

La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire ¹

Yves GAUDEMET

Le 6 décembre 1760, Sartine, lieutenant général de police, écrit à Joly de Fleury, procureur général près le parlement de Paris, en ces termes : « *Je suis informé, Monsieur, que depuis environ 3 ou 4 mois, il s'est fait dans la campagne plusieurs vols dans les églises et dans les manoirs particuliers, que les voleurs se sont servis pour faire les fractures nécessaires des coutres des charrues. Comme cet objet de sûreté publique exigeroit qu'on obligeast les laboureurs [à rapporter chez eux le soir les coutres des charrues] ... Mais comme il n'appartient qu'au Parlement de faire des règlements, vous serès le maître, Monsieur, de le proposer si vous pensez comme moy. Dans le cas où vous trouveriès des expédients plus propres à la sûreté publique, je suis convaincu que vous en ferès usage et que vous voudrès bien m'en instruire pour que je puisse m'y conformer.* »² »

L'arrêt de règlement, du type de celui que Sartine demande au procureur général de faire prendre par le parlement de Paris, appartiendrait au passé, dès lors que prohibé – c'est généralement la disposition que l'on cite – par l'article 5 du code civil ; on connaît les termes de celui-ci : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* » Pourtant périodiquement cette prohibition est rappelée pour brider ou contester les pouvoirs du juge ou, davantage encore, pour attacher comme une sorte de suspicion de principe à la création du droit par le juge.

Cela est vrai notamment du contentieux administratif. On en relèvera, à titre d'exemples et parmi d'autres, trois manifestations comme particulièrement significatives.

Lors du vote de la loi du 31 décembre 1987 réformant le contentieux administratif, et plus précisément de l'adoption de l'article 12 de cette loi créant les « *avis contentieux* », les débats parlementaires ont posé la question – on y reviendra (voir *infra* III) – de la compatibilité de cette nouvelle procédure avec la prohibition

1 Cette communication présentée dans le cadre des conférences du Comité d'histoire du Conseil d'État, reprend et actualise les développements d'un article publié dans les *Mélanges D. Labetoulle*, en 2007, p. 387, sous le titre, « *L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif* ».

2 Cité par Ph. Payen, *La Physiologie des arrêts de règlement du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, thèse, Paris, tome II, p. 15 ; et pour un renvoi plus complet à ce travail essentiel, voir *infra* note 7.

des arrêts de règlement, prohibition au passage considérée comme naturellement applicable au juge administratif; notamment Jean Foyer, alors président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, s'est interrogé sur cette procédure, assimilée par lui au rescrit impérial du droit romain, car, disait-il, constituant, comme celui-ci, « une interprétation officielle et publique de la loi apparue comme obscure au cours d'un procès »; et il posait la question de sa compatibilité avec la prohibition de l'arrêt de règlement (*JO Débats AN* 6 octobre 1987, p. 3960).

Sur le même registre, les commentateurs critiquent volontiers telle ou telle décision contentieuse dans laquelle ils voient comme une sorte de nouvel arrêt de règlement; ainsi Philippe Terneyre et Jean Gourdou en 2003 choisissent pour leur commentaire de l'arrêt du conseil d'État relatif à l'homologation des transactions administratives sous forme d'ailleurs d'avis contentieux, l'arrêt *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de L'Hajj-les-Roses*, un titre significatif: *À propos de l'avis de règlement relatif au droit des transactions administratives*³. Et j'ai moi-même parfois utilisé l'argument critique, par exemple dans une chronique brève et irrévérencieuse militant dans le sens du retrait d'un arrêt – l'arrêt *Ternon*⁴ – qui statuait en forme générale sur le droit du retrait des actes administratifs⁵. Plus généralement, le professeur Roland Drago, dans son commentaire du passage du discours préliminaire de Portalis relatif à l'article 5 du code civil, s'interroge ouvertement (« *et le juge administratif?*») sur le respect de la prohibition de l'arrêt de règlement par le juge et par la jurisprudence administratifs⁶.

Tout ceci invitait, considérant le contentieux administratif, à un double questionnement: 1) La prohibition de l'arrêt de règlement vaut-elle pour le juge administratif? La réponse, qui historiquement est d'abord négative, évolue à mesure que s'affirme la fonction proprement juridictionnelle du juge administratif (II). 2) Que signifie alors cette prohibition de l'arrêt de règlement et peut-elle être occasionnellement contredite par l'office du juge administratif? La réponse nous paraît devoir être – prudemment – négative (III). Mais d'abord qu'est-ce qu'un arrêt de règlement (I)?

I. – Qu'est-ce qu'un arrêt de règlement ?

Dans notre représentation actuelle, un arrêt de règlement est une décision du juge rendue sur requête particulière et dont celui-ci entreprend d'élargir la solution pour fixer, de façon générale, le droit applicable à une situation donnée; une décision dans un contentieux particulier et qui comporte donc des effets de

3 « *À propos de l'arrêt de règlement* » relatif au droit des transactions administratives », *CJEG, RJE* 2003, p. 543.

4 CE 26 oct. 2001, *Ternon*, *AJDA*, 2001, p. 1030.

5 Y. Gaudemet, « *Faut-il retirer l'arrêt Ternon ?* », *AJDA*, 2002, p. 738.

6 R. Drago, « *Pouvoir législatif et pouvoir judiciaire* », in *Le Discours et le code Portalis, deux siècles après le code Napoléon*, Litec, 2004, p. 39.

droit directs et immédiats au-delà du litige tranché par le juge. Cette présentation n'est aucunement fidèle à la réalité historique, à propos de laquelle précisément est intervenue la prohibition des arrêts de règlement.

