3 mai 1993, Cohen, p 145 ; RJF 6 / 93, n° 774.
295. CE 7 mai 1993, Commune de Cestas, T p 987.
296. CE 19 mai 1993, Notin, p 161.
297. CE S 18 juin 1993, M. Haddad, AJDA 1993, p572, conclusions D. Kessler.
298. CE 21 juin 1993, Entreprise Plouzenec, T p 988.
299. CE 30 juin 1993, Maitrot, T p 981.
300. CE Ass. 2 juillet 1993, Milhaud, p 194.
301. CE 7 juillet 1993, Vilain, p 209.
302. CE 28 juillet 1993, SARL « Bau-Rouge », n° 116943, p 249.
303. CE S 28 juillet 1993, Consorts Dubouloz, n° 117449 ; p 250 ; RFDA 1994, p 36, conclusions J-C. Bonichot ; D 1995, SC, 237, note H. Farge.
304. CE 28 juillet 1993, Bach, p 237.
305. CE 28 juillet 1993, Ministre de la Défense c/ Stéfani, p 231.
306. CE 20 septembre 1993, Bulbul, T p 780.
307. CE (avis) 15 octobre 1993, Jezequel et Vallée, p 280.
308. CE 18 octobre 1993, Mesplet, n° 125052.
309. CE S 5 novembre 1993, Commune de Saint-Quay-Portrieux, p 306 ; AJDA 1993, p844, chron. C. Maugüé et L. Touvet ; RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz.
310. CE S 5 novembre 1993, SA immobilière de construction La Gauloise, p 305 ; AJDA 1993, p844, chron. C. Maugüé et L. Touvet ; RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz.
311. CE S 5 novembre 1993, M. et Mme Péan, p 308 ; AJDA 1993, p844, chron. C. Maugüé et L. Touvet ; RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz.
312. CE S 5 novembre 1993, Ville de Strasbourg et SCI du Marais, AJDA 1993, p844, chron. C. Maugüé et L. Touvet ; RFDA 1994, p 43, conclusions R. Schwartz.
313. CE 19 novembre 1993, Port autonome de Marseille, n°135772, p 324.
314. CE 26 novembre 1993, SCI « Les jardins de Bibémus », n°108851, p 327.
315. CE 3 décembre 1993, Mme Rondet, p 345.

316. CE 3 décembre 1993, Commissaire du gouvernement près du conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés, T p 984.
317. CE 13 décembre 1993, Ministre du budget c/ SA Geman, n° 107531, p 365.
318. CE 13 décembre 1993, Association Clinique Saint-Martin-La-Forêt, p 364.
319. CE 13 décembre 1993, Beaume, T p 706, 718, 719, 729, 987 ; DF 1994, n°13, comm. 644, conclusions Loloum.
320. CE 13 décembre 1993, Tshisuaka, T p 984.
321. CE 15 décembre 1993, Pham, T p 1001.
322. CE 15 décembre 1993, Bénitah, p 366.
323. CE 29 décembre 1993, Société « Saumon Pierre Chevance », p 380.
324. CE 29 décembre 1993, Béretti, T p 988.
325. CE 29 décembre 1993, SA Bigand, T p 989.
326. CE 14 janvier 1994, Compagnie de navigation maritime Syg Bergesen, T p 1152.
327. CE 17 janvier 1994, SARL France-Loisirs, p 21.
328. CE 26 janvier 1994, M. Funel, RFDA, 1995, p 678, conclusions J. Arrighi de Casanova.
329. CE S 28 janvier 1994, Conseil départemental de l'ordre des médecins de Meurthe-et-Moselle c/ L'Hermite, p 44.
330. CE 7 février 1994, Inthavong, T p 1126.
331. CE 9 février 1994, Mme Champion, n° 138953.
332. CE 9 février 1994, SA Duault, D 1996, SC, p 53.
333. CE 16 février 1994, Francelet, p ; RJF 1994, n° 374, p 221, conclusions J. Arrighi de Casanova, p 210.
334. CE 4 mars 1994, Ecole supérieure de cinéastes et d'acteurs, p 109.
335. CE Ass. 11 mars 1994, SA La Cinq, p 117.
336. CE 18 mars 1994, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord c/ M. Gueniot, p 142 ; RFDA 1995, p 671, conclusions D. Kessler.
337. CE S 18 mars 1994, Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés c/ M. Cohen, p 149 ; RFDA 1995, p 670, conclusions D. Kessler.
338. CE 18 mars 1994, Berger, T p 1153.
339. CE 25 mars 1994, Commune de Kintzheim, c/ Office national des forêts, p 162.
340. CE 30 mars 1994, SARL Le Provence (req. n° 115360), et Min. c/ Feraud (req. n° 133898), Droit fiscal, 1994, n° 29, comm. 1434, conclusions G. Bachelier.

341. CE 16 mai 1994, Société Arcus Air Logistic, T p 1153.
342. CE 20 mai 1994, Gouelo, p 252.
343. CE 20 mai 1994, Mme Durif, p 255.
344. CE 27 mai 1994, Laroche, p 266.
345. CE 1^{er} juin 1994, Letierce, p 278.
346. CE 8 juin 1994, Lecomte, T p 1151.
347. CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, p 300, conclusions Lasvignes.
348. CE 10 juin 1994, SA Les Grands Travaux de Franche-Comté, p 316 ; RFDA 1995, p674, conclusions B. du Marais.
349. CE 6 juillet 1994, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, p 343.
350. CE 6 juillet 1994, Société Profat Investissement, p 348.
351. CE 6 juillet 1994, Société Tour Développement, DF, 1995, n° 6, comm. 254, p 322.
352. CE 11 juillet 1994, SARL BMP Loisirs, T p 910.
353. CE 22 juillet 1994, Mme Fares, p 362.
354. CE 29 juillet 1994, Département de l'Indre, p 365 ; RFDA 1995, p 169, conclusions J-C. Bonichot.
355. CE 29 juillet 1994, SA Prodes international, p 390 ; RJF 1994, n°1048 et p 587 : conclusions J. Arrighi de Casanova.
356. CE 29 juillet 1994, Société Grace, p 391.
357. CE 29 juillet 1994, Société des travaux publics et industriels d'Ile-de-France, p 401.
358. CE 29 juillet 1994, Commune de Lens, p 404.
359. CE 29 juillet 1994, Mme Ali Ahmet, p 406.
360. CE 29 juillet 1994, Le Beuf, T p 1152.
361. CE 26 octobre 1994, Champagne, p 464.
362. CE 2 novembre 1994, Société UTA-Raillard, p 481.
363. CE 9 novembre 1994, Société des saumons Pierre Chevance, T p 888-922-1137-1148.
364. CE 9 novembre 1994, Taïeb, T p 1149.
365. CE S 18 novembre 1994, Société Clichy dépannage, p 505 ; RFDA, 1995, p 688, concl. B du Marais ; D 1995, Sommaires Commentés, p 241, note Jean Barthélémy.
366. CE 18 novembre 1994, Epoux Sauvi, p 503.
367. CE 19 novembre 1994, Port autonome de Marseille, p 324.
368. CE 25 novembre 1994, Commune de Colombes, p 513.
369. CE 25 novembre 1994, Société Aticam, p 514.
370. CE 25 novembre 1994, Ville de Nanterre, D 1996, SC, p 51.

371. CE 30 novembre 1994, SARL Etude, ravalement constructions (ERC), DF, 1995, N°6, comm. 252, p 322.
372. CE 30 novembre 1994, M Pinto, DF, 1995, N° 6, comm. 252, p 321.
373. CE 30 novembre 1994, Georges, p 520.
374. CE Ass. 2 décembre 1994, Mme Agyepong, n° 112842, RFDA 1995, p 86, conclusions D. Denis-Linton.
375. CE 7 décembre 1994, Tournier, p 540.
376. CE 21 décembre 1994, SARL Gérard Gallet, RJF 2 / 95, n° 260.
377. CE S 6 janvier 1995, Nucci, p 6.
378. CE S 6 janvier 1995, Oltra, p 11.
379. CE S 6 janvier 1995, Gouazé, p 12.
380. CE 25 janvier 1995, ministre de l'Equipement c/ Commune de Simiane-Collongue, p40.
381. CE 30 janvier 1995, Mme Capazza, T p 1008.
382. CE 1^{er} février 1995, de Bray, p 60.
383. CE 10 février 1995, Maixandau, p 64.
384. CE 22 février 1995, Commune de Glaire, p 100.
385. CE 24 mars 1995, Rabotin, p 139.
386. CE S 31 mars 1995, Lavaud, p 155 ; LPA 5 juillet 1995, N° 80, p 4, conclusions Bonichot.
387. CE 12 avril 1995, SCI Elisa, req. n° 147167 ; T p 1006.
388. CE 14 avril 1995, Société de construction et de génie civil, T p 1007.
389. CE 10 mai 1995, Centre hospitalier de Faucigny, T p 902-1008.
390. CE 17 mai 1995, Flory, RJF 7 / 1995, n° 818.
391. CE Ass. 26 mai 1995, Consorts Nguyen, p 221.
392. CE Ass. 26 mai 1995, Consort Pavan, p 222.
393. CE 31 mai 1995, Mme Salah Ben Ouali, T p 1009.
394. CE 23 juin 1995, Conseil régional d'Aquitaine, Mme Lefèvre, RFDA, 1996, p 501, conclusions S. Fratacci.
395. CE 23 juin 1995, Cabinet d'architectes concepteurs Andrault-Parat, p 270.
396. CE 12 juillet 1995, Chemetov et Deroche, p 316.
397. CE 13 septembre 1995, Mme Simha, p 343.
398. CE 6 octobre 1995, Hassini, T p 994.

