

Patrick Wachsmann

**Pour saluer le *Droit administratif général*
de Benoît Plessix**

1.

À l'évidence, la parution de cet ouvrage¹ fait et fera date : essai en forme de traité, qui se donne modestement pour un manuel², il renouvelle profondément l'étude du droit administratif français à un moment où celui-ci est soumis à une remise en cause de son existence même et à une modification sensible de beaucoup de ses solutions. Ce livre vient ainsi à son heure : il témoigne d'un certain état du droit administratif français et des réflexions doctrinales qu'il inspire, toutes théories éprouvées, en leurs limites comme en leur part de vérité, toutes tendances et contre-tendances relativisées. « Vaines querelles théologiques » (p. 695), dit ainsi l'auteur à propos de la célèbre discussion entre René Chapus et Paul Amselek sur le rôle respectif du service public et de la puissance publique, qui a été l'une des dernières de ces grandes polémiques qui parsèment l'histoire de la discipline. On a envie de caractériser la lecture qu'en fait Benoît Plessix en reprenant le titre et le message du superbe film d'Alain Resnais, sur un scénario de Jorge Semprun, « La guerre est finie » : à force de continuer, même avec les meilleures raisons du monde, les combats, on finit par se retrouver en décalage face aux évolutions cyniques de l'histoire. Pour Benoît Plessix, le salut des administrativistes vient aujourd'hui de « la réunion des éclectismes, sinon même de la conciliation des contraires » (*ibid.*). Il caractérise les tentatives pour trouver la synthèse explicative que les autres auraient échoué à mettre au jour, d'un cruel : « [é]coles un peu grotesques, leurs vaines disputes » (*ibid.*). La richesse de son érudition lui fait répudier la logique du tout ou rien qui a longtemps caractérisé la doctrine du droit administratif français. L'inadaptation foncière de la démarche à la réalité du droit débouche nécessairement sur des constats d'échec répétés, y compris quant au sort promis à la discipline elle-même – « une crise sans catastrophe » disait Jean-Jacques Bienvenu³, cité avec admiration et reconnaissance par l'auteur.

¹ Dans ce texte, les références paginales renvoient à Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016.

² « De même que le manuel est destiné au maniement ou à la manœuvre, le traité est fait pour permettre la considération ou l'arpentage d'un domaine, une géographie ou une cosmographie de données et de notions », écrit Jean-Luc Nancy (J.-L. NANCY, *Du livre et de la librairie*, Strasbourg, Quai des Brumes, 2004, p. 13).

³ J.-J. BIENVENU, « Le droit administratif, une crise sans catastrophe », *Droits*, n° 4, *Crises dans le droit*, 1986, p. 93-98.

Cette situation lui semble due à l'absence d'un effort pour penser ensemble les fins et les moyens, parce que l'idée de proportionnalité est étrangère à notre culture juridique, or « il n'est pas de fins sans moyen ni de moyens sans fin » (p. 696). L'humilité intellectuelle, dès lors qu'en aucun cas elle ne renonce à penser son objet, fait avancer la connaissance sans perdre ce que Proust appelait « la rumeur des distances traversées ». Après le temps initial des dictionnaires (les trois « B » : Blanche, Block, Béquet), après celui des premières élaborations théoriques (« Enfin, Laferrière vint ! »), après Hauriou et Duguit et leur pensée issue d'une théorie de l'État, quoi ? La post-modernité comme éclectisme ou la systématisation d'un *judge made law* dont le travail de concrétisation est dûment mis au jour ? Le livre de Benoît Plessix est une tentative pleinement réussie pour *penser* le droit administratif français d'aujourd'hui, nonobstant ces incertitudes, en utilisant toujours la connaissance historique en vue de décrypter les tensions qui ne cessent de parcourir la matière.

2.

L'ouvrage paraît fondé sur une dualité entre ce qu'il faut savoir, en gros caractères (le droit administratif expliqué : manuel !), et l'approfondissement personnel fait à partir de là, en petits caractères (cela relèverait du traité). Mais le lecteur aurait tort de s'en tenir à cette apparence, qui est un peu trompeuse : il apprend souvent qu'il ne faut surtout pas s'en tenir à la *doxa* exposée en gros caractères.

3.

Il faut encore souligner que ce livre épais – 1486 pages bien tassées⁴ – donne tort à Montaigne (« les longs ouvrages me font peur »), car il se lit, véritablement, comme un roman (familial ?), grâce, en particulier, aux vertus d'un très beau style. L'écriture même de Benoît Plessix est savante, avec un goût très sûr pour les formules et les effets (ainsi lit-on, p. 181 : « C. – Les lois », « [n°] 148. – Valeur en baisse. »). Elle se caractérise par sa subtilité (sur le rôle de la coutume, la place de la loi en droit administratif, etc.), toujours au service d'une synthèse personnelle – l'auteur n'est pas du genre à répéter sans vérification minutieuse des affirmations banales qui parsèment trop souvent même les bons manuels. L'auteur, au demeurant, sait déployer un humour pince-sans-rire, pour décrire l'actualité de la France giscardienne au moment de l'adoption de la loi informatique et libertés, le refus du Conseil d'État de considérer comme sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité portant sur la dualité fonctionnelle du Conseil – « il eût été préférable que ce soit un autre que lui qui le dise » (p. 437), écrit-il, ou encore les problèmes de répartition des compétences « parfois délicieux pour les juristes, souvent irritants pour les justiciables » (p. 457).

⁴ Supplique à l'éditeur en vue de la prochaine édition : qu'il aère un peu la pagination et épaisse le papier, diaphane en comparaison même avec les volumes de *la Pléiade* !

4.