A. – On dispose à cet égard d'une magnifique thèse d'un de nos collègues historien du droit, Philippe Payen, couronnée par la faculté de droit de Paris et par la chambre des avoués de Paris et publiée en 1997, mais restée malheureusement inexploitée par les processualistes et spécialistes contemporains. Cette thèse traite de l'arrêt de règlement du parlement de Paris au XVIII^e siècle, en deux tomes consacrés, le premier, à la « *dimension et doctrine* » de l'arrêt de règlement, le second à sa « *physiologie* ». Les enseignements qu'on y lit, au demeurant, valent pour une plus large période, dès le XV^e siècle et, au-delà du parlement de Paris, pour l'ensemble des cours « *souveraines* », Parlement et autres, du royaume⁷.

Les cours souveraines, à côté des arrêts *inter partes* prononcés avec l'autorité de chose jugée, rendaient en effet traditionnellement des arrêts de règlement, selon une procédure bien établie en tous les cas depuis le XV^e siècle, distincte de la procédure du contentieux *inter partes*, dans des formes spécifiques (arrêts en robe rouge) et dans le prononcé desquels le procureur général avait le rôle principal, notamment celui de l'initiative formelle de l'arrêt de règlement.

Ces arrêts de règlement étaient des actes de portée générale – d'où leur nom –, publiés et applicables dans tout le ressort de la cour, s'imposant à tous, sauf annulation par le Conseil du roi. Comme l'indique, en une formule ramassée, Philippe Sueur dans son manuel d'histoire du droit, l'arrêt de règlement correspondait à une participation du Parlement au droit de police, à l'époque indissociable du droit de justice, mais différent tant dans sa formulation que dans sa portée.

L'origine du procédé remonte à la *curia regis* qui rendait des règlements en même temps que des jugements. Telle était également la justice qu'on prêtait à saint Louis sous le chêne de Vincennes⁸ : jugements *inter partes* et aussi règlements de police applicables à tous et dégagés d'une espèce particulière. Philippe Sueur explique encore que « *les cours souveraines, émanant de l'antique formation de la curia regis, emportèrent la prérogative qui passa en coutume, renforcée par l'apport du droit romain qui concédait au préfet du prétoire des pouvoirs réglementaires* ».

Il y a là un exemple classique de confusion – nous dirions plutôt « *cumul* » – des pouvoirs de justice et de police. Celui-ci ne fut d'ailleurs pas sans conflits ; écoutons le président de Meynières, président de la deuxième chambre des

7 L'ensemble de cette première partie doit beaucoup à la thèse de Ph. Payen, et notamment plusieurs références et citations sont reprises de son ouvrage. Voir aussi Ph. Sueur, *Histoire du droit public français*, tome II, not. p. 144 et s., et la thèse de G. Déteix, *Les Arrêts de règlement du parlement de Paris*, Paris, 1930.

8 L'image – qui doit beaucoup à l'historiographie de la III^e République comme tant de pages de l'histoire de la France d'avant la Révolution – a pour origine, comme le rappelle Arlette Lebigre, ce passage du vieux sire de Joinville dans son *Histoire de saint Louis* : « *Maintes fois il advint qu'un été le roi allât s'asseoir au bois de Vincennes après sa messe et il s'adossait à un chêne et nous faisait asseoir autour de lui. Et tous ceux qui avaient quelque affaire venaient lui parler, sans être empêchés par huissier ou autre. Alors il leur demandait de sa bouche : "Y a-t-il ici quelqu'un qui ait un litige ?" Et se levaient ceux qui en avaient.* »

requêtes à la fin du XVIII^e siècle : « *Je ne sais par quel propos, le Parlement, dans ses remontrances (d'avril 1554) qui sont plustost des supplications que des remontrances, dont l'intérêt public me paroît être l'objet, s'abaisse jusqu'à demander basement au Roi que les ministres de sa justice soient mis au rang de ses domestiques... Pour tenir un pareil langage, il falloit que les magistrats de ce temps-là fussent bien peu instruits de leur origine et peu pénétrés de la noblesse de leurs fonctions. / Originairement, ils étoient le conseil des Rois, chargés de contribuer avec les monarques au bonheur des peuples, par la sagesse des loix qui se formoient et se préparoient dans ce conseil. / Ensuite les Rois se sont reposés sur un certain nombre de magistrats de ce conseil pour l'administration de la justice et le maintien de la police générale du Royaume. Ces magistrats ont conservé une part principale dans la formation des loix qui ne sont véritablement loix qu'autant qu'elles sont approuvées et consenties par le Parlement.* »

Ce à quoi Louis XV avait répondu par avance dans le célèbre édit de la Flagellation de 1766 : « *c'est par ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication et à l'exécution de la loi. Le droit de faire les lois [...] nous appartient sans dépendance ni partage.* »

B. – À l'époque et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les arrêts de règlement constituent ainsi une catégorie juridique dont les caractéristiques sont bien déterminées.

Les arrêts de règlement sont une réglementation supplétive, qui n'est possible aux parlements que pour compléter la législation royale ou la coutume, mais ne peut pas les contredire. Au demeurant l'arrêt de règlement est toujours rendu « *sous le bon plaisir du roi* » qui peut le modifier. Enfin l'arrêt de règlement, qui n'est opposable qu'après publicité, ne vaut que dans le ressort du parlement ou de la cour de justice qui l'adopte : il est nécessairement une réglementation locale.

Quant à la procédure, c'est sans doute le plus grand apport de la thèse de Philippe Payen d'avoir montré que celle-ci était en tous points différente de celle des arrêts des parlements rendus *inter partes*. C'est le procureur général qui a le rôle dominant et qui est à l'origine de chaque arrêt de règlement. L'arrêt est préparé et porté par le procureur général qui le rédige ; il est rendu sur requête du procureur général qui le soumet à la délibération du parlement.

L'initiative du procureur général elle-même ne vient pas d'un litige particulier soumis au parlement, mais procède de ce que Philippe Payen appelle une « *sollicitation d'arrêt* », laquelle émane, selon les cas, des évêques et seigneurs, des agents du roi, des communautés d'officiers défendant leurs prérogatives, des paroisses, etc. ; nous dirions aujourd'hui, des autorités et corps constitués qui souhaitent une réglementation locale propre à prévenir les désordres et les comportements erratiques.