399. CE 16 octobre 1995, Mériadec, p 355.
400. CE 20 octobre 1995, Ministre du Budget c/ Gobert, T p 1009.
401. CE Ass. 27 octobre 1995, Ministre du Logement c/ Mattio, n°150703, p 359, conclusions J. Arrighi de Casanova.
402. CE 27 octobre 1995, Ministre du budget c/ Mme Cloatre, n° 154629.
403. CE S 3 novembre 1995, (3 espèces : Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes..., District de l'agglomération nancéienne et Société Stentofon- Communications.) RFDA 1995, p 1077, conclusions C. Chantepy.
404. CE 30 novembre 1995, Pinto, Droit fiscal 1995, n° 6, comm. 252.
405. CE 8 décembre 1995, Société Sogéa, p 434 ; RFDA 1996, p 174.
406. CE 8 décembre 1995, OPHLM de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines, T p1006.
407. CE 29 décembre 1995, Jomini, p 467.
408. CE 29 décembre 1995, Société Sudfer, p 466.
409. CE 17 janvier 1996, SA Nike, p 2.
410. CE S 26 janvier 1996, Ctorza, p 15.
411. CE 2 février 1996, Mme Liuzzi, T p 1131.
412. CE Ass. 14 février 1996, Maubleu, p 34, conclusions Sanson.
413. CE 16 février 1996, SARL Encyclopédies Quid, RJF 4 / 96, n° 415.
414. CE 22 mars 1996, GAEC du Vieux Bougy, T p 1132.
415. CE 1^{er} avril 1996, Maury, p 110.
416. CE S (avis) 5 avril 1996, Houdmond, p 116.
417. CE S 5 avril 1996, Syndicat des avocats de France, p 118.
418. CE 6 mai 1996, SA Lorenzy Palanca, n°148503.
419. CE 10 mai 1996, Société autoroute Paris-Rhin-Rhône, p 172.
420. CE 22 mai 1996, Mme Bernard, T p 1132, 1164.
421. CE 5 juin 1996, Salord, T p 1114.
422. CE S 28 juin 1996, Krief, p 251.
423. CE 10 juillet 1996, M. Benvindo Mpanzu, p 287 ; RDP 1997, p255, conclusions J-H. Stahl.
424. CE 10 juillet 1996, Commune de Boissy-Saint-Léger, p 287.
425. CE 10 juillet 1996, Meunier, p 289.
426. CE 26 juillet 1996, Ezelin, p 305.
427. CE 26 juillet 1996, Pruvost, p 314.

428. CE 31 juillet 1996, Fonds de garantie automobile, p 337 ; CJEG Avril 1997, p 149, concl. J-H Stahl ; RFDA 1996, p1041.
429. CE 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, p 334 ; AJDA 1996, p 788, note J-P. Gilli.
430. CE S 2 octobre 1996, SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger, p 379.
431. CE 30 décembre 1996, Goudeau, p 521.
432. CE 22 janvier 1997, SA Biwater, p 24.
433. CE 5 février 1997, Thibault, T p 1043.
434. CE S 14 février 1997, CHR de Nice c/ Epoux Quarez, p 44, conclusions V. Péresse ; AJDA 1997, p 480, chronique D. Chauvaux et Th-X. Girardot, p 430.
435. CE 28 février 1997, Rodin, p 58.
436. CE 10 mars 1997, Commune de Lormont, p 75.
437. CE 4 avril 1997, Derrier, DA, Juin 1997, n° 220, p 25, note J-H. Stahl.
438. CE 23 avril 1997, Lévy, p 162.
439. CE 23 avril 1997, Epoux Ballon et Crevel, p 165.
440. CE 23 avril 1997, Consorts Alix et Centre hospitalier de Rennes, n° 157664, p 167.
441. CE 28 avril 1997, Entreprise Quillery, n° 148477, p 170.
442. CE 12 mai 1997, Société Coprotour, p 188.
443. CE 12 mai 1997, Franzkowiak, RJF 1997, n° 703.
444. CE 16 juin 1997, Société arboricole et fruitière de l'Agenais, p 238.
445. CE 18 juin 1997, Rejany, RJF 8-9 / 1997, n° 813.
446. CE 25 juin 1997, Hayat, DA, Décembre 1997, n° 392, p 23, note R Schwartz.
447. CE 4 juillet 1997, Société Louis Dreyfus et autres, n° 147176, p 280.
448. CE 4 juillet 1997, Mme Boucetta, n° 176360, T p 1041.
449. CE 4 juillet 1997, SA Marbrek, n° 146930, T p 1041.
450. CE S 9 juillet 1997, Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction, AJDA 1997, p701, conclusions J. Arrighi de Casanova.
451. CE 30 juillet 1997, Mme Levy, n° 164757, T p 918-1013-1052.
452. CE 30 juillet 1997, Ville d'Angers, n° 160949 ; DA 1997, comm. 365 ; DA, Janvier 1998, n° 30, p 27, note C Maugüé.
453. CE 30 juillet 1997, Boudin, RFDA 1997, p 1100.
454. CE 22 septembre 1997, Commune de Morsang-sur-Orge et autres, T p 1042.
455. CE 3 octobre 1997, Maerten, n° 154720, T p 1041.

456. CE 17 octobre 1997, Gave, T p 1041 ; DA, Décembre 1997, n° 391, p 22, note R Schwartz.
457. CE 27 octobre 1997, Delmas, p 374.
458. CE 29 octobre 1997, Commune de Toulouges, p 380.
459. CE 29 octobre 1997, Mme Rosenblum, T p 1042.
460. CE 12 novembre 1997, Compagnie d'assurances générales de France, n° 150224, T p1041 et p1043.
461. CE 1^{er} décembre 1997, Me Guillemonat et Farrel, T p 1043.
462. CE S 7 janvier 1998, M. Trany, p 1.
463. CE 25 mars 1998, Mme Rauffie, T p 1137, 1227, 1233.
464. CE S 27 mars 1998, Société d'assurances La Nantaise et L'Angevaine réunies, RFDA 1998, p 732, conclusions C. Bergeal et note A. Bourrel.
465. CE S 29 avril 1998, Commune de Hannappes, n° 164012, p 185.
466. CE S 4 mai 1998, Société de bourse Patrice Wargny, p 192.
467. CE 12 juin 1998, M. Masse c/ Electricité de France, CJEG Janvier 1999, p36, note R. Savignat.
468. CE 22 juin 1998, Ville de Saint-Etienne, T p 1136, 1137, 1138, 1166, 1209, 1211.
469. CE 28 juin 1998, Chouzenoux, T p 1135, 1137, 1213, 1230.
470. CE S 1^{er} juillet 1998, M. Stockhausen, p 263.
471. CE S 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, RFDA 1999, p 112, conclusions P. Hubert ; RFDA 1999, p123, note A. Bourrel ; D 1999, jurisprudence, p101, note R. Hostiou ; AJDA 1998, p 792, chronique F. Raynaud et P. Fombeur.
472. CE 29 juillet 1998, Mme Esclatine, D 1999, jurisprudence, p 85, conclusions D. Chauvaux.
473. CE 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France, AJDA 1998, p 1010, conclusions R. Schwartz.
474. CE Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, RFDA 1998, p 1081, conclusions C. Maugué, note D. Alland ; AJDA 1998, p 962, chronique F. Raynaud et P. Fombeur ; RDP 1999, p 919, note J-F. Flauss.
475. CE S 30 octobre 1998, M. Lorenzi, p 374.
476. CE S 16 novembre 1998, SARL Deltana et M. Perrin, p 415.
477. CE S 30 novembre 1998, Fédération nationale de l'industrie hôtelière, RFDA 1999, p392, conclusions D. Chauvaux.