Particulièrement remarquable est l'exposé liminaire, sous le modeste intitulé « préface », d'un véritable *point de vue* sur le droit administratif français : celui-ci se veut positiviste et contextualiste, sensible à la contingence de l'apparition des règles et principes, aux stratifications historiques dont est fait ce droit (l'auteur évoque l'image de palimpsestes). Le but de l'ouvrage, est-il indiqué, est de « permettre au juriste positiviste de ne pas être dupe du droit positif » (p. XIII). Il s'agit pour l'auteur d'exposer un droit qui se donne à voir (pas plus, mais pas moins) et les raisons dont il procède. Le droit administratif, tout au moins dans sa version idéale, est ainsi caractérisé : « un *savoir* de généralisation et d'abstraction » (p. 375) – par opposition à ce qu'a essentiellement été le droit administratif des origines, un « inventaire rébarbatif des institutions de la domination politique » (p. 376). En somme, c'est son libéralisme qui fait le droit administratif français (les propos cités de Dareste, de 1862, en disent bien la complexité : « la justice administrative, qui est une invention du despotisme, est devenue avec le temps une garantie constitutionnelle contre les abus de pouvoir de l'Administration »). L'histoire du droit administratif français tient tout entière dans ce paradoxe et dans la gestion que chaque moment historique doit en faire.

Ce discours savant sur l'objet droit administratif (l'arrêt *Planque et Papelard* du 25 janvier 1873 est étudié en plus de la décision *Blanco*, que complète de surcroît l'arrêt du 12 juillet 1882, *Cordier* pour sa mise en œuvre par le Conseil d'État : qui d'autre fait et sait cela ?) exclut également toute servilité à l'égard du droit positif : les développements consacrés à l'acte de gouvernement, à l'analyse du Conseil d'État comme cour suprême suffiront à en convaincre le lecteur. S'agissant du dernier point, ce n'est pas l'article L. 111-1 du code de justice administrative qui est convoqué pour en faire preuve, mais bien l'analyse juridique des prérogatives conférées au Conseil vis-à-vis des autres juridictions administratives, telle la faculté de ne pas renvoyer après cassation ou l'institution des avis contentieux – le Conseil d'État est joliment caractérisé comme « l'ange tutélaire » (p. 409) de la juridiction administrative.

On l'a dit, Benoît Plessix est toujours attentif à la dimension historique des choses, qui inclut les manipulations intéressées des textes et des auteurs – ainsi du rattachement de la séparation des autorités à la loi des 16-24 août 1790, qualifié de « reconstitution stratégiquement orientée du XIX^e siècle », grâce en particulier au travail de Boulatigner, « disciple de Macarel, pygmalion d'Aucoc » (p. 439). Les références sont souvent anciennes, aussi bien que très récentes (pour les travaux publics, on trouve aussi bien la décision, relative aux travaux communaux, du 4 juillet 1840, *Salomé*, que celle du 9 février 2015, *Sté ACE c/ Targe*, pour les actions en garantie entre constructeurs ayant constitué un groupement). Constamment, on est admiratif devant cette capacité qu'a l'auteur de tenir ensemble une connaissance érudite des origines de notre droit administratif et la perception de ses évolutions les plus récentes. Ainsi montre-t-il que l'étude du droit administratif oblige aujourd'hui à se faire constitutionnaliste, internationaliste, communautariste – et théoricien du droit – pour se mettre à même de penser la matière. Des questions comme celle de la globalisation ou de l'émergence d'un droit administratif européen suffisent à l'illustrer.

5.

L'auteur est à la fois profondément pragmatique et conscient de l'épaisseur historique des institutions. « Tout le droit est un art instrumental » (p. 440), écrit-il à propos du rattachement à la séparation des pouvoirs de la juridiction administrative française. Aussi : « la pensée d'intellectuels, aussi brillants fussent-ils, ne fait pas le droit positif » (p. 442) ou encore : « la justice est humaine, tout comme l'erreur » (sur les conflits de compétence, p. 515). Mais il renvoie dos à dos empiristes et conceptualistes, parce que le droit est un *discours* et qu'ainsi, « la décision de justice a besoin de revêtir la forme d'un discours construit, accessible parce qu'intelligible, convaincant parce que rationnel » (p. 543), d'où ressort que « le droit n'est ni une science dogmatique ni une improvisation opportuniste ; il ne peut pas plus se passer de concepts réalistes que de jugements rationnels » (*ibid.*). Cette sensibilité au droit comme discours permet de mettre à sa juste place chacune des dimensions des questions auxquelles sont confrontés les acteurs du droit administratif et la doctrine qui s'attache à en rendre compte.

Ainsi du vieux débat portant sur la question de savoir si le juge administratif a une théorie de l'interprétation. « Mais chacun sait bien que la réalité ne se retrouve pas nécessairement dans ces spéculations philosophiques ou ces expériences de laboratoire » (sont visées les théories de l'interprétation) : l'auteur n'ignore pas que le Conseil d'État est soucieux d'empirisme et de pragmatisme, « en réalité, l'attitude du Conseil d'État tient à sa fonction de légiste : il est moins serviteur de la loi qu'au service du pouvoir » et manifeste un « profond respect pour la volonté politique », quelle qu'elle soit (p. 151). Le diagnostic est précis et juste : rarement, on aura aussi bien dit l'essentiel.

Benoît Plessix fait l'éloge, de ce point de vue, du « bain de jouvence » qu'a constitué l'internationalisation. Au sujet de la faculté que s'est reconnue le Conseil d'État de moduler dans le temps l'effet de ses décisions, il a ces lignes, après en avoir rappelé la genèse : « Sans doute fallait-il tout ce temps de maturation et toute cette montée en puissance de la sécurité juridique dans notre droit contemporain pour que le juge assume enfin son pouvoir prétorien et accepte de s'intéresser aux effets concrets (et pourquoi pas néfastes) de ses jugements » (p. 163). Mais il indique que le cas de figure inverse est aussi possible : sur l'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions administratives spécialisées, il écrit : « Il arrive toutefois qu'entre la belle vertu des principes et les froides réalités du pragmatisme, les secondes ne l'emportent pas toujours » (p. 424). Il faut beaucoup de sensibilité aux détours de la raison juridique pour être capable de formules aussi justes.