Cette distinction est faite très tôt ; on peut en donner cet exemple, à la fois pittoresque et significatif, qui date de 1404, sous le règne de Charles VI (qui il est vrai était devenu fou quelques années plus tôt). Il s'agit d'un conflit, en juillet 1404, entre l'université de Paris et les gens de l'hôtel de Savoisy : ces derniers ayant molesté les suppôts de l'université et troublé la messe célébrée en l'église Sainte-Catherine par l'université, le Parlement prononce des sanctions très sévères à l'égard des gens de Savoisy : démolition de l'hôtel, bannissement de la cour de Charles de Savoisy et de ses parents, privation d'offices royaux, etc. Mais ce qui

doit nous retenir, c'est que l'université, estimant qu'à travers elle et ses doléances c'est l'ordre public qui était en cause, exige que l'arrêt ne soit point rendu à sa requête, mais « *du propre mouvement et office de la cour* », et publié pour avoir effet dans tout le ressort de celle-ci⁹.

La pratique n'est pas propre au parlement de Paris, comme le montre par exemple Nicolas Delamare dans son célèbre et volumineux *Traité de la police*¹⁰. Saulnier de La Pinelais¹¹ indique de même, à propos du parlement de Rennes, que celui-ci n'hésitait pas, quand son procureur général l'y conviait, à faire directement certains règlements. On le voit ainsi régler la hauteur des cheminées et le ramonage de la ville de Brest, défendre aux habitants de Fougères de couvrir leurs maisons autrement qu'avec des tuiles ou ardoises et régler pour cette ville les secours en cas d'incendie; prononcer l'annulation ou la modification des délibérations de communautés de villes et exercer ainsi, avec le concours du procureur général, une véritable tutelle administrative touchant à tous les intérêts municipaux des villes et communautés de la province : gestion des biens communaux, construction et réparation des édifices publics, élections et composition des assemblées des paroisses.

Ces arrêts généraux de règlement, écrit encore le même auteur, « *touchaient pour la plupart aux objets intéressant la sécurité publique* » : exercice des professions de santé et assimilées; droits de chasse; organisation du guet; police des cabarets; représentation des spectacles; surveillance des étrangers; vagabondage; femmes de mauvaise vie; etc. D'autres exemples encore sont donnés par Pierre-Clément Timbal, cette fois à propos du parlement de Metz¹².

Tels sont les arrêts de règlement dont la mention, généralement critique, émaille la littérature de l'Ancien Régime. Leur pratique valait aussi pour les animaux; on connaît la fable de La Fontaine intitulée *La Querelle des chiens, des chats et celle des chats et des souris* : elle s'ouvre par ce triste propos général que « *La discorde a toujours régné dans l'univers; / Notre monde en fournit mille exemples divers* », pour montrer que « *cent arrêts rendus en forme solennelle* » n'y changent rien et qu'il fallut encore faire un nouveau règlement « *dont les chats se plainquirent, / Et tout le quartier étourdirent* ».

C'est en effet le domaine de la police largement entendu qui est le terrain d'élection des arrêts de règlement. Le Parlement, mû par le procureur général, apparaît à cet égard comme l'autorité de police locale de droit commun et l'arrêt qu'il rend à ce titre ne présente ni les formes, ni la portée, ni la publicité des arrêts « *contentieux* » *inter partes*, non plus qu'il ne relève des mêmes voies de recours.

Ainsi l'arrêt de règlement touche bien principalement, voire exclusivement, à la matière administrative; il est nettement distingué de l'activité juridictionnelle, bien qu'émanant des mêmes cours et parlements. Il en est ainsi parce que, jusqu'à

9 Voir Ph. Payen, op. cit., tome II, p. 109.

10 Paris, 1722-1738, 4 volumes.

11 *Les Gens du roi au parlement de Bretagne (1553-1790)*, Rennes-Paris, 1902, p. 331.

12 P.-C. Timbal, *Histoire du droit*, vol. I, p. 333, Paris, cours de droit, 1952-1953, avec de très riches développements sur l'origine de l'arrêt de règlement.

la Révolution, justice et police ne sont pas séparées et s'exercent l'une et l'autre, y compris par les parlements souverains, sous le contrôle éminent du roi source de toute justice.

Mettant fin à ce que le principe de séparation des pouvoirs (ou des fonctions) tiendra désormais pour une confusion, la Révolution condamne dans son principe même l'arrêt de règlement ; et cela dès 1790.

II. – La prohibition de l'arrêt de règlement et son application au juge administratif

Il est clair que la prohibition de l'arrêt de règlement, tel qu'on vient de le définir, tel qu'il était régulièrement pris par les parlements et les cours souveraines de l'Ancien Régime, ne s'adresse pas, en 1790, au contentieux administratif, encore moins à un « *juge administratif* » qui n'existe alors qu'en devenir.

Il s'agit, au nom de la séparation des pouvoirs récemment affirmée (Déclaration des droits de 1789, art. 16 : « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution* ») – et en réaction aux abus des parlements de l'Ancien Régime –, d'interdire au juge toute incursion dans le domaine de la législation ou de la réglementation. On sait les positions radicales des révolutionnaires sur ce point, dénonçant les abus du pouvoir judiciaire : « *il n'est aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là [...] dont les débordements n'ont point de bornes* »¹³.

Il ne faut pas s'étonner dès lors de lire la condamnation des arrêts de règlement dès la loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 12, dans une disposition qui, à notre connaissance, est toujours en vigueur ; et on sait que c'est cette loi qui met, d'une façon générale, l'administration, les actes administratifs, en dehors de la compétence du juge.

La formule est reprise, peu après, par la Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chap. v, art. 3 ; le titre III traite successivement « *de l'exercice du pouvoir législatif* » (chap. III), « *de l'exercice du pouvoir exécutif* » (chap. IV) et « *du pouvoir judiciaire* » (chap. V). L'article 3 du chapitre V dispose : « *Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions* ». On retrouve cette prohibition des arrêts de règlement, en des formules plus détaillées, aux articles 270 et 271 de la Constitution girondine de février 1793 ; puis à l'article 203 de la Constitution de l'an III (Directoire).