478. CE Ass. 18 décembre 1998, Gaz de France, CJEG Février 1999, p72, note O. Sachs.
479. CE S. 30 décembre 1998, M. Sargos, n° 153994, p 525.
480. CE 30 décembre 1998, Association syndicale du Nevon, RFDA 1999, p 763, conclusions H. Savoie.
481. CE 8 février 1999, Mme Andas, p 356.
482. CE Section 15 mars 1999, Mme Canonne, n° 162036, T p 833, 987.
483. CE 22 mars 1999, Soudain, p 87.
484. CE 29 mars 1999, M. Longerinas, T p 720, 958.
485. CE S 31 mars 1999, M. Dekhakhni, T p 645, 991.
486. CE S 9 avril 1999, GIE Oddo-Futures, T p 651, 788, 791, 943.
487. CE 9 avril 1999, SA Pierre Thomas, RJF 6 / 99, n° 681.
488. CE S 11 juin 1999, Ministre de l'Intérieur c/ M. El Mouhaden, AJDA 1999, p840, chronique P. Fombeur et M. Guyomar, p 789.
489. CE S 11 juin 1999, M. Cheurfa, AJDA 1999, p 841, chronique P. Fombeur et M. Guyomar, p 789.
490. CE S 11 juin 1999, Mme Chicard, AJDA 1999, p 841, chronique P. Fombeur et M. Guyomar, p 789.
491. CE S 11 juin 1999, M. Prouvost, AJDA 1999, p 842, chronique P. Fombeur et M. Guyomar, p 789.
492. CE S 11 juin 1999, Société Les Grands Moulins de Strasbourg, AJDA 1999, p 843, chronique P. Fombeur et M. Guyomar, p 789.
493. CE S 25 juin 1999, Société d'exploitation de l'établissement thermal d'Uriage, n°188458, p 213.
494. CE S 28 juin 1999, Ministre de l'Intérieur c/ M. Stasiak, T p 864, 979.
495. CE 2 juillet 1999, SA Bouygues et autres, CJEG Octobre 1999, p357, conclusions C. Bergeal.
496. CE Section 2 juillet 1999, Commune de Volvic, n° 178013, p 238.
497. CE 28 juillet 1999, GIE Mumm Perrier Jouet, LPA 8 décembre 1999, N° 244, p 14, conclusions J-C. Bonichot.
498. CE S 28 juillet 1999, M. Kiangana Malengula, T p 832, 961.
499. CE S 1^{er} octobre 1999, Association pour l'unification du Christianisme mondial, p 286.
500. CE S 6 octobre 1999, M. Rocés-Fernandez, n° 180275, T p 856, 862, 987.

501. CE 15 octobre 1999, Epoux Chatin, n° 180298, Droit administratif, Février 2000, N°2, commentaire, p 27, note L. Touvet.
502. CE Ass. 15 octobre 1999, Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Savigny-le-Temple, RFDA 2001, p 128, note A. Marceau et M. Verpeaux.
503. CE S 20 octobre 1999, M. Akkus, p 321.
504. CE 3 novembre 1999, M. Zurmely, RFDA 2000, p 1079, conclusions Roul.
505. CE S 29 novembre 1999, M. Gille, n° 188794.
506. CE S 29 novembre 1999, Société Rivoli Exchange, p 367.
507. CE S 3 décembre 1999, M. Didier, p 399.
508. CE S 3 décembre 1999, M. Leriche, AJDA 2000, p 126, chronique M. Guyomar et P. Collin ; DA février 2000, n° 2, commentaire, p 26, note R. Schwartz.
509. CE 8 décembre 1999, Société BORG WARNER, CJEG, Février 2000, p 94, conclusions C. Bergeal.
510. CE 23 février 2000, M. L'Hermite, n° 192480, AJDA 2000, p 363.
511. CE Ass. 23 février 2000, Société Labor Métal, RFDA 2000, p 435, conclusions Seban ; Rev. Trésor 2000, p 682, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; RDP 2000, p 323, note Prétot ; RFFP 2000, n°70, p 207, note G. Orsoni ; AJDA 2000, p 404, chronique M. Guyomar et P. Collin.
512. CE 19 mai 2000, M. Le Gall et Mme Trumel, Procédures, Mars 2001, n° 3, p 19, note S. Deygas.
513. CE 19 mai 2000, Mme Rakotomavo, n° 194259, Gaz. Pal. 22-23 juin 2001, p 22.
514. CE 24 mai 2000, CRCAM du Midi, RJF 7-8 / 00, n° 901.
515. CE Section 5 juillet 2000, Mme Rochard, AJDA 2000, p 675, chron. M. Guyomar et P. Collin, p 613.
516. CE S 28 juillet 2000, Département de l'Hérault c/ M. Paysan, n° 211624, T p 833.
517. CE S 28 juillet 2000, Département de l'Hérault c/ Jullian, n°211623, T p 833.
518. CE 18 octobre 2000, Société Max-Planck Gesellschaft, Procédures, Avril 2001, n° 4, p30.
519. CE S 20 octobre 2000, Société Habib Bank Limited, Procédures, Février 2001, n° 2, p23, note S. Deygas ; AJDA 2000, p 1071, chron. M. Guyomar et P. Collin, p 1001.
520. CE S 20 octobre 2000, Société Citécable Est, CJEG n° 572, janvier 2001, p 21, conclusions H. Savoie.

521. CE (avis) 20 octobre 2000, Mme Torrent, Procédures, Février 2001, n° 2, p 22, note S. Deygas.
522. CE 10 novembre 2000, M. Despessailles, p 510.
523. CE 8 décembre 2000, Szmaja, DA 2001, n° 2, p 49, note R Schwartz.
524. CE 8 décembre 2000, Draï, DA Avril 2001, n° 4, p 37, note R Schwartz.
525. CE 20 décembre 2000, Roma, DA Mars 2001, n° 3, p 34.
526. CE 29 décembre 2000, Gubler, DA Avril 2001, n° 4, p 37, note R Schwartz.
527. CE 29 décembre 2000, Duffau, DA Avril 2001, n° 4, p 38, note R Schwartz.
528. CE 29 décembre 2000, Weiss, DA Mai 2001, n° 5, p 25.
529. CE (avis) 29 décembre 2000, Clouzeau, DA Mars 2001, n° 3, p 34.
530. CE S 29 décembre 2000, M. Francoual, n°201910, T p 1207, 1216.
531. CE ord. 9 janvier 2001, Deperthes, DA Avril 2001, n° 4, p 33.
532. CE 10 janvier 2001, Ouk, DA Mai 2001, n° 5, p 22, note C Maugüé.
533. CE 10 janvier 2001, Gouvernement du Territoire de la Polynésie Française, DA Mai 2001, n° 5, p 30, note C Maugüé.
534. CE ord. 12 janvier 2001, Hyacinthe, DA Avril 2001, n° 4, p 33.
535. CE S 18 janvier 2001, Commune de Venelles, DA Mars 2001, n° 3, p 33 ; Procédures, Mars 2001, n° 3, p 20, note S. Deygas.
536. CE S 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, DA Mars 2001, n° 3, p 31 ; Procédures, Mai 2001, n° 5, p 17, note S. Deygas.
537. CE S 29 janvier 2001, M. Rousset, p 44.
538. CE Section 16 février 2001, M. Breucq, n° 229246.
539. CE 23 février 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Traikia, DA Avril 2001, n° 4, p 32.
540. CE ord. 24 février 2001, Tiberi, DA Avril 2001, n° 4, p 33.
541. CE S 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, DA Avril 2001, n° 4, p 31 ; AJDA 2001, p 461, chron. M. Guyomar et P. Collin.
542. CE S 28 février 2001, Casanovas, DA Avril 2001, n° 4, p 34.
543. CE 5 mars 2001, Saez, DA Mai 2001, n° 5, p 24.
544. CE 14 mars 2001, Commune de Goutrens, DA Avril 2001, n° 4, p 32.
545. CE S 14 mars 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Aneur, DA Mai 2001, n° 5, p 24.
546. CE 14 mars 2001, Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Vaucluse, DA Mai 2001, n° 5, p 24.
547. CE S 16 mars 2001, Brun, DA Avril 2001, n° 4, p 35, note R. Rouquette.