La grille d'analyse théorique ne saurait rendre compte de l'œuvre du juge : « Mais il est peu probable que le Conseil d'État se sente linguiste, normativiste ou réaliste : la diversité de ses choix répond à d'autres considérations ». Identités et différences doivent ainsi être envisagées avec prudence. Benoît Plessix prend l'exemple de l'opposition, à un siècle d'intervalle, des solutions *Delmotte* (en 1915, le Conseil d'État estime que les pouvoirs de l'Administration doivent aller au-delà de ce que prévoit la législation sur l'état de siège) et *Domenjoud* (en 2015, le Conseil veille à ce que la législation sur l'état d'urgence reste dans l'orbite de l'État de droit) : il rappelle un trait commun aux deux arrêts, qui est la non-application du principe selon lequel les lois d'exception devraient faire l'objet d'une interprétation stricte.

Il s'agit d'une conviction forte de l'auteur, plusieurs fois exprimée : « Il reste que la jurisprudence n'est pas totalement réductible aux belles architectures doctrinales » (p. 159, à propos des conflits de lois dans le temps). Les échafaudages doctrinaux sont, à ses yeux, trop simplistes et réducteurs pour pouvoir prétendre rendre compte de la complexité des enjeux. Il le redit à maintes reprises, par exemple à propos de l'articulation entre contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité (p. 192).

Les systèmes tout faits sont dérisoires : les décideurs politiques et les juristes ne « picorent çà et là que les idées vagues et générales qui leur sont utiles » (p. 219). Penser autrement est naïf et fait méconnaître cette réalité peu flatteuse pour l'ego des amateurs de perfection logique : le droit n'est, en définitive, qu'un grand bazar ! « La hiérarchie des normes est une sorte d'idéalisation du droit, qui permet aux juristes de se représenter mentalement le fonctionnement du système juridique moderne et de trouver des expédients pour solutionner toute une série de conflits de règles » (p. 220). En somme, comme Don Alfonso dans *Così fan tutte* : « *giur[à] alla terra* ». Il le fait au nom de la liberté de l'esprit – « Trop de juristes se soumettent aux dogmes comme on s'aliène à un maître », note-t-il – et parce qu'il s'agit de ne pas s'illusionner sur le caractère opératoire des concepts : « La pensée propose mais le droit dispose » (*ibid.*) Il dénonce ainsi, à propos de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, « la vanité des critères illusoirement simples » (p. 458). Il peut alors renvoyer dos à dos subjectivisme et objectivisme, ramenés à des objectifs théoriques situés (récuser l'idée allemande d'autolimitation subjective de l'État au profit d'une « hétérolimitation de la règle de droit », p. 549) ou à des exagérations contemporaines destinées à exalter l'individu (y compris, paradoxalement, l'orgueil de l'individu-gouvernant) au risque de perdre la défense du bien commun. Mais tout juriste a le devoir de défendre sa vision personnelle du droit (p. 556).

« L'étude de l'autonomie du droit administratif apprend au juriste l'humilité face à une conception trop rigoureuse des principes » (p. 678), écrit-il encore. L'arrêt *Giry* par lequel la Cour de cassation décide de faire application des « règles du droit public », comme l'application du droit privé par le juge administratif devraient suffire à le rappeler.

La phrase : « Quelles que soient les sensibilités de chacun à l'égard des froides abstractions sans vie » (p. 689) dit clairement la pensée de Benoît Plessix, qui s'attache sans cesse à la déployer sur tous les terrains classiques du droit administratif, par exemple à propos de la vieille distinction des actes d'autorité et de gestion, dont il montre qu'appliquée avec rigidité, elle eût conduit à la disparition du droit administratif. Il crédite Hauriou d'avoir promu l'idée de puissance publique, en tant qu'elle repose sur la démonstration « que l'autorité et la gestion s'interpénètrent » (p. 691), mais critique la systématisation réductrice à laquelle Hauriou procède ensuite à partir de ce concept, abusivement érigé en critère du droit administratif, au mépris des réalités et comme s'il n'y avait pas également une puissance privée. Sans surprise, on voit ici que Benoît Plessix admire ce qu'il y a de subtil, d'attentif aux réalités de l'action administrative et du droit qui la régit dans la pensée d'Hauriou, mais s'irrite de la voir tourner en système, en fabrication d'un lit de Procuste dans lequel le droit administratif en tous ses éléments est sommé de se loger.

6.

On touche ici à un autre aspect essentiel de la conception du droit administratif de Benoît Plessix, qui est l'insistance sur l'importance de la dialectique des fins et des moyens : les buts de l'Administration sont déterminés par le Souverain et les moyens déployés pour atteindre ces fins ne valent que s'ils sont nécessaires et proportionnés par rapport à elles. Il écrit : « le droit administratif est une discipline profondément téléonomique » (p. 558). La place qu'y occupent les notions d'intérêt général et de service public devrait suffire à en convaincre. L'intérêt général est « un véritable concept juridique » (*ibid.*), « but et limite » de l'action administrative, mais aussi justification de dérogations (à la condition qu'elles respectent le principe de proportionnalité) à des règles normalement applicables. L'intérêt général est défini par le Souverain, mis en œuvre par l'Administration. Il impose des sacrifices qui sont la contrepartie des « avantages que procure l'appartenance à la communauté politique » (p. 562). À cet égard, le Conseil d'État apparaît à l'auteur comme le « meilleur rempart à l'utilitarisme anglo-saxon » (p. 565).