La Constitution de l'an VIII – dont on sait la brièveté – ne reprendra pas la formule, d'autant plus évidemment qu'elle ne consacre aucune disposition

13 Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire, séance du 17 août 1789. Sur la critique notamment de la pratique des arrêts de règlement, voir Y.-L. Hufteu, *Le Référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, mémoire, fac. droit, Paris, PUF, 1965.

spécifique à l'autorité ou au pouvoir judiciaires. Mais elle est fidèle à la solution qu'elle confirme, par antiphrase, en reconnaissant très clairement un pouvoir réglementaire pour l'exécution des lois au seul gouvernement confié aux consuls (art. 46), chargés encore de « *pourvoir à la sûreté intérieure* » (art. 47), cependant que c'est le Conseil d'État qui, de façon expresse, est chargé « *sous la direction des consuls de [...] résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* » (art. 52).

Bref, la prohibition de l'arrêt de règlement est bien d'ordre constitutionnel et c'est d'ailleurs pourquoi la commission de réforme du code civil n'avait pas repris les dispositions de l'article 5 de celui-ci, estimant « *qu'une semblable disposition serait mieux placée dans un texte constitutionnel*¹⁴ ».

En effet le code civil n'innove pas lorsqu'il reprend, au titre préliminaire, la condamnation de l'arrêt de règlement, sous une forme apparemment proche des textes précédents : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* » ; d'ailleurs ce qui était initialement l'article 6 du projet de code et qui était rédigé comme suit : « *il est défendu aux juges d'interpréter les lois par voie de disposition générale et réglementaire* » avait été adopté pratiquement sans discussion¹⁵.

De même Portalis, dans le discours préliminaire tenant également la prohibition de l'arrêt de règlement pour chose acquise, réserve sa critique à l'abus du référé législatif dénoncé par lui – et par l'article 4 du code civil – comme déni de justice¹⁶.

Pourtant cette inscription dans le code civil, pour n'ajouter rien à une prohibition de l'arrêt de règlement déjà acquise, modifie sensiblement la perspective. C'est que cette prohibition se trouve désormais inscrite dans l'office du juge, comme une limite à celui-ci, et du juge agissant en tant que juge. Il ne s'agit plus seulement de lui interdire d'être aussi autorité de police ou d'administration, comme c'était le cas dans un régime de confusion des pouvoirs ; il s'agit, le considérant en tant que juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, de lui interdire d'user de celle-ci pour, en quelque sorte, donner une autorité générale à ses décisions.

Et Portalis, présentant précisément cet article 5 du code civil, fait à cet égard une distinction fondamentale : « *l'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office du juge ? L'interprétation par la voie d'autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge* ». Et plus loin : « *en laissant à l'exercice du ministère du juge toute la latitude convenable, nous lui rappelons les bornes qui dérivent de la nature même de ses pouvoirs. Un juge est associé à l'esprit de législation : mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou*

14 Rapport au garde des Sceaux et avant-projet de réforme du code civil, p. 25.

15 Procès-verbaux, Locré, séance du 4 thermidor an IX, présidée par le Premier Consul.

16 Sur le référé législatif, voir mémoire de Y.-L. Hufteu, *op. cit.*, *supra*, note 13.

de magistrature. Or le juge deviendrait législateur s'il pouvait, par des règlements, statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal... Il y aurait bientôt autant de législations que de ressorts» ; dernière critique qui fait bien apparaître le caractère de réglementation locale de l'arrêt de règlement désormais interdit.

On le voit, tout ceci ne concerne pas d'origine le juge administratif qui, d'ailleurs, à l'époque n'est pas perçu comme une juridiction et n'en a pas les caractères. La prohibition de l'arrêt de règlement s'est faite contre les parlements, pour faire obstacle aux interventions – excessives – de ceux-ci dans ce que l'on commence à appeler la réglementation administrative ou de police. On constate ainsi, par exemple, dans l'édition de 1935 du code civil annoté, sous l'article 5, la mention exclusivement de décisions de la Cour de cassation sanctionnant des arrêts qui, en violation de l'article 5, ont entendu régler par voie générale notamment l'exercice des professions judiciaires ou parajudiciaires.

Mais d'un autre côté cette prohibition de l'arrêt de règlement n'est pas un acte de législation civile. Elle est inscrite dans les Constitutions avant de l'être dans la loi, et consacrée au titre de la séparation des pouvoirs, telle que l'exige l'article 16 de la Déclaration des droits.

Ainsi donc, du jour où le juge administratif, désormais constitué et reconnu comme tel, rejoint le juge judiciaire au sein de l'autorité juridictionnelle, séparée des autres pouvoirs par la Déclaration des droits, la prohibition de l'arrêt de règlement, conséquence nécessaire du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, vaut pour le juge administratif comme pour son homologue judiciaire.

La prohibition de l'arrêt de règlement n'est sans doute pas d'origine pour le « *juge* » administratif ; et elle ne lui vient pas du code civil. Mais elle s'impose à lui, de par les principes constitutionnels, dès lors qu'il est vraiment juge et dans cette mesure aussi.

Il n'y a jamais eu véritablement de doute à cet égard. On lit ainsi dans les conclusions du commissaire du gouvernement Marguerie sur un arrêt du Conseil d'État du 7 décembre 1883 (*C^e du chemin de fer de Paris à Orléans, Rec. Lebon p. 905*) : « *il n'est pas interdit à un tribunal de faire à une même question des réponses contradictoires : si cette faculté n'avait pas été donnée au juge, on n'aurait à signaler aucune variation dans la jurisprudence ; chaque jugement deviendrait une loi ; le juge aurait ce pouvoir réglementaire qui ne lui appartient pas en vertu de ce principe de droit public d'après lequel il doit y avoir une séparation absolue entre le pouvoir chargé de faire la loi et le pouvoir chargé de l'appliquer, principe rappelé dans l'article 5 du code civil* ». Et plus loin : « *le jugement, fût-il passé en force de chose jugée, doit être considéré comme nul et non avenu pour tout ce qui a excédé l'objet de la demande, car le principe en vertu duquel le juge ne peut statuer par voie réglementaire est supérieur au principe de l'autorité de la chose jugée* ».