548. CE ord. Juge réf. 20 mars 2001, Syndicat national des horlogers, bijoutiers, DA Mai 2001, n° 5, p 23.
549. CE ord. Juge réf. 27 mars 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Ahmed Djalout, DA Mai 2001, n° 5, p 25.
550. CE S 30 mars 2001, Consorts Rothenberger, n° 208934.
551. CE S 6 avril 2001, France Télécom, n° 230338.
552. CE S 25 avril 2001, Ministre de l'économie c/ SARL Janfin, n° 230166, p 197.
553. CE S 25 avril 2001, Association des habitants du littoral du Morbihan, n° 230025, p 220.
554. CE Section 16 mai 2001, Ministre de l'Economie c/ Mme Rival, p 243, AJDA 2001, p 468, chronique M. Guyomar et P. Collin.
555. CE S 25 juin 2001, Société à objet sportif Toulouse Football Club, AJDA 2001, p 887, note G. Simon.
556. CE 4 juillet 2001, Ministre de l'Economie c/ Consorts Ferrand, Gaz. Pal. 5-6 février 2003, p 15, note J-L. Pecchioli.
557. CE 10 octobre 2001, SARL Link, RJF 1 / 02, n° 53, p 48.
558. CE 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, RFDA 2002, p 166, note P. Cassia ; AJDA 2002, p 1219, note A-L. Valembois.
559. CE Ass. 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, AJDA 2002, p127, chronique M. Guyomar et P. Collin.
560. CE 21 décembre 2001, M et Mme Hofmann, RFDA 2002, p 176.
561. CE S 21 décembre 2001, M. Dio, AJDA 2002, p 641, note C. Guettier.
562. CE 13 février 2002, Mme Cans, Rev. Trésor 2004, p 137, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
563. CE 13 février 2002, Abran, Rev. Trésor 2004, p 141, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
564. CE 5 juin 2002, Mlle B., AJDA 2002, p 622, conclusions P. Fombeur.
565. CE Ass. 28 juin 2002, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Magiera, n°239575, AJDA 2002, p 596, chronique F. Donnat et D. Casas.
566. CE 8 novembre 2002, Buisson, Rev. Trésor 2004, p 135, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
567. CE 25 novembre 2002, Ministre de l'Équipement c/ M. Astoul, AJDA 2003, p 1290, note P-P. Danna.

568. CE Section 29 novembre 2002, Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, AJDA 2003, p 278, chronique F. Donnat et D. Casas.
569. CE 29 novembre 2002, Commune de Lirac c/ SARL Chaux et ciments, AJDA 2003, p 1291, note P-P. Danna.
570. CE Ass. 6 décembre 2002, Trognon, Dalloz, 2003, Informations Rapides, p 739.
571. CE 30 décembre 2002, M. Carminati, AJDA 2003, p 1065, note Olivier Le Bot.
572. CE 24 février 2003, Perrin et Deltana, n°227945, Rev. Trésor 2004, p 139, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
573. CE 11 juin 2003, Mme Kheira Y, n° 246456.
574. CE 11 juin 2003, M. Paul X, n° 245976.
575. CE 4 juillet 2003, Dubreuil, Rev. Trésor 2004, p 151, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
576. CE 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk, AJDA 2003, p 1946, note M. Deguergue.
577. CE 30 juillet 2003, M'Bow, n°247376.
578. CE S 30 juillet 2003, Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre, AJDA 2003, p 1815, chronique F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2004, p 144, conclusions F. Lamy, p 156, note D. Pouyaud.
579. CE 30 juillet 2003, Marty, Rev. Trésor 2004, p 135, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
580. CE 30 juillet 2003, Wach, Rev. Trésor 2004, p 136, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
581. CE S 17 octobre 2003, Dugoin, Rev. Trésor 2004, p 142, conclusions M. Guyomar et chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; AJDA 2003, p 2031, chronique F. Donnat et D. Casas.
582. CE 26 novembre 2003, Ministre de l'Economie c/ M. Terlutte, AJDA 2004, p 339, conclusions S. Boissard.
583. CE 17 décembre 2003, Meyet, n° 258253, AJDA 2004, p 712, note J-P. Markus.
584. CE 30 décembre 2003, Beausoleil et Mme Richard, RFDA 2004, p 365, conclusions M. Guyomar et note A. Coutant ; Rev. Trésor 2004, p 312, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.
585. CE 30 décembre 2003, Richard et Herr, Rev. Trésor 2004, p 313, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

Cours administratives d'appel.

1. CAA Paris 17 octobre 1991, SA Hellot, p 569.
2. CAA Nantes 3 septembre 1992, M. Dufétel, DF 1993, n° 31, 1613.
3. CAA Lyon, Plénière, 5 avril 1993, SA Lorenzy Palanca, RJF 5/93, n°687, p 412.
4. CAA Lyon, 4^{ème} ch. 1^{er} juin 1994, SA Entreprise Lamy, p 642 ; AJDA 1994, p 846, obs. J-P. Jouquelet, p 799.
5. CAA Lyon, 29 juillet 1994, Stéfani, Recueil Lebon p 661.
6. CAA Lyon, 4^{ème} ch. 15 mars 1995, Sieur Féraud, DF 1995, n° 22, comm. 1245.
7. CAA Bordeaux, Plénière, 15 janvier 1996, Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie, des postes et télécommunications..., p 558 ; CJEG 1996, p 361.
8. CAA Lyon, 2^{ème} ch., 11 mars 1998, SA Lorenzy Palanca, n°96LY01392.
9. CAA Paris 21 octobre 1999, Territoire de la Polynésie Française, AJDA 2000, p 275, obs. C. Lambert, p 233.
10. CAA Paris 26 octobre 2000, Syndicat de copropriété « Les Nouveaux Horizons », DA Janvier 2001, n° 1, p 30.
11. CAA de Paris 11 juillet 2001, M. Magiera, n°99PA02164 et n°01PA00227.

Tribunaux administratifs.

1. TA de Paris, 11 juillet 1984, M. Olivier Borne c/ Ministre de la Défense, RFDA 1985, p425, note Ph. Couzinet.

Tribunal des conflits.

1. TC 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, p 642.
2. TC S 7 décembre 1979, Peschaud, p 460.

B - Juridictions administratives spéciales.

Chambres régionales des comptes

CRC d'Ile-de-France 12 mai 2003, Association Institut municipal des sports de Levallois-Perret (2 espèces), Association Comité des œuvres sociales de Levallois-Perret, RFDA 2004, p 392, note S. Damarey.

Cour des Comptes

C.Comptes 27 janvier 2000, Société RMR, Région Alsace, Rev. Trésor 2000, p 694, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

C - Juridictions judiciaires.

Cour de Cassation.

1. Civ. 1^{ère} 4 mai 1971, Bull. civ. I, n°146
2. Civ. 3^{ème} 4 décembre 1973, Bull. civ., III, n° 612.
3. Civ. 1^{ère} 9 mars 1982, Bull. civ., I, n° 100.
4. Com. 31 mai 1983, Bull., civ., IV, n° 160.
5. Soc. 10 décembre 1985, Bull. V. n° 594, p 433.
6. Soc. 12 décembre 1985, Bull. V. n° 610, p 444.
7. Civ. 3^{ème} 11 juin 1987, Bull. civ., III, n° 122 ; D 1988, p 527, note P. Bailly.
8. Civ. 2^{ème} 16 mars 1988, D 1988, p 527, note P. Bailly.
9. Civ. 1^{ère} 27 mai 1997, Bull. civ. I, n° 175.
10. Civ. 1^{ère} 25 novembre 1997, Bull. civ. I, n° 324.
11. Ass. Plén. 6 novembre 1998, aff. Société BNM, Bull. civ., ass. plén., n° 5.
12. Ass. Plén. 6 novembre 1998, aff. M. Guillotel, Bull. civ., ass. plén., n° 4.
13. Ass. Plén. 5 février 1999, Commission des opérations de bourse c/ Oury, Gaz. Pal. 24-25 février 1999, p 8.
14. Com. 5 octobre 1999, Société Campenon Bernard et autres, Bull. civ., IV, n° 158.
15. Civ. 1^{ère} 5 octobre 1999, aff. Calvaire, Bull. civ., I, n° 257.

16. Civ. 1^{ère} 12 octobre 1999, Gaz. Pal., 2000, I, sommaire de jurisprudence, p 209.
17. Civ. 1^{ère} 7 décembre 1999, JCP G 2000, IV, 1154.
18. Com. 18 janvier 2000, JCP G 2000, II, 10300, note A. Perdriau.
19. Soc. 23 février 2000, JCP G 2000, II, 10300, note A. Perdriau.
20. Civ. 1^{ère} 23 mai 2000, aff. M. P., AJDA 2000, p 762, obs. P. Sargos.
21. Civ. 1^{ère} 2 mai 2001, Bull. civ., I, n° 109.

D - Conseil Constitutionnel.

1. CC 14 mai 1980, Procédure contentieuse en matière fiscale, (113 DC), Rec. p 17.
2. CC 2 décembre 1980, (119 L), Rec. p 74 ; RDP 1981, p 628, chronique L. Favoreu.
3. CC 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, (224 DC), Rec. p 8.
4. CC 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel, (248 DC), Rec. p 18 ; Rev. Adm. 1989, p 223, note J-L Autin ; RDP 1989, p 399, note L Favoreu ; RFDA 1989, p 215, note B. Genevois.
5. CC 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, (325 DC), Rec. p 224 ; RFDA 1993, p 871, note B. Genevois.
6. CC 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française, (373 DC), Rec. p 43 ; AJDA 1996, p 371, note O. Schrameck ; RFDC 1996, p 594, note Th. S Renoux.
7. CC 19 juin 1999, Délit de grand excès de vitesse, (411 DC), Rec. p 75.
8. CC 23 juillet 1999, Couverture maladie universelle, (416 DC), Rec. p 100.
9. CC 21 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2000, (422 DC), Rec. p 143 ; AJDA 2000, p 48, note J-E Schoettl.