Le service public, quant à lui, est « la finalité spécifique que le droit administratif français assigne à l'Administration » (*ibid.*). Il peut être plus précisément défini comme « toute finalité d'intérêt général orientée vers la solidarité sociale et la cohésion territoriale, dont les pouvoirs publics décident d'en avoir la maîtrise juridique et de la satisfaire au moyen de la fourniture de services délivrés au public, parce que l'initiative privée et le libre jeu du fonctionnement du marché ne permettraient pas ou mal sa prise en charge collective » (p. 567) – c'est-à-dire comme « un élément constitutif du “vivre-ensemble” dans l'État-nation unitaire » (*ibid.*). De telles précisions mènent évidemment bien loin des rivages essentialistes chers à la théorie traditionnelle du service public et invitent aussi à n'être pas « dupe du droit positif », parce qu'il importe de n'en pas méconnaître les enjeux sous-jacents : « sous la surface des solutions en apparence techniques sont en réalité enfouis de lourds soubassements idéologiques sans lesquels elles sont incompréhensibles » (p. 853, à propos de la licéité de la création des services publics industriels et commerciaux). Les contingences historiques, les orientations politiques, les aspirations sociales jouent leur rôle et rendent vaines, là encore, les doctrines trop rigides.

La même démarche conduit à une définition large, déliée de sa dimension contentieuse, de la prérogative de puissance publique : elle est un moyen au service d'une fin d'intérêt général (p. 580).

L'analyse du « pouvoir lié » (p. 614), expression préférée, ne serait-ce qu'en raison de sa correspondance avec le pouvoir discrétionnaire, à celle de compétence liée, conduit à relativiser les oppositions manichéennes dont raffole une partie de la doctrine. Car il faut abandonner les illusions : « L'ordre juridique de l'État souverain postule donc que l'Administration doit toujours disposer des moyens nécessaires pour accomplir les fins qu'il lui a assignées » (p. 615). Des théories comme l'état de nécessité, les circonstances exceptionnelles tenant compte de ce que l'Administration a dû agir « dans un contexte sans commune mesure avec le temps de la routine ordinaire » (p. 619), au-delà ou en l'absence des textes en vigueur, suffisent à en faire preuve. En parlant du « caractère circonstancié et contingent du droit administratif » (p. 620), l'auteur met le doigt, une fois encore, sur l'essentiel d'une manière exceptionnellement lucide, qui le conduit aussi à mettre l'accent sur l'importance du « principe d'adaptation » (p. 776) en matière de police (le pouvoir

de police est par essence un pouvoir discrétionnaire⁵ – « ainsi le veut le principe d’adaptation, qui impose que tout soit affaire de cas par cas, de circonstances particulières ». D’une telle analyse résulte également une forte relativisation de la distinction habituellement faite entre période « normale » et périodes exceptionnelles.

Toujours libre des préjugés et du « politiquement correct », l’auteur en vient aussi à réhabiliter la raison d’État – à condition qu’elle soit bien employée comme *raison*.

7.

Une autre qualité rare de l’ouvrage est de ne jamais éluder l’enjeu de pouvoir de la discipline (sans doute est-ce la raison de son peu d’enthousiasme pour les lectures normativistes du droit, qui font l’objet d’appréciations assez sévères). Ainsi est-il écrit du droit administratif : « cette branche du droit public qui repose fatalement sur une certaine vision du Pouvoir dans ses rapports avec les gouvernés » (p. 535). Cela vaut également pour les notions-clés de la discipline, qui repose, dit l’auteur, sur « des paires de représentations mentales » (*ibid.*). Une telle attention à la question du pouvoir lui permet de démasquer, par exemple, les enjeux dissimulés sous le masque aimable du droit souple : il s’agit de n’en être pas dupe, car avec la *soft law*, « la puissance publique avance cachée, mais derrière le masque, le pouvoir et la puissance demeurent » (p. 954). Ce scepticisme, produit d’une culture historique profonde, se retrouve à propos du droit global et de l’inéluctabilité de ses effets de pouvoir en sa quête de normes et de sanctions : « le juriste continental instruit par deux mille ans d’histoire de Rome, de la Papauté, de l’Empire germanique ou des Rois de France, sait que le pouvoir ne disparaît jamais » (p. 87). L’auteur sait ainsi retrouver les signes d’un nouveau jusnaturalisme sous le plaidoyer en faveur d’un droit administratif global.

Cette sensibilité, en définitive assez rare chez les administrativistes contemporains, aux enjeux de pouvoir⁶, conduit l’auteur à ne jamais perdre de vue le lien de l’Administration – et par suite du droit qui lui est applicable – avec l’État : elle est « l’ombre portée de l’État, elle est la projection de l’État au niveau de l’action concrète » (p. 227).

Cette capacité d’analyse se déploie également dans le traitement de la question classique de la contradiction entre la séparation des pouvoirs et l’unité de la Nation (p. 331). C’est cette dernière qui est privilégiée en France : aucun despotisme ne serait à craindre, puisque la Nation ne saurait mal faire. Le droit français, écrit Benoît Plessix, tient moins à équilibrer les pouvoirs qu’à les distinguer (p. 332) : on multiplie les organes et on veille à ce qu’ils n’empiètent pas sur les attributions des autres, ne s’immiscent pas dans l’exercice des fonctions dévolues à chacun d’eux par la Nation. « La conception française de la séparation des pouvoirs poursuit seulement une *spécialisation des fonctions* [...] et une *indépendance des organes* qui les exercent » (*ibid.*) – à l’origine, cette construction visait à échapper à la tyrannie de

⁵ Encore une fois, cette proposition permet d’accéder à la compréhension de solutions autrement impossibles à justifier, telle celle faisant céder, même en période dite « normale », des garanties législatives ou même constitutionnelles aux exigences de l’ordre public (*Benjamin*).

