

« Entre sacre et massacre... » : un encouragement à l'analyse critique, févr. 2020 (L2 DAG)

Titre inspiré de François Burdeau (1939-2006), « Entre sacre et massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'État statuant au contentieux », in *La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, p. 309, spéc. p. 316, proposant de résumer en écrivant que « pour l'essentiel les réserves de la doctrine se sont développées sur trois plans [en note de bas de page, renvoie notamment à la revue *Pouvoirs* 1988, n° 46 : « Droit administratif. Bilan critique », dossier contentant l'article de Danièle Lochak, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », p. 43, puis celui de Jacques Chevallier, « Le droit administratif, droit de privilège ? », p. 57]. (...) »

- sa jurisprudence est tributaire des conjonctures politiques et en harmonie avec l'esprit dominant de l'oligarchie constituée par les princes qui nous gouvernent [précise en nbp que c'est « la thèse » de Prosper Weil, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de droit d'Aix* 1959, n° 51, p. 281, « radicalisée » par Danièle Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972 (de la même auteure, « Le droit, discours de pouvoir », in *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 429 ; perdant le « s » de son nom, « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs* 2007, n° 123, p. 19)] (...)
- sa propension à s'ériger en « protecteur des prérogatives de l'Administration » » [précise en nbp que c'est le titre de la thèse d'Achille Mestre, LGDJ, 1974 : sans majuscule et avec entre parenthèses : *études sur le recours pour excès de pouvoir*] (...)
- son souci du raffinement jurisprudentiel, au détriment « des intérêts des justiciables » [à cet égard, il est tentant d'évoquer « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, VI, chr. pp. 37-40, de Jean Rivero – republié dans les *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, mis [en ligne](#) sur le site de Sébastien Brameret, avec les « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », [EDCE 1979-1980](#), n° 31, p. 27, dont il est possible de citer la page 28 : « il me semble que les flèches qu'il sait si bien tailler pour les lancer contre l'arbitraire sortent rarement de leur carquois, et que ses tomahawks, aiguisés avec soin, restent à sa ceinture plus souvent qu'ils ne sifflent dans l'air »].

Page 317, l'auteur ajoute : « Des raisons de fond, surtout, ont joué dans le déploiement d'un discours critique. (...) les docteurs de cette discipline éprouvent beaucoup moins vivement qu'auparavant un sentiment de gratitude à l'égard du juge. (...) Trois considérations surtout (...) - les effets induits par l'introduction et le développement de la science administrative dans les Facultés de droit (...) »

- la tendance, chez les spécialistes de la science du droit quels qu'ils soient, à quitter plus nombreux leur tour d'ivoire et à se mettre à l'écoute des besoins sociaux [en nbp, renvoi « en général » à André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, PUF, 1975, pp. 205 et s.] (...)
- une discordance accrue entre membres du Conseil et universitaires [lesquel-le-s n'ont pas, en général,] la culture de tonalité étatiste acquise à l'ENA [lieu de recrutement principal pour la juridiction administrative] ».

Comparer la préface de la première édition du GAJA – en particulier le dernier paragraphe (1956, rééd. 2006) –, reproduite dans l'édition d'août 2019 ([Dalloz](#), 22^{ème} éd.), et la toute dernière phrase de cet ouvrage sous CE Ass., avis contentieux du 6 juill. 2016, *Napol et a., Thomas et a.*, à propos des perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence, avec Danièle Lochak, « Le juge administratif joue-t-il vraiment un rôle politique ? », in Thomas Perroud (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative [GAPJA]*, LGDJ/Lextenso, 2019, p. 25, spéc. p. 27 : « l'impact [du contrôle du juge] dépend de ce qu'on met sur chacun des plateaux de la balance : en pratique, le triple test dit de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité a débouché dans la très grande majorité des cas sur la validation de mesures gravement attentatoires aux libertés » ; bien avant 2015, plus généralement, l'autrice concluait sur « une protection imparfaite », avant de pointer les responsables : le législateur, l'administration et le juge, mais aussi la doctrine et les « enseignants des facultés de droit » : « à force de répéter depuis des lustres à nos étudiants que l'administration devait logiquement et constitutionnellement être soumise au droit, [nous] avons fini par nous persuader qu'elle l'était réellement, contribuant ainsi à entretenir autour de cette question une quiétude démobilisatrice » (« Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 43, spéc. pp. 54-55).