E - Juridictions communautaires.

Cour de Justice des Communautés européennes.

1. CJCE 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, 6 / 64 , Recueil de jurisprudence, p 1141.
2. CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106 / 77 , Recueil de jurisprudence, p 629.
3. CJCE 15 mai 1986, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, Recueil de jurisprudence p 1651, conclusions M. Darmon.
4. CJCE 15 octobre 1987, *UNECTEF c/ Heylens*, 222/86, Recueil de jurisprudence p 4097.
5. CJCE 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Recueil de jurisprudence 1995 page I-4599 ; AJDA 1996 p 276, obs., H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues.
6. CJCE 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, C-430/93, Recueil de jurisprudence 1995 page I-4705 ; AJDA 1996 p 276, obs., H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues.
7. CJCE 4 février 2000, *Emesa Sugar (Free Zone) N.V. c/ Aruba*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, N° 43, 1^{er} juillet 2000, p 581, note D. Spielmann.
8. CJCE 25 juillet 2002, *Union de Pequenõs Agricultores c/ Conseil*, C-50/00 P, Recueil de jurisprudence p I-6677 ; AJDA 2002, p 868, note F Malvasio.
9. CJCE 30 mars 2004, *Rothley e.a. c/ Parlement*, C-167/02 P ; AJDA 2004, p 1080, obs. J-M Belorgey, S Gervasoni, Ch. Lambert.

Tribunal de première instance des Communautés européennes.

TPICE 3 mai 2002, *Jégo-Quééré c/ Commission*, T-177/01, Rec. p II-2365 ; AJDA 2002, p 867, note F Malvasio.

F - Cour européenne des droits de l'homme.

1. CEDH 17 janvier 1970, Delcourt c/ Belgique, Série A n° 11.
2. CEDH 16 juillet 1971, Ringeisen, série A n° 13.
3. CEDH 21 février 1975, Golder c/ Royaume-Uni, Série A, n°18.
4. CEDH 8 juin 1976, Engel, série A n° 22.
5. CEDH 28 juin 1978, König, série A n° 27.
6. CEDH 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, Série A n°32.
7. CEDH 27 février 1980, Deweer, série A n° 35.
8. CEDH 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique, série A n° 43.
9. CEDH 1^{er} octobre 1982, Piersack, série A n° 53.
10. CEDH 10 février 1983, Albert et Le Compte, série A n° 58.
11. CEDH 21 février 1984, Öztürk, série A n°73.
12. CEDH 28 juin 1984, Campbell et Fell, série A n° 80.
13. CEDH 22 octobre 1984, Sramek, série A n° 84.
14. CEDH 26 octobre 1984, De Cubber, série A n°86.
15. CEDH 26 juin 1986, Van Marle, série A n° 101.
16. CEDH 30 novembre 1987, H. c/ Belgique, série A n° 127.
17. CEDH 29 avril 1988, Belilos, série A n° 132.
18. CEDH 24 octobre 1989, H c/ France, série A 162-A.
19. CEDH 22 mai 1990, Weber, série A n° 177.
20. CEDH 26 mars 1992, Editions Périscope c/ France, Série A, n° 234-B.
21. CEDH 31 mars 1992, X c/ France, Série A, n° 234-C.
22. CEDH 16 décembre 1992, Geouffre de la Pradelle c/ France, Série A n° 253-B.
23. CEDH 24 novembre 1993, Imbrioscia, Série A, n° 275.
24. CEDH 22 avril 1994, Saraiva de Carvalho c/ Portugal, série A 286-B.
25. CEDH 26 septembre 1995, Diennet c/ France, série A n° 325-A.
26. CEDH 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, série A n° 326 ; AJDA 1996, p 383, commentaire J-F. Flauss ; RFDA 1996, p 777, note J-L Autin et F. Sudre.
27. CEDH 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, Recueil 1996-I.
28. CEDH 20 février 1996, Lobo Machado c/ Portugal, Recueil 1996-I.

29. CEDH 26 septembre 1996, *Miaillhe c/ France*, Recueil, 1996-IV.
30. CEDH 21 février 1997, *Guillemin c/ France*, AJDA 1997, p 399 et s.
31. CEDH 17 mars 1997, *Neigel c/ France*, Recueil 1997-II.
32. CEDH 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, D 1998, Somm., p 366.
33. CEDH 20 mai 1998, *Gautrin c/ France*, Recueil 1998-II.
34. CEDH 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, AJDA 2000, p 530, chronique J-F. Flauss ; JCP 2000, I, n°203, observations F. Sudre ; RDP 2000, p 617, note X. Prétot ; RDP 2000, p 711, observations G. Gonzalez.
35. CEDH 26 septembre 2000, *Guisset c/ France*, RDP 2001, p 668, observations H Surrel.
36. CEDH (Grande Chambre) 7 juin 2001, *Kress c/ France*, AJDA 2001, p 675, note F. Rolin ; D 2001, p 2619, note R. Drago ; JCP 2001, II, n°10578, note F. Sudre ; RDP 2002, p684, observations G. Gonzalez ; Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2001, p 581, observations D. Spielmann.
37. CEDH 21 mars 2002, *APBP c/ France*, JCP 2002, I, n°157, observations F. Sudre ; RDP 2003, p 694, observations G. Gonzalez.
38. CEDH 10 octobre 2002, *Mme et Mlle Theraube c/ France*, DF 2003, N° 5, comm. 51, p 211.
39. CEDH 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, AJDA 2003, p 1490, note F. Rolin.
40. CEDH 7 octobre 2003, *Mme Richard-Dubarry c/ France*, Rev. Trésor 2004, p 307, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche ; RFDA 2004, p 378, note A. Potteau.
41. CEDH (2^{ème} section) Décision du 13 janvier 2004 sur la recevabilité de la requête n°58675/00 présentée par *Michel Martinie c/ France*, Rev. Trésor 2004, p 368, chronique M. Lascombe et X. Vandendriessche.

Abréviations.

Attention : L'indication d'un numéro de page, sans autre précision, après une décision du Conseil d'Etat, d'une Cour administrative, d'un Tribunal administratif ou du Tribunal des conflits, renvoi au Recueil des décisions du Conseil d'Etat, éditions Sirey (ou Recueil Lebon.). La lettre « T » renvoie à la partie table analytique des matières de ce recueil.

AJDA : L'Actualité juridique, Droit administratif.

Bull. ou Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation.

CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.

D : Recueil Dalloz.

DA : Droit administratif. Editions du Juris-Classeur.

DF : Droit fiscal.

DROITS (Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques.)

EDCE : Etudes et Documents (Revue du Conseil d'Etat).

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

JCP : La semaine juridique.

LPA : Les Petites Affiches.

p : L'indication d'un numéro de page, sans autre précision, après une décision du Conseil d'Etat, d'une Cour administrative, d'un Tribunal administratif ou du Tribunal des conflits, renvoi au Recueil des décisions du Conseil d'Etat, éditions Sirey (ou Recueil Lebon.).

Quot. Jur. : Le Quotidien juridique.

RDP : Revue de droit public et de la science politique.

Rec. : Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel.

Recueil : Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

Recueil de jurisprudence : Recueil de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Rép. Cont. Adm. Dalloz : Répertoire du contentieux administratif, Dalloz.

Rev. Adm. : La Revue administrative.

Rev. Trésor : Revue du Trésor.

RFDA : Revue française de droit administratif.

RFFP : Revue Française de Finances Publiques.

RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé.

RJF : Revue de jurisprudence fiscale.

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

S : Recueil Sirey.

T : La lettre « T » renvoie à la partie table analytique des matières du Recueil des décisions du Conseil d'Etat, éditions Sirey (ou Recueil Lebon).