⁶ Sinon peut-être dans l’accent, très démagogique, parfois mis sur le bon vouloir du juge administratif.

la monarchie absolue. « Comme tous les pouvoirs publics constitués, la puissance législative doit rester cantonnée dans l'exercice de la fonction que lui a dévolue le Souverain » (p. 352) est une proposition qui découle également de là. La distinction des lois politiques et des lois civiles est invoquée pour justifier l'indépendance de l'ordre judiciaire (p. 335). Quant au pouvoir exécutif, il n'est pas cantonné à l'exécution servile des lois, mais il « veut dire que l'action du pouvoir exécutif est placée sous l'empire des lois » (p. 340). Boissy d'Anglas déclare ainsi en 1795 que le pouvoir exécutif « doit être soumis à la loi, sans jamais l'être au législateur ».

Cette spécificité française dans la lecture de la séparation des pouvoirs se répercute également sur la question de la décentralisation. « La politique de décentralisation implique une certaine démocratisation de la vie administrative, non une fragmentation de la souveraineté nationale et de la volonté générale » (p. 341). « À l'exception notable des autorités administratives indépendantes, toute autorité administrative est donc, d'une manière ou d'une autre, en contact avec le pouvoir exécutif, par un lien de contrôle, de tutelle ou de hiérarchie ». Ou encore : « L'exécutif se confond avec l'administratif autant que l'administratif se confond avec l'exécutif » (p. 341). Ces formules sont propres à dissiper les aimables illusions que le pouvoir tente régulièrement de renouveler sur lui-même.

En venant à la théorie des actes de gouvernement, l'auteur montre bien que nulle fonction ne saurait se dégager de la liste hétérogène des actes concernés (pourquoi la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel constitue-t-elle un acte de gouvernement et pas celle d'un parlementaire pour exercer des fonctions administratives en raison d'un détachement temporaire de six mois ?). La théorie repose-t-elle sur la prise en compte des conflits politiques ? En toute occurrence pas sur l'exception de recours parallèle auprès du Conseil constitutionnel ! Benoît Plessix dit bien de la doctrine que « tout accaparée à son entreprise de critique ou de démolition, elle s'est obstinée à vouloir démontrer que les actes de gouvernement n'existent pas, là où il aurait fallu montrer qu'ils ne devraient pas exister ; ce faisant, elle s'est enfermée dans la lecture positiviste d'une politique jurisprudentielle par excellence, essayant de montrer que l'incompétence de la juridiction administrative peut s'expliquer par des règles classiques du contentieux administratif et non par cette insupportable résurgence de la raison d'État dont il faudrait supprimer le mot et la chose » (p. 373). En se croyant critique, la doctrine s'est laissée capter par les artifices, maniés avec une certaine hypocrisie, du Conseil d'État : l'acte de gouvernement « a tout de l'acte administratif » : « ce qui fait en définitive l'acte de gouvernement, c'est la participation de l'exécutif à des activités de souveraineté » (p. 374), mais se déclarer incompétent relève aujourd'hui de l'anachronisme, alors qu'il suffirait de souligner le caractère entièrement discrétionnaire de l'acte (illustré jusqu'à la caricature par l'usage qui est fait du pouvoir de nomination des membres du Conseil constitutionnel, par exemple).

8.

Ce livre présente une synthèse magnifique sur des questions qui paraissent aussi banales que l'acte de gouvernement, le long refus d'appliquer l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procès administratifs – avec cette conclusion : « Autant d'étapes et de résistances qui laissent, rétrospectivement, le sentiment de beaucoup de temps perdu pour rien » (p. 425) –, la typologie des actes de l'Administration, la difficulté de distinguer actes unilatéraux et contrats, etc.

Benoît Plessix se montre toujours soucieux de l'application des règles de droit – il écrit ainsi : « Toutes les solutions passées ci-dessus en revue doivent naturellement composer avec les réalités pesant inévitablement sur l'art juridique » (p. 119). Il faut tenir compte d'abord du jeu de la vie politique, notamment de la volonté du législateur d'acheter la paix sociale en instaurant, contre la logique du principe de séparation, une compétence judiciaire ressentie comme rassurante (octroi de la qualité d'agent public, voir p. 484 *sq.* ; impôts indirects, voir p. 489 *sq.*). Sur le Tribunal des conflits, il dit significativement : « L'institution défie ainsi toutes les classifications : c'est une leçon d'humilité pour les juristes » (p. 532).

9.

Insistant, après beaucoup d'autres, sur le prisme *contentieux* essentiel à la construction du droit administratif français, l'auteur définit le droit administratif par son autonomie, son caractère dérogoire par rapport au droit privé, et la spécialité des règles de droit applicables, qui est d'abord celle du juge chargé de les appliquer (p. 376), « contrôler en conseillant, conseiller en contrôlant ; conseiller et expertiser pour mieux juger ensuite » (p. 435). Le droit administratif n'est pas un amas de solutions d'espèce, un tas de feuilles, « le droit administratif est un arbre : il est un *corpus juris* à part entière, un système précisément *autonome*, avec ses propres racines, sa propre cohérence interne, son propre système de sources, et même son propre privilège de juridiction, l'existence d'un juge spécial étant regardée comme la conséquence naturelle d'un droit spécial » (p. 656). La dialectique de l'action et du contrôle est incontournable pour qui veut le comprendre (p. 702).

10.