Considérons maintenant la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 (Rec. p. 46). Au principe de séparation des pouvoirs invoqué devant lui, le Conseil répond que celui-ci s'applique au juge administratif, reconnu comme faisant partie de « *l'autorité juridictionnelle* », aux côtés du juge judiciaire, au moins depuis la loi de 1872 ; ce qui implique une exigence constitutionnelle de séparation des fonctions, donc de prohibition de l'arrêt de règlement.

Réponse est ainsi donnée, quelques années plus tard, à la thèse bien connue de Jacques Chevallier qui, s'interrogeant sur le fondement du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, le qualifiait de principe de « *consécration équivoque*¹⁷ ». C'est bien la Constitution, le bloc de constitutionnalité qui, au moins pour ce qui intéresse ici, interdit au juge administratif, en tant que juge, le cumul de fonctions juridictionnelles et d'administration active, au moins sous la forme des arrêts de règlement des anciens parlements ; et cela parce qu'il est juge, juge de l'administration sans doute, proche d'elle et même organiquement lié à elle, mais que réglementer est interdit au juge, à tout juge, au nom de la séparation des pouvoirs.

Ici un mot rapide, parce qu'ils intéressent notre matière, de deux adages, inlassablement repris, mais dont on n'a pas souvent souligné ce qu'ils pouvaient avoir de contradictoire, au moins en apparence. D'un côté le principe, répété par les arrêts, selon lequel « *il n'appartient pas au juge de faire acte d'administration active* » et, de l'autre, le vieil adage fondateur de la juridiction administrative et justifiant sa spécificité, selon lequel « *juger l'administration, c'est encore administrer* ».

Ils ne se situent pas sur le même plan. L'adage selon lequel « *juger l'administration c'est encore administrer* », repris de l'Ancien Régime pour affirmer la « *juridiction* » de l'intendant contre celle des parlements et systématisé – on le sait – par Henrion de Pansey au début de la Restauration, est fondateur et explicatif de l'existence d'un ordre juridictionnel administratif, au sein de l'administration, organiquement lié à elle. Quant à la prohibition – que le juge se fait à lui-même – de faire acte d'administration active, elle est une règle (non absolue) de prudence, et elle est incluse – si l'on peut dire – dans la prohibition de l'arrêt de règlement, puisqu'il ne s'agit jamais de dépasser l'espèce et que, de toutes les façons, la question ne se pose que dans le contentieux des actes individuels et pas – au moins pas directement – pour les actes réglementaires. On réserve cependant ici, pour la retrouver tout de suite, la question des perspectives que peut ouvrir, depuis 1995, l'injonction prononcée pour donner ses suites « *nécessaires* » à une décision d'annulation d'un règlement.

En effet, parvenu à ce stade on doit ouvrir le débat d'actualité ; celui auquel tout ce qui vient d'être dit sert de toile de fond ; on doit tenter de répondre à la question périodiquement posée et que je rappelais au début ; et surtout discerner la réponse qui y doit être faite : le juge administratif aujourd'hui, lié qu'il est par la prohibition constitutionnelle des arrêts de règlement, se tient-il à celle-ci ; ou bien, libre qu'il est aussi des équilibres qu'il se donne à lui-même, prend-il parfois quelque liberté avec cette prohibition de principe ?

17 J. Chevallier, *thèse*, Paris, LGDJ, 1970.

III. – L'arrêt de règlement et l'office du juge administratif aujourd'hui

A. – Ce qui précède fait comprendre la différence fondamentale qui sépare, d'un côté, l'arrêt de règlement, forme spéciale de décision des anciens parlements et relevant, dans un système de confusion des pouvoirs, de l'acte d'administration, et, d'un autre côté, le phénomène de la jurisprudence.

Ou bien encore, pour dire les choses autrement, cela n'a guère de sens – outre que la condamnation est vaine – de contester le principe d'une jurisprudence des tribunaux au nom de la prohibition de l'arrêt de règlement¹⁸. Cela vaut notamment pour le droit administratif dont on sait le caractère « *essentiellement jurisprudentiel* », pour reprendre l'expression de R. Chapus (qui – comme chacun sait – n'utilise pas les qualificatifs sans en peser le sens).

La question du pouvoir normatif de la jurisprudence, de son rôle créateur, de son caractère obligatoire a donné lieu et donnera lieu encore à des débats inépuisables. Je m'en remettrai à cet égard à l'analyse si lucide de Battifol, dans sa note sur les revirements de jurisprudence aux *Archives de philosophie du droit* de 1967 : « *les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative* ».

La cause est entendue. Le « *phénomène* » de la jurisprudence doit être examiné pour lui-même, il n'est en rien contraire à la prohibition de l'arrêt de règlement. Bien plus, cette prohibition a été relevée par certains auteurs privatistes comme participant au fondement conceptuel de la jurisprudence.

Pour ceux-ci, en effet, une explication, sinon une justification de la jurisprudence doit être cherchée dans la combinaison des articles 4, 5 et 1351 du code civil. L'article 4, prohibant le déni de justice (et dirigé contre la pratique trop large du référé législatif), oblige le juge à statuer; l'article 5 lui interdit de le faire par voie de disposition générale; c'est donc d'un acte d'une autre nature qu'il s'agit : la décision de justice, dont l'autorité est fixée par l'article 1351 du code et dont les modalités ont été précisées dès la loi de 1790 – toujours elle – dont l'article 15 consacre un principe général de motivation des décisions de justice¹⁹.

Sur la base de ces textes qui caractérisent, déterminent et encadrent le « *nouvel office du juge* », la jurisprudence, disent ces auteurs privatistes, se formera autour des deux lois – celles-là sociologiques – d'imitation et de continuité; une loi d'imitation, conséquence de la hiérarchie des juridictions : ce que la Cour suprême a jugé, les juges des juridictions territoriales le jugeront; une loi de continuité : la Cour suprême, veillant à l'unité du droit et, d'une certaine façon, à la sécurité

18 Voir, illustrant cette tendance, A. Audinet, « *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?* », *Mél. J. Berthe de La Gressaye*, 1967, p. 99 – et auparavant H. Sinay, *La Résurgence des arrêts de règlement*, D. 1958, chron. p. 85.

19 Obligation d'exprimer, avant le dispositif du jugement, « *les motifs qui auront déterminé celui-ci* ».

juridique, ne modifiera la jurisprudence qu'après mûre réflexion et en faisant en sorte que ces évolutions ou revirements soient annoncés et compris²⁰.

L'article 5 du code civil, en prohibant l'arrêt de règlement, contribuerait ainsi à fonder « *autre chose* », une autre forme d'intervention du juge source de droit ; et cette autre chose serait la jurisprudence. La perspective est renversée : la prohibition de l'arrêt de règlement n'est pas une limite assignée à la jurisprudence, un titre de suspicion de celle-ci, mais au contraire l'indication de ce que la création du droit par le juge doit suivre une autre voie, celle précisément de la jurisprudence.

Aussi bien – et pour être plus technique – la prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse au dispositif de la décision du juge : celui-ci ne peut avoir la portée d'une réglementation ; tandis que la jurisprudence est tout entière dans les motifs (parfois dans les visas), par eux-mêmes dépourvus d'autorité juridique autre que celle – s'il s'agit de moyens supports de celui-ci – empruntée au dispositif.

B. – Si donc la prohibition de l'arrêt de règlement ne doit pas être lue comme emportant condamnation – au demeurant parfaitement vaine, on l'a dit – de la jurisprudence, en tant que source de droit, et notamment pas de la jurisprudence administrative, n'y a-t-il pas, aujourd'hui, certaines formes, certaines modalités d'intervention du juge – singulièrement du juge administratif – qui rapprocheraient son office de l'arrêt de règlement ?

J'en vois deux dont je voudrais, en terminant, dire quelques mots : les avis contentieux d'une part²¹, l'injonction dans le contentieux de l'annulation des actes réglementaires d'autre part²².

1. – La loi du 31 décembre 1987 réformant le contentieux administratif a institué une procédure nouvelle – et insolite – d'avis donnés par le Conseil d'État sur une question de droit sérieuse et répétitive posée par une requête pendante devant un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel, lorsqu'il est saisi d'une telle demande d'avis par la juridiction compétente pour trancher le litige au fond. La matière est aujourd'hui aux articles L. 113-1 et R. 113-1 et s. du code de justice administrative.

La formule, d'inspiration purement pragmatique, a surpris parce qu'elle bousculait les catégories acquises. Elle a aussi séduit, puisque reprise, peu de temps après, par la procédure judiciaire. La loi du 15 mai 1991 consacre une procédure analogue d'avis donnés par la Cour de cassation à la demande des juridictions judiciaires, à l'exception de la matière pénale, et dont il a été indiqué, lors du vote de la loi, qu'elle était largement la transposition de celle déjà en place dans le contentieux administratif. La loi de 1991 a été reprise aux articles L. 151-1 à L. 151-3 du code de l'organisation judiciaire et complétée par un décret du

20 Voir notamment sur cette analyse F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2000, n. 217 et s.

21 Voir not. Y. Gaudemet et Th. Dal Farra, « *Les avis contentieux du conseil d'État et de la Cour de cassation* », *Courrier jur. des finances*, oct. 1995, n. 58.

22 Voir not. Y. Gaudemet, « *Du bon usage de l'injonction (ou quand le juge refait l'impôt)* », *RFDA*, 2003, p. 521.

12 mars 1992, lui-même codifié aux articles 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile. Elle a bien fonctionné là où elle avait été instituée d'origine, c'est-à-dire devant le juge administratif. La pratique par la Cour de cassation et les juridictions judiciaires du fond semble au contraire plus difficile.

C'est qu'il n'y a pas d'autre explication à la procédure des avis contentieux que les nécessités de la pratique, notamment celle des administrations dans leurs rapports avec la justice; et pas d'autre justification que les services qu'elle rend. La réforme du contentieux administratif qui s'est traduite par la loi du 31 décembre 1987 ne comportait à l'origine rien qui ressemblât à l'institution des avis contentieux. C'est l'administration, plus précisément l'administration des finances, qui, inquiète des longueurs de l'appel et des délais désormais nécessaires à l'expression d'une jurisprudence sûre pour l'interprétation de textes nouveaux, a souhaité – comme une sorte de contrepartie – la création d'une procédure accélérée permettant de provoquer l'intervention rapide de la Cour suprême sur des points de droit encore incertains.

Cet objectif explique les contours de la demande d'avis. Intervenant en cours de procédure, au moment où apparaît la question de droit, elle suppose que celle-ci soit « nouvelle », qu'elle « présente une difficulté sérieuse » et qu'elle « se pose dans de nombreux litiges » (art. 12 de la loi du 31 décembre 1987). La formule est la même dans la loi du 15 mai 1991 relative aux avis donnés par la Cour de cassation; elle a été interprétée plus strictement par la Cour de cassation que par le Conseil d'État²³.

C'est donc bien d'un instrument jurisprudentiel qu'il s'agit. Il n'est pas question de faire juger directement par la Cour suprême un litige dont la juridiction de renvoi reste saisie. Il s'agit d'anticiper la formation d'une jurisprudence, en provoquant l'avis de la Cour suprême sur un point de droit dont, par le jeu ordinaire des recours, elle ne connaîtrait que beaucoup plus tard. La saisine pour avis permet de poser cette question de droit sous son caractère général et abstrait, alors que la juridiction d'appel et même de cassation est davantage tributaire des circonstances de l'espèce et d'éléments de procédure. Le propos est ainsi, sans bouleverser l'ordre des compétences et en particulier le double degré de juridiction là où il existe, de rendre rapidement disponible, à la discrétion des juges qui renvoient, une jurisprudence de la Cour suprême qui, en droit, n'aura d'autre autorité que celle de toute jurisprudence.

Aussi bien, si l'avis est rendu, pour le Conseil d'État par les formations contentieuses ordinaires de celui-ci et non par les sections administratives et, pour la Cour de cassation, par une formation juridictionnelle spéciale présidée par le premier président et comprenant des représentants des chambres concernées, il ne lie pas en droit la juridiction qui a demandé l'avis. Celle-ci, dûment éclairée, reste libre de s'y conformer dans la solution qu'elle donne au litige dont elle est saisie, ou bien au contraire de s'en écarter.

En pratique, il est vrai, et pour des raisons évidentes, cette seconde attitude ne peut être que rare; elle n'est pourtant pas inédite (CAA Lyon, 5 avril 1993,

23 Sur cette comparaison, voir Y. Gaudemet et Th. Dal Farra, article précité, n. 21.

SA Lorenzy Palanca, Rev. jur. fin. 1993, 15, p. 687, refusant de suivre CE, Avis, 4 novembre 1992, *SA Lorenzy Palanca*, sur la question de l'obligation de motiver un redressement fiscal et de la soumettre à une procédure contradictoire préalable); la forte motivation développée par la juridiction qui, dans ce cas, a refusé de s'incliner, montre bien que l'on est toujours dans la logique de la formation d'une jurisprudence sur une question de droit difficile.

Cette même logique jurisprudentielle explique la publicité qui peut être donnée aux avis. L'avis rendu par la Cour suprême peut être, à l'initiative de celle-ci, publié au *Journal officiel*; et c'est le plus fréquemment le cas, au moins pour les avis donnés par le Conseil d'État. L'objectif est alors clairement, dépassant l'espèce, de fixer et de faire connaître le droit sur un point particulier d'interprétation, donc de faire œuvre normative, au moins de compléter le texte en cause.

Si ainsi l'esprit de la procédure de l'avis juridictionnel se comprend bien, comme se comprend encore son apparition au moment même où les procédures contentieuses s'alourdissent et s'allongent, on cherche en vain une catégorie ou un modèle théorique auxquels la rattacher. Il n'en résulte pas qu'il soit un « *monstre* » (D. Labetoulle, « *Ni monstre, ni appendice : le renvoi de l'article 12* », *RFDA*, 1988, p. 213) : instrument du travail jurisprudentiel qui incombe aux Cours suprêmes, il est maîtrisé par celles-ci, qui en font d'ailleurs, on l'a dit, des usages sensiblement différents.

Le conseil d'État pour sa part – puisque nous traitons du contentieux administratif – a fait une utilisation large et libre du procédé de l'avis contentieux : traitement par les formations juridictionnelles ordinaires; saisine largement ouverte aux juridictions territoriales sans exigence autre que d'information des parties; interprétation libérale des conditions de recevabilité (« *question nouvelle* » et « *se posant dans de nombreux litiges* »); enfin publication presque systématique de l'avis au *Journal officiel*, laquelle, on l'a dit, est décidée librement par la juridiction. Cette publication systématique – qui est un choix du Conseil d'État – peut même apparaître surprenante précisément en ce qu'elle est systématique : ainsi l'avis contentieux *Adellee* du 11 juillet 2001²⁴ sur les ouvrages de France Télécom, rendu en formation de sous-sections et auquel un rapporteur public vient de dénier toute portée de principe, n'a pas été moins publié au *Journal officiel* que, précisément, le nouvel et récent avis sur l'ouvrage public rendu le 29 avril 2010 aux conclusions dudit rapporteur public²⁵.

C'est cette publicité surtout, combinée avec la formulation « *abstraite* » des avis contentieux, qui les apparente matériellement à de nouveaux arrêts de règlement; mais ils n'en sont point puisque, en droit du moins, dépourvus de toute autorité, ni chose jugée, ni chose réglémentée.

2. – Plus récemment, une autre forme d'intervention du juge administratif pourrait peut-être être décrite comme s'approchant de l'arrêt de règlement, sans en rejoindre cependant exactement la catégorie. Il s'agit de l'injonction de prendre un acte réglementaire faisant suite à une annulation contentieuse.

24 *Rec. Lebon*, p. 372.

25 CE 29 avril 2010, *M et Mme A. c. EDF-Énergie Méditerranée*, concl. M. Guyomar.

Depuis longtemps la doctrine avait souhaité la reconnaissance au juge administratif d'un pouvoir d'injonction qu'aucun texte d'ailleurs n'avait jamais écarté (voir notamment l'article déterminant de F. Moderne, « *Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?* », *RFDA*, 1990, p. 795 ; et, sur un mode synthétique, Y. Gaudemet, « *Le juge administratif, futur administrateur ?* », in *Le Juge administratif à l'aube du XX^e siècle*, colloque du 40^e anniversaire des tribunaux administratifs, p. 177). Il y a fallu la loi et celle-ci a été bien accueillie.

On sait que, désormais doté du pouvoir d'adresser une injonction, lorsque celle-ci est demandée et qu'elle apparaît comme une mesure « *impliquée nécessairement* » par la décision d'annulation prononcée, le Conseil d'État en a rapidement fait un usage assez complet. L'article L. 911-1 du code de justice administrative, ici en cause et qui reprend les dispositions de la loi du 8 février 1995, a été appliqué, pour ordonner toutes sortes de mesures y compris des mesures réglementaires²⁶.