Index

A

acquiescement110, 434
aide juridictionnelle 104
Alsace Moselle 89, 258
amende pour recours abusif 149
amicus curiae233, 234, 263
amnistie. 110, 127, 129, 130, 348, 349, 451
annulation4, 5, 22, 31, 68, 102, 111, 113,
120, 121, 122, 127, 131, 134, 140, 175,
178, 181, 186, 207, 227, 242, 257, 259,
272, 273, 282, 288, 294, 307, 311, 320,
378, 379, 382, 383, 385, 393, 416, 417,
418, 420, 422, 423, 424, 425, 430, 431,
435, 440, 442, 446, 450, 451, 453, 455,
457, 461, 463, 465, 467, 470, 472, 485,
499, 501, 502, 507, 514
appel5, 9, 14, 16, 21, 22, 23, 24, 35, 37,
42, 43, 45, 52, 74, 75, 76, 84, 88, 89, 90,
91, 92, 93, 94, 108, 110, 111, 112, 113,
116, 117, 122, 183, 184, 223, 225, 233,
253, 255, 259, 267, 293, 326, 380, 390,
391, 398, 413, 417, 420, 421, 422, 432,
445, 446, 449, 454, 458, 462, 464, 465,
466, 468, 470, 471, 473, 474, 475, 476,
477, 480, 485, 486, 489, 491, 492, 493,
494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501,
502, 508, 511
appréciation des faits
définition
absence de 368
appréciation souveraine305, 312, 315, 337,
366, 367, 369, 386

notions qualificatives370

autorité administrative indépendante56,
261
autorité de la chose jugée74, 131, 140,
279, 335, 439, 440, 455
avocat 104, 139, 146, 148, 239

B

base légale22, 281
bonne administration de la justice21, 62,
96, 416, 452, 453, 466, 470, 473, 487

C

cassation sans renvoi449
cause juridique 108, 140, 187
champ d'application de la loi 127
collégialité62
Commission spéciale de cassation des
pensions adjointe au Conseil d'Etat41,
152
compétence *Voir* compétence liée
attribution 72, 73
discrétionnaire373
juge suprême170
juridiction à compétence nationale427
matérielle223
ratione temporis224
technique 376, 405
territoriale221
compétence liée345, 373, 375, 386, 389,
411, 453, 455
composition des juridictions58, 59, 65, 84,
226

impartialité.....	247, 252	contentieux disciplinaire	69, 70, 71, 179, 214, 243, 314, 343, 422, 455, 480
juge de renvoi.....	427, 429	contradiction de motif.....	184, 185, 275
ordre public.....	226	contrat	87, 89, 107, 160, 161, 192, 232, 354, 358, 385, 403, 446, 491
concept de faute.....	340, 341, 344	Convention européenne des droits de l'homme	266
conclusions	22, 63, 92, 110, 253, 268, 271, 498	article 6-1 : 53, 65, 79, 82, 202, 212, 218, 220, 241, 244, 261, 428, 479, 522	
à fin de sursis	141, 393	Cour de cassation.....	264
avocat général	237	Cour de Cassation	4, 19, 69, 70, 96, 119, 132, 152, 156, 167, 170, 199, 201, 218, 220, 234, 237, 243, 250, 254, 261, 266, 278, 291, 299, 321, 323, 324, 327, 328, 331, 344, 369, 372, 378, 430, 435, 439, 449, 454, 466, 468
chambre du conseil.....	264	Cour de discipline budgétaire et financière	75, 76, 81, 83, 245, 428, 445
commissaire du gouvernement	138, 201, 236, 238	Cour des comptes	42, 75, 81, 113, 245, 258, 259, 279, 398, 426, 428, 484
note en délibéré.....	240	critère	
communication.....	231	contrôle de cassation	292, 305, 313, 315, 318, 330, 332, 334, 363, 410, 507
dénaturation	382, 384	d'admission.....	102, 146
évocation.....	470	de la juridicité.....	159
incidentes	118, 140	de la juridiction administrative	27, 53, 55, 60, 68
irrecevables	121	décision de justice.....	142
expertise.....	116	dichotomie fait et droit.....	206
juge de renvoi.....	432	du renvoi.....	419
provoquées.....	118	sélectionner les recours.....	149
rejet			
sans instruction	141		
soumises au juge de cassation.....	108		
connexité.....	92		
Conseil du Roi.....	17		
constatation			
de fait.....	74		
de l'exactitude des faits.....	312		
des circonstances.....	369		
des juges du fond	184, 192, 277, 292, 308, 314, 346, 350, 360, 460		
d'un rapporteur	262		
juge de renvoi.....	438		
matérielle	407		

D

décision

- préparatoire..... 38, 39
- souveraine..... 42
- décision implicite 37, 144
- délai de recours 107, 108, 187
- dénaturation22, 151, 176, 189, 294, 367,
375, 377, 378, 379, 380, 384, 385, 386,
387, 394, 401, 407, 411, 412, 414, 415,
501
- densité juridique 158, 332, 333, 507
- désistement..... 122
- détournement de pouvoir 119, 195
- distinction entre le droit et le fait ..154, 330
- domicile de secours458, 459
- dommages de travaux publics326, 346,
408, 461
- droit au recours505, 506, 512, 513, 515,
516, 518, 519, 520, 521, 522, 523
- droit de timbre 104

E

- effet dévolutif.....14, 117, 417
- effet rétroactif.....424, 430, 431
- égalité des armes234, 239
- égalité devant la justice.....25, 28, 31, 515
- erreur de droit185, 280, 281, 282, 302,
303, 305, 307, 308, 309, 311, 328, 329,
330, 395, 413, 421, 436, 465
- erreur de fait 130, 328, 447
- erreur manifeste d'appréciation159, 177,
328, 329, 379, 398, 400, 482
- erreur manifeste de qualification319, 327,
328, 329

- évocation252, 258, 293, 415, 416, 417,
443, 451, 452, 466, 467, 468, 469, 470,
471, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 486,
491, 502, 508

- exactitude matérielle des faits.....277, 369
- excès de pouvoir5, 20, 22, 24, 28, 99, 106,
127, 131, 133, 144, 146, 159, 161, 187,
188, 189, 195, 196, 198, 207, 277, 296,
298, 318, 322, 324, 325, 327, 329, 379,
398, 400, 401, 430, 447, 455, 468, 482,
483

F

- fausse interprétation..... 380, 436
- frais irrépétibles391

H

- huis clos..... 122, 240

I

- intérêt à agir 109, 200

J

- juge de renvoi8, 255, 419, 423, 427, 455,
464, 472, 497
- instruction.....437
- obligations430
- respect de la chose jugée.....439
- saisine.....432
- juge unique62, 91

L

- lecture publique.....233
- légalité externe.....108, 186, 187, 188
- légalité interne24, 108, 174, 177, 186, 187,
189, 190, 470

M

- matérialité des faits.....277, 278, 386
- motivation37, 59, 60, 62, 65, 99, 145, 146,
153, 160, 167, 173, 174, 176, 177, 178,
179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 188,
189, 190, 191, 192, 195, 206, 207, 250,
271, 273, 274, 275, 393, 394, 429, 465,
509, 519
- moyen24, 25, 26, 32, 65, 103, 108, 114,
115, 116, 117, 119, 121, 122, 123, 127,
130, 131, 141, 144, 145, 146, 151, 175,
176, 181, 183, 187, 195, 198, 207, 232,
234, 273, 282, 303, 306, 326, 392, 394,
431, 432, 433, 435, 438, 439, 447, 449,
457, 471, 498, 499
- d'annulation..... 22
- de pur droit..... 132, 133, 134
- d'ordre public31, 123, 124, 126, 128, 131
- irrecevable.....119, 122
- nouveau..... 118, 120, 122, 132, 133
- recevable..... 23
- sérieux..... 21, 137, 147, 276, 393

N

- non-lieu à statuer444, 445
- note en délibéré239, 240

O

- objecteur de conscience90, 193, 440
- observations orales139, 232
- ordre professionnel 34, 110, 224, 499
- ouvrage exceptionnellement dangereux
..... 167, 309, 346, 420

P

- partie à l'instance 112, 113, 237
- plénitude de juridiction..... 99, 438
- politique jurisprudentielle362, 371, 377,
492, 494, 508, 510
- pourvoi incident 109, 118
- pouvoir discrétionnaire373, 374, 375, 393,
413
- Président de la République53, 511
- principe du contradictoire..... 143, 229
- principes généraux du droit512, 513, 515,
517, 520
- procédure contradictoire136, 141, 201,
229, 237, 238

- procédure d'admission20, 136
- absence de motivation..... 145
- caractère non contradictoire 143
- publicité des audiences.....242, 244

Q

- qualification juridique119, 130, 151, 164,
196, 207, 292, 294, 295, 297, 298, 299,
301, 302, 303, 305, 307, 309, 310, 316,
320, 322, 323, 325, 326, 333, 336, 337,
338, 344, 352, 354, 358, 365, 376, 403,
413
- approche réaliste315
- approche séquentielle.....312
- question de droit nouvelle95
- quorum 226, 428

R

- raisonnement judiciaire163, 166, 168, 311,
313, 368, 369, 412

recours pour excès de pouvoir 296, 322,
325, 327, 329, 398, 430, 447, 468, 482,
483, 513, 514

récusation 121, 247

référé 43, 62, 90, 91, 93, 94, 107, 121, 130,
231, 232, 254, 394, 421, 450, 491

fiscal 37, 88, 394

législatif 19

précontractuel 89, 192, 232, 446

provision 87

suspension 90, 285

règlement au fond 416, 443, 468, 470, 471,
473, 485, 493

renvoi impossible 502

responsabilité 126, 132, 179, 180, 274, 309,
326, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346,

347, 348, 349, 351, 353, 358, 396, 397,
408, 450, 460, 476, 490, 494

S

substitution de base légale 462, 463

substitution de motif 183, 184

syllogisme 163

U

urgence 90, 107, 143, 389, 392, 394, 489,
490

V

violation de la loi 22, 127, 146, 427

Table des matières.

INTRODUCTION	3
§1. LA RÉGULATION INTERNE DU CONSEIL D'ÉTAT	7
<i>A. La gestion des dossiers</i>	<i>8</i>
<i>B. La gestion des missions</i>	<i>11</i>
§2. LA RÉGULATION EXTERNE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT	14
<i>A. Les avantages de l'appel</i>	<i>14</i>
<i>B. Les désavantages de la voie de la cassation</i>	<i>17</i>
1°/ Un juge de cassation faible.....	17
2°/ Un juge de cassation fort.....	19

PREMIERE PARTIE

LES GARANTIES DU PRINCIPE DE L'EGALITE DEVANT LA JUSTICE

ADMINISTRATIVE	30
TITRE PREMIER : L'ÉGALITÉ DES REQUÉRANTS DANS L'ACCÈS AU JUGE DE CASSATION	33
<i>Chapitre 1 – L'égalité des requérants devant les conditions permettant de saisir le juge de cassation</i>	<i>34</i>
Section préliminaire – La décision définitive : la condition préalable au contrôle de cassation.....	35
§1. L'existence d'une décision juridictionnelle.....	35
A. La frontière entre l'administrateur et le juge.....	36
B. La frontière entre l'administration de la justice et le jugement.....	38
§2. Une décision rendue en dernier ressort.....	41
A. Le principe : l'exclusion de toute voie de recours.....	41
B. L'exception : la combinaison du recours en cassation et d'autres voies de recours.....	44
Section 1 - La décision définitive spéciale.....	49
§1. Le caractère administratif d'une juridiction spéciale.....	49
A. La définition institutionnelle de la justice.....	51
1°/ Un organisme institué par l'Etat.....	51

a./ Le principe selon lequel la loi crée les juridictions.....	52
α) La volonté du législateur.	52
β) Les limites du critère législatif : les organismes innomés.	53
b./ Le mythe d'une définition prétorienne de la juridiction.	55
α) L'impossibilité doctrinale.....	55
β) L'impossibilité d'établir une définition jurisprudentielle.....	57
2°/ Les facteurs limitant l'institution de juridictions.....	60
a./ Les organismes disciplinaires non juridictionnels.	61
b./ Les organismes administratifs respectant une procédure quasiment juridictionnelle.....	65
B. La définition empirique de l'ordre administratif.	68
§2. Le caractère spécial d'une juridiction administrative.	72
A. Le respect de la compétence d'attribution des juridictions spéciales.	73
1°/ Les juges disciplinaires.	73
2°/ Les juges de l'action administrative.	75
a./ Les juridictions financières.....	75
b./ Les juridictions sociales.	76
c./ La juridiction statuant en matière d'asile politique.....	77
B. Le respect du droit.	78
1°/ Le respect du droit processuel.....	78
2°/ Le respect du droit substantiel.....	83
Section 2 – La décision définitive générale.	85
§1. Réguler l'activité des juridictions générales à travers le contrôle des décisions définitives.....	86
A. Régler les orientations de la politique jurisprudentielle.....	86
B. Régler le jugement des décisions définitives générales.	88
1°/ La situation exceptionnelle : le contrôle des décisions définitives des Tribunaux administratifs.	88
2°/ La situation normale : le contrôle des décisions émanant des Cours administratives d'appel.....	93
§2. Réguler l'activité des juridictions générales avant toute décision définitive	95

Chapitre 2 – L'égalité des requérants devant les filtres restreignant la saisine du juge de cassation. 102

Section 1 - Le filtre classique : le maintien des restrictions traditionnelles à l'exercice du recours en cassation. 103

§1. Les restrictions affectant la présentation des recours. 103

A. Les formes du recours..... 104

1°/ La représentation par un avocat aux conseils..... 104

2°/ Les délais de présentation du recours. 106

B. La personne du requérant..... 109

1°/ L'intérêt pour agir..... 110

2°/ La qualité de partie ou de représenté dans l'instance. 112

§2. Les restrictions relatives aux moyens invocables devant le juge de cassation..... 114

A. Le principe : juger le jugement et non le litige..... 115

B. Les exceptions : juger le jugement, c'est encore juger le litige. 120

1°/ Les moyens tirés de l'irrégularité du jugement attaqué..... 120

2°/ Les moyens d'ordre public..... 123

a. / L'autonomie d'appréciation du juge de cassation..... 123

b. / Le maintien de l'unité de la définition de l'ordre public..... 125

3°/ Le refus d'examiner les moyens de pur droit..... 132

Section 2 – Le filtre moderne: la procédure d'admission. 136

§1. Une procédure réputée juridictionnelle. 136

§2. Une procédure en réalité non juridictionnelle. 142

A. L'absence de certaines garanties de procédure..... 142

1°/ L'absence de procédure contradictoire. 143

2°/ L'absence de motivation détaillée. 145

B. L'absence de droit au juge de cassation. 148

TITRE DEUXIÈME : L'ÉGALITÉ DES REQUÉRANTS DEVANT LE CONTRÔLE STANDARD DU JUGE DE CASSATION. 151

Chapitre 1- L'égalité des justiciables devant un modèle unique de cassation.... 152

Section 1 – Le paradigme mythique de la cassation administrative..... 153

§1. Le mythe d'un contrôle purement juridique..... 153

A. L'arbitraire distinction entre le droit et le fait..... 154

1°/ L'absence de définition matérielle du droit.	154
2°/ La conceptualisation du fait.	157
B. L'arbitraire distinction entre normes contrôlées et délaissées.....	159
1°/ Les normes à double visage.	159
2°/ Les normes extralégales.	160
§2. Le mythe d'un raisonnement purement juridique.	162
A. L'impossible modélisation du raisonnement juridictionnel.....	162
1°/ L'inférence.	163
2°/ La subsumption.	164
3°/ Une identité entre situations.	166
B. La multiplicité des facteurs influençant le raisonnement juridictionnel. .	169
1°/ L'omnipotence du juge de cassation.....	170
2°/ L'autolimitation du juge de cassation.	171
Section 2 – Le paradigme réaliste de la cassation administrative.	173
§1. Un contrôle proportionné au seuil de motivation exigé.....	173
A. La motivation : condition du contrôle.	174
1°/ Une condition de l'effectivité du contrôle de cassation.....	175
2°/ L'empiètement sur les appréciations réputées souveraines des juges du fond.	178
B. Le contrôle limité à la réformation de la motivation.	181
1°/ Motif déterminant et surabondant.	181
2°/ Substitution de motifs.	183
3°/ La contradiction de motifs.	184
C. L'atténuation de la dichotomie entre légalité interne et externe.....	186
1°/ Le contrôle dualiste de la légalité.	186
2°/ Le contrôle transversal de la légalité.	188
§2. Un contrôle nécessairement partiel.....	190
A. Un contrôle en retrait.	191
1°/ Le contrôle en trompe-l'œil.....	191
2°/ L'absence de contrôle.	195
B. Un contrôle lacunaire au regard du droit européen.....	197
1°/ Le pouvoir du juge de cassation.	198
2°/ La procédure de cassation.	201

Chapitre 2 – L'égalité des justiciables devant le contrôle uniformisé du juge de cassation.	209
Section 1 – La régularité processuelle des instances antérieures.	210
§1. Le cadre processuel de l'instance administrative.	211
A. Le cadre processuel européen.	212
1° L'extension du domaine du droit européen.....	212
a./ La notion de contestation civile.	213
b./ La notion d'accusation pénale.	215
2° La multiplication des interprétations du droit européen.	218
B. Le cadre processuel national.	221
1° Les règles de compétence des juridictions administratives.	221
a./ La compétence razione loci.	221
b./ La compétence razione materiae.	223
c./ La compétence razione temporis.	224
2° Les règles de fonctionnement des juridictions administratives.....	225
§2. La révolution formelle de l'instance administrative.	228
A. Le principe du contradictoire.	229
1° Les pièces produites par les parties.	229
2° Les pièces produites par des membres de la juridiction.	233
a./ Le rapport du rapporteur.....	233
b./ Les conclusions du commissaire du gouvernement.....	236
B. Le principe de publicité.	241
C. Le principe d'impartialité.	246
1° Les deux conceptions de l'impartialité.	246
a./ L'impartialité subjective.....	247
b./ L'impartialité objective.	248
2° Les prises de position antérieures à l'audience.	252
a./ Le fait pour un magistrat d'avoir déjà jugé une affaire.....	252
b./ Le non-cumul des fonctions consultative et juridictionnelle.....	257
c./ L'évocation des faits dans un rapport public avant l'audience.....	258
3° Les personnes présentes aux délibérés.....	260
a./ Le problème de la présence du rapporteur au délibéré.....	261
b./ La participation du commissaire du gouvernement au délibéré.	263
c./ La présence d'un concurrent économique au délibéré.	265