L'auteur se montre cependant sans complaisance vis-à-vis du Conseil d'État, ce qui rompt heureusement avec une certaine révérence de la doctrine française, comme avec les réécritures de l'histoire familières au juge lui-même. Ainsi à propos de la résistance au droit communautaire, caractérise-t-il l'arrêt *Perreux* comme « faux grand arrêt » : « Il laisse un arrière-goût de beaucoup de temps et d'énergie perdus, et seuls les esprits généreux ou consensuels peuvent encore soutenir que toute cette jurisprudence rappelle le noble sens de l'adaptation mesurée et progressive chez un juge qui, dit-on, n'aime être ni immobile ni bousculé. En l'espèce, il fut trop longtemps immobile, et il a fini par être bousculé » (p. 140). Sur la Convention européenne des droits de l'homme, au lieu d'entonner l'hymne habituel à la conversion progressive du Conseil d'État aux logiques mises en œuvre par la Cour européenne : « Quelques marques de résistance demeurent toutefois, comme cette manie de dire que la Convention européenne des droits de l'homme ne fait que “rappeler” un principe plus général ». Plus loin (p. 423) : « Le Conseil d'État n'hésite pas non plus à user de l'illusion rétrospective du passé, en brandissant de vieilles jurisprudences dans lesquelles il aurait tout dit avant tout le monde » – à propos de la consécration, en réalité sous influence de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'indépendance et de l'impartialité qui doivent caractériser le juge – il existe, note-t-il encore, une « tentation de réécrire le roman du procès administratif équitable, par tassement des intermittences du passé et anachronisme du concept d'État de droit ». Sur la genèse de la loi du 30 juin 2000 enfin, après intervention de la décision du Tribunal des conflits du 12 mai 1997 : « Le Conseil d'État n'étant jamais aussi inventif que lorsqu'il se

sent menacé, il s'est enfin résolu à souffler au législateur la nécessité de lui octroyer des procédures d'urgence » (p. 512).

Et encore ce diagnostic lucide, qui va bien au-delà de la figure sulpicienne du soi-disant *dialogue des juges* (par ailleurs loué à juste titre pour ses vertus pragmatiques, à l'œuvre par exemple dans la coordination des ordres juridiques réalisée par les jurisprudences *Solange*, *Bosphorus* ou *Arcelor*) : « Il y a toujours un moment où le dialogue cède la place, au pire à la guerre des juges, au mieux à deux monologues parallèles » (p. 150). Il en va de même de sa critique de la solution *Rubin de Servens* : il y voit simplement une utilisation contre-productive car illibérale d'une jurisprudence ancienne destinée à sauvegarder le contrôle juridictionnel, ici cependant rendu impossible sur l'essentiel, qui relèvera toujours, constitutionnellement, du domaine de la loi et échappera, en conséquence, à ce juge.

On mentionnera également son diagnostic sévère sur le refus traditionnel d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception par le juge administratif : il y voit l'intériorisation du refus révolutionnaire d'un retour des parlements, à quoi se sont ajoutés divers facteurs, dont « l'existence d'un Conseil d'État mi-juge mi-conseiller juridique de l'État » qui, en France, a « habitué le juge à avoir de lui une autre image [que celle promue par Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*] », celle d'un « être mutilé, titulaire d'un office amputé » (p. 216). L'habileté du Conseil d'État à jouer du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées devant lui est également soulignée : c'est ici un juge-stratège qui apparaît. De même, à propos de la « conciliation » entre continuité du service public et droit de grève à partir de l'arrêt *Dehaene*, écrit-il : « C'est pour résoudre cette antinomie que le Conseil d'État s'est livré à un exercice d'équilibriste rarement égalé » (p. 905).

Après avoir cité la phrase de Jacques Chevallier et Danièle Lochak sur le Conseil d'État, selon laquelle « il a su développer un don remarquable d'adaptation, parvenant à entériner les innovations politiques tout en les neutralisant au moyen d'un jeu subtil de combinaisons juridiques », Benoît Plessix commente : « L'observation est fort juste, sans que l'on sache très bien s'il faut s'en réjouir ou s'en inquiéter » (p. 396). Pour caractériser d'un trait le Conseil d'État, l'auteur a cette formule : il est « [l]égiste avant d'être juge », qui nous paraît constituer la meilleure synthèse possible sur l'institution. Sur la fameuse question de l'indépendance du Conseil d'État, il renvoie à l'article d'Olivier Dupeyrou⁷, qu'il qualifie de « salutairement irrévérencieux » (p. 423). Il se livre aussi à une critique de la « doctrine organique » comme inévitablement intéressée (p. 676), avant d'oser ce trait irrévérencieux : « les rapports du Conseil d'État aident donc l'État à se penser, mais non le Conseil à penser » (p. 675).

Tout au plus pourrait-on reprocher à Benoît Plessix une position pour une fois un peu timide sur le pouvoir normateur du juge administratif. Celui-ci est relié à la spécificité de la position et de l'office de ce dernier, par vocation supérieur hiérarchique de l'Administration, confronté à un droit morcelé comme en quête de principes et appelé à discipliner un pouvoir largement discrétionnaire, c'est-à-dire particularisé, plutôt qu'attaché à l'office du juge en général, nécessairement confronté à l'incapacité des textes à saisir les particularités propres à tout litige. D'autant qu'une telle approche devrait satisfaire le pragmatisme de l'auteur, qui reconnaît

⁷ O. DUPEYROUX, « L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP*, vol. 99, 1983, p. 565-629.

d'ailleurs plus loin (p. 672) que le droit privé est « tout autant » jurisprudentiel que le droit administratif. On retrouve, en revanche, la sûreté de son jugement lorsqu'il conteste la position de René Chapus sur les principes généraux du droit, en récusant l'idée de « situer le juge dans une hiérarchie militaire des organes publics, car il n'appartient pas à la chaîne de production de règles de droit ; il est plutôt chargé, à côté, hors hiérarchie, d'en réguler le bon fonctionnement » (p. 184). On ne saurait mieux dire.

11.

La production des textes juridiques ne suscite pas davantage (et sans doute même beaucoup moins !) l'enthousiasme de l'auteur, qui a cette formule impitoyable : « La loi n'est plus l'expression de la volonté générale, mais celle d'une majorité partisane aux ordres d'un exécutif volontariste » (p. 27). « Œdème », tel est le mot choisi (p. 29) pour dire la détérioration de la qualité de la loi, alors surtout que « la loi moderne veut tout prévoir » (*ibid.*) : voilà identifiées les sources de cette inflation des textes que ne cesse de dénoncer en vain le Conseil d'État. La loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux a nécessité plus de 600 modifications affectant 16 codes et 21 lois. C'est évidemment la « [p]orte ouverte à l'arbitraire de l'Administration » : le diagnostic frappe juste et révèle combien le paradoxe est complet au regard du projet libéral.