Or lorsque le juge, comme il peut désormais le faire s'il est saisi de conclusions en ce sens, prolonge l'annulation contentieuse par une injonction faite à l'administration, le cas échéant sous astreinte, de prendre un acte réglementaire, ne doit-on pas considérer qu'il s'approche, au moins en intention, de l'arrêt de règlement ? Certes ce n'est pas du juge que viendra formellement la réglementation requise, et c'est ce qui sépare l'injonction de l'action en déclaration de droit du droit allemand (laquelle n'existe, en Allemagne, que dans le contentieux des actes individuels) ; mais c'est bien le juge qui en a déjà fixé les termes, le délai et le caractère obligatoire.

C'est pourquoi il est sans doute nécessaire de réfléchir à une sorte de discipline du pouvoir d'injonction exercé dans ce type d'hypothèses²⁷.

Une première piste de réflexion serait de distinguer, du point de vue de l'utilisation du pouvoir d'injonction, entre le contentieux des actes réglementaires et celui des actes individuels. Ne peut-on en effet penser qu'une chose est d'adresser une injonction propre à la situation du requérant, situation que celui-ci a précisément entendu porter devant le juge pour contester le sort que lui avait d'abord fait l'administration ; autre chose de réclamer un acte réglementaire, substitué à un premier acte réglementaire annulé et donc, d'une certaine façon, la modification de la situation juridique d'administrés qui n'avaient rien demandé au juge ? L'injonction ne se concevrait ainsi que dans le contentieux de la légalité des décisions individuelles et comme complément possible et parfois nécessaire à l'annulation de celles-ci.

On doit écarter ce raisonnement.

D'abord parce que, sous cette forme, la distinction de l'injonction dans le contentieux de l'acte individuel et dans celui de l'acte réglementaire n'est pas

26 Par exemple CE 26 juillet 1996, *Assoc. lyonnaise de protection des locataires*, *Rec. Lebon*, p. 293 ; 28 mars 1997, *Union nationale des associations familiales*, *Rec. Lebon*, p. 124.

27 Sur les réflexions qui suivent, voir Y. Gaudemet, *Du bon usage de l'injonction*, article précité note 22, dont on reprend ici l'argument.

faite par la jurisprudence qui a déjà admis le prononcé d'injonction d'actes réglementaires comme complément nécessaire à l'annulation de mesures elles-mêmes réglementaires²⁸.

Et ensuite parce que l'injonction de prendre un acte individuel n'est pas sans conséquence possible sur les tiers, et rejoint par là l'injonction de prendre un règlement ; ainsi dans le plein contentieux de la légalité – dans lequel l'injonction a toujours été possible – le juge a régulièrement ordonné (voire pris lui-même) des mesures ayant des effets à l'égard des tiers. De la même façon, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, tant l'annulation de l'acte individuel que l'injonction de lui substituer un acte régulier produisent des effets de droit au-delà de la personne du requérant, à l'identique d'un acte réglementaire. C'est en réalité l'annulation *erga omnes* qui comporte naturellement cet effet à l'égard des tiers ; et il n'y a pas à distinguer ici selon que l'acte déféré au juge ou celui qui doit être pris sur injonction est un acte réglementaire ou un acte individuel.

C'est donc ailleurs, semble-t-il, que doit être recherchée la nécessaire « *discipline* » du pouvoir d'injonction du juge ; et, pensons-nous, dans une appréciation différente de l'intérêt à agir pour demander l'annulation et de l'intérêt à agir pour demander l'injonction susceptible de compléter cette annulation. Il n'est pas besoin de rappeler ici combien libéralement l'intérêt à agir est apprécié dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Mais cela donne-t-il au requérant un intérêt à agir pour demander une mesure qui n'est pas le rétablissement dans ses droits mais, bien au-delà, l'édition (le cas échéant rétroactive) d'un acte réglementaire ?

Pour dire encore les choses autrement, il faut apprécier distinctement l'intérêt qui rend recevable une demande d'annulation d'une mesure illégale et l'intérêt qui rend recevables des conclusions complémentaires d'injonction ; dans chaque cas l'intérêt à agir doit s'apprécier au regard de l'objet de la demande et du lien d'« *intérêt* » qui unit cet objet à la situation subjective du requérant.

La voie que l'on suggère est alors celle-ci : elle conduit, dans tous les cas où des conclusions d'annulation sont prolongées par des conclusions d'injonction comme la loi le permet désormais, à examiner distinctement et successivement l'intérêt à agir rendant recevables, et les conclusions principales, et les conclusions d'injonction.

En agissant ainsi on se borne à tirer les conséquences de la juxtaposition, dans la même instance, de conclusions d'excès de pouvoir et de conclusions relevant de la pleine juridiction. Le juge de l'excès de pouvoir devient un juge de plein contentieux lorsqu'il statue sur des conclusions complémentaires d'injonction (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 1096). Il est naturel que l'intérêt à agir soit apprécié distinctement et éventuellement différemment dans l'un et l'autre contentieux.

C'est, me semble-t-il, dans le maniement de la notion classique d'intérêt à agir, appréciée différemment selon les contentieux – et donc selon les demandes faites au juge –, que se trouve la clé d'une discipline nécessaire de l'injonction, les principes d'un bon usage de celle-ci et la réponse possible – même si partielle – au grief d'arrêt de règlement.

28 Voir les références données *supra* note 25.

Voici donc le contentieux administratif et le juge administratif largement lavés du péché d'arrêt de règlement dont on les taxait parfois ; on peut même soutenir que, d'une certaine façon, la prohibition de l'arrêt de règlement « *conduit* » à la jurisprudence, à la création jurisprudentielle du droit, et la justifie.

On n'a pas la naïveté de penser que cette suspicion de péché ait jamais beaucoup affecté le juge administratif dans son travail de création jurisprudentielle du droit administratif ; mais enfin il est toujours réconfortant de relever que l'œuvre justement célébrée s'inscrit aussi dans le respect des principes, au moins au regard de la prohibition de l'arrêt de règlement.