Section 2 – La régularité intellectuelle du jugement définitif.....	270
§1. Le support du raisonnement.....	271
A. Le formalisme de l'acte juridictionnel.....	271
1°/ Les mentions obligatoires.	271
2°/ L'existence d'une motivation.....	273
B. L'explication des motifs de l'acte juridictionnel.	275
§2. La validité du raisonnement.	277
A. L'erreur sur la matérialité des faits.....	277
B. L'erreur sur la portée d'une règle de droit.	279
1°/ L'applicabilité d'une norme.	280
a./ L'interprétation des conditions d'application d'une norme.....	280
b./ L'interprétation du caractère contraignant d'une norme.....	282
2°/ La signification d'une norme.	282
a./ L'interprétation de la portée d'une norme.....	283
b./ L'interprétation du bloc de la légalité.	285

DEUXIEME PARTIE

LES GARANTIES DU PRINCIPE DE L'UNITE D'INTERPRETATION DE LA LEGISLATION ADMINISTRATIVE.	289
TITRE PREMIER : L'UNITÉ D'INTERPRÉTATION SYSTÉMATIQUE PAR CATÉGORIES.	294
<i>Chapitre 1 - L'instrument de l'interprétation systématique : le contrôle des qualifications.</i>	298
Section 1 - L'interprétation systématique discrétionnaire.	301
§1. Le dualisme du contrôle.....	302
A. La critique du contrôle des qualifications.....	303
1°/ La théorie de l'erreur de droit latissimo sensu.	304
2°/ Les raisons du maintien du contrôle des qualifications.	307
B. Les deux conceptions du contrôle des qualifications.	311
1°/ L'approche séquentielle.	312
2°/ L'approche réaliste.	315

§2. Le caractère discrétionnaire du contrôle.....	318
A. Le contrôle sélectif des qualifications.	319
1° Le contrôle discrétionnaire des qualifications.....	320
a./ Le contrôle étendu à toutes qualifications.	320
b./ Le contrôle restreint à certaines qualifications.	324
2° Le rejet de la théorie de l'erreur manifeste de qualification.	327
B. La question du critère de sélection.	330
1° La recherche d'un critère.	331
2° L'impossibilité d'un critère.....	334
Section 2 - Les notions systématiquement interprétées.	337
§ 1. - Les principes fondamentaux de la responsabilité.....	340
A. Le fait générateur.....	340
1° Le concept de faute.....	341
2° Le contrôle du fait générateur dans les responsabilités sans faute.	345
B. L'imputabilité lato sensu.....	347
1° Les causes d'exonération de responsabilité.	347
2° Le lien de causalité.	350
§ 2. - La catégorie résiduelle des qualifications contrôlées.....	353
A. La protection de l'intégrité des statuts juridiques.....	353
B. La protection des libertés publiques.	359
Chapitre 2 - Les restrictions à l'interprétation systématique : la théorie de	
<i>l'appréciation souveraine.....</i>	366
Section 1 - Une souveraineté limitée.	367
§1. La nature de l'appréciation souveraine.	368
A. Une catégorie hétérogène.	368
1° Un contenu pluriel.	368
2° L'approche sémantique.	370
B. Une souveraineté sous surveillance.	373
1° Une compétence discrétionnaire résiduelle.....	373
2° Une compétence liée sommairement contrôlée.....	375
§2. La dénaturation de l'appréciation souveraine.....	378
A. La double conception du contrôle.	379
1° Sanctionner une erreur manifeste.	379
2° Sanctionner une divergence d'interprétation.....	380

B. Les manifestations du contrôle.....	382
1°/ La dénaturation des faits.	382
2°/ La dénaturation des actes.	384
Section 2 - Une souveraineté délimitée.....	387
§ 1. Un pouvoir d'administration du procès.....	389
A. L'administration normale du procès.	389
B. L'administration du procès dans l'urgence.	392
§ 2. Un pouvoir juridictionnel d'exécution.....	396
A. Le pouvoir dérivé d'une qualification.....	397
B. Le pouvoir de décision autonome.	400
1°/ L'appréciation objective.	400
2°/ L'appréciation intentionnelle.	402
3°/ L'appréciation circonstancielle.	405
a./ L'appréciation technique.	405
b./ L'appréciation contextuelle.	407
 TITRE DEUXIÈME : L'UNITÉ D'INTERPRÉTATION PONCTUELLE PAR VOIE D'ÉVOCATION.	416
Chapitre 1 – La cassation non évocatoire.	418
Section 1 - La théorie du renvoi.	419
§1. Le renvoi au juge du fond.....	419
A. Les motifs du renvoi.....	419
1°/ Le renvoi afin de compléter l'instruction.....	419
2°/ Le renvoi afin de régler le litige.	422
B. L'identification de la juridiction de renvoi.	423
1°/ Le principe de rétroactivité.	424
2°/ L'examen de l'affaire dans une formation différente.	425
a./ Le principe.	426
b./ L'aménagement.	427
§2. Les obligations du juge de renvoi.	430
A. La portée de la saisine du juge de renvoi.....	431
1°/ La saisine étendue.....	431
2°/ La saisine restreinte.	432

B. Les principes gouvernant l'instance de renvoi.	437
1°/ L'obligation d'instruire à nouveau l'affaire.	437
2°/ L'obligation de respecter la chose jugée en droit.	439
Section 2 - Les limites au renvoi.	443
Sous-section 1 - Le règlement implicite du litige.	444
§1. Le rejet de la requête.	444
A. La décision de non-lieu.....	444
B. La décision de rejet.....	447
§2. La cassation sans renvoi.	449
Sous-section 2 - Le règlement explicite du litige.	452
§1. Le règlement du litige après cassation.	453
A. Le règlement après première cassation.....	453
B. Le règlement après seconde cassation.	454
§2. Manifestations du règlement des litiges.	456
A. Le règlement à partir du motif de cassation.	457
B. Le règlement à l'aide d'une opération mathématique.	460
Chapitre 2 – L'appel sur cassation.	465
Section 1 - L'appel sur cassation discrétionnaire.	467
Sous-section 1 - Une post-cassation administrative.	468
§1. L'utilisation de la technique de l'appel.	468
A. L'assimilation du règlement à l'évocation.....	469
B. L'assimilation de la cassation à une instance au fond.	471
§2. Les contentieux objet de l'appel.	474
A. Le pré carré de l'évocation.	475
1°/ Le contentieux général.....	476
2°/ Le contentieux spécial.	477
B. Les limites à l'évocation.	480
1°/ Le contentieux disciplinaire.	480
2°/ La déclaration de gestion de fait.	484
Sous-section 2 - Une bonne administration de la cassation.	487
§1. La bonne administration de la justice dans le temps.	489
A. Le temps et la longueur de l'instance.	489
B. Le temps et l'urgence.....	491

§2. La bonne administration de la justice dans l'espace.	492
A. L'arrêt exemplaire.	492
B. L'arrêt de règlement.	494
Section 2 - L'appel sur cassation de droit.	496
§1. L'appel automatique au juge de cassation.	496
A. La renaissance de l'appel en matière de contentieux général.	497
B. La naissance d'un appel à l'encontre des décisions spéciales.	498
§2. La dénaturation de l'instance de cassation.	501
CONCLUSION.	504
I - UNE CASSATION ADMINISTRATIVE RÉNOVÉE.	505
II - LE PRINCIPE AMBIGU DU DROIT AU JUGE DE CASSATION.	512
BIBLIOGRAPHIE.	524
I - OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES, COURS, TRAVAUX COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES.	525
II - ARTICLES, COMMUNICATIONS.	533
III - CONCLUSIONS, NOTES, COMMENTAIRES, CHRONIQUES DE JURISPRUDENCES.	543
IV - TRAVAUX PARLEMENTAIRES.	561
V - LISTE DES DÉCISIONS CITÉES.	562
A - <i>Juridictions administratives générales et tribunal des conflits.</i>	562
B - <i>Juridictions administratives spéciales.</i>	587
C - <i>Juridictions judiciaires.</i>	587
D - <i>Conseil Constitutionnel.</i>	588
E - <i>Juridictions communautaires.</i>	589
F - <i>Cour européenne des droits de l'homme.</i>	590
ABRÉVIATIONS.	592
INDEX.	595
TABLE DES MATIÈRES.	601