La codification est caractérisée comme compilation, consolidation officielle du droit. La question de son adéquation à l'esprit du droit administratif est soulevée : « l'idée de graver dans le marbre le droit administratif a surtout vite paru en contradiction avec la liberté d'action dont doit disposer toute autorité administrative, plus à son aise dans les terrains argileux du droit » (p. 33). La relance du processus de codification à partir de 1989 lui paraît surtout due à l'influence déterminante qu'y exerce le Conseil d'État, dont c'est « la grande affaire » (*ibid.*) – avec cette pique : « Comme toutes les institutions discrètes mais mues par l'irrésistible envie qu'on sache leur importance, les commentaires du Conseil d'État sur son propre travail et ses méthodes abondent » (*ibid.*).

Les lois autoproclamées de simplification appellent un scepticisme encore plus grand. Après avoir renvoyé à leurs commentateurs « dubitatifs », l'auteur relève que la loi de simplification du droit de 2009 opère plus de 850 modifications affectant 45 codes et 153 textes de valeur législative échelonnés entre 1825 et 2008...

Ici encore, la culture historique de Benoît Plessix lui permet de relativiser les critiques contemporaines faites à la loi, en rappelant que personnalisation des lois et caractère technocratique de son origine ne datent pas d'hier, d'où cette conclusion : « Certes, le Parlement n'est plus l'auteur matériel de la loi, mais le peuple ne l'est pas plus pour la rédaction des constitutions, bien qu'il en soit – et à juste titre – considéré comme l'auteur juridique, comme le constituant authentique » (p. 37). Il ne faut pas oublier cependant que l'éthique de la discussion rend la loi irremplaçable, quels que puissent être par ailleurs ses défauts.

L'étude de la Constitution, « devenue une source vive du droit » (p. 54) sous la V^e République, après la loi, les règlements administratifs et les principes jurisprudentiels, surprend (mais on sait déjà l'auteur peu épris de l'idée de hiérarchie des normes...), même du point de vue d'une chronologie liée à sa pertinence dans le champ du droit administratif, puisque l'arrêt *Dehaene* remonte à 1950. Ou peut-être s'agit-il d'un scepticisme portant sur la réelle portée des constitutions dans le

champ du droit administratif. Relevant la persistance d'un pouvoir de police distinct détenu par le Premier ministre sous la V^e République, Benoît Plessix écrit : « Une nouvelle constitution est donc sans effet sur l'existence d'un pouvoir administratif par nature » (p. 787). Le pouvoir du Premier ministre lui paraît en effet étranger aussi bien à l'exécution des lois qu'au pouvoir de réglementer issu de l'article 37 de la Constitution. Tout se passe comme si l'interprétation faite par l'arrêt *Labonne* de la notion d'exécution des lois sous la III^e République avait survécu aux changements constitutionnels. La précision de l'analyse se vérifie encore lorsqu'il s'agit de définir l'étendue du monopole détenu par le Conseil constitutionnel à l'égard des lois : il porte non sur le contrôle de la validité constitutionnelle (que l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité confie aux juges administratif et judiciaire, aussi bien), mais sur le seul prononcé de l'inconstitutionnalité.

La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif soutenue par Georges Vedel montre Benoît Plessix plus sensible à l'expression d'une cohérence fondamentale du droit public qu'à la réalité constitutionnelle alléguée, dont Charles Eisenmann avait pourtant démontré les faiblesses. C'est que, par tempérament, la justesse de l'intuition intéresse davantage notre auteur que celle de la démonstration développée pour en confirmer l'exactitude – le « bien vu » l'emporte à ses yeux sur le « bien pensé », si l'on caricature un peu les choses.

Quant à l'étude des sources « externes », elle s'ordonne autour d'une distinction entre sources extranationales et supranationales qui nous semble contestable : l'extériorité alléguée est relative (pour prendre le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, la France a pris sa part à l'élaboration de son texte comme à celle de la jurisprudence qui lui donne son sens) et l'adjectif supranational pourrait s'appliquer, d'un point de vue, topologique, à l'ensemble du droit international – il n'y a aucune raison d'en réserver l'emploi au seul droit de l'Union européenne (qui est celui d'un système juridique que l'on peut caractériser plutôt par le fait qu'il est intégré).

12.

Benoît Plessix sait également, et c'est fort rare, restituer à notre système juridique sa *dimension imaginaire*. Analysant les déformations imprimées à l'histoire révolutionnaire par Edmond David dans ses conclusions sur *Blanco*, il écrit : « Depuis lors, cette interprétation de la séparation des pouvoirs s'est fermement enracinée dans les esprits : c'est le propre du récit légendaire d'être une croyance répandue, mais peut-être aussi une fable » (p. 438). Compte tenu de cette remarque très juste, ceux qui veulent démanteler ce mythe au terme d'une relecture critique des textes invoqués (Pierre Sandevour, Jacques Chevallier, Michel Troper dans leur thèse) manquent l'essentiel : « le mythe ne ment pas », à l'inverse des légendes, il raconte « d'une façon déformée, un événement réel au fondement de l'ordre qui régit une communauté », il est « une voie d'accès à la vérité » (p. 440). La loi des 16-24 août 1790 résume une série d'images partielles que la décision *Blanco* met ensemble – peut-on alors ajouter que cette dernière ferait alors office de scène primitive du droit administratif français ? La loi sert de support – il est permis de dire : d'origine – à « un tabou fondateur » (p. 442). Il ne faut jamais oublier que le discours critique, si juste et subtil soit-il, tente de substituer un discours rationnel qui n'a pas été tenu à un discours entaché de sauts logiques, voire de contre-sens qui, malgré tout, font sens et servent de justification aux constructions du droit positif. Il est vain de réécrire l'histoire, même si elle repose sur des malentendus et des

erreurs qu'il est toujours stimulant de mettre au jour : l'histoire ne revient pas sur elle-même, quand bien même elle écrirait un nouveau chapitre sous le signe du repentir – celui-ci, à son tour, comportera une dose non négligeable de simplifications ou de déformations. Cette conviction de l'auteur explique sans doute son goût très modéré pour des entreprises intellectuelles comme celle de Charles Eisenmann.

L'analyse vaut pareillement pour la conceptualisation des critères de compétence (p. 482) : « c'est le propre de tout mythe que de ramener en permanence au livre des origines, aux sources nourricières, aux racines fondatrices : pour asseoir le nouveau critère de compétence qu'est le service public, David avait besoin de l'espèce *Blanco* » (p. 483), même si le mot n'avait alors nullement sa signification liée à l'État-providence. Il en ira de même pour le service public industriel et commercial, qui n'est pas désigné par ce nom dans la décision sur le bac d'Eloka, mais seulement, moins d'un an plus tard, par l'arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 1921, *Société générale d'armement* : la construction, la mise en mythe en somme, est progressive et résulte de la superposition de nombreuses couches textuelles.

Benoît Plessix souligne l'importance supra-juridique du service public : celui-ci nourrit la déontologie de la haute fonction publique et promeut, dans son principe même, « la figure d'un État bienveillant, généreux et désintéressé » (p. 572) – l'étude des activités des personnes publiques est faite dans la seconde partie, « Institutes » de l'ouvrage (p. 821).

Toujours dans le registre de l'imaginaire, relevons l'analyse de l'autonomie du droit administratif comme identité face à un Autre, qui est le droit privé (p. 657) : la métaphore, une fois encore, est féconde pour l'explication de certaines solutions prétoriennes qui paraissent surprenantes au premier abord (que l'on songe à la distinction entre établissements publics et établissements d'utilité publique, par exemple).

13.

Un hommage ne serait pas complet s'il ne comportait aussi l'expression de désaccords, mineurs en l'espèce, et occasions d'esquisser une discussion permettant mises au point et constats de divergence. Le premier étonnement porte sur la décision d'exclure, fût-ce le temps de la présente édition, la matière de la responsabilité, alors qu'elle correspond si bien à ce que l'auteur aime dans le droit administratif : alliance de pragmatisme (ne jamais rendre trop difficile l'accomplissement de la tâche dévolue à l'Administration) et de lignes directrices (ne pas mettre en place une société d'assistés en donnant trop d'expansion à la responsabilité sans faute), analyses ajustées au plus près de la situation contentieuse, pratique d'un libéralisme prétorien bien tempéré, entre autres. Posent également problème à propos de la responsabilité la place dans le plan des développements qui y sont consacrés et, pour une fois, quelques incertitudes terminologiques : justification, fondement, conditions d'engagement s'entremêlent d'une manière peu nette. S'y ajoutent quelques affirmations contestables, comme l'absence de connotation morale liée à l'engagement de la responsabilité d'une personne publique pour faute ou encore la majoration de l'importance actuelle des cas d'irresponsabilité.

La divergence de vues sur le pouvoir normateur du juge a déjà été signalée. De même, le fondement assigné à la compétence législative en matière de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction est-il très discutable : le droit

d'agir en justice ne nous paraît nullement en cause, puisqu'il ne s'agit que de savoir quel juge saisir (p. 460). La notion d'acte exécutoire, définie comme le pouvoir de faire procéder à l'exécution sans avoir à recourir à un juge (p. 581), relève d'une terminologie dont les analyses d'Eisenmann ont fait justice, en ce qu'elle condense de manière très critiquable le « privilège du préalable », en réalité le pouvoir de prendre un acte unilatéral, dont les dispositions s'appliquent sans nécessité de l'intervention d'un juge, la possibilité d'une exécution de l'acte, nonobstant la résistance des administrés concernés et cette exécution elle-même. Faut-il voir là un symptôme de la réticence de principe de l'auteur à l'égard des critiques et des constructions de Charles Eisenmann ? Certainement pas, puisqu'on relève qu'à propos du principe de légalité, dont il écrit qu'il signifie « à la fois une habilitation et une règle de non-contradiction » (p. 599), il renvoie à la célèbre distinction d'Eisenmann entre conformité et compatibilité. Les analyses sont apparemment proches de cet auteur sur la dualité des corps de règles applicables à l'Administration, en dépit d'un reproche de manichéisme adressé à Eisenmann, aux analyses duquel il préfère le recours à l'image de l'échelle ou à la vision du droit international privé par Savigny, une « vision souple et casuistique, afin que le juge le plus apte puisse, en appliquant le droit le plus convenable, rendre la justice de la meilleure façon qui soit » (p. 699).

Enfin, on interrogera le choix des arrêts *Monpeurt* et *Bouguen* plutôt que de l'arrêt *Caisse primaire « Aide et Protection »* pour montrer la marginalisation du critère organique (p. 481) ou encore le lien établi entre l'existence de questions préjudicielles et la constitutionnalisation de la compétence de principe de la juridiction administrative pour procéder à l'annulation ou à la réformation d'un acte administratif (p. 516).

14.

Mais le lecteur comprendra que c'est l'admiration qui – et de très loin – domine à l'égard d'un ouvrage aussi dense, savant et novateur. Avoir su renouveler aussi profondément notre regard sur le droit administratif, lancer tant de pistes et d'interrogations nouvelles est incontestablement le fait d'un maître.

Patrick Wachsmann

| Professeur à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg