UNIVERSITE D'AUVERGNE CLERMONT-FERRAND 1

LES PRINCIPES GENEREAUX DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET THAÏLANDAIS

THESE

pour le

Doctorat en droit public

Présentée et soutenue publiquement le 17 décembre 2010

Par

Paleerat SRIWANNAPRUEK

Directeur de recherches

Jean-Pierre MASSIAS, professeur à l'Université d'Auvergne Clermont-Ferrand I

Membres du jury

Philippe Zavoli , Maître de conférence - Doyen de Faculté de Bayonne
Christine Bertrand, Maître de conférence à l'Université d'Auvergne

Rapporteur :

Renaud Carrier, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Pierre Cambot, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Jean-Pierre MASSIAS, Directeur de thèse - Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

A mes parents.

« L’université n’entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions particulières du candidat »

Remerciements

J'ai commencé mes études en Master 2 à la Faculté de droit de Clermont-Ferrand en 2004, en même temps que ma formation pédagogique grâce à Madame Christine BERTRAND, mon directeur de mémoire, qui fait partie des membres de jury. Le professeur Jean-Pierre MASSIAS m' a également accordé un avis favorable à toutes les étapes des mes études, en me proposant aussi une amitié précieuse. Je présente mes remerciements aux membres du jury qui ont trouvé un moment disponible dans leurs emplois du temps très chargés pour critiquer et commenter mon travail.

Ces sept années agréables en Auvergne constituent un parcours exceptionnel, enrichi par l'accueil chaleureux de la responsable du CROUS, Madame Marie-Claire COMPTE-ROME. Je suis fière de garder un « souvenir français » tout au long de ma vie, ainsi que la connaissance de la langue française. Je souhaite, du fond du cœur, remercier ma grande amie, Marie-Anne VALLEIX DELISLE, qui a essayé le mieux possible de m'entraîner. Je n'ai pas le droit d'oublier non plus le soutien de Monsieur Charnchai SAWANGSAKDI, le juge de la Cour suprême administrative thaïlandaise, qui m'a encouragée et m'a accompagnée, lors de moments difficiles quand je suis tombée gravement malade et que j'ai risqué de perdre la vie. Pour finir, j'adresse un hommage à ma famille et à mes chers amis français, étrangers et thaïlandais, dont je garderai toujours un souvenir ému.

Introduction

Problématique

Existe-t-il un véritable principe applicable même en l'absence de texte ?

Cette question paraît absurde car, dans le système du droit administratif français, nous acceptons l'existence de principes généraux du droit, des principes applicables même en l'absence de texte. Plusieurs thèses concernant ces principes nous montrent sa place, son importance et les critiques qu'on peut lui faire dans le droit français. Le professeur René Chapus a écrit à plusieurs reprises sur ces principes dans le système du droit administratif. La thèse du professeur Jeanneau a aussi montré parfaitement les caractères des principes généraux du droit. Plus récent, Jean-Marc Maillot a étudié la continuité et la modernité de ces principes dans sa thèse de 2003. Les idées concernant les principes généraux du droit dans le système du droit administratif continuent à évoluer.

Mais la question se pose de savoir si les mêmes principes existent aussi dans le système juridique thaïlandais. La création de la juridiction administrative thaïlandaise a commencé en 1999 par la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E.2542 (1999). Il est nécessaire d'analyser quel en est le fondement important pour affirmer l'existence des principes généraux du droit dans le système juridique.

L'étude comparative des conceptions française et thaïlandaise pourra éclairer notre étude. Nous connaissons la réputation bien établie du droit français. Chacun sait combien d'autres pays ont été influencés par la sagesse du droit français à travers la codification napoléonienne ou encore le rôle important de la haute juridiction administrative, le Conseil d'Etat.

De plus, la France a présenté un modèle équilibré du système dualiste juridictionnelle, tel que la Thaïlande vient de l'installer, après une longue période de pouvoir extrême de la juridiction judiciaire. Ceci montre le caractère paradoxal et différent du droit administratif thaïlandais par rapport au droit français. La France possède une célèbre institution juridictionnelle administrative dont l'œuvre dans la formation de ce droit et dans la protection des droits des administrés est incontestablement remarquable et qui représente un « modèle type » du contrôle juridictionnel de l'administration pour bien d'autres pays. La France dispose surtout d'une richesse intellectuelle, à travers des littératures juridiques tant classiques que contemporaines, œuvre de la doctrine française. Au contraire, la Thaïlande a connu un développement démocratique beaucoup plus tardif et beaucoup plus mouvementé que la France. Paradoxal et différent aussi parce que la Thaïlande s'est considérablement inspirée du droit français, dans le choix d'un système juridique à l'époque de la modernisation du pays sous le règne du roi Rama V, ainsi que dans ses grandes codifications, dans la création d'un Conseil d'Etat, et enfin dans l'existence de la juridiction administrative actuelle.

Nous débuterons cette recherche par l'histoire de la juridiction des deux pays, y compris la compétence de la juridiction administrative et le recours de la juridiction à la recherche de la protection optimale des droits. Nous envisagerons ensuite le rôle du juge et l'indépendance de l'ensemble de la juridiction administrative. Car le juge peut être considéré comme l'autorité la plus naturelle et la plus vivante pour donner naissance à une véritable règle jurisprudentielle. Nous considérerons ensuite la jurisprudence comme un fondement inévitable des principes généraux du droit. Compte tenu de l'importance de la jurisprudence dans le système du droit, il est important de montrer la synthèse des principes généraux du droit, à travers son origine et son modèle de création, ainsi que la perspective et l'innovation des principes généraux du droit et l'intervention du juge au niveau de l'élaboration des ces principes.

Nous terminerons cette recherche en évoquons la diversité exemplaire des principes généraux du droit. La notion de ces principes en droit français est diverse selon sa foncition. Au contraire, il n'existe pas, jusqu'à présent, d'acceptation textuelle citant l'existence des principes généraux du droit en droit administratif thaïlandais. Il est donc nécessaire d'analyser ces principes au travers du droit d'autres pays, en comparaison avec les règles juridiques existant dans le droit thaïlandais.

Intérêt de la recherche

En elle-même, il est certain que l'étude concernant les principes généraux du droit est intéressante. Elle permet d'envisager le rôle du juge dans le système du droit, rendant le travail administratif plus efficace et plus évolué au niveau de la protection des droits et des libertés. Le droit administratif thaïlandais est très jeune et il a besoin de progresser en efficacité. L'étude comparative permet de comprendre l'avantage du système stable français et les inconvénients de prendre toujours le système français comme référence, sans chercher un principe propre à son système juridique.

Sur le plan intellectuel, cette recherche peut éclairer le droit des deux pays en matière des principes généraux du droit, y compris le caractère particulier de chaque pays. Nous connaîtrons mieux, non seulement les principes généraux du droit dans le droit français et thaïlandais, mais aussi des points positifs et les défauts du droit de ces deux pays. Grâce au niveau élevé du droit administratif français, et notamment à l'absence de théorie concernant les principes généraux du droit, le droit thaïlandais en retirera un apport intéressant. De plus, cette recherche permettra au juge administratif thaïlandais de comprendre la conception des principes généraux du droit, et ainsi de savoir comment appliquer ces principes dans sa jurisprudence.

I. LA PLACE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE DANS L'ENSEMBLE JURIDICTION

Section 1 : Une originalité

§1. Une originalité française : la coexistence de deux ordres juridictionnels

A l'inverse du droit privé qui a fait l'objet d'étude de synthèse, le droit administratif français est généralement présenté son existence comme une conséquence de la Révolution de 1789. Plus précisément, c'est une conséquence de la proclamation, par l'Assemblée nationale constituante, du principe de la séparation des pouvoirs, selon Montesquieu. L'adoption de ce principe comme fondement de l'ordre constitutionnel, en remplacement des conceptions absolutistes de la monarchie d'Ancien Régime, avait entraîné la séparation des autorités administratives et judiciaires, et l'établissement en l'an VIII, sous le Consulat, d'une juridiction purement administrative, chargée de statuer exclusivement sur les litiges opposant l'administration aux particuliers ; cette juridiction avait entrepris l'élaboration d'un droit nouveau, le droit administratif, constitué par un ensemble de règles détachées du droit civil, ou comme on l'appelle du « droit commun » - et faisant bénéficier l'administration de privilèges plus ou moins exorbitants.

En 1855, R.Dareste a cité que « l'histoire est peut-être plus nécessaire en droit administratif qu'ailleurs, car souvent c'est elle, et elle seules, qui peut rendre compte des institutions ».L'histoire du droit administratif français est une création toute récente, dont l'origine remonte seulement à la loi du an VIII, ou tout au plus aux décrets de l'Assemblée constituante. Il semble qu'avant 1789, l'administration tout entière était livrée à l'arbitraire des Parlements, et qu'il a fallu une révolution pour arracher à la tutelle judiciaire et lui donner, avec l'indépendance, des règles fixes et une organisation complète. On pourrait dire que le droit administratif est démenti par les faits. Il n'est peut-être pas un seul principe, une seule règle de droit administratif français qui ne trouve son équivalent, son origine dans l'ancien droit ; les lois du gouvernement consulaire n'ont été qu'une restauration intelligente, mais à peu près complète de l'Ancien Régime, et finalement, la Révolution de 1789 a laissé des traces plus profondes dans le droit civil que dans le droit administratif.

La création du Conseil d'Etat en vertu de la loi du 24 mai 1872, modifie profondément la conception du droit administratif. Sous la III République, se réalise véritablement l'assimilation du droit administratif à la jurisprudence du Conseil. Le droit apparaît comme un droit essentiellement prétorien, qui s'élabore désormais et se perfectionne de décision en décision. Les sources législatives et règlementaires passent au second plan, ce

qui a pour conséquent de restreindre encore plus la référence à des dispositions remontant à l'Ancien Régime, que la législation ultérieure avait tacitement, voire expressément, maintenues en vigueur.

Sous l'Ancien Régime, il s'est élaboré un véritable corps de règles relatives à l'administration. L'autonomie de ce corps de règles n'a pas été proclamée de façon absolument formelle. Certes, ces règles provenaient d'origines diverses, et n'étaient pas reliées entre elles de façon systématique. Mais, elles dotaient l'administration d'un régime juridique d'ensemble, qui établissait une sorte d'équilibre entre les exigences de l'intérêt général et le respect des droits des administrés. L'autonomie du droit de l'administration avait une finalité propre. Et il arrivait déjà, comme nous le verrons, que des juristes-consultes prennent vraiment conscience de la spécificité des dispositions du « droit commun ».

Restituer l'intégralité de son passé au droit administratif français présente un autre intérêt fondamental, d'ordre social et politique, et non plus simplement juridique : celui d'attester de l'ancienneté des limitations apportées à l'arbitraire des détenteurs de la puissance publique. En affirmant qu'il avait fallu attendre la Révolution 1789, voire la IIIe République, pour que l'action des administrateurs ait été insérée dans un cadre légal garantissant le respect des droits des administrés, on a laissé croire que les Français avaient longtemps vécu sans cette protection et ne s'étaient émancipés que depuis quelques générations. En réalité, la lutte contre arbitraire des titulaires de la puissance publique s'est engagée dès la fin du XI siècle à travers les premières manifestations du mouvement communal.

L'élaboration du droit administratif français est le fait d'une longe évolution, et non un phénomène récent, ce qui conduit à poser de façon nouvelle le problème des rapports de ce droit avec ses homologues des autre pays d'Europe. Les recherches comparatives doivent prendre en considération l'ensemble des perspectives historiques. Certes, elles deviendront encore plus complexes, mais elles gagneront en force, car elles expliqueront des similitudes ou des divergences surprenantes *à priori*, car elles révéleront des filiations inconnues. Le rôle qu'a joué l'influence du droit administratif français dans le développement des autres droits administratifs européens,(et même en Thaïlande, avec le système du droit public inspiré du droit français et du droit allemand, et en revanche du système du droit privé et criminel inspiré du droit anglo-saxon). De plus, le rôle que les juristes français se plaisent à exalter sera perçu sans doute de façon plus nuancée. Mais l'on comprendra peut-être mieux, en contrepartie, pourquoi ce droit a pu, à certaines époques, être considéré comme un « modèle ». En tout cas, de telles études devraient permettre, en s'appuyant sur les données du passé, de mieux connaître les éléments essentiels des droits administratifs des divers Etats européens, de mieux apprécier les moyens de les rapprocher, et de favoriser « le développement d'un droit européen commun », selon la formule de J.Rivero.

(A) L'histoire de la juridiction administrative

Il y a donc lieu de prendre d'abord en considération l'historique de la juridiction administrative, à travers la dépendance du contentieux administratif au sens strict, jusqu'à la loi du 24 mai 1872. Car c'est ce texte de base qui va permettre le passage de la justice retenue à la justice déléguée, puis la constitutionnalisation ultérieure de la juridiction, dès lors qu'il marque une césure fondamentale en faveur de l'autonomie du contentieux. On sera alors en mesure d'évoquer le débat sur le dualisme juridictionnel français, puis de délimiter le contentieux administratif dans le champ d'étude retenu.

1. L'historique de la juridiction administrative à travers la dépendance du contentieux administratif

Ce serait une erreur de croire que, en France, le Conseil d'Etat est une institution somme toute récente, constituée en parallèle au droit administratif substantiel et depuis le début du XIXe siècle seulement.

(1.1) L'affirmation de la séparation des autorités administratives et judiciaires sous l'Ancien Régime

Il faut observer, en effet, que le Conseil d'Etat trouve son origine dans l'Ancien Droit, bien antérieurement à la Révolution français. L'institution résulte, en effet, de l'éclatement de la *Curia regis*, la Cour des rois capétiens dont sont issus, au long du XIIIe siècle, le parlement et la chambre des comptes de Paris. Or, dans le contexte juridique du Moyen Age s'affirme, au sein de cette Cour du Roi, le Conseil du Roi - qui on trouve déjà, à cette époque, l'expression de Conseil d'Etat du fait de la confusion de l'Etat avec la personne du roi. Les deux conseils assiste le monarque dans l'ensemble de ses attributions, à la fois d'administration active et de juridiction administrative, mais aussi de juridiction civile ou pénale, soit par l'exercice de sa justice personnelle, soit par la présentation de litiges normalement traités par les baillis ou les sénéchaux en première instance ou encore par les cours de justice en première instance ou en appel, comme dans les parlements ou les chambres des comptes.

Ainsi le Roi, en son conseil, règle notamment les affaires politiques et administratives, encore largement confondues, ce qui signifie qu'il lui appartient de statuer tout particulièrement sur les litiges provenant de l'action administrative, ceux dont on pourra

considérer qu'ils sont précisément d'ordre administratif. Autrement dit, le Conseil du roi se voit très tôt reconnaître des attributions consultative, à la fois d'administration active et de juridiction administrative, sans que la distinction soit encore clairement établie entre ces deux manières, dès lors qu'elles sont réunies en la seule personne du roi, origine de tout pouvoir et source de toute justice. Or, pendant cinq siècles et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la spécificité du contentieux administratif ne parviendra pas à émerger de cette confusion entre administration et juridiction, malgré la contestation qui, en matière administrative, résultait tout autant de l'opposition que du rapprochement, selon les périodes, entre juridictions ordinaires[1] et juridictions d'exception[2].

La mise en place de la monarchie absolue passera donc, en particulier, par la condamnation de l'interférence des parlements dans les affaires d'administration active ou juridictionnelle, comme relevant de la seule compétence du roi ou de ses agents.

(1.2) La réaffirmation de la séparation des autorités administratives et judiciaires sous la Révolution

Pourtant, la contestation par les parlements et par certaines cours des aides de la juridiction administrative de principe et sur présentation, du Roi en son Conseil devait reprendre à la fin du règne de Louis XVI[3]. Et les révolutionnaires français ont conduit à la séparation des autorités administratives et judiciaires par la création du contentieux des départements et par l'édiction de deux textes consécutifs : la loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 et d'autre part, le décret du 16 fructidor an III.

Cependant, sous l'influence de la pensée politique du XVIIIe siècle, le droit issu de la Révolution française devait se construire sur le thème, sinon sur le mythe de la séparation des pouvoirs que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 présente alors comme une exigence de l'Etat de droit :

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

---

[1] Les parlements en matière civile et pénale

[2] Par ex., les chambres des comptes, les cours des aides ou encore les tables de marbre ; sur les juridictions d'exception en matière administrative, V. Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, coll. Droit fondamental, PUF 1985,n 119 et s., p.181 et s.

[3] A ce sujet, l'étude de Georges Algret, *Le Conseil du Roi*, les intendants et les parlements à la fin de l'Ancien Régime, Mémoire pour le DEA d'Histoire du droit, Université de Paris-II, 1990

Mais on sait – ou on devrait savoir depuis le professeur Charles Eisenmann[4] - que la réflexion constitutionnelle de Montesquieu repose, non pas sur une séparation absolue des pouvoirs, mais, au sein d'un pouvoir unique, sur une répartition des fonctions exécutive, législative et juridictionnelle entre des autorités – le philosophe disait des « puissances » - sans que l'une de ces puissances ne puisse disposer de la totalité de l'une des trois fonctions. On dira aussi, ce qui revient au même, que chaque puissance peut ajouter à sa fonction principale les deux autres fonctions auxquelles elle participe également.

Au demeurant, il n'existe pas de pouvoir de juger car le juge n'est pas un corps politique, mais « la bouche qui exprime la loi ». Et, s'il y a bien une fonction juridictionnelle exercée par le juge, cette fonction juridictionnelle peut être aussi exercée par le corps des représentants élus qui votent l'amnistie pénale ou par le monarque qui exerce le droit de grâce. En vue de la protection de la liberté individuelle au sein de la société politique, l'idée de base est donc bien celle de l'équilibre et non celle de la séparation des pouvoirs, selon le modèle des « freins et contrepoids »[5] qu'illustre tout particulièrement la formule essentiels selon laquelle non seulement « le pouvoir arrête le pouvoir », mais il faut aussi « aller de concert ».

Dès lors, l'article 16 de la Déclaration de 1789 opère un contresens sur la pensée de Montesquieu, tel que repris et développé d'abondance par la doctrine administrative du XIXe siècle pour laquelle le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires est le plus souvent présenté comme une simple exception au principe de la séparation des pouvoirs : au lieu de constituer un pouvoir juridictionnel séparé du pouvoir exécutif se maintenait ainsi un pouvoir des autorités judiciaires, séparé d'un pouvoir des autorités administratives, à la fois administration active et administration contentieuse, c'est-à-dire non juridictionnelle et juridictionnelle. Pour l'essentiel, il s'agissait alors de justifier cette exception du système juridique français par la nécessité d'assurer à la fois le maintien de l'indépendance de l'administration à l'égard des juridictions judiciaires et le maintien de la confusion des fonctions exécutive et juridictionnelle en matière administrative selon l'idée, développée tout au long du XIXe siècle, que juger l'administration, ce serait encore administrer.

2. Le passage de la justice retenue à la justice déléguée

[4] Charles Eisenmann, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, in La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentaire de l'Esprit des lois 1748-1948, Sirey, 1952, p.133-160

[5] Salon la traduction usuelle et approximative de l'expression « checks and balance » retenue par le droit constitutionnel américain.

Pour autant, après le second Empire, la situation de la justice administrative ne pouvait rester en l'état et le choix fondamental devait être fait en faveur d'une solution de compromis qui permît de maintenir l'existence de la juridiction administrative tout en donnant son plein effet au principe de séparation des pouvoirs. L'article 9 du la loi Dufaure du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat prévoyait à cet effet :

« Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulations pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives »[6].

Cette solution de compromis qui se dessina alors fut donc à la fois favorable au maintien du Conseil d'Etat et à son acception par l'idéologie libérale : sur fond de séparation des pouvoirs, elle reposait sur la dissociation au sein de l'administration : d'une part de la fonction exécutive, c'est–à-dire de l'action administrative, d'autre part, de la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire de la juridiction administrative.

(2.1) La loi de 1872 et la jurisprudence complémentaire *Cadot*

La loi du 24 mai 1872 marqua ainsi le passage décisif de la justice dite « retenue », au sens d'une justice rendue jusqu'alors par le chef de l'Etat sur consultation du Conseil d'Etat, à une justice dite « déléguée » au sens d'une justice effectivement confiée au Conseil d'Etat, prenant désormais lui-même les décisions de justice administrative. Encore faut-il ajouter trois précisions :

On assiste à un élargissement de l'évolution législative depuis le Consulat, les décisions du chef d'Etat s'alignant sur les avis de la Haute Assemblée, de sorte que ses avis constituaient des quasi-décisions. Cette affirmation gagnerait à être statistiquement démontrée de 1800 à 1872, et il y a là un champ largement ouvert pour une thèse d'histoire du droit. On vérifierait également que les décisions juridictionnelles rendues par le chef de l'Etat sur les actes des autorités de l'Etat, après avis du Conseil d'Etat, étaient en grande majorité des décisions de confirmation, c'est-à-dire que la rétention de la justice administrative conduisait à une consultation le plus souvent favorable au pouvoir exécutif. On peut d'ailleurs conforter cette hypothèse, mais pour la seule période 1852-1865, en considérant, par exemple, les

[6] On soulignera que ce texte reprend l'article 6 de la loi organique du 3 mars 1849 ainsi rédigé : « Le Conseil d'Etat statue en dernier ressort sur le contentieux administratif », cette première tentative de justice dite déléguée ayant été interrompue, à la suite du coup d'Etat présidentiel de 1851, par le décret organique du 25 janvier 1852.

décisions rendues sur les actes attaqués de l'empereur, des ministres, des préfets et des sous-préfets.

Cette évolution en faveur de la justice déléguée supposait l'abandon réciproque de la théorie du ministre-juge, ce qui ne fut définitivement acquis, en jurisprudence, que par l'arrêt de principe *Cadot* en date du 13 décembre 1889, lequel consacre en même temps le Conseil d'Etat comme juridiction administrative de droit commun, selon un schéma qui prévaudra jusqu'à la réforme du contentieux administratif opérée par le décret-loi du 30 septembre 1953.

Il reste toutefois, dans les textes en vigueur, des traces injustifiables, même rares, de justice retenue ou de ministre-juge, par exemple le jugement en appel des prises maritimes en temps de guerre ou encore la présidence du Tribunal des conflits par le garde des Sceaux.

(2.2) L'occultation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires par le principe de séparation des pouvoirs

Mais, pour excepter l'établissement de la compétence des juridictions judiciaires sur l'activité administrative, d'ailleurs longtemps envisagé, la choix en faveur de la dissociation devait désormais à la fois s'éloigner de l'ancienne séparation entre l'autorité administrative, incluant l'administration juridictionnelle, et l'autorité judiciaire dans le contexte de la confusion des pouvoirs. Et promouvoir la nouvelle autonomie de la juridiction administrative par rapport à l'administration active, dans le contexte de la séparation des pouvoirs.

C'est en ce sens que la réforme opérée par la loi du 24 mai 1872 s'inscrit dans le prolongement de l'apport de la Révolution française à la consécration de la juridiction judiciaire, fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration du 26 août 1789, ce principe novateur aura permis la constitution d'une juridiction judiciaire, entièrement distincte de l'administration aussi bien active que juridictionnelle, occultant ainsi le principe séculaire de la séparation des autorités administratives et judiciaires dépourvu, depuis la fin de l'Ancien Régime, de son statut constitutionnel par le biais de la loi des 16-24 août 1790.

En conséquence, ce qui comptait, au titre de l'affirmation de la démocratie politique, à la fin de XIX siècle, c'était d'écarter le principe historique de la séparation des autorités administratives et judiciaires, en tant que legs de la période monarchique par delà la Révolution française, et donc de mettre un terme à la prétendue séparation des pouvoirs née en 1790, afin de permettre que l'indépendance de la juridiction fût pleinement accomplie par cette réforme de 1872. Car, la séparation des autorités administratives et judiciaire véhicule nécessairement la notion globale, hétérogène et finalement fausse, ou plutôt devenue fausse car pratiquement dépassée et théoriquement inacceptable, d'une autorité administrative qui continuait à exercer elle-même la juridiction administrative. Dès lors, il s'agissait ainsi de mettre en place et de garantir une véritable juridiction administrative indépendante du pouvoir exécutif dans le prolongement du principe de la séparation des pouvoirs. D'où l'accent alors mis sur la distinction faite entre la juridiction administrative et le pouvoir exécutif, définitivement limité à la seule administration active.

En revanche, avant la loi du 24 mai 1872, on était face à une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire, mais encore confondue avec l'administration active et présentée comme une simple exception au principe de la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir juridictionnel, toujours limité au seul juge judiciaire. Avec la loi de 1872 on passe, en revanche, à une véritable juridiction administrative, distincte non seulement de la juridiction judiciaire (c'était acquis définitivement depuis la Révolution française), mais aussi et surtout de l'administration active. Dès lors, en tant que juridiction autonome par rapport à l'administration active, l'origine de la juridiction administrative ne remonte qu'à la loi du 24 mai 1872, lorsque l'activité contentieuse du Conseil d'Etat cesse d'être consultative pour devenir juridictionnelle : les décisions de justice administrative ne sont plus rendues sur avis du Conseil d'Etat, mais par le Conseil d'Etat.

Par conséquent, force est de considérer qu'en France la juridiction administrative n'est pas le résultat d'un simple accident ou d'un choix circonstanciel au tournant du XIX siècle, mais bien le produit d'une réalité sociologique qui s'enracine profondément dans l'histoire du droit public français et qui permet seule d'expliquer son originalité, sa continuité et son efficacité. Cela a fort bien été écrit :

« En France, l'existence d'une juridiction administrative a essentiellement un fondement historique »[7]

[7] Pierre Devolvé, Paradoxes du (paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, in *Mélange* René Chapus, Montchrestien, 1992, n°16, p.145

De plus, depuis la fin du XIX siècle, se manifeste avec une vigueur particulière le principe de séparation entre, d'une part, le pouvoir exécutif, réduit désormais à la seule administration active, et, d'autre part, un pouvoir juridictionnel, organiquement distinct du pouvoir exécutif et constitué lentement, à partir de l'autorité judiciaire, par son élargissement progressif à la juridiction administrative.

(B) La juridiction administrative française contemporaine

Nous allons envisager la juridiction administrative par rapport à la Constitution et sa limitation.

1. La constitutionnalisation de la juridiction administrative par l'autonomie du contentieux administratif

Or, telle est bien cette vision du droit processuel qui a été finalement consacrée par le Conseil constitutionnel pour affirmer l'existence de la juridiction administrative d'un point de vue organique : son indépendance, et d'une point de vue matériel : sa compétence, en se fondant, dans les deux cas, sur le même principe fondamental reconnu par les lois de la République, déduit explicitement ou implicitement de la loi du 24 mai 1872 et basé implicitement sur la séparation des pouvoirs.

(1.1) La constitutionnalisation de l'indépendance de la juridiction administrative

Dans sa décision du 22 juillet 1980, le Conseil constitutionnel a tenu à affirmer la valeur constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction administrative, en même temps que celle de la juridiction judiciaire, mais sur un fondement juridique assez sensiblement différent : pour la juridiction judiciaire, c'est le texte de la Constitution qui, dans son article 64, devait fournir une source suffisante de constitutionnalité ; mais s'agissant de l'indépendance de la juridiction administrative, selon une formulation ici négative, ainsi que du « caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement », il a fait référence, en revanche, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, plus exactement par la loi du 24 mai 1872 en tant que cette législation a conduit au démantèlement de la justice administrative retenue. La motivation de la décision de 1980 est, dès lors, la suivante :

« Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus pas les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »

(1.2) La constitutionnalisation de la compétence de la juridiction administrative

Au moment où le Conseil Constitutionnel affirme la compétence de la juridiction administrative, selon une formulation ici positive, c'est précisément à ce principe actif de la séparation des pouvoirs, et non à celui occulté de la séparation des autorités administratives et judiciaires, que le Conseil constitutionnel a fait ensuite référence dans sa décision de principe du 23 janvier 1987 ; tout en se fondant à nouveau sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République :

« Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la lois des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles- mêmes valeur constitutionnelle ; que néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus pas les lois de la République, celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »

Il faut faire ici quatre observations :

- l'occultation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires est maintenue au profit de celui de la séparation des pouvoirs, la décision de 1987 procédant à une unification du droit processuel par son inscription dans la continuité de la décision de 1980 ;

- la référence à « la conception française de la séparation des pouvoirs » renvoie implicitement à la tradition constitutionnelle, systématisée en France à la fin du XIX siècle, laquelle, sur le fondement d'une lecture abusive de Montesquieu, refuse en principe la connaissance de l'action administrative par l'autorité judiciaire au profit d'une juridiction administrative indépendante ;

- la loi de la République reconnaissant le principe fondamental d'une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative n'est pas mentionnée de façon expresse, encore que l'on puisse et que l'on doive s'appuyer sur la loi du 24 mai 1872 déjà retenue par la décision précitée du Conseil constitutionnel en date du 22 juillet 1980 ;

- il résulte de la motivation précitée de la décision du 23 janvier 1987 que la constitutionnalisation de la compétence de la juridiction administrative ne vaut que dans l'hypothèse de principe de recours objectifs formés contre les actes administratifs[8], dans le cadre d'un contentieux soit d'excès de pouvoir, soit de pleine juridiction.

De plus, il y a deux exceptions à la compétence de la juridiction administrative face à la juridiction judiciaire. La première exception, porte sur l'existence de matières réservées « par nature » à l'autorité judiciaire, expression qui renvoie implicitement à l'article 17 de la loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, pour répondre à de nombreux litiges étrangers au contentieux administratif de la puissance publique en ce qui concerne notamment l'état ou la liberté des personnes. La seconde exception dans « l'intérêt d'une bonne administration de la justice » autorise, dans le contentieux administratif, la constitution de blocs de compétence au profit de l'ordre juridictionnel principalement intéressé :

« Considérant cependant que dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'un législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'en unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ».

[8] Au passage, le Conseil constitutionnel donne de ces actes une définition doctrinale restrictive par la combinaison d'un critère matériel : l'exercice des prérogatives de puissance publique, et d'un critère organique : l'appartenance à une personne morale de droit public, sans prendre en compte les organismes privés qui assument la gestion du service public.

En réalité, la question ici posée non liée à l'interprétation ou à l'exécution de la loi par le juge administratif ou judiciaire, ne devrait donc pas dépendre de sa jurisprudence ou de celle du juge des conflits. Elle est de nature constitutionnelle car elle tient à la compétence juridictionnelle en matière administrative, lorsqu'il est prétendument porté atteinte par l'autorité administrative à la liberté individuelle. Par conséquent, ce devrait être au pouvoir constituant dérivé ou au juge constitutionnel d'apporter tous les éléments de réponse nécessaires par modification ou interprétation de l'article 66, alinéa 2 de la Constitution.

2. La limitation et délimitation du contentieux administratif

(2.1) Le contentieux administratif dans le système de dualisme juridictionnel

Le système juridique de tout Etat doit correspondre à l'histoire qui l'a produit et à la sociologique qui le permet.

De la même façon, ceux qui défendent le dualisme juridictionnel français affirment une solution organiquement conforme à l'histoire et à la sociologie du contentieux administratif correspondant au principe initial de séparation des autorités, par incompétence – sauf exception – de la juridiction judiciaire en matière administrative, relu à travers le principe actuel de séparation des pouvoirs en trois étapes successives :

- d'abord, séparer l'administration à la fois active et juridictionnelle de la juridiction judiciaire

- ensuite, séparer la juridiction administrative de l'administration active

- enfin, maintenir la séparation entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative

On ne doit pas se dissimuler que c'est ce dernier point – et lui seul –qui fait discussion, l'alternative existant entre le dualisme juridictionnel qui exprime cette séparation entre deux ordres de juridiction et le monisme juridictionnel qui ignore cette séparation : il est constant, en effet, que le dualisme et le monisme juridictionnels soient deux solutions également acceptables dans un Etat de droit, dès lors qu'elles sont conformes, l'une et l'autre,

à la séparation des pouvoirs. Mais, en France, sur cette toile de fond originale qu'exprime « la conception française de la séparation des pouvoirs », c'est bien le dualisme juridictionnel qui, à la vérité, est un compromis. Et c'est donc le monisme juridictionnel qui serait incontestablement de rupture, au prix d'ailleurs d'une révision constitutionnelle en tant que la compétence de la juridiction administrative est de principe en matière de puissance publique et que cette compétence de principe est constitutionnellement protégée.

(2.2) La délimitation du contentieux administratif

Le contentieux administratif est le contentieux de l'action administrative relevant de la juridiction administrative, qui exclut les litiges non juridictionnels, principalement les recours administratifs portés devant une autorité administrative, notamment le recours gracieux, le recours hiérarchique ou encore le recours de tutelle.

Dès lors, on comprend que le contentieux administratif se présente comme le droit juridictionnel administratif général, c'est-à-dire comme le traitement des litiges de droit administratif devant les juridictions administratives, selon les règles de procédure générale applicables en principe à ces juridictions. On voit que cette délimitation du contentieux réunit deux critères : matériel et formel.

Or, la question de savoir si un litige est ou n'est pas de droit administratif, c'est-à-dire s'il ressort ou non de la compétence matérielle du juge administratif, est une question de fond qui relève du seul droit administratif substantiel et non de ce qu'il convenu d'appeler, depuis le professeur René Chapus, dans son ouvrage *le droit du contentieux administratif*.

Le seul critère formel, à la fois organique et procédural, vaut donc d'être ici retenu. Son étude requiert de partir de cette question qui est certainement la bonne question :

« Mais, si le juge administratif est d'abord un juge, ne pouvant faire acte d'administrateur, en quoi se différencie-t-il du juge judiciaire ? »

La réponse est précisément dans la façon indistincte avec laquelle le Conseil constitutionnel a pu traiter, par sa décision du 22 juillet 1980, à la fois de la juridiction judiciaire et de la juridiction administrative.

Pourtant, le juge administratif continue à se différencier procéduralement du juge judiciaire, l'autonomie du droit administratif ne pouvant pas logiquement concerner le seul droit substantiel sans toucher aussi au droit juridictionnel, lequel n'est jamais que le droit substantiel appliqué à la procédure juridictionnelle. A la fin du XIX siècle, le président Edouard Laferrière écrivait déjà en ce sens :

« Le contentieux administratif comporte-il un juge ordinaire dans le sens qu'on donne à ce mot dans les matières judiciaires ? Il faut se garder ici d'une assimilation trop étroite entre le droit privé et le droit administratif. En droit privé, (…) on appelle juge ordinaire celui devant lequel (une partie) doit assigner, à défaut d'un autre juge spécialement désigné. En droit administratif, au contraire, la partie (…) ne peut que déférer les actes, les décisions de l'administration qu'elle prétend contraires à ses droits (…) »

On peut dire que la délimitation du contentieux administratif est ambiguïe, ce qui nous envisagerons ultérieurement, par l'étude de la juridiction administrative et celle du procès administratif.

§ 2. Une originalité thaïe : l'absence d'une véritable juridictionnelle administrative

L'âge d'or du droit administratif français se situe entre 1830 et 1930, ce qui est paradoxal et contraste avec la Thaïlande, qui ne s'est dotée que depuis que dix ans d'un Tribunal administratif. Pourtant, avant la loi portant création des juridictions administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E.2542 (1999), amendée par la loi (n°2) de B.E. 2545 (2002), existait déjà le système de la procédure administrative non contentieuse menée par un organisme inspiré du modèle français, comme le Conseil d'Etat. On peut dire que la France possède une institution juridictionnelle administrative célèbre, « le Conseil d'Etat », dont le rôle est incontestablement remarquable dans la formation de ce droit et de la protection des droits des administrés, représentant un « modèle type » du contrôle juridictionnel de l'administration pour bien d'autres pays. La France dispose surtout d'une grande richesse intellectuelle, à travers des littératures juridiques tant classiques que contemporaines, œuvres de la doctrine française. Au contraire, la Thaïlande a connu un développement démocratique beaucoup plus tardif et beaucoup plus mouvementé que la France, d'où le développement très tardif du droit administratif. Contraste et paradoxe aussi, la Thaïlande s'est considérablement inspirée du droit français, dans le choix d'un système juridique, à l'époque de la modernisation du pays sous le règne du roi Rama V, ainsi que dans ses grandes codifications et dans la création même d'un « Conseil d'Etat ».

Pour les études du contentieux administratif englobant les règles juridiques concernant l'émission des actes administratifs unilatéraux, qui reste toujours une action majeure dans le rapport entre l'administration et l'administré, les études rendant le travail administratif plus efficace et plus démocratique en ce sens que les règles de la matière conduisent l'administration à prendre une décision dans les meilleurs conditions et permettent aussi à l'administré de prendre part au processus d'émission des actes qui le concernant. Ces études sont également bénéfiques pour le travail du juge parce que, les actes étant plus compréhensibles aux yeux des administrés, elles diminuent le nombre de litiges portés devant lui. Tout du moins, elles facilitent le contrôle juridictionnel, dans le mesure où le juge dispose d'éléments plus clairs et plus certains dans son examen de la légalité des actes attaqués.

Pourtant, le projet de faire une telle étude comparative du contentieux administratif pourrait paraître audacieuse. Audacieuse d'abord parce que la portée de la matière du contentieux administratif est très large : elle englobe de nombreuses règles juridiques, d'ailleurs souvent très techniques, non seulement celles qui régissent le stade de l'émission des actes mais aussi celles qui gouvernent la préparation et même la révision des actes, alors que l'étude d'une de ces règles représente déjà un travail difficile.

L'intérêt de cette étude est donc clair. Elle consiste à apporter des éclaircissements sur le droit des deux pays en matière de contentieux administratif, l'un par rapport à l'autre. Nous connaîtrons mieux non seulement les règles juridiques applicables dans la matière en droit français et thaïlandais mais aussi des points positifs et des défauts dans le droit des deux pays. Grâce au niveau élevé du droit administratif français, notamment à l'abondance des solutions jurisprudentielles et à la richesse doctrinale, le droit thaïlandais, qui est encore embryonnaire dans la matière, bénéficiera de remarques intéressantes. Par ailleurs, le droit français bénéficiera de l'expérience d'un pays qui s'est doté d'un tribunal administratif stable et aussi de remarques non moins intéressantes concernant le contenu des règles imposées par la loi thaïlandaise.

Personne ne conteste l'importance du système de garantie juridictionnelle dans la protection des droits des administrés. La confiance inspirée par le système de garantie juridictionnelle est d'autant plus nette en France où la justice administrative, au sommet de laquelle se trouve le Conseil d'Etat, est reconnue efficace, malgré des critiques. Il suffit d'évoquer le respect qu'on lui porte depuis longtemps. Par exemple, lorsque Jèze parlait du recours pour excès de pouvoir, il y voyait « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme

la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés »[9].

Pourtant on ne peut avoir la même estime pour le système de garantie juridictionnelle en Thaïlande. Car il se heurte à un problème fondamental : l'absence d'une véritable juridiction administrative. En fait, à l'instar de la France, la Thaïlande s'est dotée d'un Conseil d'Etat, mais ce dernier fonctionne encore sous le régime de « la justice retenue ». Avant la naissance des juridictions administratives en 2002, la seule juridiction principale qui existait était la juridiction judiciaire. Mais cette dernière semblait parfois hésiter à jouer le rôle de la justice administrative. De nombreux efforts ont été fait pour la création d'une véritable juridiction administrative mais n'ont jamais abouti. Finalement, la solution a été proposée par l'actuelle Constitution et la loi sur la juridiction administrative promulguée en octobre 1999 et amendée par la loi (n°2) de B.E. 2545 (2002), la loi (n°3) B.E. 2548 (2005), la loi (n°4) B.E. 2550 (2007) et la loi (n°5) B.E. 2552 (2009).

C'est ainsi que nous étudierons, d'abord, le problème de l'absence de juridiction administrative (A). Ensuite, nous nous intéresserons à la solution du problème prévue par la Constitution (B).

(A) Les problèmes de la garantie juridictionnelle

Ces problèmes viennent, d'une part, de l'absence d'une véritable juridiction administrative (1), d'autre part, des obstacles opposés à la création d'une véritable juridiction administrative (2).

1. L'absence d'une véritable juridiction administrative

En apparence, la Thaïlande s'est déjà dotée d'une juridiction judiciaire, d'une part, et d'autre part, d'un Conseil d'Etat, organisme inspiré de son homologue français. Dire que la Thaïlande ne dispose pas d'une juridiction administrative serait exagéré, notamment aux yeux des juristes français. Pour pouvoir comprendre, il est donc nécessaire d'étudier d'abord l'idée de la dualité de la juridiction à la française en Thaïlande (1) et d'examiner, ensuite, les compétences de la juridiction judiciaire et du Conseil d'Etat (2).

[9] Geston JEZE, « *Rapport à l'institut International de droit Public* », Annuaire de l'Institut, 1929, p.162, ouvrage cité dans G.ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse , Toulouse, L.G.D.J, 1968

(1.1) L'idée de la dualité de la juridiction à la française

L'actuel Conseil d'Etat thaïlandais a été crée par la loi de 1979. Malgré quelques

différences, celui-ci a un caractère capital commun avec son homologue français. En effet, il assure à la fois la vocation de conseiller juridique du gouvernement, y compris des autorités administratives, et celle de trancher des litiges administratifs. Parallèlement, la juridiction judiciaire assume, en principe, les litiges des droits civils. C'est dans cette analyse que l'on peut parler de la dualité de la juridiction à la française.

Toutefois, cette conception en elle-même n'est nullement neuve. Bien au contraire, cette idée trouve sa genèse depuis maintenant plus d'un siècle. En effet, son origine remonte à 1874 sous le règne du roi Rama V. Dans le cadre de la modernisation du pays, le roi promulgua deux lois portant l'une sur la création d'un « Council of State » et l'autre sur celle d'un « Privy Council »[10]. Il est à remarquer que l'idée serait inspirée du « Conseil d'Etat » français car le terme même de « Council of State » n'est que la traduction anglaise du « Conseil d'Etat ». De plus, ses fonctions principales y furent comparables car ce conseil fut chargé de conseiller le roi dans les affaires générales du royaume, dans l'élaboration des lois et dans le règlement des litiges administratifs. Il fut finalement aboli en 1894 mais la raison en est ambiguë : soit parce qu'il était « prématuré » à l'époque d'avoir un tel organe, soit parce que, le charisme du roi étant important, il ne lui était plus nécessaire d'avoir un organe de conseil, soit parce que le roi fuit soucieux de conserver l'intégralité de son pouvoir face à l'influence grandissante de ce conseil.

L'idée de créer un organisme équivalent au Conseil d'Etat français renaquit de nouveau 48 ans plus tard. En effet, la Thaïlande créa en 1923, sous l'impulsion de la France, la Direction Générale d'Elaboration Législative, présidée par le ministre de la Justice et composée de huit juristes dont quatre thaïlandais et quatre français. Après la Révolution de 1932, Pridi, le leader du Parti du Peuple, désirait instituer en 1933[11] un organe à l'image du Conseil d'Etat français pour protéger les administrés contre les abus de l'Administration. Pour y parvenir, il suffisait de réorganiser la Direction Générale de l'Elaboration Législative, assumant déjà une partie de la fonction de cet organe. C'est ainsi que Pridi fit adopter en 1933 la loi portant « Kanakamkarn Krisdika » (qui veut « les conseillers juridiques »), en transférant la fonction de la Direction Générale en question à ce nouvel organisme et en y ajoutant la fonction de juridiction administrative. Il convient de noter que si l'intitulé de ce

[10] Charnchai SAWANGSAKDI, *Le Conseil d'Etat en Thaïlande : du Conseil du Roi vers la juridiction administrative suprême*, Division du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat, Bangkok, 1995, p.2

[11] En fait, peu avant cette date un certain René GUYON, alors conseiller juridique, avait rédigé des projets de loi pour créer le Conseil d'Etat en Thaïlande, tels que le projet du 6 décembre 1932 et celui du 27 décembre 1032, ce dernier allant jusqu'à créer également un Tribunal des Conflits.

nouvel organisme n'est plus « le Conseil d'Etat », c'est parce que la Thaïlande à l'époque était encore sous le régime de l'exterritorialité. En créant cet organisme, Pridi ne voulait donc pas attirer l'attention des étrangers[12].

Cependant, une fois la loi adoptée, le Conseil d'Etat ne pouvait pas fonctionner aussitôt. En effet, pour que le Conseil d'Etat puisse fonctionner en tant que juridiction administrative, la loi de 1933 sur le Conseil d'Etat prévoyait une condition préalable : il fallait des lois qui auraient déterminé quels genres de litiges relèveraient de sa compétence ainsi que la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat (article 5 (3) de la loi de 1933). De tels projets de lois furent déposés à plusieurs reprises devant l'Assemblée Nationale, mais n'aboutirent jamais à l'adoption définitive. L'obstacle était que la plupart des juristes thaïlandais de l'époque étaient encore habitués à l'idée qu'il ne pouvait y avoir qu'un seul ordre de juridiction , c'est-à-dire les juridictions judiciaires. En conséquence, les dispositions de la loi de 1933 concernant la fonction contentieuse du Conseil d'Etat restèrent lettre morte.

L'idée de la dualité de la juridiction n'a été revendiquée de nouveau qu'à la suite des événements politiques de 1973. A ce moment là, le vent de la démocratie semblait souffler partout dans le pays et être favorable à toutes les idées réformatrices. Evidemment, parmi celles-ci, s'imposait l'idée de la création d'une juridiction administrative pour protéger des administrés contre l'Administration. C'était précisément lors de l'élaboration de la Constitution que cette idée a été évoquée. Néanmoins, la question restait de savoir quel modèle pour une telle juridiction serait retenu. Il semblait que la victoire, même modérée, était du côté de la dualité de la juridiction. Car la Constitution prescrivait particulièrement et explicitement, pour la première fois dans l'histoire, la création de « la juridiction administrative », dans un article qui n'est pas inclus dans ceux relatifs à la juridiction judiciaire. Malgré cela, le débat sur ce modèle n'était pas une affaire classée. En effet, certains soutinrent la création d'un « tribunal » administratif de première instance au sein de l'ordre judiciaire, tandis que d'autres préconisèrent la création d'une véritable juridiction administrative autonome. De 1981 jusqu'en 1999, de nombreux projets ou propositions de loi, destinés à créer un « tribunal » administratif, ont été déposés devant l'Assemblée Nationale, tantôt par le ministère de la Justice tantôt par les députés. Quant au Conseil d'Etat, il a été réformé par la loi de 1979, actuellement en vigueur. Cette réforme lui octroie la fonction de contentieux administratif sous le système de « la justice retenue ». Parallèlement, la juridiction judiciaire continue à juger les litiges administratifs, bien que la plupart soient déclarés irrecevables ou soit débutés, du fait qu'il n'y a pas de juridiction administrative.

Cette controverse nous amène à étudier les compétences exactes de ces deux Instances, celle de la juridiction judiciaire et celle du Conseil d'Etat.

[12] Discours devant l'Assemblée Nationale, Séance (extraordinaire) n°39/1933, le 6 décembre 1933

(1.2) Les compétences de la juridiction judiciaire et du Conseil d'Etat

Dans les pays qui ont opté pour la dualité de la juridiction, la question des compétences des deux juridictions est très importante et n'est pas toujours facile à trancher. Généralement, il faut que les règles de répartition de compétence soient minutieusement posées. Encore faut-il, en cas de problème, un mécanisme pour résoudre les conflits éventuels de compétence (la question préjudicielle ou un tribunal de conflits). Or, en Thaïlande, le problème de compétence entre la juridiction judiciaire et le Conseil d'Etat encore plus compliqué.

Premièrement, mis à part le mode de fonctionnellement qui sera établi en vertu de l'actuelle Constitution, il n'y a avait guère de mécanisme pour résoudre le problème de la répartition de compétence. En effet, il n'existait ni tribunal de conflits ni possibilité de régler des questions préjudicielles. La seule mesure de cette nature se trouvait dans l'article 20 (3) de la loi de 1979 sur le Conseil d'Etat prévoyant l'irrecevabilité des litiges « qui sont en cours de procès ou qui ont été définitivement jugées devant la juridiction judiciaire ».

Deuxièmement, la juridiction judiciaire se déclarait toujours compétente pour le contentieux administratif. En effet, son argument reposait sur une disposition des Constitutions précédentes qui affirmait que : « Le pouvoir juridictionnel appartient au « juge » qui l'exerce en conformité avec la Constitution et les lois, et ceci au nom du Roi ». A partir de là, certains ont expliqué que tant qu'il n'y avait pas de véritable juridiction administrative, il appartenait au juge judiciaire de se prononcer sur des litiges du contentieux administratif. D'autres ont même prétendu que cela était « le principe général du pouvoir juridictionnel ». Ces arguments méritent quelques remarques. D'abord, une telle disposition constitutionnelle sur laquelle reposait l'argument serait plutôt destinée à poser le principe général selon lequel c'est le « juge » et non le « législateur » ni l' « exécutif », qui a le pouvoir juridictionnel. En aucun cas, elle ne précise que le « juge » dans ce cas signifie le « juge judiciaire ». Ensuite, en se proclamant compétent, le juge applique l'article 55 du Code de procédure civile comme critère essentiel de la recevabilité. Par sa nature et comme le nom du Code l'indique, cet article est destiné à s'appliquer particulièrement aux procès relevant du droit civil. Enfin, la loi de 1933 sur les compétences et l'organisation de la juridiction judiciaire est sans ambiguïté. Elle prévoit, en effet, que les tribunaux de première instance sont représentés par le juge de droit commun soit pour le procès du *droit civil* soit pour celui du *droit pénal*. Aucun article de ladite loi n'est d'ailleurs lié au contentieux administratif.

Quant au Conseil d'Etat, la loi de 1979 reflète clairement la volonté de faire de celui-ci une juridiction administrative distincte de l'ordre judiciaire. En effet, on trouve dans cette loi des dispositions essentielles pour le contentieux administratif : la qualité de requérant et la nature du recours (article 19), les conditions d'irrecevabilité (article 20 et 21), le délai du recours distinct de celui du droit privé (article 23). La procédure contentieuse est ainsi explicitée. Par exemple, le principe de procédure « inquisitoire » est l'idée capitale (article 37 et 44) de l'*instruction.* Notamment, le rôle du « commissaire du gouvernement » est introduit dans la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat (article 36). S'agissant de « la justice retenue », la décision de la Section du contentieux doit être soumise au Premier ministre pour que ce dernier se prononce en définitive sur la décision (article 48 et 49). Il est à souligner que le système de « la justice retenue » n'a rien d'étonnant pour ceux qui connaissent l'évolution du Conseil d'Etat français. Au contraire, en Thaïlande, selon le juge judiciaire, la qualité de juridiction administrative au Conseil d'Etat n'est pas reconnue.

2. Les obstacles à la création d'une véritable juridiction administrative

Ceux-ci viennent, d'une part, de la détermination des hommes politiques (2.1) et d'autre part, de l'objection du juge judiciaire (2.2)

(2.1) La détermination des hommes politiques

En principe, les hommes politiques auraient pu jouer un rôle important dans la création de la juridiction administrative parce que ce sont eux qui peuvent prendre l'initiative de telle ou telle réforme, en tant que députés ou membres du gouvernement, et ce sont eux qui votent la loi. Or, si la création de la juridiction administrative a toujours avorté, on a une bonne raison de mettre en cause le soutien des hommes politiques (2.1.1). Néanmoins, depuis quelque temps, l'idée de la dualité de la juridiction semble gagner du terrain chez les hommes politiques, ce qui est également intéressant à étudier (2.1.2).

(2.1.1) Leurs défaillances

La faible détermination des hommes politiques à ce propos a des explications.

En premier lieu, il s'agit d'une question de connaissance sur ce qu'est « la juridiction administrative ». On peut dire que la connaissance des hommes politiques sur cette matière était plutôt superficielle. En effet, ils ne savaient même pas qu'il pouvait y avoir une juridiction administrative distincte de l'ordre judiciaire. Pour eux, lorsqu'on parlait du « contentieux » ou du « juge », il ne pouvait exister qu'un seul contentieux et un seul juge, c'est-à-dire judiciaire. Les projets et les propositions de loi déposés depuis la promulgation de la Constitution de 1974 en témoignent. En effet, bien que l'article de la Constitution de 1974 concernant la juridiction administrative soit distinct de ceux concernant la juridiction judiciaire, ce qui montrait donc le principe de la dualité de la juridiction, ces projets et propositions de loi visaient à créer une juridiction administrative ayant la qualité d'un « tribunal spécialisé » de première instance, dont le jugement pouvait faire l'objet d'appel directement devant la Cour de Cassation. Pour les hommes politiques, faire adopter une telle loi serait une excellente référence professionnelle, utile pour les prochaines élections. D'autant plus que la juridiction administrative est le système symbolique de la défense des droits et libertés des particuliers, donc des électeurs. Ils voulaient à tout prix sa création, sans s'intéresser à sa structure, ses compétences, ses modalités de fonctionnement ni à sa procédure contentieuse devant cet organisme.

En deuxième lieu, la faible volonté des pouvoirs politiques s'explique sans doute par la crainte du pouvoir du juge administratif, crainte d'être, à leur tous soumis au contrôle juridictionnel. Une telle crainte repose sur la délibération des lois déterminant les compétences et la procédure devant le Conseil d'Etat créé par la loi de 1933 qui n'ont, comme nous l'avons évoqué, jamais vu le jour. En rejetant les projets de ladite loi, l'Assemblée Nationale a simplement expliqué que le moment approprié n'était pas venu pour la création de la juridiction administrative en Thaïlande. Un autre exemple prévoit, parmi les cas d'ouverture, le vice de forme et de procédure ainsi que l'illégalité interne (agir malhonnêtement ou sans motifs raisonnables). Toutefois, l'alinéa 2 dudit article conditionne l'exercice de cette compétence en prévoyant qu'un règlement ministériel déterminera à quel moment et à quel organe de l'Etat ces deux cas d'ouverture seront applicables. Cet alinéa n'était pas dans le projet initial. Il est bien l'œuvre du Parlement qui craignait que les conseillers du contentieux administratif disposent d'un pouvoir trop important dans le contrôle de l'Administration[13]. En 1988, le Conseil d'Etat avait proposé au Conseil des ministres d'édicter un tel règlement ministériel. Ce dernier a toutefois rejeté la proposition du Conseil d'Etat[14] et il a fallu attendre 16 ans après 1979 pour qu'un tel règlement soit édicté.

En troisième lieu, les vicissitudes gouvernementales peuvent être également considérées comme un obstacle à la création de la juridiction administrative. La dissolution de 1983, celle de 1995 ainsi que celle de 1996, le Coup d'Etat de 1991 et le changement de

[13] Le Conseil d'Etat, lettre n° n.r. 0501/r.418, le 1 mars 1985
[14] Note du Conseil d'Etat n° n.r. 0501/368 du 6 mai 1988

gouvernement en 1997, tous ces événements ont eu pour conséquence indirecte l'interruption du processus de création de la juridiction administrative en cours.

Enfin, la détermination des hommes politiques est affaiblie par le fait que ceux-ci sont sous l'influence des magistrats judiciaires. Cela peut s'expliquer de deux façons. D'une part, contrairement à ce qui se passe dans bien s'autres pays, le rôle du ministre de la Justice en Thaïlande est secondaire. En général, sous prétexte de garantir l'indépendance des magistrats, il est habituel que le ministère de la Justice, dans bien des pays, ne s'occupe que de l'administration générale du travail juridictionnel, et ce pour assurer son bon fonctionnement. Dans le même ordre d'idées, on fait en sorte que le ministre de la Justice n'ait aucune possibilité d'intervenir dans les procès. Pourtant, en tant qu'exécutif qui doit être responsable devant le Parlement et devant le peuple, il appartient au ministre de la Justice de d'assurer sa politique dans le domaine de la justice. Or, il n'en est pas ainsi en Thaïlande. En effet, non seulement le ministre de la Justice est écarté de tout procès, mais la plupart des politiques sont proposées et menées pas des magistrats. Au niveau de la direction générale du ministère de la Justice, l'article 4 alinéa 3 de la loi de 1987 sur l'administration et le statut de magistrat, prévoit que le Directeur Général doit être nommé parmi les magistrats. De plus, l'organe qui détient le pouvoir sur les magistrats est le Conseil Supérieur de la magistrature, dont les membres sont tous magistrats. C'est dans ce contexte que le poste de ministre de la Justice en Thaïlande n'est pas très convoité par les hommes politiques et le rôle du ministre de la Justice est limitée, parfois semblable à un « cachet ». Son rôle dans la création de la juridiction administrative sous le gouvernement du Général Chavalit Yongjaiyut nous fournit un exemple de ce paradoxe : alors que le gouvernement s'était engagé devant l'Assemblée Nationale a créer une juridiction administrative en choisissant la dualité de la juridiction, le ministre de la Justice a proposé un projet de loi visant à créer un tribunal administratif de première instance relevant de la Cour de Cassation.

D'autre part, l'article 157 du Code pénal juge comme un délit, pour un agent de l'Etat, soit l'exercice ou omission illégale de fonction, soit l'exercice ou omission de fonction par motifs malhonnêtes. Certes, cet article est utile, voire nécessaire. Or, d'une certaine manière, il devient une arme de la juridiction du juge judiciaire vis-à-vis des hommes politiques ainsi que des agents administratifs, car un « agent de l'Etat » veut dire aussi un « homme politique ». De plus, il faut dire que l'ouverture d'un procès pour ce délit dépend totalement du juge car c'est lui qui se prononce sur la recevabilité de la plainte. En dépit du principe de la présomption d'innocence, on comprend bien que le fait d'être accusé en procès pénal soit, pour tout le monde, à éviter.

(2.1.2) Les tendances en faveur de la dualité de la juridiction

Malgré leur absence de soutien à la dualité de la juridiction, la politique des gouvernements successifs ainsi que celle du Parlement semblent avoir évolué récemment en faveur de cette idée. En effet, avant 1989, se sont succédé de nombreuses tentatives pour la création du tribunal administratif sous l'ordre judiciaire. En 1989, le ministère de la Justice a déposé un tel projet de loi en Conseil des ministres en vue de l'adoption du projet. Il faut savoir qu'auparavant, un tel projet a toujours été adopté au Conseil des ministres. Or, cette fois-ci le Conseil des ministres a décidé, d'une part, de rejeter le projet de loi proposé par le ministre de la Justice, d'autre part, de confier au Conseil d'Etat le travail préparatoire afin de développer la Section du Contentieux administratif dans la perspective d'une véritable juridiction administrative (la résolution du Conseil des ministres du 6 octobre 1989). Depuis lors, les gouvernements successifs issus des élections générales ont mené une politique semblable en la matière, c'est-à-dire la dualité de la juridiction.

En 1995, c'est au tour du Parlement d'exprimer sa position. En effet, lors de la révision constitutionnelle, le Parlement a ajouté de nouveaux articles visant à réaffirmer le plus clairement possible l'adoption de la dualité de juridiction dans la Constitution. La commission extraordinaire, chargée d'examiner le projet de cette révision constitutionnelle, était d'avis qu'il était opportun d'inscrire dans la Constitution des articles régissant la juridiction administrative dans le sens d'une dualité de juridiction. La même commission a également proposé que l'office du Conseil d'Etat soit le mieux placé pour s'occuper de l'administration générale de la juridiction administrative, en prévoyant de créer une telle juridiction à partir de la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat[15]. Les deux gouvernements suivants ont adopté cette politique. Par contre, l'initiative du gouvernement du Général Chavalit de mener cette politique est confrontée à l'opposition sans précédent du juge judiciaire. L'objection de ce dernier a été forte, bien que les professeurs de droit, les étudiants en droit ainsi que certaines organisations non-gouvernementales, aient soutenu la politique du gouvernement. Cela nous amène à analyser les raisons pour lesquelles le magistrat judiciaire est contre la dualité de juridiction.

(2.2) Les propositions du juge judiciaire

Le juge judiciaire est depuis toujours contre la dualité de juridiction. Tantôt, lorsque le gouvernement prend l'initiative de créer une juridiction administrative indépendante de l'ordre judiciaire, il mène une campagne contre cette politique. Tantôt, il passe à l'action en proposant la création d'un tribunal administratif sous le pouvoir judiciaire.

[15] Procès-verbaux de la Commission extraordinaire chargée d'examiner le projet de la révision constitutionnelle, la séance n°28 du 23 juin 1994 et n° 29 du 27 juin 1994.

L'argument majeur du juge judiciaire repose sur son interprétation du principe de « la séparation des pouvoirs » (2.2.1). Il nous semble également nécessaire de dévoiler l'arrière pensée ce ceux qui proposent une telle interprétation (2.2.2).

(2.2.1) Son interprétation de principe de « la séparation du pouvoir »

Le juge judiciaire interprète ce principe à sa manière. A ce propos, M. Amorn JANTRASOMBUL, ancien Secrétaire Général du Conseil d'Etat et professeur émérite de droit public, est le premier qui ait clairement fait remarquer la façon dont le juge judiciaire interprète ce principe. En effet, il remarque que le principe de la séparation du pouvoir retenu par la plupart des juristes thaïlandais, bien influencés par la pensée des magistrats, consiste à dire que la Souveraineté se devise en trois pouvoir à savoir le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel. Le professeur JANTRASOMBUL explique que cette analyse résulte d'une disposition constitutionnelle qui existe dans toutes les Constitutions thaïlandaises depuis la Constitution de 1932. Une telle disposition prévoit que le Roi ne peut exercer le pouvoir législatif que par l'intermédiaire du Parlement, du Conseil des ministres pour le pouvoir exécutif, et des juges pour le pouvoir juridictionnel. Selon lui, la raison d'être de cette disposition est que « la Parti du Peuple » avait l'intention de limiter le pouvoir de la monarchie. Or, à partir de là, certains juristes thaïlandais font comprendre que « le pouvoir juridictionnel » n'appartient qu'au « juge » et que le « juge » dans ce cas représente seul un corps de magistrats professionnels dans l'ordre judiciaire, magistrats qui ont obligatoirement passé, pour devenir juges, un examen de droit privé, droit pénal et droit procédural. En conséquence, d'après ces personnes, les litiges de toutes sortes, qu'ils soient de droit privé, de droit pénal, de droit administratif et même le contrôle de la constitutionnalité des lois, doivent être jugés par ces magistrats. C'est ainsi que l'on voit pourquoi le juge judiciaire s'oppose toujours à la dualité de la juridiction.

(2.2.2) L'arrière-pensée de ceux qui proposent une telle interprétation

(2.2.2.1) Influence de la pensée juridique anglo-saxonne

Il est à remarquer que cette interprétation du principe de la séparation des pouvoirs est fidèle au principe dit « the Rule of Law », préconisé par A.V.Dicey, éminent juriste anglais du droit constitutionnel. En fait, l'influence de la pensée juridique anglo-saxonne est grande dans le milieu des juristes thaïlandais.

Cette influence est un fruit direct de l'histoire juridique de la Thaïlande qui remonte au règne de Roi Rama V. En effet, pour sauver le pays de la colonisation, ce dernier décida de réformer le système juridique et l'organisation juridictionnelle. La difficulté résida toutefois dans le fait que la Thaïlande vivait entre les deux puissances coloniales, la France et la Grande-Bretagne. Afin d'éviter les mécontentements éventuels des deux puissances, le Roi choisit, d'une part , le modèle de système juridique des pays de Continent, d'autre part, envoya des personnels pour faire des études de droit en Angleterre, notamment le prince Rajburidirekrith. Ce dernier, reconnu comme « le père du droit thaïlandais », a en une influence considérable dans le développement du droit en Thaïlande. Ministre de la Justice, il fut également nommé directeur de l'école de droit attaché au ministère de la Justice. C'est de ce poste qu'il mit en place un enseignement du droit « à l'anglaise ». Les enseignants furent diplômés en Angleterre. En matière de droit pénal, le prince Rajaburi utilisa comme texte de base le code pénal d'Inde, alors que pour le droit procédural et le contrat, il utilisa des manuels de droit anglais. Le programme d'enseignement du droit fut réformé après 1931, année où la Thaïlande commença à envoyer des étudiants pour faire des études dans d'autres pays comme la France ou les Etats-Unis, et notamment à partir de 1924 où fut fondé « le Conseil de l'enseignement du droit » sous la direction d'un juriste français. Alors, il y a eut, pour la première fois, un enseignement du droit public en Thaïlande.

Malgré la mise en place de l'enseignement du droit public, l'influence de la pensée anglo-saxonne reste toujours intacte et est même renforcée depuis la création de l'école de droit de la « Bar association » en 1948. Cette école, copiée sur le système anglais, n'avait jusqu'à présent pas d'enseignement en droit public. Elle a une emprise considérable sur les juristes thaïlandais. D'une part, tous les candidats au concours pour devenir magistrats ou procureur doivent obtenir un diplôme de cette école. D'autre part, les programmes d'enseignement de droit aux universités doivent être approuvés par elle.

(2.2.2.2) Le monopole du pouvoir juridictionnel

Outre l'influence de la pensée juridique anglo-saxonne, tout nous porte à croire que l'opposition du juge à la dualité de juridiction est due à sa volonté de garder, pour lui, le pouvoir juridictionnel. Nous pouvons remarquer une telle intention dans son argument affirmant que « le juge » ne peut signifier que le corps des juges judiciaires, argument qui nous paraît peu convaincant, parce qu'il peut y avoir d'autres juridictions dans le système juridictionnel d'un pays. De plus, cette volonté est encore plus nette dans l'opposition à la création d'une justice administrative autonome de l'ordre judiciaire. L'une des conditions proposée par le juge judiciaire pour accepter la dualité de juridiction a été que « le Président de la Cour de Cassation » soit également « le Président de la Cour administrative suprême », condition qui n'a aucun sens car elle entacherait même le principe de la dualité de la juridiction. Enfin, on peut trouver une telle volonté dans l'existence d'autres tribunaux en

Thaïlande. Bien qu'il y ait en Thaïlande le tribunal du travail, le tribunal des impôts, le tribunal du procès des enfants et des mineurs ou bien le tribunal du procès des propriétés intellectuelles, les juges de ces tribunaux sont principalement des magistrats judiciaires, à l'exception des « juges supplémentaires »[16]. Les juges judiciaires qui travaillent dans ces tribunaux ont toujours la possibilité d'être transférés vers tous les tribunaux, y compris les tribunaux judiciaires. De toute évidence, la seule voie commune pour contester les verdicts de ces tribunaux est le recours devant la Cour de Cassation.

(B) Le choix d'après l'actuelle Constitution[17]

Après plus de 60 ans de négligences et de conflits portant sur sa création, la juridiction administrative pourra enfin avoir le jour. En effet, c'est l'actuelle Constitution qui impose les principes essentiels de sa création, en faveur de la dualité de juridiction.

En fait, la Constitution précédente avait déjà imposé la création de la juridiction administrative dans le même sens. Cependant, cette fois-ci, en reprenant l'idée de la dualité de la juridiction, on apporte plus de précisions et quelques différences. D'une part, la création de la juridiction administrative est bien déterminée, elle sera créée deux ans après la promulgation de la Constitution (article 334 de la Constitution). D'autre part, la loi portant création des juridictions administratives a été composée sur la loi d'origine française et allemande. On ne peut pas exactement prendre la notion du contrôle d'excès de pouvoir chez les Français ; de la même manière la notion d'exécution administrative allemande pose toujours problème.

En principe, on prend la conception de droit administratif français pour base en cas d'un problème ou de conflits juridiques, sinon on préfère la conception allemande.

La loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999), s'appuie sur les compétences des juridictions administratives pour connaître ;

(1) Des litiges relatifs aux demandes d'annulation des règlements ou des décisions individuelles pris par l'administration ou un agent de l'Etat au

[16] Ces juges sont nommés parmi les personnes qualifiées pour un mandat déterminé et ne sont pas des juges de profession.

[17] Dans cette thèse, on appelle « l'actuelle Constitution » pour rapporter la Constitution de 1991, la dernière constitution avant le Coup d'Etat d'octobre 2006

motif d'incompétence, de vice de forme ou de procédure, de violation de la loi, de détournement de pouvoir, de rupture de l'égalité des administrés devant la loi ou les charges publiques.

(2) Des litiges comportant des injonctions à l'administration ou à un agent de l'Etat aux fins d'accomplir les obligations qui leur sont prescrites par la loi.

(3) Des litiges tendant à engager la responsabilité pour faute de l'administration ou d'un agent de l'Etat dans l'accomplissement des obligations qui leur sont fixées par la loi ou les règlements.

(4) Des litiges relatifs au contentieux des contrats administratifs.

(5) Des litiges résultant de ce que la loi impose à l'administration ou à l'agent de l'Etat pour saisir la juridiction administrative et pour ordonner à une personne de faire ou de s'abstenir faire quelque chose.

(6) Des litiges relevant de la compétence des juridictions administratives par détermination de la loi.

Section 2 : Un garde frontière : le tribunal des conflits

§1 Le tribunal des conflits français

Le Tribunal des conflits en France est appelé à interpréter selon deux catégories de lois. D'une part, la loi des 16-24 août 1790 qui pose le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Et d'autre part, les lois, telle la loi du 31 décembre 1957 sur la responsabilité du fait des véhicules, qui lui sont dérogatoires en tant qu'elles sont attributives des compétences à l'un des deux ordres juridictionnels.

Selon le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, le Tribunal des conflits français symbolise le combat contre l'excès de puissance des tribunaux judiciaires. Cet organe est aujourd'hui, pour reprendre les qualificatifs utilisés par le commissaire du gouvernement Bernard Stirn[18], comme « une instance de rencontre et de dialogue. Loin des débats parfois trop passionnés, [ajoute-t-il…] éclairé par l'échange de

[18] Conclusion sur T.Conf. 6 juin 1989, Préfet d'Ile de France, RFDA, 1989, 457, cité par Pascale GONOD et Loïc CADIET (sous direction), *Le Tribunal des Conflits Bilan et Persepectives*, Dalloz 2009, p. 3

réflexions qui ont des sources différentes, il a pour mission de faire régner l'harmonie entre les deux composantes de notre droit ».

Le Tribunal des conflits français est historiquement né du Conseil d'Etat. Le Tribunal des conflits s'en est progressivement détaché, cette institution républicaine en porte encore la marque, et cette origine explique les dissymétries persistantes de la facture de l'institution ou encore l'inégalité des procédures de protection des champs de compétences des deux ordres[19].

Pour le président Philipe Martin, le Tribunal des conflits n'est en rien une Cour suprême. C'est vrai car son rôle étant dévolu respectivement au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, il n'appartient ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif.

Le Tribunal des conflits tient un rôle essentiel en préservant le justiciable du risque de déni de justice. Il est, en somme, l'une des instances au service du droit administratif effectif. Sa naissance, du fait de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, entendait mettre fin aux pratiques des tribunaux de l'Ancien Régime, en séparant les autorités administratives et judiciaires. Ainsi, la justice, jusqu'alors rendue au nom de roi, l'était désormais au nom du Peuple français.

Institué par l'article 89 de la Constitution de 1848 pour régler les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire[20], le Tribunal des conflits est dans un premier temps organisé par le règlement du 28 octobre 1849 et la loi du 4 février 1850, puis il a été considère comme momentanément efficace lors de la chute du Second Empire. Le tribunal des conflits sera recréé par la loi du 24 mai 1872 et ses attributions sont renfoncées par la loi du 20 avril 1932 et le décret du 25 juillet 1960.

Le Tribunal est composé d'un président de droit en la personne du garde des sceaux, de huit juges nommés pour trois ans renouvelables, à savoir quatre membres du Conseil d'Etat et quatre magistrats de la Cour de cassation (trois conseillers d'Etat en service ordinaire élus par les conseillers en service ordinaire, trois conseilleurs à la Cour de cassation nommés par leurs collègues, ainsi que deux autres membres et deux suppléants élus par la majorité des autres juges déjà désignés).

---

[19] F.GAZIER, « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », RFDA,1990, 745

[20] L'article 90 lui attribuent également « les recours pour incompétence et excès au pouvoir contre les arrêts et la Cour des comptes »

En outre, le ministère public, pleinement indépendant, est composé paritairement de deux maîtres des requêtes au conseil d'Etat et deux avocats généraux à la Cour de cassation, tous appelés « commissaire du gouvernement ». Lors du jugement d'une affaire, si le rapporteur en charge de celle-ci est issu de la Cour de cassation, le commissaire du gouvernement est issu du Conseil d'Etat, et vice-versa.

La tendance à faire appel à la justice déléguée s'est développée dans les années 1870. Elle s'affirme pleinement en 1890 lorsque le Conseil d'Etat se saisit lui-même, désormais, des contentieux entre l'administration et les usagers, selon une distinction à l'origine de la justice administrative.

Dès lors, la nécessité du Tribunal des conflits, institué par la Constitution de 1848, supprimé avec l'avènement du Second empire, recrée en 1872, n'est vraiment apparue qu'au moment où ces deux ordres juridiction ont fonctionné sous le système de justice déléguée, de sorte que la destinée du Tribunal des conflits a suivi la reconnaissance de la justice déléguée au juge administratif.

Néanmoins, en l'absence de loi, il a fallu se référer à des règles générales pour trancher les litiges opposant l'administration aux administrés. Ces règles furent progressivement formulées par le juge administratif (à la fin du XIXe siècle et dans la première moitié du XXe). Ainsi, après que le Tribunal des conflits eut écarté les règles du Code civil régissant les rapports de particulier à particulier, le juge administratif élabora des règles dont il contrôlait lui-même simultanément le respect par l'administration.

Le Tribunal des conflits a donc pour tâche globale d'apporter de la clarté et de la prévisibilité dans les attributions respectives des ordres de juridiction. Le Tribunal des conflits fait œuvre d' « avant-justice ». Son activité est préalable à la justice. En répondant aux aspirations ayant motivé sa création, il permet à la justice d'éviter les dénis de justice et garantit ainsi le droit à un recours effectif, droit qui prend ainsi consistance avant même que le droit européen ne l'ait instauré.

Parler du Tribunal des conflits incite à explorer la réalité du droit à un recours effectif et à observer l'aboutissement de la justice déléguée en France. Face aux critiques de la lenteur procédurale, le Tribunal des conflits remplit sa mission originelle, en préservant la construction juridique.

Malgré le développement des procédures d'arbitrage et de conciliation, nous trouvons encore de nombreux litiges adressés au Tribunal des conflits. Cela peut dire que l'identité de l'ordre juridictionnel ou administratif français reste dans la séparation absolue et reconnue comme une source d'indépendance et d'égalité depuis longtemps.

L'objectif du Tribunal des conflits est de formuler une jurisprudence simple, unificatrice, dans un souci constant de sécurité juridique[21], pour que la jurisprudence soit plus claire, plus lisible, et plus stable. Cette dernière constatation a besoin également des magistrats indépendants et impartiaux, pour fonder principalement « une bonne justice ».

Dès lors, la jurisprudence du Tribunal des conflits évalue la réflexion juridique et doctrinale. De plus, sa jurisprudence joue un grand rôle remarquable pour la contribution à l'édification de principe du contentieux administratif.

L'exemple en est, l'arrêt *Blanco* rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873. L'administration en tant que puissance publique « ne peut être régie par les principes qui sont établis par le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier », « elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés »[22].

Après l'arrêt Blanco et jusqu'à maintenant, le Tribunal des conflits a toujours rendu un rapport sur son activité. Et dans sa contribution à ce rapport, le professeur Pacteau déclarait que « le mécanisme des conflits mérite de moins en moins son nom ; il fait plutôt penser à un système de conciliation entre nos deux justices après avoir servi leur réconciliation historique »[23].

Le Tribunal des conflits français a ainsi élargi la garantie du justiciable par son accès au tribunal, selon de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés. A cet égard, face au recours croissant des justiciables à la justice, le droit à un tribunal est en passe de devenir le premier des droits de l'homme. Cette tendance traduit l'importance contemporaine du Tribunal des conflits.

---

[21]Discours de Pierre BARGUE, cité par Pascale GONOD et Loïc CADIET (sous direction), *Le Tribunal des Conflits Bilan et Persepectives*, Dalloz 2 p. 17
[22] précité p.17
[23] précité p. 17

La jurisprudence du Tribunal des conflits peut ainsi influencer le Conseil constitutionnel. Sa décision du 9 avril 1996, *Autonomie de la Polynésie français* a désigné explicitement le fondement constitutionnel du « droit à recours juridictionnel effectif » comme étant l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, prescrivant que soit assurée « la garantie des droit »[24].

Par ailleurs, en ce qui concerne le droit administratif, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, fait état de « principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel », dans lequel il se réfère au même l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, en énonçant que la garantie des droits assurée par cet article implique le droit pour la personne intéressée « d'exercer un recours effectif devant une juridiction »[25].

L'organisation du Tribunal des conflits reflète à la fois la légalité de la structure et son paritarisme. En effet le choix a été fait en pratique, depuis fort longtemps, de faire fonctionner le Tribunal des conflits sur un mode paritaire. Ainsi, l'article 25 de la loi du 24 mai 1872 prévoit 3 conseillers d'Etat et 3 conseillers à la Cour de cassation tout en laissant une totale latitude, quant à l'origine des membres cooptés ; mais, en pratique, les membres cooptés sont issus du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Quant au garde des Sceaux, sa présence est exceptionnelle et limitée aux cas, fort rares en pratique, dans lesquels un départage est nécessaire.

L'organisation repose donc sur une alternance assez rapide. Les dossiers sont attribués à un rapporteur du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui dispose d'environ un mois pour préparer un rapport et un projet d'arrêt. Puis le dossier est transmis à un commissaire du gouvernement issu de l'autre juridiction, qui dispose lui aussi d'environ un mois, parfois moins, pour préparer ses conclusions. Le système fonctionne ainsi par compte à rebours à partir des séances mensuelles du Tribunal des conflits et est adapté à un jugement rapide des affaires. Il est très simple mais implique un investissement assez lourd de la part des rapporteurs et des commissaires du gouvernement, qui doivent concilier ce travail avec leurs autres tâches, ne disposant pas d'un temps considérable et portant une forte responsabilité individuelle, eu égard à la variété et parfois à la complexité des affaires.

La saisine du Tribunal des conflits nous semble en effet bien riche d'enseignement lorsqu'elle est examinée du point de vue des hypothèses selon lesquelles il est

---

[24] O.Schrameck, « Décisions du Conseil constitutionnel relatives au statut de la Polynésie français », *AJDA* 1996, 371, cité p.18

[25] R.SCHWARTZ, « Le décret du 29 mai 1997 ne porte atteinte ni au principe du contradictoire, ni aux droits de la défense », *AJDA*, 1998, p.1010.

susceptible d'être saisi. C'est alors la mission même de cette juridiction qui se dévoile ainsi que son rôle de rouage indispensable au bon fonctionnement du système juridictionnel français.

En affirmant dans le fameux article 13 de la loi des 16-24 août 1790 que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », les révolutionnaires entendaient simplement tirer les conséquences du principe de séparation des pouvoirs.

Selon eux, l'administration, parce qu'elle relève du pouvoir exécutif, ne peut être soumise au pouvoir judiciaire.

Contraints toutefois d'affecter un juge à des litiges qui existeraient bel et bien, les révolutionnaires ont alors rapidement décidé d'en confier la connaissance à l'administration elle-même. Ce n'est que progressivement, par un lent processus de spécialisation et d'institutionnalisation des organes en cause, que de véritables juridictions administratives sont apparues.

Le principe de séparation des pouvoirs a donc donné naissance à ce qu'il est convenu d'appeler la conception française de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Pour le Tribunal des conflits, son exercice a reconnu le bon fonctionnement du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires[26] par le respect de la répartition des compétences juridictionnelles entre les deux ordres de juridictions.

En bref, la conception du Tribunal des conflits est simple : les juridictions judiciaires ne se prononcent pas sur des affaires administratives. Par ailleurs, le problème se pose sur le caractère du litige concernant des actes de gouvernement, car ce sont des actes qui

---

[26] Il est important de comprendre cette filiation et, corrélativement, la différence entre les deux principes. Elle donne lieu à un confusion et parfois même au plus haut niveau, dans le système juridique français. Les arrêts de la Cour judiciaires ou administratives sont ainsi fichés dans une rubrique maladroitement intitulée « séparation des pouvoirs »…

sont pris par des organes du pouvoir exécutif agissant dans l'exercice de la fonction gouvernementale. Ce sont des actes qui échappent à toute juridiction au nom du principe de la séparation des pouvoirs. A cet égard, nous verrons le Tribunal des conflits mis en charge d'imposer le respect des principes aux juridictions des deux ordres.

Par ailleurs, nous figurons le Tribunal des conflits comme l'acteur qui joue un rôle neutre, gardien d'interposition pour le respect de deux frontières : d'une part, la séparation de la fonction gouvernementale de la fonction administrative au sein du pouvoir exécutif[27] qui met impose un contrôle par les ordres de juridiction. D'autre part, le Tribunal des conflits délimite la compétence respective de chacun des ordres juridictionnels et soustrait les activités administratives du pouvoir exécutif à la connaissance des tribunaux judiciaires[28].

Au contraire, le Tribunal des conflits a été jugé de façon plutôt négative. Car il a longtemps été perçu comme un instrument au service du pouvoir exécutif au lieu d'offrir une garantie contre lui. De plus, comme le Tribunal des conflits doit respecter l'immunité juridictionnelle, ou privilégier sa juridiction, ceci aggrave la suspicion de complaisance.

Les deux critiques du Tribunal des conflits sont le reflet des deux hypothèses suivantes : premièrement, comme nous l'avons envisagé au début de ce paragraphe, le lien entre le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat n'a jamais été rompu, car le Tribunal des conflits siège au Conseil d'Etat ; le greffe du Tribunal des conflits est assuré par des personnels du Conseil d'Etat ; la procédure du Tribunal des conflits est ainsi liée à celle du Conseil d'Etat.

Deuxièmement, on envisage la critique de la base de la saisine. La saisine du Tribunal des conflits pourrait créer un déséquilibre fondamental. Le conflit positif n'existe pas uniquement, pour protéger l'administration contre les tentatives des tribunaux judiciaires de la soumettre à leur juridiction[29]. Nous voyons clairement que l'asymétrie du mécanisme du conflit positif a évidemment apporté fait naître des suspicions à l'encontre du Tribunal des conflits.

Au niveau de la procédure, la saisine du Tribunal des conflits a lieu dans trois hypothèses. D'abord, la plus classique est celle dans laquelle une juridiction appartenant à chacun des deux ordres de juridiction s'est déclarée incompétente, dans une même affaire, au

---

[27] SEILLER Bernard, « La saisine du Tribunal des conflits », *Le tribunal des conflits Bilan et perspective*, Dalloz, 2009 p.62
[28] précité,p.62
[29] précité, p.63

motif de la compétence de l'autre ordre juridictionnel. Le Tribunal des conflits, saisi par le justiciable, définit le juge compétent. Cette procédure est claire mais longue ; aussi, depuis 1960, existent deux possibilités de saisir plutôt le Tribunal des conflits. Lorsqu'une juridiction s'est déclarée incompétent, toute juridiction de l'autre ordre qui s'estimerait également incompétence peut renvoyer l'affaire, avant tout jugement, au tribunal des conflits. D'autre part, les deux juridictions suprêmes, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, peuvent également saisir ce tribunal pour une question de compétence.

Le deuxième grande hypothèse de conflits est différente et a pour objet d'empêcher d'éventuels empiétements sur le domaine du juge administratif. Lorsqu'un litige non pénal est porté devant une juridiction judiciaire et que le préfet estime qu'il ressort de la compétence du juge administratif, il invite le juge à se dessaisir. Si celui-ci continue à s'estimer compétent, alors que le préfet maintient une analyse différente, ce dernier prend un arrêté saisissant de la question le Tribunal des conflits.

La dernière hypothèse, extrêmement rare à vrai dire (moins d'une affaire par an), conduit le Tribunal des conflits, non à statuer sur la compétence, mais sur le fond. Il s'agit de mettre fin à un déni de justice, lorsque deux juridictions appartenant aux même ordres de juridiction se sont déclarées compétentes sur une même affaire, mais qu'il en résulte une contradiction préjudiciable au justiciable.

Par ailleurs, certains auteurs comme Fabrice Melleray[30] on proposé une réforme possible par la suppression du Tribunal des conflits. Il a supposé que la suppression de la dualité juridictions des juridictions et l'unification des ordres judiciaires et administratifs sont possibles. Car le Tribunal des conflits et sa présidence ont été classiquement conçus comme la clé de voûte de la dualité de juridiction[31]. Cet auteur ajoute sa proposition sur la thèse d'André Petit[32] en 1909, « Il faut avouer que le choix des membres destinés à départager les voix, au cas où les deux éléments judiciaire et administratif, choisis en égal nombre, se balanceraient, est très délicat à opérer ; aussi estimons-nous que le meilleur remède pour tourner la difficulté de l'organisation du Tribunal des conflits et de la présidence, pierre d'achoppement du système mixte, a été trouvé dans un état voisin, la Belgique, qui a donné au principe de la séparation des pouvoirs une tout autre portée que notre jurisprudence ». Nous voyons que les deux auteurs mettent l'accent sur l'expérience de la Belgique en 1831 et en 1946 concernant l'unité de juridiction, avant d'opter pour la dualité de juridictions. Par conséquent, par rapport à ce constat, un juge spécialisé dans les conflits en l'absence de dualité de juridictions n'est pas nécessaire.

---

[30] MELLERAY Fabrice, *Le présidence du Tribunal des conflits*, Dalloz, 2009,p.36-37
[31] précité, p.37
[32] A.PETIT, *La présidence du tribunal des conflits*, thèse, Paris, 1909

Par conséquent, on peut également concevoir la suppression du Tribunal des conflits. Selon M. Melleray[33], il s'agirait de confier les compétences exercées par le Tribunal des conflits à une autre juridiction qui a déjà existé. Par exemple le Conseil d'Etat, comme ce fut le cas durant la majeure partie du XIX siècle. Mais plus logiquement, c'est la compétence du Conseil constitutionnel qui devrait s'imposer, si l'on opte pour un changement de juge des conflits. L'exemple le plus clair en ce sens est celui de l'article 138 de la constitution autrichienne[34].

Comme la mission du Tribunal des conflits est matériellement de nature constitutionnelle, il nous paraît que ce transfert est logique. Et eu égard au nombre d'affaires en cause et au faible degré de difficulté de la plupart d'entre elles (qui pourrait provoquer un débat sur son statut contentieux), il nous faudrait sérieusement repenser sa compétence et l'exiger de la part de ses membres.

La proposition de M.Melleray nous permet d'envisager comme modèle la commission des conflits juridictionnels thaïlandaise, qui probablement convient mieux au problème des conflits contentieux. Nous l'étudierons dans le paragraphe suivant.

§ 2. Le commissaire des conflits juridictionnels thaïlandais

La question de la réparation des compétences est une constante de l'histoire juridictionnelle : la nécessaire multiplication des juridictions, comme la mise en place de formations spécialisées, conduit à opérer ce que nous appelons le partage fonctionnel du travail et la division de la compétence de l'ordre de la juridiction. La question pour l'organisation qui joue le rôle d'arbitre de la compétence se pose, obligatoirement, dans le système de la dualité juridictionnelle. Par ailleurs, pour la Grande-Bretagne où existe un système juridictionnel unique, cette question n'a pas été beaucoup évoquée car le conflit juridictionnel, quel qu'il soit, a été résolu par les propres mesures intérieures du tribunal.

En France, l'histoire du Tribunal des conflits commence par la conception française de la séparation des pouvoirs. Cette conception s'est affirmée à la Révolution, a conduit à faire défense au juge judiciaire de juger l'administration. Le souci, alimenté par une histoire mouvementée sous l'Ancien Régime, est alors de couper court à toute tentative d'incursion des autorités judiciaires dans la sphère de compétence des autorités

[33] MELLERAY Fabrice, *Le présidence du Tribunal des conflits*, Dalloz, 2009, p.37

[34] « La Cour constitutionnel statue […] dans les conflits de compétence […] entre la Cour administrative et tous les autres tribunaux, en particulier également entre la Cour administrative et la Cour constitutionnelle elle-même, ainsi qu'entre les tribunaux ordinaires et les autres tribunaux », précité, p.37

administratives. Dans un système de justice retenue, il est relativement aisé de faire respecter cette séparation : le chef d'Etat (en Conseil d'Etat) est naturellement désigné pour trancher le conflit, c'est-à-dire, pour empêcher un éventuel empiètement : la technique du conflit positif devant la juridiction judiciaire saisie. Jusqu'à la Seconde République l'usage de cette modalité fut assez fréquent.

L'avènement de la justice déléguée en 1848 et sa consécration en 1872 ont totalement modifié l'angle d'approche de la question : il n'appartient plus au pouvoir exécutif de trancher un conflit d'attribution qui désormais concerne deux ordres juridictionnels à part entière. Dès lors qu'était exclue la solution consistant à confier cette mission à l'une des deux juridictions suprêmes, il était nécessaire d'instituer une juridiction spéciale.

Or, nous disons que l'origine du Tribunal des conflits pour le système français apparaît au XIXe siècle, quand le pouvoir exécutif dut souvent lutter pour contraindre les juridictions judiciaires à respecter le principe de la séparation des pouvoirs et de celle des autorités. C'est évidemment lorsque chaque ordre décline successivement sa compétence à l'égard d'une même affaire. Moins révélatrice d'une confrontation, cette hypothèse n'illustre pas moins un autre type de dysfonctionnement du système juridictionnel. Enfin, il arrive parfois que, dans le strict respect de leur compétence respective, les juridictions administratives et judiciaires rendent sur une même affaire des décisions qui s'avèrent inconciliables. Le conflit n'apparaît alors pas au sujet de la compétence juridictionnelle mais sur la façon dont chaque ordre a jugé.

Au contraire, comme nous l'avons étudié dans la sous-partie 1, la Thaïlande était dépourvue d'une véritable juridiction administrative jusqu'à la création de la juridiction administrative par la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999). Même si en matière administrative, la Thaïlande pouvait considérer ce cas de litige dans l'organisation comme le Conseil d'Etat, qui a été créé par la loi 1979 et a un caractère quasiment français. Quasiment français, car le Conseil d'Etat thaïlandais assure à la fois la vocation de conseiller juridique du gouvernement, y compris des autorités administratives, et aussi celle de trancher des litiges administratifs. Mais la compétence du Conseil d'Etat thaïlandais (eu égard aux cas des litiges administratifs) est encore sous le régime de justice retenue, c'est le Premier ministre qui a un pouvoir absolu pour la décision finale. En même temps, la juridiction judiciaire thaïlandais continue à juger les litiges administratifs, bien que la plupart soient déclarés irrecevables ou soient déboutés. Son argument est que tant qu'il n'y a pas de juridiction administrative, il est de sa compétence de juger les litiges administratifs.

Par conséquent, après la création de la juridiction administrative, en vertu de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999), effectivement la question de la dualité juridictionnelle dans le nouveau système juridique apparaît très importante et il n'est toujours pas facile de trancher. Cela aggrave la complicité du problème de la compétence entre la juridiction judiciaire et le Tribunal administratif.

Familière avec le système de la juridiction unique depuis longtemps, la Thaïlande conçoit beaucoup de problèmes d'organisation comme celui de garde frontière. Premièrement, avant le mécanisme qui sera établi en vertu de l'actuelle Constitution, il n'y a avait guère de possibilités pour résoudre le problème de la répartition de compétence. Il n'existait ni tribunal des conflits ni possibilité de régler des questions préjudicielles. La seule mesure de cette nature se trouvait dans l'article 20 (3) de la loi de la 1979 sur le Conseil d'Etat prévoyant l'irrecevabilité des litiges « qui sont en cours de procès ou qui ont été définitivement jugées devant la juridiction judiciaire ».

Deuxièmement, la juridiction judiciaire se déclarait toujours compétente pour le contentieux administratif. Son argument était la longue durée de la conception juridictionnelle unique en Thaïlande et ainsi la définition du pouvoir du « juge » par rapport à une disposition des Constitutions précédentes, précisait que « Le pouvoir juridictionnel appartient au juge qui l'exerce en conformité avec la Constitution et les lois, et ceci au nom du roi »[35]. Certains donc expliquent cet article comme un principe universel pour l'accessibilité au pouvoir juridictionnel.

C'est la raison pour laquelle, le débat sur le conflit juridictionnel en Thaïlande pourrait être considéré comme un débat sur le pouvoir juridictionnel. Le pouvoir judiciaire ne voulait pas partager son statut comme seul tribunal compétent dans les tous litiges depuis le développement et la modernisation du pays à partir de 1874[36]. Par conséquent en cas de conflits juridictionnels, il serait probablement mieux de ne pas avoir un tribunal en plus, pour éviter ce gendre de question. Le fameux modèle du Tribunal des conflits français n'a pas répondu sur ce point.

Sur un plus juridique, la précédente Constitution B.E. 2517 prévoit dans son article 217 la création des autres tribunaux, à part la juridiction judiciaire, et ainsi, dans l'article 213 de la même Constitution, déclare l'existence, pour la première fois, de l'organisation pour la répartition juridictionnelle, telle la commission du juge

[35] SAWANGSAKDI Charnchai, *Le Conseil d'Etat de la Thaïlande : du Conseil du Roi vers la juridiction administrative*, document du Conseil d'Etat thaïlandais, mars 1995
[36] Règne du Roi Rama V

constitutionnel[37]. D'ailleurs, nous retrouvons cette même conception dans la Constitution B.E. 2521, B.E. 2534 jusqu'à la Constitution B.E. 2534. Voyons clairement l'idéologie de la juridiction unique qui s'enracine en Thaïlande depuis longtemps jusqu'à l'entrée en vigueur de la dernière Constitution, qui a créé la juridiction administrative, symbole concret du système dualiste juridictionnel.

En effet, avant l'instauration de la Constitution, un débat naquit sur l'idée d'avoir la Cour Constitutionnelle comme organisme de répartition juridictionnelle. Mais après un long débat, les commentateurs ont trouvé que le système français du Tribunal des conflits paraissait convenir mieux pour la situation en Thaïlande pour l'instant. Le Tribunal des conflits français a été accepté sans doute comme un organe identique, qui ne se rattache pas aux autres tribunaux et se compose des juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. La Thaïlande conserve cette conception en adaptant certaines compositions convenant à ses besoins et à son manque de personnes expérimentées.

Le résultat est clair : c'est le modèle comme la commission des conflits juridictionnels qui a été choisi pour trancher les cas des litiges juridictionnels, en Thaïlande. En fonction de la nature des conflits, naîtra sans doute un conflit judiciaire et administratif. Cela crée la nécessité d'avoir un autre organe, en dehors de la Cour constitutionnelle, qui privilège les litiges constitutionnels, pour trancher les conflits juridictionnels. Ajoutons que, comme la Cour constitutionnelle est aussi une organisation nouvelle créée en même temps et par la même Constitution que la juridiction administrative, l'idée d'avoir la Cour constitutionnelle comme garde frontière est vraiment absurde, car la Cour constitutionnelle aurait aussi le problème de la connaissance du droit public. Par conséquent, c'est la raison pour laquelle l'idée d'avoir un autre organisme pour trancher les litiges juridictionnels est vraiment pertinente.

La loi concernant la répartition des conflits juridictionnels B.E. 2542, dans son article 4 prévoit la création d'une commission des conflits juridictionnels. Cette commission aura pour Président le Président de la Cour Suprême judiciaire. Les autres membres, sont le Président de la Cour suprême administrative, et un juge du tribunal de discipline militaire. Les trois membres vont choisir un quatrième membre parmi les experts juridiques non juges sièges[38]. Le cinquième, le sixième et le septième juges seront choisis par la commission de sélection ; ce sont les juges qui viennent de la Cour suprême judiciaire, de la Cour administrative et du tribunal de discipline militaire.

[37] Nous envisagerons dans partie 2
[38] Notamment les professeurs de l'université

On a remplacé le Garde des Sceaux français par le Président de la Cour Suprême administrative ; la commission des conflits juridictionnels thaïlandaise est un organisme indépendant mais aussi liée à l'autorité judiciaire. Dans l'article 18 de la loi concernant la répartition des conflits juridictionnels B.E. 2542, on prévoit que le secrétaire de la Cour suprême judiciaire sera le secrétaire de la commission des conflits juridictionnels. Une question a été posée sur la vraie indépendance de la commission des conflits juridictionnels, car le lien entre la commission et l'autorité judiciaire est toujours évident. En ce sens, l'indépendance de la commission, pourrait être assurée par la composition de l'assemblée des juges. Sa composition en six membres et le fait d'avoir un membre expert non juge siège, selon un chiffre impair, régleront peut-être ce souci. De plus, la procédure de la commission des conflits juridictionnels thaïlandais est une procédure de justice déléguée[39], contrairement à la France, cette commission ne sera pas critiquée pour son manque potentiel de compétence et d'impartialité, contrairement au Garde des Sceaux français.

Critiqué par Philipe Bernard dans son article publié dans *Le Monde* du 14 mai 1997, relatif à l'arrêt rendu le 12 mai 1997 par le Tribunal des conflits, « Le Tribunal des conflits arbitre en défaveur des droits des étrangers face à l'administration ». L'article concluait aussi que « une nouvelle partie se reforme au nez des défenseurs des droits étrangers face à l'administration ».

Dans une lettre adressée à Pierre Truche, président de la commission de réflexion sur la justice, quelques jours avant le prononcé de cet arrêt, Pierre Sargos évoquait la participation du Garde des Sceaux au jugement avec la notion de « tribunal indépendant et impartial » imposée par la Convention européenne des droits de l'homme. Il suggérait que la présidence du Tribunal, en cas de partage des voix, soit confiée au Président du Conseil constitutionnel. Pour Gilles Bachalier, commissaire du Gouvernement près le Tribunal des conflits[40], cette proposition est incompatible avec le rôle du Conseil constitutionnel, tel qu'il a été conçu par les auteurs de la Constitution, par le Président et par le garde des Sceaux.

Nous ne trouvons guère ces critiques dans le système thaïlandais, car soit pour la question de l'impartialité, soit pour la question de l'indépendance, soit pour la question de la survivance de la justice retenue, la commission des conflits juridictionnels thaïlandais échappe à toutes les critiques. En vertu de son nombre impair (sept membres, dont un membre expert non juge siège), cette organisation a été reconnue comme indépendante, car c'est un organe nouveau, en vertu de la Constitution B.E. 2542 et de la loi concernant la répartition des conflits juridictionnels B.E. 2542. L'enquête de la commission des conflits juridictionnels ouverte au cas où la partie opposée est atteinte. De plus, la loi de la répartition des conflits juridictionnels offre au juge la possibilité pour de tous les gestes concernant « la justice et la possibilité de l'exécuter du jugement ou à la demande du Tribunal ».En bref, pour la

[39] Article 10 de la loi concernant la répartition des conflits juridictionnels

[40] « Le Tribunal des conflits, juge administratif ou juge judiciaire ? »,Colloque « dualisme juridictionnel en 2005 : Limites et Mérites », La Rochelle, 9 septembre 2005, publié dans le rapport 2005 du Tribunal, pp. 36-52

Thaïlande, la composition de la commission et sa compétence encadrée par la loi est suffisante pour garantir la justice et pour éviter la critique, comme c'est le cas en France.

En outre, dans *Le Monde* du 16 mai 1997, Jacques Toubon, dénonçait « les erreurs et le parti pris qui entachent l'article que le Monde a consacré à l'arrêt tendu le 12 mai 1997 par le Tribunal des conflits », précisant que lorsque le Tribunal est présidé par le garde des Sceaux, ont lieu une nouvelle procédure et un nouveau délibéré, au cours desquels l'affaire est réexaminée : les membres du Tribunal des conflits ne maintiennent pas forcément leur position et la voix du garde des Sceaux ne joue pas nécessairement un rôle décisif.

Pour René Chapus[41], la façon de voir du garde des sceaux « ne peut l'emporter que si elle rejoint celle de quatre, au moins, des magistrats composent le Tribunal. On ne devrait être ni offusqué ni effrayé par cette ombre de justice retenue ». Au sujet des articles de presse concernant l'affaire au jugement auquel a participé Toubon, il évoqua « un certain mélange d'ignorance et de malveillance ».

Même si la Thaïlande ne doit pas affronter le même problème que la France, malgré l'indépendance et l'impartialité de la justice retenue, se pose un problème technique à propos la compétence de la Cour constitutionnelle, quoique ce modèle convienne mieux pour la Thaïlande que pour la France.

Dans l'article 198 de la Constitution, on prévoit la possibilité de la saisine sur la non-conformité de « règle juridique » à la commission des conflits juridictionnels ou à la Cour constitutionnelle par l'Ombusaman[42]. Un problème technique se pose, si cet article conclut la possibilité de la saisine sur « la règle juridique » à la définition de « règlement »[43] ? En ce sens, si nous posons la réponse positive à cette question, nous verrons que la compétence de la Cour constitutionnelle sera très élargie et sera gênée par la juridiction administrative. Par conséquent, l'article 9 de la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 ne sera plus compatible avec cette motivation.

---

[41] CHAPUS René, *Droit administratif général*, 15e édition, p. 990

[42] Crée par la Constitution B.E.2534 et inspiré par le modèle du Ombusman scandinave.

[43] Pour le « règlement », la compétence pour le saisir est sous réserve de la compétence de la juridiction administrative en vertu de l'article 9 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542. C'est la compétence de la juridiction administrative.

En ce sens, la Cour constitutionnelle a affirmé dans sa décision n°4/2642, 1 avr. B.E. 2542, que la Cour constitutionnelle est compétente uniquement pour la révision de la non-conformité de la « loi », et ne conclut pas le « règlement ». Par ailleurs, la saisine de la part de l'Ombusman, a été considérée comme une saisine de cas particulier, qui sera apportée par l'article 198 de la Constitution, donc, la saisine de la part de l'Ombusman, pourrait s'adresser soit à la Cour constitutionnelle soit à la juridiction administrative, quel que soit le sujet de la non-conformité. La saisine de la part de l'Ombusman sur la non-conformité du « règlement » sera ainsi sous la compétence de la Cour constitutionnelle.

Actuellement, les décisions de la commission des conflits juridictionnels thaïlandais sont assez reconnues. Mais ce sont souvent des décisions sous la compétence de la juridiction avant l'ouverture du Tribunal administratif[44]. A part la question de la non-conformité de « règle juridique » qui a été posée pour sa compétence, la commission des conflits juridictionnels thaïlandaise est encore insuffisante pour l'amélioration du droit administratif et la précision concernant la compétence juridictionnelle.

II : L'ENSEMBLE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Section 1 : Les juridictions administratives spécialisées

§ 1. Les juridictions administratives spécialisées françaises

Elles sont nombreuses, diverses et correspondent à une trentaine de types différents, des plus nobles, comme la Cour des comptes, aux plus modestes, telle la Commission spéciale de la taxe d'apprentissage. Leur activité est également des plus variées, comme celle du Conseil supérieur de l'ordre des géomètres experts où la Commission des recours des réfugies, par exemple.

Nombre d'entre elles jugent en matière disciplinaire, notamment pour les professions organisées en ordre : médecins, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, vétérinaires, architectes, géomètres experts, experts comptables, ou pour des professions particulières privées, comme les commissaires aux comptes, ou publiques comme les professeur de CHU.

[44] La commission met souvent ce modèle pour raisonner sa décision « […] c'est litige administratif sous la compétence du tribunal administratif, mais comme la création de la juridiction administratif n'est pas encore en cours, c'est la juridiction judiciaire qui est compétente dans ce cas […] »

D’autres juridictions statuent en matière sociale, telle la Commission centrale d’aide sociale. Leur structure est elle-même différente ; dans certains cas, il existe deux degrés de juridiction, comme dans l’Ordre des médecins. Dans d’autres, n’existe qu’un niveau national comme pour la Cour de discipline budgétaire et financière ou le Conseil supérieur de la magistrature, qui statuent en conseil de discipline des magistrats du siège.

Leur composition est aussi marquée par une extrême diversité. Si certaines sont composées exclusivement de magistrats professionnels (Cour de comptes, Conseil supérieur de la magistrature, par exemple), d’autres comportent un panachage de magistrats professionnels et de représentants des milieux concernés, panachage véritable en fonction du nombre de chaque catégorie. D’autres, enfin, ne comprennent que des représentants de la profession.

On observera que, au moins sur un point, on retrouve une certaine unité car, normalement, l’ensemble de ces juridictions relève du Conseil d’Etat par la voie du recours en cassation. Cependant, si cela donne une réelle garantie juridique, ce recours qui n’est évidemment pas systématique, ne saurait effacer les défauts dont peut souffrir le système. Il s’agit de l’extrême complexité mais surtout, dans le cas où les magistrats professionnels sont minoritaires et les représentants des professions majoritaires, du risque de corporatisme et de son corollaire, la rupture d’égalité des justiciables face à la règle de droit.

§ 2. Les juridictions administratives spécialisées thaïlandaises

Les juridictions administratives spécialisées en Thaïlande sont des notions inconnues, en raison de l’importance du juge judiciaire, notamment, et de la méconnaissance générale du droit public, surtout du droit administratif. Il existe d’autres types de cours par exemple, la Cour de comptes qui a été acceptée comme compétente en matière de juridiction judiciaire.

Par contre, il existe différentes Cours en matière disciplinaire, notamment pour des professions organisées en ordre : médecins, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, vétérinaires, architectes, géomètres experts, experts comptables, ou pour des professions particulières privées comme commissaire aux comptes, ou publiques, comme professeurs de la faculté de médicine. Il existe deux degrés de juridiction, c’est-à-dire, dans son organisation et au tribunal administratif instance (qui joue le rôle comme de deuxième étape du contentieux) et le tribunal administratif suprême.

Section 2 : Les juridictions administratives à compétence générale

§1. Les juridictions administratives à compétence générale en France

Les Tribunaux administratifs ont considérablement évolué dans le temps. A la base, on se les trouve, pour l'ensemble du territoire de la République, 36 tribunaux administratifs, soit 28 pour la métropole et 8 pour l'Outre-mer. Les tribunaux administratifs métropolitains ont tous un caractère interdépartemental, leur ressort comportant un nombre inégal de départements, par exemple, six pour Toulouse et deux pour Versailles.

Au contraire, pour l'Outre-mer, il existe un tribunal par collectivité territoriale et, cela, notamment pour des raisons géographiques évidentes.

Les dernières nées parmi les juridictions administratives à compétence générale sont les Cours administratives d'appel. Ce fut, à compter du 1er janvier 1989, une innovation opérée par la loi du 31 décembre 1987. C'était là répondre à une nécessité, celle de rendre la justice aux citoyens et justiciables dans des conditions de délais raisonnables.

Les Cours d'appel, comme leur nom l'indique, se situent entre les juridictions en premier ressort que sont les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat, comme nous le verrons, qui juge principalement en matière de cassation. Leur nombre est de huit, une huitième ayant été créée depuis le 1er septembre 2004.

Pour assurer une unité de la juridiction administrative, diverses règles sont posées, outre le rôle de coordination juridictionnelle assuré par le Conseil d'Etat.

Les magistrats des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel constituent un seul corps.

Les présidents des cours administratives d'appel sont conseillers d'Etat, soit qu'ils le soient initialement et fassent l'objet d'une affectation à la présidence d'une Cour, soit qu'ils le deviennent en bénéficiant d'une nomination en qualité de présidents, alors qu'ils appartenaient au corps des tribunaux administratifs et des Cours d'appel. Outre son effet unitaire, cette mesure constitue un facteur d'émulation pour les cours et les tribunaux.

Au somment de la pyramide, se situe le Conseil d'Etat. Cependant, pour l'assister et l'éclairer dans son rôle d'animateur de l'ensemble de la juridiction administrative, a été créé, en 1986, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs, devenu, près de deux ans plus tard, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, lorsque la loi du 31 décembre a créé ces dernières.

Cet organisme montre la volonté des pouvoirs publics, Parlement et Gouvernement, de garantir l'indépendance des membres de ces juridictions. Ceci est marqué de deux manières.

D'une part, par la composition de l'organisme. Présidé par le vice-président du Conseil d'Etat, il comprend le conseiller d'Etat, chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives, le directeur général de la Fonction publique, deux directeurs au ministère de la Justice, trois personnalités n'exerçant pas de mandat électif nommées par le Président de la république, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, et cinq représentants des membres de corps élus par leur pairs.

Les missions du conseil supérieur, d'autre part, montrent également son importance. Il exerce, à l'égard des magistrats des Cours et tribunaux, les attributions confiées aux commissions administratives paritaires et aux comités techniques paritaires en ce qui concerne les fonctionnaires. Le conseil supérieur est compétent pour toute question relative au statut du corps et toutes les questions individuelles.

La gestion du corps des Tribunaux administratifs et de la Cour administrative d'appel est assurée par le vice-président du Conseil d'Etat, assisté de son secrétaire général. C'est là une évolution remarquable car, pendant longtemps, le corps des tribunaux administratifs a été géré par le ministre de l'Intérieur, situation étrange s'agissent de juridictions.

L'explication était historique, les tribunaux administratifs ayant succédé aux anciens tribunaux de préfecture. Le rattachement de la gestion au vice-président du Conseil d'Etat est une formidable garantie pour le corps et son indépendance.

Les membres de ce corps sont, certes, nommés et promus par décrets du Président de la République mais, dans les faits, les propositions du vice-président du Conseil d'Etat sont toujours suivies. C'est également ce dernier qui prononce les affectations, par délégation du ministre de la Justice.

L'unité est enfin assurée par la mission permanente d'inspection des juridictions administratives que la loi confie au vice-président du Conseil d'Etat. Cette mission est exercée, sous l'autorité du vice-président, pas un conseiller d'Etat spécialement affecté à cette tâche et assisté d'autres collègues. Leur mission est de se déplacer dans les juridictions et de contrôler l'activité des membres. Outre son rôle pour le déroulement harmonieux et juste de la carrière des magistrats, la mission participe à la cohésion de la doctrine et de la pratique jurisprudentielle.

Bien que le Conseil d'Etat soit au sommet de la hiérarchie de la juridiction administrative, il n'en est plus le juge de droit commun. Il a perdu –sur sa proposition-ce rôle au profit des tribunaux administratifs. Il est devenu juge d'attribution, c'est-à-dire qu'il ne juge, en premier et dernier ressort, que dans les affaires pour lesquelles un texte lui a donné compétence.

Dans les autres cas et, en l'absence d'une disposition contraire, ce sont les tribunaux administratifs qui sont juges de droit commun. Cette réforme, préparée de longue date, est l'œuvre du décret du 30 septembre 1953. Le nouveau Code de la juridiction administrative consacre ce principe de façon lapidaire : « les tribunaux administratifs sont, en premier ressort et sous réserve des compétences attribuées au Conseil d'Etat, juges de droit commun du contentieux administratif » (article L.211-1)

En premier ressort, on lui réserve la compétence d'appel et, bien évidemment, le rôle de juge de cassation du Conseil d'Etat.

(A) Les compétences des juridictions

Leurs pouvoirs sont refondus dans une même institution mais avec des compétences diverses : juge de premier et dernier ressort, juge d'appel, juge de cassation

1. Le Conseil, juge de premier et dernier ressort

Cette activité a des compétences particulièrement importantes :

- ordonnance du président de la République et tous les décrets ;
- actes réglementaires des ministres ou pris après avis du conseil ;
- litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du Président de la république ;
- décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale (par exemple Commission informatique et liberté ou Autorité des marchés financiers, successeur de la Commission des opérations de la bourse et du Conseil du marché financier) ;
- actes administratifs dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un tribunal administratif ;
- recours en interprétation on en appréciation de légalité des actes dont le contentieux relève en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat
- recours contre les décisions ministérielles en matière de contrôle de concentration économique.

Cette liste de matières importantes ne clôt pas l'ensemble des questions qui sont de la compétence directe du Conseil d'Etat. Il s'agit aussi de recours contre des sanctions prononcées par diverses autorités : commissions de contrôle des assurances, Autorité de régulation des télécommunications, Commission de contrôle des institutions de retraite et de prévoyance, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Conseil supérieur de prévention et de lutte contre le dopage

Notons que ces sanctions peuvent être particulièrement sévères et interviennent souvent dans des domaines économiques sensibles.

Enfin, la compétence directe du conseil est également prévue pour des élections importantes : Parlement européen, Conseils régionaux, assemblée de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie, Conseil supérieur des Français de l'étranger.

2. Le Conseil, juge appel

Ce rôle peut paraître une anomalie depuis la création des cours administratives d'appel, mais il n'en est pas moins réel. Il s'agit, en effet, de contentieux pouvant concerner directement de nombreux citoyens, bien que de manière irrégulière dans le temps. Tel est le cas des appels contre les jugements des tribunaux administratifs pour les élections communales et celles des conseils généreux.

S'y ajoute une situation plus rare : l'appel des jugements prononcés par un tribunal administratif sur renvoi d'une juridiction judiciaire devant laquelle se poserait une question qui, en vertu des critères de répartition entre les deux ordres de juridiction, relèverait du juge administratif.

3. Le conseil, juge de cassation et la légalité des faits

(3.1)Le conseil, juge de cassation

Du fait de la réforme de 1987 ayant créé les cours administratives d'appel, ce contentieux est devenu, au moins numériquement, le plus important.

La situation aujourd'hui marque, en réalité, une profonde transformation du rôle du Conseil d'Etat qui, jusqu'en 1953, a été principalement juge de première et dernier ressort. Les pouvoirs en cassation alors représentaient environs 1% de l'activité et avaient donc un caractère très marginal. Entre cette réforme et celle de la création des cours d'appel, le conseil était, pour une large part, juge d'appel, la cassation occupant environs 5% des affaires. Depuis la création, puis la montée en puissance des cours, les méthodes juridictionnelles ont dû profondément évoluer pour s'adapter aux techniques nouvelles de la cassation qui constitue, pour le juge, comme un nouveau métier.

(3.2)Le conseil, juge pour la qualité du droit : le recours dans l'intérêt de la loi

C'est un recours original très lié au caractère de la Cour suprême. Lorsqu'un jugement a été passé en forme de chose jugée, que les délais d'appel sont épuisés, il peut cependant faire l'objet d'un recours d'un ministre qui estimerait qu'une erreur de droit a été commise.

La décision rendue par le Conseil d'Etat n'aura pas d'effet sur les parties. Elle aura un caractère doctrinal. D'une part, il est bon, dans une démocratie, que les erreurs juridiques soient reconnues, par respect du droit. D'autre part, cela aura valeur d'enseignement, pour l'ensemble des juridictions, l'Université et tous ceux qui sont attachés à la permanence de l'Etat de droit.

Ce recours, certes très peu fréquent, a deux particularités qui renforcent son originalité : il peut être exercé sans délais et peut porter, non seulement sur la décision elle-même, mais aussi sur ses motivations, contrairement à la règle pour tous les autres types de recours.

(3.3)Le conseil juge au secours de l'innovation juridique

Deux considérations ont conduit le Parlement à reconnaître, par la loi du 31 décembre 1987 créant les cours d'appel, une compétence nouvelle au conseil d'Etat : compenser l'éventuel allongement des délais que pourrait engendrer ce nouveau degré de juridiction et faire face à la multiplication des textes consécutive, notamment, au développement du droit communautaire et posant, souvent, de nouvelles interrogations juridiques.

Ainsi, les tribunaux administratifs et les cours d'appel, lorsqu'ils rencontrent, dans une affaire, une telle interrogation, peuvent en saisir pour avis le Conseil d'Etat, ce qui accentue son caractère de cour suprême. Trois conditions sont posées. Il doit s'agir d'une question de droit nouvelle, celle-ci doit présenter une difficulté sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

Si ses conditions lui paraissent réunies, la juridiction saisit le Conseil d'une demande d'avis, ce qui interrompt la procédure. L'avis est rendu dans les trois mois, dans la forme classique des décisions contentieuses du Conseil d'Etat. La différence est qu'il s'agit d'un avis qui, juridiquement, ne s'impose pas à la juridiction qui doit statuer au fond. Cela dit, émanant de la juridiction suprême, il est, en réalité, non pas une simple consultation juridique mais une indication précise de la position qu'adoptera le conseil lorsqu'il sera saisi éventuellement de l'affaire en appel ou en cassation.

Le Conseil d'Etat a rendu, en 2004, 19 « avis contentieux », nombre, certes, non considérable mais qui, en réalité, peut concerner un nombre beaucoup plus important de dossiers, compte tenu du troisième critère de saisine que nous avons évoqué.

Par ailleurs, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie ont reçu de la loi un statut d'autonomie. Bien évidemment, peuvent se poser des questions de compétence entre la République, le territoire et les autres collectivités qui le composent. Comme on le voit, un rôle sensible est ainsi reconnu aux juges du Palais-Royal puisqu'il s'agit d'intervenir dans un domaine institutionnel pouvant concerner, notamment les compétences de la république.

(B) Le procédure dans le Tribunal Administratif

L'âge d'or du droit administratif français se situe entre 1830 et 1930 : grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat, le contrôle juridictionnel se renforce et accède à la majorité ; il produit le meilleur système de protection des libertés. A partir de 1930, le droit administratif français concerne de nouveaux secteurs importants, par exemple ; le service public, les établissements publics, les personnes publiques, les critères de compétence. La théorie considère que chacun de ces principes peut trouver sa solution en lui-même. Pendant plus de quarante ans, elle va ainsi s'attacher à dégager un nouveau critère de compétence des juridictions administratives, même à construire de nouvelles décisions de justice et à proposer de nouvelles interprétations des grands arrêts de la jurisprudence administrative. C'est la raison pour laquelle on peut, en effet, lui reprocher de méconnaître la vie réelle de l'administration et la pratique administrative, dont le contentieux n'est qu'un miroir déformant, et d'oublier l'évolution moderne de l'administration. Cette critique a porté ses fruits et a conduit à une troisième étape – c'est-à-dire, à l'époque contemporaine. Aujourd'hui plus personne n'imagine que le remède aux crises dont souffre le droit administratif se trouve dans l'exégèse historique. Mais, on sait que les crises diverses dont souffre le droit administratif ne peuvent trouver remède dans l'affinement des raisonnements juridiques. Celles-ci sont le reflet d'un mouvement plus profond qui touche l'ensemble de l'administration française.

Le droit administratif classique est un droit en valorisant la défense des droits des particuliers. Toute l'histoire des recours juridictionnels et notamment du recours pour excès de pouvoir démontre la limitation progressive des prérogatives administratives. Sans doute, la reconnaissance à l'administration de larges prérogatives dérogatoires au droit commun peut apparaître comme contredisant ce point de vue, mais elle doit être interprétée dans le cadre du libéralisme de l'époque : on peut le constater à propos de l'intervention de l'administration, comme limitation de l'autorité de la puissance publique, sa réduction au domaine des services de souveraineté. De même, la limitation étroite par le juge administratif des prérogatives administratives n'apparaît pas non plus dans l'intérêt général : dans le cadre du libéralisme triomphant de l'époque, l'activité des citoyens dépend essentiellement du libre jeu de leurs activités privées, et non de l'intervention de l'Etat. Ainsi, dans le droit administratif classique, il est possible d'assurer une plus grande protection des administrés

sans ruiner l'intérêt général. Cette conciliation est beaucoup plus difficile à réaliser de nos jours.

Par conséquent, l'administration va manifester des réactions diverses pour se donner les moyens d'être en règle avec ses nouveaux principes. Elle crée le développement d'un pouvoir de réglementation autonome, infiltre ses textes dans les projets et les propositions de lois. Ce nouveau droit d'inspiration administrative s'attache à laisser à l'administration un important pouvoir discrétionnaire. Il lui donne un pouvoir d'intervention et se garde bien d'affirmer des droits au bénéfice des administrés. Il fixe les buts généraux que l'administration doit poursuivre et la laisse libre du choix des moyens, il ouvre le champ de l'inégalité administrative par le technique des dérogations et de la légalisation de la discrimination. En revanche, ce nouveau droit ne permet pas l'exercice réel d'un contrôle juridictionnel qui exige la comparaison entre l'action administrative et des normes de référence précises et stables. Les normes administratives sont donc passées à une quatrième étape où le contrôle juridictionnel est rendu encore plus complexe par la diversification des formes juridiques de l'intervention administrative.

Par contre, le domaine contentieux administratif, qui est à la fois la cause et la conséquence de toute société juridique, est ou doit être conforme aux conditions de la démocratie politique, et à l'Etat de droit. Plus précisément, cette théorie de l'Etat de droit associe légalité et légitimité, tout simplement parce qu'il est l'Etat légal construit sur le droit sans être, pour autant, l'Etat illégitime de n'importe quel droit.

L'Etat de droit permet aussi bien le développement que la maîtrise de la contestation individuelle ou collective, en considérant ce contentieux du point de vue tant du droit processuel que de son application plus spécifique à l'action administrative. Dans cette dernière hypothèse, on peut constater que la terminologie employée donne lieu à de nombreuses imprécisions en doctrine ; il y a lieu de distinguer de sous-hypothèses selon que le contentieux de l'administration au sens large ne relève pas ou relève, au contraire, de la compétence de la juridiction administrative :

- dans le premier cas, il s'agit du contentieux de l'administration au sens strict, lequel est exclusivement juridictionnel et alors porté devant la juridiction judiciaire ou arbitrale ;

- dans le second cas, il s'agit du contentieux administratif au sens large,

lequel est soit non juridictionnel, soit non encore juridictionnel, c'est-à-dire préjuridictionnel. Tel est notamment le cas lorsque la décision administrative préalable n'est pas préconstituée.

Ainsi, dans le contentieux de l'action administrative ou contentieux de l'administration au sens large, il faut distinguer :

- d'une part, le contentieux qui est situé hors juridiction administrative et qui correspond aussi bien au contentieux de l'administration au sens strict qu'au contentieux administratif non juridictionnel, en tant que premier élément du contentieux administratif au sens large

- d'autre part, le contentieux qui est situé au sein de la juridiction administrative en tant que second élément du contentieux administratif au sens large : en ce cas, on dit aussi contentieux administratif juridictionnel, ou encore contentieux administratif au sens strict.

1.Contentieux administratif au sens strict

Ce contentieux est lié à l'activité humaine en général et il s'agit donc typiquement d'une notion de droit processuel commune aux procédures civile, commerciale, sociale, pénale ou administrative, notamment. Cette notion de contentieux doit être rapprochée de celle de litige(1.1) et de celle de juridiction(1.2).

(1.1) Contentieux et litige

Ce contentieux signifie la prétention en demande, la contestation entre prétentions opposées sur un litige, tous ces termes étant en définitive synonymes. Mais ce point de vue est davantage sociologique que juridique. En droit, le contentieux s'attache, en effet, au traitement du litige auquel il importe, pour le rétablissement de la paix sociale, de trouver une solution définitive, c'est-à-dire acceptée par les parties en cause pour respecter la vérité légale.

(1.2) Contentieux et juridiction

Mais la notion de contentieux évoque aussi, et plus précisément, celle de litige porté devant une juridiction. Le Doyen Maurice Hauriou disait, en ce sens, qu' « une instance est une longue contestation »[45] et c'est précisément la raison pour laquelle la discussion contradictoire entre les parties dans tout procès est de l'essence même de la juridiction. C'est cette liaison nécessaire entre contentieux et juridiction, comme il s'exprime, du reste, dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi rédigé :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ces droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »[46],

Même s'il est fréquent et regrettable de confondre encore recours contentieux et recours juridictionnel, cela ne signifie pourtant pas qu'il y ait correspondance parfaite entre contentieux et juridiction, parce qu'il existe bien un contentieux non juridictionnel (1.2.1), mais aussi une juridiction non contentieuse (1.2.2).

(1.2.1) Le contentieux non juridictionnel

Le contentieux non juridictionnel ne fait aucune difficulté particulière et l'on comprend aisément que l'encombrement de toutes les juridictions françaises puisse pousser le législateur ou le pouvoir réglementaire à rechercher la solution des litiges en dehors de la voie juridictionnelle : en ce sens, on citera la conciliation en matière civile, la transaction en matière pénale ou encore la médiation en matière administrative. De plus, ce contentieux non juridictionnel peut être préjuridictionnel pour constituer un préalable nécessaire à toute action portée devant la juridiction administrative, par exemple un litige de droit fiscal ou toute contestation contentieuse de l'impôt doit faire l'objet d'une demande préalable auprès de l'administration fiscale, considérée, du reste, comme autorité contentieuse.

(1.2.2) La juridiction contentieuse

---

[45] Maurice Hauriou, *Les éléments du contentieux,* in Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1905, p. 30-31

[46] CEDH 16 juillet 1971, *Ringeisen c/ Autriche* , CEDH, 28 juin 1981 *König c/RFA* et CEDH 23 juin 1981, *Le compte et autres c/ Belgique*

Inversement, la juridiction peut ne pas être contentieuse, ce qui correspond, en particulier, à l'hypothèse des actes d'administration de la justice, c'est-à-dire des actes procéduraux d'organisation du service public selon la justice, assimilables à des mesures d'ordre intérieur, ou encore à des actes processuels de fonctionnement du service de la justice, non susceptibles de recours. On peut citer, dans le premier cas, la répartition des affaires par le président d'une chambre de Cour d'appel entre les magistrats de la mise en état ou, dans le second cas, l'ordonnance de renvoi pour le règlement des questions de compétence interne.

En revanche, le jugement des comptes des comptables publics ne donne pas lieu à discussion contradictoire, dès lors que le compte est régulier : en ce cas, la juridiction des comptes n'est donc pas davantage contentieuse.

2. Contentieux de l'action administrative au sens large

De nombreux litiges individuels ou collectifs souffrent, de temps en temps, de l'incompétence de la juridiction administrative. Pour tous les litiges qui sont étrangers au contentieux de l'administration, on distingue trois cas :

- les litiges relatifs aux actes de droit privé (par exemple, les contestations sur la nationalité) ou aux actes d'exécution de la justice judiciaire qui ressortissent de la compétence du juge judiciaire ;

- les litiges relatifs aux actes communautaires, notamment l'interprétation d'un acte non clair de droit communautaire, originaire ou dérivé donnant lieu à renvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes, en application de l'article 234 du Traité modifié instituant la Communauté européenne[47]

- les litiges relatifs aux actes politiques, car il n'appartient au juge administratif ni d'apprécier la constitutionnalité d'une loi[48], ni de se prononcer sur une prestation relative aux résultats d'une élection politique nationale[49], litiges qui relèvent du juge constitutionnel. Il n'appartient pas davantage au juge administratif d'apprécier la validité ou de réparer les

[47] Stipulation relative à la compétence de la Cour de Luxembourg pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation du Traité du Rome, ainsi que sur l'interprétation et la validité des actes pris par les institutions communautaires. Par ex., CE 15 oct. 1982, Société Roquette frères : Rec CE 350 ; TRD eur. 1983, 164, conclu. Genevois
[48] CE, Sect, 6 nov. 1936
[49] CE, 3 juin 1981, *Delmas et autres*

conséquences dommageables d'un acte du gouvernement, tant pour les relations entre pouvoirs publics français[50] que pour les relations internationales[51]. Comme l'autorité judiciaire n'est pas non plus compétente dans cette hypothèse, l'acte de gouvernement bénéficie, en réalité, d'une véritable immunité et conduit au déni de justice.

Toutefois, le contentieux de l'action administrative hors juridiction administrative peut être aussi un contentieux juridictionnel de l'administration, en dehors de la compétence de la juridiction administrative (2.1) ou encore un contentieux non juridictionnel de l'administration (2.2).

(2.1) Le contentieux juridictionnel de l'administration en dehors de la compétence de la juridiction administrative

Les litiges liés au contentieux de l'action administrative peuvent être juridictionnels, sans appartenir, pour autant, au contentieux administratif porté devant la juridiction administrative : il s'agit ici du contentieux juridictionnel de l'administration au sens strict, soit par compétence de la juridiction judiciaire (2.1.1), soit par recours à la juridiction arbitrale en matière administrative (2.2.2).

(2.1.1) La compétence de la juridiction judiciaire en matière administrative

Le règlement de litiges administratifs a pu être attribué aux juridictions judiciaires par la jurisprudence ou par le législateur

1° L'attribution de compétence par la jurisprudence

La juridiction du juge judiciaire sur les actes administratifs correspond aux hypothèses de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité de ces actes par le juge civil ou par le juge pénal, selon la théorie dite des « blocs de compétence ».Cette théorie qui, s'agissant du juge civil, est admise comme compétente pour interpréter les actes administratifs réglementaires sur le base de l'arrêt *Septfonds* 1982, du Tribunal des conflits, pour un litige concernant la légalité des actes administratifs individuels relatifs à l'établissement ou à la perception de l'impôt, au titre de la plénitude de juridiction du juge fiscal.

[50] CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin et Servens*
[51] CE, 23 sept. 1992, *GISTI et MRAP*

.

La théorie des blocs de compétence vise à éviter, par exception, un éclatement entre les deux ordres de juridictions d'un contentieux relatif à des litiges de nature semblable, situation qui, par le jeu des questions préjudicielles porte, en réalité, préjudice, en premier lieu, au justiciable. Le droit administratif en donne un exemple particulièrement net, en ce qui concerne le contentieux des contrats conclus avec les usagers des services publics industriels et commerciaux, même si ces contrats comportent des clauses exorbitantes de droit commun.

2° L'attribution de compétence par le législateur

Sous réserve de la constitutionnalisation ultérieure de la compétence de la juridiction administrative, et compte tenu de l'existence d'une jurisprudence interprétative, dans le prolongement de la loi, voire constructive en absence de loi, cette compétence externe relève en principe du législateur. L'article 111-5 précité du Nouveau Code pénal fournit un bon exemple d'une jurisprudence constructive, relayée par le législateur pour fonder en droit, de façon plus assurée, la compétence du juge pénal en matière administrative, y compris en matière d'appréciation de la légalité des actes administratives individuels. La législation peut, du reste, être autonome, c'est-à-dire dégagée de tout contexte jurisprudentiel, afin de prévenir ou d'enrayer l'éclatement du contentieux. En ce cas, le bloc de compétence n'est pas formé par le juge ou par la loi à la suite du juge, mais par le législateur lui-même. On se contentera de mentionner ici l'exemple de la loi du 31 décembre 1957 qui confie au juge judiciaire la connaissance de tout litige consécutif à un accident provoqué par n'importe quel véhicule[52], y compris dans l'hypothèse où cet accident est le fait d'un véhicule appartenant à l'administration ou utilisé dans le cadre de l'action administrative.

(2.1.2) La juridiction arbitrale en matière administrative

Par une convention, dénommée « compromis », ou par des stipulations conventionnelles, dénommées « clauses compromissoires », les parties dans un litige peuvent décider de s'en remettre à une sentence arbitrale, ayant force de loi obligatoirement, en écartant la compétence de la juridiction normale. Or, dans le contentieux de l'action administrative, les règles de compétence sont d'ordre public, aussi bien par rapport à l'ordre juridictionnel judiciaire qu'à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif. Dès lors, le principe est celui de l'indisponibilité de la compétence juridictionnelle et donc de l'interdiction de toute dérogation conventionnelle de compétence entre les parties en litige.

[52] CE, 25 juin 1986, *Mme Christine Curtol*

Cette solution, retenue par une jurisprudence ancienne, constante et relayée par la doctrine administrativiste, est désormais consacrée par la jurisprudence constitutionnelle, en ce qui concerne le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux, qui ressortit à la compétence exclusive de la juridiction administrative de droit commun. Or, malgré le développement des interventions de la puissance publique, en dehors des missions de souveraineté de l'Etat, elle a continué à être affirmée, dans le droit public économique, au sujet de la clause compromissoire, à défaut de législation contraire, y compris dans les contrats de compétence du juge administratif, conclus entre personnes privées. Au demeurant, quand une telle législation a existé comme dans le droit commercial, le Conseil d'Etat en a refusé l'application aux établissements publics industriels et commerciaux.

En revanche, dans l'état actuel de la législation applicable en matière administrative, le principe d'interdiction de l'arbitrage vaut pour toutes les personnes publiques et il est consacré avec une force particulière par l'article 2060, alinéa 1er du Code civil qui dispose en ce sens :

« On ne peut compromettre (…) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics »[53]

Solution reprise par le Conseil d'Etat, en formation administrative, au titre des « principes généraux du droit public français »

Toutefois, en ce qui concerne les seules hypothèses du contentieux administratif, l'interdiction de l'arbitrage n'est que de principe, de sorte que des dérogations peuvent être expressément prévues par le législateur ou par une convention internationale.

(2.2) Le contentieux non juridictionnel de l'administration

Le contentieux non juridictionnel de l'administration ou encore contentieux administratif non juridictionnel est au point de conjonction du contentieux de l'administration et du contentieux administratif au sens large. En particulier, le contentieux non juridictionnel (ou contentieux administratif au sens large) appartient à la compétence de la juridiction administrative, quand il n'est pas réglé ou pas encore réglé ou quand il ne peut pas être régler par une décision juridictionnelle. L'article 13 de la loi du 31 décembre 1987 portant de la réforme du contentieux administratif dispose en ce sens :

[53] Disposition issue de la loi du 5 juillet 1972, art. 13

« Des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leur établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation.

De même, l'article 23 de la loi du 30 juin 2000 sur le référé devant les juridictions administratives impose l'obligation d'un recours administratif préalable au recours juridictionnel formé par les agents civils et militaires, à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle, recrutement et exercice du pouvoir disciplinaire exceptés. Le décret du 7 mai 2001 qui crée ainsi, auprès du ministre de la Défense, une commission chargée de statuer sur le recours préalable, précise nettement en ce sens que sa saisine est

« un préalable obligatoire à l'exercice du recours contentieux, a peine d'irrecevabilité de ce dernier » et qu'elle est « seule de nature à conserver le délai du recours contentieux »

Au titre de la prévention du contentieux administratif juridictionnel, le Conseil d'Etat est désormais au premier plan d'après la doctrine des procédures de règlement des litiges administratifs qui se placent, initialement ou exclusivement, en dehors de tout contexte juridictionnel. Tel est le cas des recours administratifs et des transactions. Tel est le cas également de la conciliation.

(2.2.1) Les recours administratifs

Le recours au juge administratif peut et parfois, doit être précédé du recours à l'administration par une procédure de réclamation contentieuse, mais non juridictionnelle ou généralement non encore juridictionnelle, qui est à l'origine même du contentieux administratif au sens large : car, le recours pour excès de pouvoir s'analysait d'abord comme un recours formé contre une décision administrative devant l'administration supérieure, à l'époque où la confusion des pouvoirs conduisait à confier le contrôle de légalité à l'administration, à la fois active et juridictionnelle.

Le recours administratif correspond donc, à présent, à l'hypothèse d'un recours formé devant l'administration active, que ce recours soit formé devant l'administration à

l'origine de l'acte litigieux : recours gracieux, ou devant l'administration chargée du contrôle hiérarchique : recours du tutelle.

1° Le recours gracieux

Le recours gracieux est un auto-contrôle. L'administré peut s'adresser à l'auteur de l'acte qu'il conteste pour lui demander de reprendre sa décision, soit en la modifiant, soit en la retirant (elle disparaît de façon rétroactive et elle est donc réputée n'être jamais intervenue), soit en l'abrogeant (elle disparaît pour l'avenir et maintient ses effets passés).

Le recours gracieux est une simple possibilité dont l'exercice, dans le délai du recours devant le juge administratif, conserve le délai de ce recours contentieux. En revanche, à défaut de décision explicite, le recours gracieux permet de provoquer la décision implicite de rejet qui, en dehors de la matière des travaux publics, constitue le préalable nécessaire au recours devant le juge administratif au titre de la liaison du contentieux.

2° Le recours hiérarchique

Le recours hiérarchique est un contrôle intérieur. L'administré peut alors s'adresser au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte qu'il conteste pour lui demander de reprendre la décision initiale, soit pour la modifier, soit pour la retirer, soit pour l'abroger. Ce recours ne saurait donc s'exercer que contre une décision explicite et pour autant qu'il existe bien un supérieur hiérarchique, de sorte qu'il est exclu, au sein de l'Etat, contre la décision d'un ministre ou d'une autorité administrative indépendante.

Dans cette mesure, c'est-à-dire face à la décision explicite d'une autorité administrative subordonnée, le recours gracieux et le recours hiérarchique sont substituables l'un à l'autre. Ils existent même sans texte et peuvent être fondées sur des moyens de légalité, mais aussi d'opportunité administrative.

3° Le recours de tutelle

Le recours de tutelle est un contrôle extérieur. A défaut de recours gracieux et en l'absence de tout recours hiérarchique, l'administré qui conteste la décision prise par une autorité décentralisée peut alors s'adresser au préfet que, sous la dénomination actuelle de « délégué du Gouvernement », la Constitution charge :

« des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »

Dans le cadre de la procédure prévue et organisée par l'article 4 de la loi du 2 mars 1982, l'administré peut ainsi préférer demander à l'autorité préfectorale de déférer l'acte litigieux à la censure du tribunal administratif pour des motifs de stricte légalité administrative, et ce dans les deux mois suivant la date à laquelle cet acte est devenu exécutoire. On notera ici que, au bénéfice d'un revirement salutaire de jurisprudence, une telle demande de déféré préfectoral indirect est formée dans le délai du recours de droit commun qui lui reste ouvert.

(2.2.2)La transaction en matière administrative

La transaction en matière administrative est un mode non juridictionnel de règlement du litige, à l'amiable entre l'administré et l'administration directement, en dehors de l'intervention de tout tiers conciliateur, afin de définir une solution acceptable par les deux parties, sur la base de concession réciproques, mais aussi susceptible d'éviter ou de vider le contentieux et conforme en tout point à l'ordre public.

La transaction peut donc conduire à un constat d'accord écrit qui reprend les termes de la solution conventionnelle, tels que la détermination des éléments de calcul ou le montant d'une indemnisation, et qui implique, si le contentieux est pendant devant le juge, un désistement volontaire du demandeur. On notera ici que le contrat de transaction a bien un caractère extinctif car l'autorité de la chose jugée s'y attache nécessairement, y compris dans le contentieux administratif.

(2.2.3) La conciliation en matière administrative

La conciliation en matière administrative est un mode de règlement à l'amiable du litige, qui, en revanche, fait intervenir un tiers conciliateur entre l'administré et

l'administration , afin de définir également une solution à la fois acceptable par les deux parties, susceptibles de vider le contentieux et conformes à l'ordre public.

Plus remarquable est le fait que le juge administratif puisse être lui-même conciliateur pour toute affaire qui entre dans le cadre de sa compétence et dont il est effectivement saisi. Il peut en être ainsi pour des contentieux particuliers, portés devant des juridictions spéciales, telles que la juridiction des pensions militaires d'invalidité. Mais, sous l'influence de la nouvelle procédure civile, il en est surtout ainsi, devant les tribunaux administratifs, sur le fondement initial de l'article 22 de la loi du 6 janvier 1986, fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs : les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation.

Lorsque cette mission de conciliation conduit à un accord entre les parties, l'instance prendra fin devant le juge, soit par des conclusions communes à fin de non-lieu à statuer, soit par le désistement volontaire du demandeur, soir par une demande commune d'un acte notifiant l'accord intervenu ou encore l'homologation de cet accord par une décision qui en reprendra la teneur. Encore faut-il ajouter que le tribunal administratif n'est obligé à rien, c'est-à-dire qu'il peut refuser d'interrompre l'instance pour sortir le contentieux de la voie juridictionnelle sur laquelle il a été engagé par les parties. Ce refus de conciliation, opposé dans le cadre de ses attributions juridictionnelles, est une décision qui, « eu égard à la nature de la mission ainsi confiée aux tribunaux administratifs », par le législateur, est insusceptible de recours pour excès de pouvoir.

§2. Les juridictions administratives à compétence générale thaïlandaise

Par rapport à la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999), les juridictions administratives sont composées de (1) La Cour administrative suprême et (2) des tribunaux administratifs de première instance qui sont : (a) Le tribunal administratif central ; et (b) Les tribunaux administratifs régionaux.

Les requêtes qui ne sont pas de la compétence territoriale prévue à l'alinéa 2 et à alinéa 3 peuvent être déposées au tribunal administratif central. Ce tribunal peut les déclarer irrecevables, à l'exception des requêtes qui lui sont transmises conformément aux règles de la procédure contentieuse administrative.

La création et la détermination du ressort des tribunaux administratifs régionaux sont faites par la loi eu égard à la quantité des requêtes et à la gestion des personnels des juridictions administratives. La loi détermine le ressort des tribunaux administratifs régionaux qui peut couvrir plusieurs provinces.

Actuellement, il existe sept tribunaux administratifs régionaux.

Par rapport aux magistrats administratifs, la Cour administrative suprême se compose de magistrats administratifs occupent les emplois suivants

- Président de la Cour administrative Suprême
- Vice-président de la Cour Administrative Suprême
- Président de section de la Cour Administrative suprême
- magistrats de la Cour administrative Suprême (le nombre des magistrats administratifs de la Cour Administratif Suprême est fixé par le C.S.M.A (le conseil supérieur de la magistrature administrative) après approbation du Parlement et du Sénat)

(A) Les compétences des juridictions

Les juridictions administratives sont compétentes pour connaître :

(1) Les litiges relatifs aux demandes d'annulation des règlements ou des décisions individuelles pris par l'administration ou un agent de l'Etat au motif tiré de l'incompétence, du vice de forme ou de procédure, de la violation de la loi, du détournement de pouvoir, de la rupture de l'égalité des administrés devant la loi ou les charges publiques.

(2) Les litiges tendant à adresser des injonctions à l'administration ou à un agent de l'Etat aux fins d'accomplir les obligations qui leur sont prescrites par la loi.

(3) Des litiges tendant à engager la responsabilité pour faute de l'administration ou d'un agent de l'Etat dans l'accomplissement des obligations qui lui sont fixées par la loi ou règlements.

(4) Des litiges relatifs au contentieux des contrats administratifs.

(5) Des litiges résultant de ce que la loi impose à l'administration ou à l'agent de l'Etat de saisir la juridiction administrative pour ordonner à une personne de faire ou de s'abstenir de faire.

(6) Des litiges relevant de la compétence des juridictions administratives par détermination de la loi.

Par contre, elles sont incompétentes dans les matières suivantes :

(1) Actes se rapportant à la discipline militaire.

(2) Actes du Conseil supérieur de la magistrature dans l'exercice de ses attributions prévues par la loi sur la magistrature juridique.

(3) Litiges relevant de la compétence du tribunal des mineurs et de la famille, des tribunaux des Prud'hommes, du tribunal des impôts, de la Cour de la propriété intellectuelle et du commerce international, du tribunal des faillites et des autres tribunaux spécialisés.

(B)La procédure administrative

1. Le tribunal administratif de première instance

La procédure administrative contentieuse commence par l'introduction de

l'instance. Toute personne qui subi un préjudice causé par un acte ou une négligence d'une administration ou d'un agent de l'Etat, qui a un litige lié à un contrat administratif ou à toute autre instance relevant de la compétence de la juridiction administrative en application des dispositions de l'article 9, peut former une requête devant la juridiction administrative s'elle ne peut obtenir satisfaction que par l'intervention d'une décision de justice conformément à l'article 72.

La requête n'est recevable que lorsque tous les recours administratifs préalables imposés par la loi ont été épuisés, si une décision administrative est intervenue ou si aucune décision n'est intervenue dans un délai raisonnable ou dans les délais prescrits par la loi.

La médiateur peut saisir la juridiction administrative s'il estime que les règlements, l'action de l'administration ou d'un agent de l'Etat ne sont pas conformes à la Constitution. Dans ce cas, le médiateur a les même droits et devoirs que ceux appartenant au requérant conformément à l'article 42.

Ensuite, l'instruction de la requête, le mémoire en défense, le mémoire en

réplique et les autres mémoires ont pour base la procédure inquisitoriale. Le juge rapporteur peut ordonner au défendeur, s'il l'estime nécessaire, de compléter son mémoire ou d'en produire un nouveau.

Lorsque le défenseur n'a pas présenté de mémoire dans les délais, il est considéré comme ayant reconnu les faits tels que présentés par le requérant et le tribunal statue en l'état du dossier.

Le tribunal communique au requérant copie du mémoire en défense ainsi que les pièces qui y sont jointes pour une éventuelle réponse. Le juge rapporteur peut préciser que le requérant devra produire des explications ou des pièces complémentaires sur une question particulière.

Le requérant peut répondre au mémoire en défense dans le délai fixé par le tribunal ou dans le délai de trente jours à compter de la date à laquelle il l'a reçu.

Si le requérant ne souhaite pas répliquer au mémoire en défense et souhaite que l'affaire soit jugée en l'état, il en informe le tribunal dans les mêmes délais que ci-dessus.

Si le requérant n'exécute pas ce qui lui est imparti par les dispositions contenues dans les paragraphes 2 et 3 du présent article, le tribunal peut ordonner que l'affaire soit rayée des registres du greffe.

Le mémoire en réponse du requérant ne peut concerner que les questions déjà soulevées dans la requête ou dans le mémoire en défense ou celles soulevées par le tribunal.

Si le mémoire en réponse du requérant contient des questions autres que celles mentionnées ci-dessus, le tribunal prend une ordonnance rejetant l'examen de ces nouvelles questions.

Le tribunal communique au défendeur une copie de la réponse du requérant de façon à lui permettre d'adresser une nouvelle réponse dans un délai de 15 jours à compter de la réception du mémoire de requérant ou dans le délai fixé par le tribunal. Le tribunal communique au requérant une copie du mémoire complémentaire du défendeur.

Pendant le délai mentionné au paragraphe un ou celui fixé pour le mémoire complémentaire du défendeur, le juge rapporteur, s'il considère que le dossier est en état d'être jugé, prépare le rapport prévu à l'article 60 et le soumet à la chambre pour poursuite de l'instance.

Seules peuvent présenter une requête les personnes pour lesquelles ce droit est reconnu par la constitution du Royaume de Thaïlande et par l'article 42 du présent règlement.

La demande présentée au tribunal par un Ombudsman, conformément à l'article 43 de la loi, et tendant à contester la légalité d'un acte règlementaire ou individuel, doit être présentée selon les modalités prévues à l'article 45. L'Ombudsman peut déléguer à un des agents de son administration le pouvoir de présenter ladite demande.

La requête doit être présentée devant le tribunal compétent en application des dispositions de l'article 47 de la loi.

Une requête qui pourrait être présentée devant deux ou plusieurs tribunaux en raison des domiciles du requérant ou de la pluralité des conclusions peut être présentée devant l'un ou l'autre desdits tribunaux administratifs.

Le Tribunal Administratif Central est compétent pour connaître des litiges dont la cause se situe à l'extérieur du territoire du Royaume, si le requérant est thaïlandais et n'est pas domicilié en Thaïlande.

L'enregistrement des requêtes est soumis aux conditions de délais prévues aux articles 49, 51 et 52 de la loi.

Si la requête est présentée hors délai, le tribunal la rejette par ordonnance et la raye des registres du greffe, à moins que le tribunal ne considère, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, qu'il est d'utilité publique de la juger. Une telle décision revêt un caractère définitif.

Lorsqu'une requête est présentée devant un tribunal qui n'est pas une juridiction administrative, si ledit tribunal refuse de se reconnaître compétent ou si le

requérant se désiste de sa requête dans le but de la représenter devant la juridiction administrative compétente, le délai pour présenter la requête devant la juridiction administrative ne court pas pendant la période comprise entre la date de présentation de la requête devant la juridiction incompétente et la date à laquelle la décision d'incompétence devient définitive.

La requête est enregistrée au greffe du tribunal qui délivre un reçu au requérant, vérifie si elle est complète et contient toutes les pièces nécessaires. Elle est ensuite transmise pour examen au président du tribunal. Si l'agent du greffe considère que la requête est incomplète ou si le requérant n'a pas payé la taxe exigible, un délai est donné au requérant pour régulariser.

Dès qu'une requête est enregistrée devant la juridiction, l'affaire est considérée comme pendante et en conséquence le requérant ne peut déposer une requête identique devant la même ou devant une autre juridiction. Les modifications dans la compétence de la juridiction ou du domicile du requérant n'ont pas pour effet de rendre le tribunal saisi incompétent pour juger une requête déjà enregistrée.

La requête transmise par l'agent du greffe est attribuée sans délai à une chambre par le président de la juridiction de première instance, conformément aux dispositions de l'article 56 de la loi.

Le doyen des juges de la chambre désigne parmi les juges de la chambre un juge rapporteur qui examine la requête. Le juge rapporteur qui examine la requête peut ordonner au requérant, s'il y a lieu, de compléter ou corriger sa requête, de payer la taxe requise, en fixant un délai pour régulariser. Si le requérant ne régularise pas sa requête dans les délais prescrits, le juge rapporteur propose à la chambre de rejeter la requête et de la rayer des registres du greffe.

En cas de rejet total ou partiel de la requête, le tribunal peut reverser au requérant la totalité ou une partie des droits acquittés.

La chambre, lorsqu'elle considère qu'une requête soumise au juge de première instance est de la compétence de la Cour Administrative Suprême, la soumet au président de la juridiction de première instance pour transmission au président de la Cour Administrative Suprême.

Le président de la Cour Administrative Suprême, s'il considère que la requête lui a été transmise à tort, la retourne à la juridiction de première instance pour qu'elle y soit jugée.

Si le président de la Cour Administrative Suprême considère que la requête est de sa compétence, le président de la juridiction de première instance la raye des registres du greffe et la requête est considérée comme ayant été enregistrée devant la Cour Administrative Suprême à la date à laquelle elle a été présentée devant la juridiction de première instance.

Lorsque la chambre considère que la requête enregistrée devant la juridiction de première instance ressort de la compétence d'une autre juridiction de première instance, la requête est soumise au président du tribunal pour qu'il prenne une ordonnance de transmission au tribunal compétent.

Lorsque la requête présentée devant la juridiction de première instance contient plusieurs conclusions dont certaines sont de la compétence d'un autre tribunal de première instance, de la Cour Administrative Suprême ou d'un autre tribunal qui n'est pas de l'ordre administratif, la chambre rejette par ordonnance les conclusions qui ne sont pas de sa compétence et statue sur les seules conclusions qui sont de sa compétence. Si la chambre considère que l'issue des conclusions qui sont de sa compétence dépend de la solution qui sera donnée aux conclusions pour lesquelles elle s'est déclarée incompétente, elle peut surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il ait été statué de manière définitive sur les autres conclusions.

Le défendeur doit présenter son mémoires en réponse de façon claire en précisant ce qu'il confirme et ce qu'il contredit dans les allégations de la requête, et en produisant les pièces justificatives de ses allégations.

Le juge rapporteur peut ordonner au défendeur, s'il l'estime nécessaire, de compléter son mémoire ou d'en produire un nouveau.

Le tribunal communique au requérant copie du mémoire en défense ainsi que les pièces qui y sont jointes pour une éventuelle réponse. Le juge rapporteur peut préciser que le requérant devra produire des explications ou des pièces complémentaires sur une question particulière.

Le requérant peut répondre au mémoire en défense dans le délai fixé par le tribunal ou dans le délai de trente jours à compter de la date à laquelle il l'a reçu.

Si le requérant ne souhaite pas répondre au mémoire en défense et souhaite que l'affaire soit jugée en l'état il en informe le tribunal dans les mêmes délais que ci-dessus.

Si le requérant n'exécute pas ce qui lui est imparti par les dispositions contenues dans les paragraphes 2 et 3 du présent article, le tribunal peut ordonner que l'affaire soit rayée des registres du greffe.

Le tribunal communique au défendeur une copie de la réponse du requérant, de façon à lui permettre d'adresser une nouvelle réponse dans un délai de 15 jours à compter de la réception du mémoire du requérant ou dans le délai fixé par le tribunal. Le tribunal communique au requérant une copie du mémoire complémentaire du défendeur.

Pendant le délai mentionné au paragraphe 1 ou celui fixé pour le mémoire complémentaire du défendeur, le juge rapporteur, s'il considère que le dossier est en état d'être jugé, prépare le rapport prévu à l'article 60 et le soumet à la chambre pour poursuite de l'instance.

Pour instruire l'affaire, le tribunal peut enquêter sur les faits. Dans ce but la juridiction peut procéder à des auditions, se faire communiquer tous document et expertise non versés au dossier par les parties. La procédure d'instruction des faits est conduite par le tribunal conformément aux dispositions relatives à cette affaire.

Si une déclaration d'une partie, d'un témoin ou de toute autre personne est nécessaire à la conduite de l'instruction, cette déclaration est reçue par le tribunal.

C'est le rôle du juge rapporteur, lorsqu'il considère que les faits de la cause, les explications des parties et les autres précisions demandées par le tribunal, conformément au chapitre 2, permettent à la juridiction de se prononcer, de préparer un rapport de l'affaire et de le soumettre à la chambre avec l'ensemble du dossier.

Le rapport du juge rapporteur comprend ;

- un résumé des faits de la cause, tels qu'ils ressortent de la requête et de l'ensemble des pièces du dossier
- les questions sur lesquelles le tribunal doit se prononcer, notamment la solution du litige, la compétence du tribunal, la recevabilité de la requête, les conclusions du requérant et l'opinion du juge sur les dites conclusions

Le résumé des faits préparé par le juge rapporteur est communiqué aux parties, conformément à la section 59 paragraphe 2.

Si le juge rapporteur considère qu'une requête, déclarée recevable par le tribunal en application de l'article 42, est en état d'être jugée sans instruction complémentaire, le juge doyen de la chambre fixe le jour de clôture de l'instruction.

Le tribunal doit en informer les parties au moins 10 jours avant la date fixée pour la clôture. Tous les mémoires parvenus au tribunal après la date de clôture sont déclarés tardifs et ne font donc par l'objet d'examen ni de communication aux autres parties à l'instance.

Lorsque la date de la clôture de l'instruction a été fixée, le doyen des juges de la chambre transmet le dossier de l'instance au président de la juridiction de première instance. Sauf instruction contraire du président de la juridiction, le dossier est transmis au commissaire du gouvernement pour préparation de ses conclusions.

Les conclusions doivent être faites par écrit. Elles peuvent être faites oralement, après avis du président de la juridiction de première instance et du doyen des juges de la chambre, s'il y a urgence, si l'affaire ne présente pas de questions complexes de fait ou de droit ou si l'affaire nécessite avant d'être jugée des mesures provisoires, conformément aux dispositions des articles 72 et 76. En cas de conclusions orales, le commissaire du gouvernement prépare une note écrite qui sera versée au dossier.

Lorsque le commissaire a préparé ses conclusions écrites ou qu'il est prêt à présenter ses conclusions orales, la chambre, après avis du président de la juridiction, fixe la date de la première instance.

2.La Cour administrative suprême

Toute personne qui a intérêt à agir peut former appel, devant la Cour Administrative suprême, des décisions de la juridiction de première instance refusant d'enregistrer une requête, rayant sans jugement une affaire des registres du greffe, infligeant une sanction d'offense au tribunal ou de toute autre décision pour laquelle l'appel n'est pas expressément exclu par l'article 100 paragraphe 2. L'appel doit être formé dans le délai de 30 jours à compter de la date à laquelle la dite décision a été notifiée à l'appelant.

L'appel doit être communiqué au tribunal de première instance qui a pris la décision contestée et transmise sans délai à la Cour Administrative Suprême par le greffe dudit tribunal, accompagnée de la décision contestée et des pièces s'y rapportant.

Le président de la Cour Administrative Suprême présente l'appel à une chambre de la Cour pour décision de confirmation de première instance.

Après communication de la Cour Administrative Suprême, la juridiction de première instance informe les parties avec un délai raisonnable de la date de lecture de la décision. Si, à la date fixée pour la lecture, aucune des parties ne se présente pour l'entendre, il en est pris acte et la lecture n'a pas lieu. La juridiction de première instance notifie par lettre recommandée la décision aux parties absentes lors de la lecture.

Lorsque la Cour Administrative Suprême a pris une décision différente de celle prise par la juridiction de première instance, cette dernière applique la procédure prévue par la loi et le règlement.

Par rapport de la procédure devant la Cour Administrative Suprême, le dépôt des requêtes prévues par les dispositions de la section 11 paragraphe 1, 2 et 3 doit être fait devant la Cour Administrative Suprême selon les mêmes dispositions que celles prévues à la partie II du présent règlement portant devant la juridiction de première instance.

La chambre de la Cour Administrative Suprême qui considère qu'une requête qui lui a été attribuée pour être jugée est de la compétence d'une juridiction de première instance, demande au président de la Cour Administrative Suprême de prendre une ordonnance d'attribuant à la juridiction de première instance compétence. La chambre prend une décision rayant l'affaire des registres du greffe. La requête est considérée dans ce cas comme ayant été enregistrée devant la Cour Administrative Suprême.

L'appel contre les jugements ou ordonnances d'une juridiction de première instance, non revêtus d'un caractère définitif par application de la loi ou du présent règlement, doit être déposé devant la Cour Administrative Suprême.

La légalité des décisions, qui ne sont pas prévues par le présent règlement comme pouvant faire l'objet d'un appel antérieurement au jugement, est appréciée à l'occasion du jugement de l'appel formé contre la décision au fond.

La requête en appel doit être écrite et contenir au moins les indications suivantes : (1) le nom de l'appelant et des parties à l'instance ; (2) les moyens tendant à contester le jugement ou l'ordonnance de première instance ; (3) les conclusions de l'appelant ; (4) sa signature.

Les questions de fait de droit soulevées doivent être clairement énoncées par l'appelant et doivent avoir déjà été évoquées en première instance. Toutefois l'appelant peut soulever, à n'importe quel moment de la procédure, toute question relative à l'ordre ou l'intérêt public.

L'appel doit être présenté devant la juridiction de première instance. Un reçu est délivré par le greffe de la juridiction qui procède à un premier examen de l'appel. Si le dossier est complet, il est transmis au président de la juridiction de première instance pour examen conformément aux dispositions prévues à l'article 104 ci-après. Le greffe, s'il constate que le recours est incomplet, notamment pour défaut de paiement de droit, donne un délai à l'appelant pour le régulariser. Le greffier lorsqu'il considère que le recours n'est pas recevable par application des dispositions législatives ou règlementaires, qu'il n'est pas régularisable ou qu'il n'a pas été régularisé dans les délais impartis, mentionne dans le dossier les raisons de l'irrecevabilité et le soumet au président de la juridiction de première instance.

Si le montant des sommes en litige en appel est le même que celui en litige en première instance, l'appelant s'acquitte des mêmes droits que ceux payés en première instance ; l'appelant lorsqu'il a obtenu en première instance satisfaction partielle et que le montant des sommes en litige en appel est par suite inférieur à celui des sommes en cause en première instance, ne s'acquitte que des droits calculés sur le montant des sommes restant en litige.

Dès réception de l'appel, le président de la juridiction de première instance le transmet à une chambre pour suite à donner.

Le juge doyen de la chambre désigne un juge rapporteur pour examen de l'appel. Si le juge rapporteur considère que le dossier est complet, il se conforme aux dispositions prévues à l'article 106. Le juge rapporteur, s'il considère que le dossier est incomplet mais régularisable par l'appelant, notamment pour le paiement des droits, fixe un délai à l'appelant pour régulariser son recours. Si le recours n'est pas recevable par application des dispositions législatives ou règlementaires, qu'il n'est pas régularisable ou qu'il n'a pas été régularisé dans les délais impartis, le juge rapporteur propose à la chambre de le rejeter.

L'appelant, dans un délai de 30 jours à compter de la date de notification de la décision de la juridiction de première instance déclarant son appel irrecevable en application de l'article 104, peut former un recours contre ladite décision devant la Cour Administrative Suprême.

Le recours prévu au paragraphe 1 doit être déposé devant la juridiction de première instance qui a pris la décision contestée. Le greffe de la juridiction le transmet sans délai à la Cour Administrative Suprême accompagné du jugement ou de l'ordonnance de première instance contestée, du recours en appel et de l'ordonnance déclarant l'appel irrecevable.

Le président de la Cour Administrative Suprême attribue le recours à une chambre pour confirmation de l'ordonnance de la juridiction de première instance déclarant l'appel irrecevable ou acceptation de l'appel et pour transmission de la décision ainsi prise à la juridiction de première instance. La juridiction de première instance, après lecture de la décision de la chambre de la Cour Administrative Suprême, la notifie à la Cour Administrative Suprême. Lorsque la Cour Administrative Suprême déclare l'appel recevable, la date de réception de la notification est considérée, pour l'application des dispositions prévues à l'article 107, comme le date à laquelle la Cour Administrative Suprême a reçu l'appel de la juridiction de première instance.

La chambre de la Cour Administrative Suprême qui fait application des dispositions du paragraphe 3 du présent article peut décider, si elle l'estime utile, d'examiner l'instance et rend une ordonnance demandant à la juridiction de première instance de lui transmettre le dossier.

Le juge rapporteur, lorsqu'il considère qu'un recours en appel est complet, propose à la chambre de rendre une ordonnance déclarant l'appel recevable et propose à un

président de la juridiction de première instance de transmettre l'appel pour attribution à la Cour Administrative Suprême.

Dès la réception du dossier d'appel, le greffe de la Cour Administrative Suprême enregistre l'appel transmis par la juridiction de première instance et le soumet au président de la Cour Administrative Suprême qui l'attribue à une chambre.

Le juge doyen de la chambre de la Cour Administrative Suprême attribue le recours à un juge rapporteur pour examen.

Le juge rapporteur, s'il considère que le dossier accepté par la juridiction de première instance, est incomplet mais régularisable par l'appellant, notamment par le paiement des droits, fixe un délai à l'appellant pour régulariser son recours. Si le recours n'est pas recevable par application des dispositions législatives ou règlementaires, qu'il n'est pas régularisable ou qu'il n'a pas été régularisé dans les délais impartis, le juge rapporteur propose à la chambre de rejeter l'appel.

Le juge rapporteur s'il considère que les moyens de fait et de droit présentés en appel sont trop imprécis pour permettre de se prononcer, propose à la chambre de prendre une ordonnance rejetant l'appel et le rayant des registres du greffe.

Le juge rapporteur, après avoir vérifié que le recours est accompagné de toutes les pièces nécessaires, en communique une copie au défendeur pour qu'il y répondre dans un délai de 30 jours à compter de sa réception ou dans tout autre délai fixé par la Cour.

Le défendeur ne peut évoquer dans sa réponse que des questions de fait ou de droit déjà évoquées à l'occasion de la première instance. Toutefois tout moyen d'ordre public ou d'intérêt général peut être soulevé par le défendeur à tout moment de l'instance.

Après l'expiration des délais prévus au paragraphe 1 ci-dessus ou après dépôt du mémoire en réponse, le juge rapporteur, s'il considère que le dossier est en état d'être jugé, prépare un rapport à l'intention de la chambre. S'il considère que le dossier n'est pas en état d'être jugé, le juge rapporteur peut continuer à prendre les mesures d'instruction nécessaires.

Sur appel d'un jugement ou d'une ordonnance rendue en première instance, la Cour Administrative Suprême peut rendre les décisions suivantes :

(1) un jugement d'irrecevabilité sans statuer au fond, si l'appel est incomplet et ne peut faire l'objet de régularisation, s'il est irrecevable par application des dispositions législatives ou règlementaires

(2) un jugement ou une ordonnance confirmant, sur le même fondement juridique ou un autre, la décision rendue en première instance si la Cour l'estime régulière

(3) un jugement ou une ordonnance annulant la décision rendue en première instance si la Cour l'estime mal fondée

(4) un jugement ou une ordonnance infirmant partiellement la décision rendue en première instance si la Cour l'estime partiellement infondée.

Pour saisir d'un appel contre une décision d'une juridiction de première instance, la Cour Administrative Suprême détient les pouvoirs suivants :

(1) Lorsque la décision contestée en appel est illégale pour vice de procédure affectant le jugement de la Cour Administrative Suprême, elle peut, si elle le juge utile, annuler la décision de la juridiction de première instance et lui réattribuer l'instance pour une nouvelle décision. Dans ce cas la juridiction de première instance peut être composée de juges différents de ceux qui ont rendu le jugement annulé et la nouvelle décision peut être différente de celle annulée.

(2) Lorsque la décision contestée en appel est irrégulière, en ce qui concerne l'examen des faits par le juge ou son refus de faire droit à la demande de l'appelant d'enquête sur les faits, la Cour Administrative Suprême, si elle le juge utile, peut annuler la décision de la juridiction de première instance et ordonner à une autre juridiction de première instance ou à celle ayant déjà statué, composée éventuellement des mêmes juges, de statuer à nouveau totalement ou partiellement sur l'instance.

(3) La Cour Administrative Suprême peut, si elle considère que les faits sur lesquels a statué la juridiction de première instance ont été insuffisamment prise en compte, ordonner à la juridiction qui a déjà statué de juger à nouveau totalement ou partiellement l'instance, dans une forme de jugement semblable ou différente de celle ayant participe à la première décision.

La décision de la juridiction de première instance rendue sur renvoi, conformément aux dispositions ci-dessus, peut faire l'objet d'un nouvel appel.

La Cour Administrative Suprême peut, après s'être prononcée sur l'appel, soit évoquer l'affaire elle-même, soit la renvoyer pour décision à une juridiction de première instance.

Lorsqu'un appel a été formé contre une décision de la juridiction de première instance suspendant, par application des dispositions de l'article 73, l'exécution d'un arrêté réglementaire ou individuel et, si l'appelant a demandé à la Cour Administrative Suprême de mettre fin à la décision de première instance de suspension ou accordant une provision, la Cour Administrative Suprême peut, lorsque l'intérêt public est menacé ou que l'appelant risque de subir un préjudice irréparable, accorder le sursis à exécution de la décision de suspension ou de provision rendue en première instance, jusqu'à ce que la Cour Administrative Suprême ait statué sur l'appel.

A l'exception des dispositions de la présente partie spécialement applicables à la Cour Administrative Suprême, les dispositions du présent règlement relatives à la juridiction de première instance sont applicables à la procédure devant la Cour Administrative Suprême.

III. LA JURIDICTION ADMINISTRATIF ET LA RECHERCHE DE LA PROTECTION OPTIMALE DES DROITS

Section 1 : Le recours

§1. Le recours français

(A) La compétence classique

1. Le contentieux de l'excès de pouvoirs

(1.1) Le contentieux de l'excès de pouvoir ordinaire

On pourrait le nommer l'arme absolue contre l'illégalité. Il donne au juge un pouvoir que peu de juridictions ou institutions du type ombudsman ont : déclarer un acte illégal, voire le priver de toute existence ou l'annuler, c'est-à-dire le faire disparaître, non pas pour l'avenir seulement, mais depuis sa naissance. L'acte est réputé n'avoir jamais existé, de quelque autorité qu'il émane. Le contrôle par la voie de l'appel et de la cassation n'est pas, en effet, limité aux autorités locales (maire d'une petite commune ou fonctionnaire local d'Etat).

Il englobe directement les actes des plus hautes autorités de la République. Ainsi, le plus humble des citoyens ou un étranger peut-il, sans bourse délier, sans même avoir à rémunérer un avocat, faire annuler un décret du président de la République pris en Conseil de ministre.

Le contrôle concerne aussi bien d'autres actes, comme ceux des responsables d'établissement publics ou même ceux d'organisme purement privés chargés d'une mission de service public, tels les centres régionaux de lutte contre le cancer ou les organismes sportifs chargés d'organiser des compétions nationales ou régionales.

L'ensemble du contentieux de l'excès de pouvoir regroupe, en fait, trois types de recours, très divers par l'importance du fond et leur fréquence statistique.

(a) Etre ou ne pas être : la déclaration d'inexistence

C'est le recours le moins fréquent dans l'hypothèse où l'acte attaqué n'est pas seulement illégal ; à proprement parler, il n'a jamais eu d'existence légale. Pour rares que soient de tels cas, le contrôle a un effet absolu : l'actes est déclaré « nul et de nul effet ». Enfin, pour que la garantie soit maximale, ce recours est possible à tout moment car il n'est enfermé dans aucun délai.

(b) L'appréciation de légalité ou le respect de l'autre

L'hypothèse type est celle où, à l'occasion d'un litige porté devant le juge judiciaire, se pose la question de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, question qui commande la réponse au fond. Dans ce cas, si le juge pénal a reçu compétence pour ce prononcer, il n'en va pas de même pour le juge civil qui doit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir le juge administratif, seul compétent, compte tenu des règles de séparation des compétences des deux ordres de juridiction. Il s'agit d'un recours dit « sur renvoi » pour

lequel le Conseil d'Etat a seul compétence pour statuer en appel des jugements des tribunaux administratifs.

Dans ce cas, le conseil voit sa compétence limitée aux questions faisant l'objet d'un jugement judiciaire avant dire droit. Il statue dans les limites du renvoi et doit répondre à l'ensemble des questions posées en respectant l'autonomie du juge judiciaire. Par exemple, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la qualité ou l'intérêt du demandeur à agir. En revanche, le conseil refuse, à bon droit, de statuer s'il ne s'agit pas d'un acte administratif ou s'il n'est pas compétent à l'égard de la question posée.

Contrairement au recours précédent, le recours sur renvoi a fait l'objet de plusieurs centaines de cas de saisine au cours des deux décennies précédents Deux exemples permettent d'illustrer le propos : un litige civil oppose deux propriétaires voisins, alors que la solution au fond dépend de savoir si le permis de construire de l'un d'eux est légal, ou bien se trouve posé devant un tribunal de grand instance un litige privé dont la solution dépend de la définition de la limite du domaine public maritime.

Cependant, même si ces deux types de recours ne peuvent être négligés, le grand œuvre du Conseil d'Etat pour la protection des libertés et du droit a été l'invention du recours pour excès de pouvoir.

(c) La voie royale du contrôle de la légalité républicaine : le recours pour excès de pouvoir

Son nom indique sa portée. Le pouvoir, en tant que tel, n'est pas

sanctionnable. Il est même la garantie d'une société organisée. Son excès seul doit être banni et, s'il advient, il faut le sanctionner avec rigueur.

Une décision célèbre du Conseil d'Etat de 1950, *Dame Lamotte*, en donne une définition lapidaire. Il s'agit du « recours qui est ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ».

(1.2)Le juge administratif substitué à l'Etat à l'égard des actes des collectivités territoriales

Les lois de décentralisation intervenues à compter de 1982 ont supprimé la tutelle – souvent pesante- que l'Etat exerçait sur les collectivités locales. Elles ont prévu son remplacement par le contrôle de légalité que doivent exercer les préfets de région et de département. Ceux-ci, en cas d'illégalité d'une délibération d'une commune, d'un département ou d'une région, saisissent le tribunal administratif qui peut annuler l'acte pour illégalité.

Bien que la loi ne soit pas prononcée sur la nature de ce recours, dit « déféré du préfet », le Conseil d'Etat a jugé qu'il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir et en a, pour l'essentiel, appliqué les règles.

D'une part, toutes les délibérations ne font pas l'objet d'une transmission obligatoire aux préfets. D'autre part, le Conseil d'Etat a jugé que les préfets n'étaient pas légalement tenus de saisir le juge administratif. Enfin, quel que soit le courage des serviteurs de l'Etat, le suicide professionnel y a peu d'adeptes. Déférer l'acte d'une collectivité territoriale dirigée par un membre de la majorité gouvernementale de l'heure peut présenter quelque danger…ou, à tout le moins, le haut fonctionnaire concerné peut-il le croire, sans aucun doute à tort.

Il reste que le recours pour excès de pouvoir reste aujourd'hui une arme essentielle du respect de la légalité auquel le Conseil d'Etat demeure particulièrement attaché, qu'il soit directement compétent pour le reconnaître ou, indirectement, par la voie de la cassation des arrêts rendus par les Cours d'appel.

2. Le recours de pleine juridiction

Si étendus et reconnus que soient les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir, nous avons vu qu'ils rencontraient deux limites.

Ils se limitaient à l'annulation, uniquement pour illégalité. Or, le juge peut faire l'objet d'autres demandes de la part de citoyens, et qui sont justifiables : il est bon de constater qu'une mesure est irrégulière, mais l'ordre social peut exiger davantage par exemple que les dommages occasionnés par l'acte irrégulier fassent l'objet d'une indemnisation ; par exemple lorsque la situation est agréée par le juge. Ainsi, celui-ci remplacera la situation contestée par sa propre décision. Si un contribuable se plaint d'une imposition exagérée, le juge, s'il partage cette analyse, pourra déterminer l'impôt dû et donc se substituer aux services d'assiette. Si un électeur d'une commune estime que le décompte des voix d'un candidat est erroné ou que des fraudes dans un bureau de vote ont été commises, le juge pourra annuler l'élection ; il pourra aussi, s'il dispose d'éléments pour établir un nouveau décompte, déclarer élu tel ou tel candidat.

Il y a trois exemples de recours de pleine juridiction

(a) Un terrain d'élection : le contentieux indemnitaire

Ceci correspond à l'hypothèse où un administré, s'estimant lésé dans ses droits (on lui refuse un avantage qu'il sollicite) ou victime, dans ses biens ou sa personne, d'agissements d'une personne publique (patient d'un hôpital), demande une réparation pécuniaire.

(b) L'immense domaine de la responsabilité contractuelle

Les administrations de l'Etat et des autres personnes publiques s'occupent, chaque année, dans un grand nombre de contrats de construction, de fournitures diverses ou de services.

L'exécution de ces contrats peut, bien évidemment, donner lieu à des litiges qui relèveront du plein contentieux dans la mesure de la compétence du juge administratif (l'administration peut, en effet, dans certains cas, préférer se situer sur le terrain du droit privé).

(c) Les contentieux spécifiques traditionnels

Le législateur a confié, souvent depuis longtemps, à la juridiction administrative le soin de régler les différends correspondant à des législation protectrices particulières. Leur énumération relève du manteau d'Arlequin : le contentieux fiscal, celui des élections communales, cantonales, régionales, européennes, des installations classées pour la protection de l'environnement, des immeubles menacés de ruine, celui de la qualité de réfugié ou de travailleur handicapé : on le voit, la palette est large.

Tous ces contentieux ne relèvent pas de la compétence de premier ressort du Conseil d'Etat qui passe parfois par la voie de l'appel (élection) ou, plus fréquemment, par celle de la cassation. Toujours est-il que c'est lui qui, au cours de temps, a forgé les principes et qui, aujourd'hui, en contrôle le respect. Plus récemment, depuis une quinzaine d'années, le Parlement a confié d'autres missions au Conseil pour lesquelles il a reçu compétence exclusive ou partagée.

(B)Les nouvelles compétences

1.En matière économique et financière

De nombreux organismes de régulation créés par loi ont reçu de très importants pouvoirs et, notamment, celui de prononcer des sanctions pécuniaires qui peuvent être considérables, ou des sanctions professionnelles graves (retrait d'autorisation ou d'agrément). Le Parlement, en soumettent ces mesures au juge de plein contentieux, a prévu de permettre à celui-ci de substituer sa propre appréciations à celle de ces autorités dites indépendantes. Citons, pour illustrer ce propos, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, la Commission de régulation de l'électricité et, dans un autre domaine, le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage.

L'exemple le plus récent est offert par la loi de sécurité financière du 1er août 2003 qui a créé l'autorité des marchés financières et prévu la compétence du Conseil d'Etat pour juger les décisions réglementaires de la nouvelle institution et les sanctions prises contre les professionnels.

2.Le juge répressif

(2.1)La protection du domaine public

Pour tout un chacun, le juge répressif est le juge pénal. Certes, mais héritage de la vieille Europe, le juge administratif a aussi un rôle répressif. Ainsi, depuis une ordonnance de Colbert de 1681, l'Etat dispose-t-il de moyens puissants pour faire respecter le domaine

public maritime, moyens dont l'actualité récente nous a montré la pertinence et la difficulté à les utiliser, au moins dans certaines parties insulaires du territoire de la France.

Ce rôle s'étend également à la protection du domaine public fluvial et à celui des voies ferrées, par exemple. Une décision du Tribunal des conflits de 2001 a reconnu à la juridiction administrative une compétence de principe pour tous les litiges nés de l'occupation sans titre du domaine public.

Le caractère répressif des poursuites qui peuvent être engagées est marqué par l'emprunt de principes appliqués par le juge pénal. Ainsi, comme lui, le juge administratif est tenu à une interprétation stricte et non extensive de la loi. De même, s'appliquent les règles du non-cumul et de personnalisation des peines. Cela dit, chaque régime est autonome et l'engagement de poursuites devant le juge pénal ne fait pas obstacle à l'intervention du juge administratif.

Les sanctions que prononce le juge administratif dans de tels cas ont un caractère mixte, à la fois pénal et civil. Il peut, en effet, prononcer des amendes, mais aussi condamner le contrevenant à réparer les dommages matériels qu'il a occasionnés au domaine public.

(2.2) La protection des fonds publics

Il existe des juridictions financières dont l'objet est, notamment, la protection des fonds public. Celles-ci peuvent mettre en cause la responsabilité pécuniaire des détenteurs de fonds publics, de la Cour des comptes et de ses chambres régionales, ou celle des personnes qui ont engagé indûment des dépenses publiques. Il s'agit, dans ce dernier cas, de la Cour de discipline budgétaire. Dans les deux hypothèses, ces juridictions financières prononcent des amendes que le Conseil d'Etat est appelé à connaître par la voie de la cassation.

Signalons, cependant, que, si la protection des fonds publics paraît bien assurée, en ce qui concerne les comptables, par la Cour des comptes, le contrôle des administrateurs paraît bien lacunaire.

§2. Le recours thaïlandais

Pour envisager le recours administratif en Thaïlande, il nous faut comprendre d'abord le caractère jeune de la juridiction administrative, comme nous l'avons déjà étudié. Cela provoque des difficultés pour le recours administratif thaïlandais, dans la même perspective que le recours français. Dans notre paragraphe 1, le recours français est envisagé selon deux points : la compétence classique et la nouvelle compétence. Le même plan de recherche est un obstacle pour l'étude du recours thaïlandais : la Thaïlande est en train de trouver la stabilité de sa compétence juridictionnelle administrative classique et n'imagine pas de nouvelle compétence en matière de recours administratif. C'est la raison pour laquelle nous allons étudier le recours administratif thaïlandais selon les deux points suivants : le recours contentieux et le recours non-contentieux.

(A)Le recours contentieux

La conception du recours contentieux a été étudiée brièvement dans la section 2 de la sous-partie II (le Conseil d'Etat et l'ensemble des juridictions administratives) de cette partie. Donc, nous reverrons sa conception et ajouterons les pratiques intéressantes par rapport au tribunal.

La question de l'accès au contentieux administratif en Thaïlande se base sur l'article 28 alinéa 2 et l'article 40 (1) de la Constitution de 2007, qui garantissent le droit à l'accès au juge. De plus, la loi portant création de la juridiction administrative et la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 précise le rôle de la saisine administrative.

Nous envisagerons dans ce paragraphe la saisine administrative dans la juridiction administrative thaïlandaise. De toute façon, ces études ne concernent les problèmes techniques après l'entrée en vigueur de la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542. Ces études parlent simplement de la pratique contentieuse au tribunal, qui nous permet de comprendre mieux ensemble du contentieux thaïlandais.

Pour un requérant, la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 permet à la saisine administrative de définir son l'intérêt à agir en deux cas : la saisine par la personne qui a subi une gêne ou un préjudice causé (article 42) et la saisine par le médiateur (article 43).

Par rapport à la définition de « la personne » précisée par l'article 42, cette loi ne précise pas la possibilité de la saisine par la personne morale. De plus, la loi indique aussi que la personne ayant le droit de former une requête devant la juridiction administrative doit être une personne qui subit une gêne ou un préjudice causé par un acte ou une négligence d'une administration ou d'un agent de l'Etat ou en cas de différend relatif à un contrat administratif ou quand les autres cas relèvent de la compétence de la juridiction administrative prévus à l'article 9. Et sous la condition que la demande de cette personne soit pour remédier à cette gêne ou ces dommages, un jugement prévu par l'article 72 est nécessaire.

La requête n'est recevable que lorsque tous les recours administratifs préalables imposés par la loi ont été épuisés et que des décisions sont prises ou les décisions ne sont pas prises dans un délai raisonnable ou dans un délai prescrit par la loi.

Par contre, la saisine de la part du médiateur en vertu de l'article 43 est une saisine réservée au cas où le médiateur estime que les règlements, l'action de l'Administration ou de l'agent de l'Etat ne se conforme pas à la Constitution, il peut saisir la cour administrative. Dans ce cas, le médiateur en a le droit et le devoir comme le requérant visé par l'article 42.

La formulation de la requête est vraiment importante pour la saisine administrative. Par rapport à l'article 45, la requête doit (1) indiquer le nom et la demeure du requérant ; (2) indiquer le nom de l'administration ou de l'agent de l'Etat qui est la cause du recours ; (3) exposer les faits étant la cause du recours ainsi que les faits ou les circonstances concernant l'affaire de façon suffisante ; (4) préciser les conclusions ; (5) être signé par le requérant, dans le cas où la requête est introduite par le représentant, la procuration doit être établie et jointe à la requête.

C'est l'office de la juridiction administrative qui avertit le demandeur de régulariser sa requête en cas de non-respect des formalités ou en cas d'insuffisance de la requête précise. La requête collective sera acceptable sous réserve d'un représentant unique, et dans ce cas, tous les actes de procédure exercés par ce mandataire, sont considérés comme des actes accomplis par les autres requérants, à l'exception des actes qui nuiraient à leurs intérêts.

La requête est gratuite, à l'exception de la requête prévue par l'article 9 alinéa premier (3) (concernant la responsabilité pour faute de l'administration ou d'un agent de l'Etat dans l'accomplissement des obligations qui leur sont fixées par la loi ou les règlements) ou (4) (concernant le contrat administratif) ou pour laquelle les droits de procès sont de 2.5% mais ne dépasse pas 200,000 bahts

Dans le déroulement de l'instance, les parties peuvent se présenter en personne ou se faire représenter par un avocat ou un mandataire qui en a la qualification, conformément aux règles fixées par l'assemblée générale de la Cour suprême administrative.

Avant le déroulement de l'instance, les parties ont eu l'occasion de fournir leurs mémoires, leurs preuves et témoins pour soutenir les mémoires. Les mémoires sont écrits, les observations orales peuvent être autorisées par le juge.

Les parties ont le droit de connaître et vérifier les pièces et les preuves de la partie opposée, sauf interdiction par le juge ou protection par la loi. Par conséquent, ces pièces et ces preuves ne peuvent être utilisées par les juges.

A la demande du juge, des personnes ou les experts sont sommés de donner des explications ou de fournir des pièces ou des preuves relatives à l'enquête.

Le juge administratif thaïlandais a un rôle actif. La loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse lui donne le moyen de chercher les faits en dehors des pièces ou des preuves introduites par les parties, et aussi la possibilité de demander des personnes ou des experts en cas de nécessité. Plus précisément, l'article 61 de cette loi attribue au juge administratif dans 5 cas (1) le pouvoir d'ordonner à l'administration ou l'agent de l'Etat concerné de faire les mémoires ou les observations écrites concernant leur fonction, (2) d'ordonner à l'administration ou à l'agent de l'Etat concerné d'envoyer les objets, les documents, ou d'autres preuves relatives au litige, ou de désigner un représentant pour témoigner ou faire une observation devant le juge, (3) d'ordonner aux parties de témoigner ou d'apporter des preuves, (4) d'ordonner à toutes personnes concernées de venir témoigner ou d'apporter des preuves au juge, (5) d'enquêter ou d'ordonner une décision sans trancher le litige conformément à la loi. Et même en cas de nécessité, le juge dispose du pouvoir de faire une visite des lieux, de procéder à la vérification des personnes et des choses. Il peut désigner quelqu'un pour cette tâche.

Le pouvoir du juge, dans ces cas-là, convient au système de l'Administration forte en Thaïlande. Le rôle actif du juge administratif peut aider l'individu en cas de difficulté pour la demande des pièces et des preuves qui sont du ressort de l'Administration. En même temps, ce rôle actif du juge ne doit pas perturber la gestion de service public. L'Administration peut continuer sa fonction sans avoir besoin de la suspension de la saisine administrative.

Quand l'affaire est déposée devant la juridiction administrative, c'est le Président de la Cour suprême administrative et le Président du tribunal administratif qui décident de la répartition des affaires[54]. L'attribution de l'enquête sera soumise à la spécialité de la chambre et à la quantité d'affaires dans le chambre responsable, sous réserve de ne pas causer de préjudice à la justice.

[54] Art. 56 de la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542

Quand l'affaire est affectée à une chambre, c'est le président de la chambre qui désigne un juge comme rapporteur. Le juge rapporteur est responsable de l'instruction de l'affaire avec l'aide d'un agent du contentieux qu'il aura désigné. C'est le juge rapporteur qui dirige l'instruction de son affaire. Le juge rapporteur est responsable jusqu'à son terme ; il instruit, présente à l'instance de jugement une note comportant les faits, les questions de droit ainsi que la solution proposée au litige.

Le rapporteur doit permettre aux parties de présenter, de contester et de connaître les moyens et les arguments ainsi que les preuves de la partie adverse. Dès qu'il estime que l'affaire est en état d'être jugée, il présente une note comportant le résumé des faits et les questions de droit afin qu'il soit procédé au jugement.

Le rapporteur fixe les délais des différentes procédures. Si ces délais ne sont pas respectés par les parties sans raison valable ou à cause de leurs manœuvres dilatoires et que le rapporteur estime que le dossier est en état, il peut passer à la phase de jugement.

Si le retard vient du côté de l'administration ou si celle-ci fait des manœuvres dilatoires, le rapporteur peut informer le Premier ministre, afin que soient prises des mesures d'amélioration ou une sanction disciplinaire. Le juge peut infliger à la personne concernée une peine d'outrage à la magistrature.

La fonction du rapporteur ainsi que de l'agent du contentieux sera décrite et déterminée par le règlement de l'assemblée générale de la Cour suprême administrative.

Outre le juge rapporteur, il existe le rôle du commissaire du gouvernement dans le contentieux administratif thaïlandais. C'est le Président du tribunal administratif ou le Président de la Cour suprême administrative qui désigne le commissaire du gouvernement parmi les juges de la même juridiction qui ne sont pas membres de l'instance de jugement[55]. Le commissaire du gouvernement de la Cour suprême administrative peut être désigné parmi les juges du tribunal administratif[56].

---

[55] Art.58 de la loi portant de création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999)
[56] Art.58 de la même loi

Comme le juge rapporteur, la désignation et le travail du commissaire du gouvernement de la Cour suprême ou du tribunal administratif seront décrits et déterminés par le règlement de l'assemblée générale de la Cour suprême administrative[57].

Lorsque le rôle du commissaire du gouvernement est critiqué à propos du retard et de l'ajournement d'une affaire, le commissaire du gouvernement a parfois donné un avis concernant la théorie du droit administratif car il est autonome, en comparaison du juge rapporteur qui engage ses décisions au nom d'une chambre de 3 juges pour le tribunal administratif ou d'une chambre de 5 juges pour la Cour suprême administrative. L'avis du commissaire du gouvernement est important pour guider le contentieux administratif thaïlandais : c'est la raison pour laquelle la nomination du commissaire du gouvernement est souvent réservée aux juges qui finissent leurs études dans des pays étrangers, comme la France et l'Allemagne principalement.

Le rôle du juge rapporteur commence avant la délibération et après la présentation du dossier du juge rapporteur. Le commissaire du gouvernement étudie l'affaire et présente ses conclusions à l'audience devant l'instance du jugement. Le commissaire du gouvernement présente ses observations à l'audience et au délibéré mais ne prend pas part au vote[58].

Dans le déroulement de l'instance, une audience publique au moins sera tenue pour permettre aux parties de présenter au juge leurs observations orales.

La note du rapporteur résumant les faits doit être envoyée aux parties sept jours au moins avant le jour de première audience. Les parties peuvent présenter à l'audience leurs observations écrites pour soutenir ou contester les moyens de fait ou de droit.

Comme dans toutes les juridictions, l'audience est publique, mais au cas où le juge l'estime opportun ou concernant l'intérêt public, le juge peut interdire tout ou partiellement l'audience publique[59].

Dans tous les cas, la décision doit être prononcée publiquement. La publicité des décisions du juge ou le résumé ne pourra jamais constituer un délit. Cependant, pour

[57] Art.58 de la même loi
[58] Art.58 de la même loi
[59] Art.60 de la même loi

protéger l'intérêt général ou la sécurité du pays, le juge peut interdire la publication de tout ou partie de la décision[60].

En ce qui concerne la procédure d'urgence, l'article 66 précise que le juge peut l'estimer lui-même, sans avoir besoin d'en faire la demande. Conformément à l'article 66 de cette la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542, la procédure d'urgence aura lieu pour que le préjudice soit provisoirement allégé. Cette procédure d'urgence devrait être conforme aux conditions et à la procédure prévues par l'assemblée générale de la Cour suprême administrative. Le juge peut ordonner telle ou telle mesure et envoyer cette ordonnance à l'administration ou à l'agent de l'Etat concernant.

En ce sens, l'article 77 du règlement de l'assemblée générale de la Cour administrative suprême sur la procédure administrative contentieuse B.E. 2543 fait référence à l'article 266 du Code de la procédure civile, en cas de demande ou d'urgence. Par ailleurs, cet article 77 du règlement de l'assemblée générale de la Cour administrative suprême sur la procédure administrative contentieuse B.E. 2543 est inspiré de la procédure contentieuse française (concernant la procédure provisoire) avant la réforme du juin 2000. En outre, cet article utilise l'expression « préjudice difficilement réparable » comme condition pour l'accord de la procédure d'urgence par le juge. Par conséquent, ce sursis ne sera accordé qu'au cas où l'exécution (de cette décision) risque d'entraîner un tel préjudice. En bref, c'est le sursis qui est presque exclusivement utilisé, après la décision mais avant la vraie exécution.

Nous pourrons dire que la notion la plus importante pour le juge thaïlandais dans ce cas est la définition de « préjudice difficilement réparable ». Sur ce point, le juge administratif thaïlandais est obligé de faire référence à l'expérience française, notamment la conception de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mars 1913, *Abbé Lhuiller*[61], précise « des décisions susceptibles de laisser des traces physiques ou matérielles impossibles à faire disparaître ».

La décision ou l'ordonnance doit être prise par un vote majoritaire (chambre de 5 juges pour la Cour administrative suprême et chambre de 3 juges pour le Tribunal administratif). Le juge ayant une opinion non retenue pourrait joindre son avis au jugement ou à l'ordonnance, s'il est différent[62].

---

[60] Art.60 de la même loi
[61] Rec., p.323
[62] Art.67 de la même loi

La décision ou l'ordonnance doit respecter une forme définie[63] : (1) le nom du requérant, (2) le nom de l'administration ou de l'agent de l'Etat qui est la cause du recours, (3) les causes du recours, (4)les faits, (5) la décision est les motifs, (6) le fond de la requête, (7)les voies d'exécution et l'administration ou l'agent de l'Etat qui en est responsable, (8)la recommandation ou la note à la bonne exécution de la décision. La décision doit être signée par les juges qui l'ont prise[64].

La décision ou l'ordonnance est prononcée publiquement au tribunal et elle prend effet à ce jour. Le juge doit informer dans un délai raisonnable les parties de la date de la prononciation de la décision ou de l'ordonnance[65].

C'est l'Office de la Juridiction administrative qui est chargé de préparer les jugements ou les ordonnances pour que le public les consulte ou demande une copie certifiée conforme. Les frais peuvent être à la charge de l'administration selon la règle fixée par le Conseil de la magistrature administrative (C.S.M.A.)[66].

La décision prend effet pour toutes les parties en litige dès le jour du prononcé de la décision jusqu'au jour où elle est révisée ou réformée[67].

L'exécution de la décision du tribunal administratif est suspendue jusqu'à l'expiration du délai de recours. Si la décision du tribunal administratif fait l'objet d'un appel, son exécution est suspendue jusqu'à la décision définitive[68].

La décision ou l'ordonnance du tribunal administratif peut être contestée par un appel interjeté devant la Cour suprême administrative dans le délai de trente jours à compter du jour de la décision ou de l'ordonnance. S'il n'y a pas d'appel dans ce délai, la décision est définitive[69].

En cas de conflit entre les décisions ou les ordonnances des tribunaux administratifs, les parties peuvent demander à la Cour suprême administrative de statuer par

[63] Art.69 de la même loi
[64] Art.69 de la même loi
[65] Art.69 de la même loi
[66] Art.69 de la même loi
[67] Art.70 de la même loi
[68] Art.70 de la même loi
[69] Art.73 de la même loi

ordonnance, en indiquant la décision ou l'ordonnance qui sera applicable ; cette ordonnance est définitive[70].

De plus, toute personne peut former une tier opposition à une ordonnance ou à un jugement qui est préjudiciable à ses droits dans les conditions suivantes[71] : (1) l'observation de la Cour administrative est entachée d'une erreur de fait ou une nouvelle preuve change les faits essentiels, (2) une vraie partie ou le tierce intéressé ne se présente pas à une instance ou il intervient sans avoir obtenu l'autorisation de la justice, (3) le déroulement de l'instance est entaché d'une omission qui met en cause la justice de l'affaire, (4) lorsqu'il y a un changement essentiel des faits et de la question de droit qui met en cause le jugement et les effets du jugement ou une décision contraire à la loi en vigueur.

La partie ou le tiers intéressé peut former tierce opposition prévue à l'alinéa précédent lorsqu'elle ignore la cause du litige sans sa faute[72]. La tierce opposition doit se constituer dans un délai de quatre-vingts jours à compter du jour où le tiers a eu, ou aurait dû avoir la connaissance de la cause qui peut former tierce opposition, mais dans la limite de cinq ans à partir du jour où le juge a rendu le jugement ou a ordonné la décision[73].

(B)Le recours non contentieux

L'expression « non contentieux » ou « non juridictionnel » englobe tous les systèmes de garantie qui ne sont pas de la compétence du juge. A ce propos, il existe en Thaïlande plusieurs systèmes de garantie non-juridictionnelle. Dans chaque Administration, un Inspecteur Général a le pouvoir d'inspecter et de donner des instructions à l'Administration. C'est un poste de fonctionnaire destiné à observer le travail de son Administration. Nous pourrons considérer ce poste comme un type de contrôle à l'intérieur de l'Administration.

A cet égard, l'Inspecteur Général est critiqué parce qu'il n'a aucun pouvoir hiérarchique sur les fonctionnaires. Il est parfois aussi soumis à l'influence du chef du bureau.

---

[70] Art.74 de la même loi
[71] Art.75 de la même loi
[72] Art.75
[73] Art.75

Il faut aussi mentionner le contrôle politique du gouvernement. Ce contrôle semblait peu efficace car les ministres pouvaient refuser de répondre aux questions du Conseil des ministres, s'ils les considéraient comme inappropriés par rapport à la sécurité ou l'intérêt de l'Etat. Ces réponses devaient être publiées dans le journal officiel[74]. Ce contrôle avait été réformé par l'article 184 de l'actuelle Constitution et permet aux députés de poser des questions au gouvernement lors d'une séance hebdomadaire, verbalement, devant l'Assemblée Nationale.

De plus, l'existence d'un poste comme l'Ombudsman thaïlandais peut alléger des problèmes à ce point de vue. Ce système d'Ombudsman thaïlandais est inspiré du modèle scandinave et créé par la Constitution de 1999. Sa création nous conduit à plusieurs possibilités pour résoudre le problème de l'injustice par la saisine de l'Ombudsman en vertu de l'article 43 de la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542.

Nous étudierons dans ce paragraphe les recours non-juridictionnels suivants : 1.1 le recours royal, 1.2 le recours parlementaire et 1.3 le recours administratif

(1.1)Le recours royal

Ce type de recours se pratique depuis l'époque Sukhothaï[75] sous le règne du Roi Ramkamhaeng, le troisième roi de cette époque. Le roi mit une cloche à la disposition des ses sujets. Il n'y a aucune limitation pour porter plainte grâce à ce recours. Cette pratique continue et évolue jusqu'à à l'époque d'Ayuthia[76]. Désormais le Roi ne permet que le recours concernant des dyfonctionnements des magistrats, et à l'époque actuelle, le recours royal existe encore par l'intermédiaire du Secrétaire Royal qui transmet le recours au Roi.

Juridiquement, ce type de recours a une valeur légitime en vertu du décret royal de 1914. C'est un décret qui a été édicté pendant l'époque de la monarchie absolue mais il reste toujours en vigueur. En outre, toutes les Constitutions reconnaissent le droit de Grâce du Roi et c'est une des manifestations de l'humanité à la façon thaïe.

---

[74] L'article 155 de la Constitution de 1991
[75] Entre 1257-1350, voir également *L'activisme du juge administratif*, p.121
[76] Entre 1378-1867

Malgré tout, le pouvoir du Roi est une prérogative royale, et la valeur juridique de cette pratique est reconnue comme une coutume constitutionnelle[77]. Que la Constitution le prévoite ou non, le Roi détient toujours cette prérogative.

La portée du recours devant le Roi est pratiquement sans limite. Une seule limitation est l'interdiction de porter le recours contre le jugement de la Cour de cassation, en vertu de l'article 20 de la loi portant sur l'organisation et les compétences de la juridiction judiciaire[78].

Les recours peuvent être regroupés en deux catégories principales[79]. La première catégorie de recours est le recours en vertu d'un texte juridique. Le seul recours dans ce cas est le recours au droit de Grâce prévu dans la Constitution. Ce genre de recours a pour but de demander le droit de Grâce pour des infractions et des condamnations pénales. La deuxième catégorie de recours est le recours lié à la prérogative royale comme coutume constitutionnelle. Ce deuxième recours est généralement lié au travail de l'Administration. On peut le subdiviser en quatre groupes : (1) le recours ayant pour but de demander la Grâce du roi pour des sanctions autres que des peines pénales, telles que des sanctions disciplinaires ou des sanctions administratives, (2) le recours lié aux actions de l'Administration que ce soit un acte juridique ou un acte matériel, (3) le recours demandant des mesures palliatives (dans ce cas, les causes de recours sont diverses : on peut y trouver le recours demandant l'installation de l'eau courante ou l'électricité, la construction de voies publiques, l'aide financière ou l'aide pour la santé publique, etc…) (4) le recours ayant pour objectif principal d'informer le Roi de certains problèmes plutôt que de demander son intervention.

Juridiquement, la décision du Roi est prise au nom de la souveraineté et du peuple ; par conséquent, la décision du Roi est considérée comme une décision supérieure à celles de tous les organes. En pratique, le Roi, dans un premier temps et sans donner un ordre, préfère envoyer des recours aux organes administratifs compétents pour chercher des mesures palliatives aux problèmes des requérants. Dans le cas où les problèmes ne seraient pas encore résolus et où le requérant déposerait à nouveau recours auprès du Roi, ce dernier ordonnerait à l'Administration d'agir selon son ordre. C'est bien cet ordre qui a un effet juridique. En pratique, Le Roi fait très attention de cette action à ne pas influencer l'Administration et à rester impartial.

(1.2)Les commissions parlementaires

---

[77] B.UWANNO, *Le droit public*, tome 2, p.193
[78] W.PRAPATTONG, *La prérogative royale relative au recours devant le Roi en Thaïlande*, thèse pour la maîtrise en droit, Université Chulalongkorn, 1997 pp.263 et 276
[79] précité, p.263 et 276

Les commissions parlementaires sont connues en Thaïlande depuis la Constitution provisoire de 1932 qui a donné naissance à ce type du contrôle. Ce contexte a été pris par toutes les Constitutions, y compris la Constitution actuelle.

Ces commissions ont théoriquement un rôle dans le contrôle du pouvoir exécutif, malgré la forme de ces commissions et elles se réunissent comme un groupe de travail parlementaire. En Thaïlande, la fonction de recevoir et d'examiner les plaintes des administrés contre l'Administration est devenue la fonction principale des commissaires parlementaires[80]. Ainsi les électeurs ont un rapport proche avec leurs députés. En conséquence, lorsqu'ils ont des problèmes, ils déposent leurs plaintes à leurs propres représentants.

Il existe deux types de commissions parlementaires : les commissions ordinaires et les commissions *ad hoc*.

Pour les commissions ordinaires, leurs membres deviennent uniquement des parlementaires : les députés pour les commissions à l'Assemblée nationale ou les sénateurs du Sénat. Par contre, les membres des commissions *ad hoc* peuvent être ou non des parlementaires, et la nomination de chaque commission *ad hoc* doit indiquer explicitement sa mission.

Le travail des commissions parlementaires est critiqué pour son inefficacité. Le premier élément concerne la répartition des tâches entre les différentes commissions ordinaires[81]. Le deuxième élément est lié à l'autorité réelle de la commission parlementaire.

(1.3)Le recours administratif

---

[80] Tongtoong JANTARANGSU, *L'amélioration du système de travail de la Commission parlementaire, Etude pour la formation des propositions de la réforme politique thaïlandaise rendue à la Commission du développement de la démocratie*, Office de la fondation pour la contribution à la recherche, 1995, p. 9, cité par B.WANNAPANICH, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et en Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000p.110

[81] B.WANNAPANICH, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et en Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000 p.111

Il est difficile de préciser la période exacte de sa première existence ; le recours administratif en Thaïlande existe depuis longtemps. On peut trouver la naissance du système du recours administratif dès 1934, dans la proposition d'un juriste français, René Guyon.

Lors de la rédaction du projet de loi sur les compétences du Conseil d'Etat, René Guyon avait suggéré que les actions de l'Administration devraient être précédées par un recours administratif au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte ou de la décision discriminée avant de saisir le tribunal administratif. Il s'agissait là d'un recours administratif général et obligatoire. Plus précisément, selon sa proposition, le plaignant devrait s'assurer que la décision contestée avait été réexaminée et confirmée par le ministre responsable. Ceci pour permettre aux parties de régler leurs litiges à l'amiable ou de s'expliquer afin d'éviter une perte de temps et d'argent qu'entraînerait une action en justice. Le recours juridictionnel n'était recevable qui si le plaignant avait épuisé tous les recours administratifs non contentieux[82].

D'ailleurs, le recours administratif non-contentieux sera défini en deux cas : le recours administratif sans texte et le recours administratif prévu par un texte.

Le recours administratif sans texte est basé sur l'idée que « l'homme a le droit de déposer une pétition selon les dispositions de la loi ». Même si ce texte est très vague et n'apporte aucune précision, on est convaincu que le droit de porter le recours existe depuis le fondement du système de « loi ». C'est la raison pour laquelle on considère aussi que le principe général du recours administratif est une voie facultative.

Le recours administratif en vertu d'un texte est un cas moins abstrait. Bien qu'ils soient rares, il existe certains textes juridiques, législatifs ou règlementaires prévoyant explicitement le droit de recours administratif. En ce sens, la question posée est le caractère obligatoire ou facultative d'examiner le recours. Un critère sûr est que seuls les textes à valeur législative peuvent rendre obligatoire un recours administratif. Car le principe du droit de recours en Thaïlande considère que si le requérant n'a pas déposé son recours ou n'a pas épuisé le recours administratif, il n'a pas le droit de se pourvoir devant la juridiction[83].

---

[82] Charnchai SAWANGSAGDI, Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais, thèse, Aix-Marseille, 1978, pp.106-107

[83] B.WANNAPANICH, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et en Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000, p.114

Nous trouvons des recours administratifs obligatoires dans certaines lois, telles que le Code général des impôts, la loi de 1979 sur la construction des édifices[84], etc. … Quant aux recours administratifs facultatifs, ils sont prévus, par exemple, dans le règlement n°9 du Conseil supérieur des fonctionnaires civils sur les modalités de recours hiérarchique ou dans le règlement du Bureau du Premier Ministre, portant sur la fourniture des équipements publics, etc. …[85]

La modalité, la formalité et le délai des deux recours sont différents selon les textes. La portée des deux recours est la même car elle englobe le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité.

La différence majeure entre les deux recours est la condition de la recevabilité. Le recours obligatoire est une condition préalable de recevabilité[86] ; par contre pour le recours facultatif, le requérant n'a pas besoin d'utiliser le droit de recours administratif, mais il peut directement saisir la juridiction.

La recevabilité du recours a pour conséquence l'effet juridique du recours administratif. C'est-a-dire que la saisine du recours facultatif ne donne pas systématiquement le sursis à exécution. Mais dans certains cas, comme par exemple la loi de 1979 sur le contrôle de la construction des édifies ou la loi de 1985 sur les cimetières et les lieux de crémation[87], les textes prévoient automatiquement le sursis à exécution de l'acte contesté.

Section 2 : Le conseil d'Etat et la création du droit

Dans un pays de droit écrit comme la France, on aurait pu s'attendre à ce que l'essentiel du droit positif émane du Parlement et des conventions et accords internationaux auxquels elle est liée.

En réalité, force est de constater que des pans entiers du droit sont issus de la jurisprudence du Conseil d'Etat, y compris dans des domaines concernant la vie quotidienne des citoyens.

---

[84] B.WANNAPANICH, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et en Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000 p.114
[85] précité, p.114
[86] En vertu de l'article 20(4) de la loi de 1979 concernant le Conseil d'Etat
« Article 20. Sont irrecevables les recours concernant les affaires suivantes :
[…]
(4) une affaire dont le requérant n'a pas encore épuisé tout recours administratifs préalable imposé par la loi concernée »
[87] B.WANNAPANICH, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et en Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000,p.115

§1. La « création » et la « découvert » en droit français

(A) « création » de normes nouvelles : L'invention d'une responsabilité sans faute

Depuis toujours et, en tout cas, depuis le Code civil de 1804, la responsabilité était fondée sur l'idée de la réparation d'une faute. La faute continue aujourd'hui à pouvoir fonder la responsabilité des personnes publiques mais, à côté d'elle, le juge a reconnu, peu à peu, des cas, aujourd'hui nombreux, où l'équité et la justice exigeaient au autre fondement.

Nous nous en tiendrons à l'analyse talentueuse à la doctrine sur la distinction des deux grandes catégories d'hypothèses, l'une fondée sur la notion d'égalité devant les charges publiques, l'autre sur celle du risque. Nous nous bornerons à parler de responsabilité sans faute.

L'idée de base qui a conduit, dès le siècle dernière, à la reconnaissance d'une responsabilité sans faute, puis à son important développement est que la société se doit de protéger les personnes physiques ou morales dans le cas où le terrain de la faute ne parviendrait pas à permettre une réparation équitable.

Ce peut être le cas en présence, de la part d'une personne publique, d'objets où de comportements dangereux : un dépôt d'explosif, l'utilisation d'armes, la présence d'un ouvrage public dangereux, l'utilisation de méthodes thérapeutiques nouvelles, la mise en œuvre de méthodes libérales de rééducation, ou de traitement de troubles mentaux.

Il peut s'agir également de dommages causés à des tiers par des travaux ou un ouvrage public ou à des personnes qui, occasionnellement, collaborent à un service public, tel un baigneur qui se noie en tentant de porter secours à un baigneur en difficulté.

Il peut également se faire qu'une personne publique, tout en prenant une décision légale dans l'intérêt général, cause un dommage à une personne ou un groupe déterminé, par exemple lorsqu'un préfet refuse de prêter le concours de la force publique pour appliquer une décision de justice prononçant d'expulsion d'un locataire ou l'éviction de grévistes d'une usine, lorsqu'il existe des menaces de troubles à l'ordre public.

La loi elle-même ou une convention internationale qui, par nature, ne peut être juridiquement fautive, est cependant susceptible d'ouvrir droit à réparation si, au nom de la recherche de l'intérêt général, un intérêt légitime particulier a été froissé. Quant aux centres de transfusion sanguine, le Conseil juge que : « Eu égard tant à la mission qui leur est confiée par la loi qu'aux risques que présente la fourniture de produits sanguins, les centres de transfusion sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables dues à la mauvaise qualité des produits fournis ».

La voie ouverte par le Conseil d'Etat, pour audacieuse et innovante qu'elle soit, n'est pas restée sans écho. En effet, le Parlement a adopté plusieurs lois instituant des régimes de responsabilité sans faute. Récemment, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades a sensiblement modifié la situation issue de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, si elle prévoit que les professionnels et établissements de santé ne sont responsables qu'en cas de faute, cependant, les établissements sont responsables, même sans faute, des infections nosocomiales.

On le voit, le juge a devancé le législateur dans le constat de certains dommages ou certains aléas, pour l'équilibre de la société et l'équité qui doit la caractériser. Il a reconnu que certaines difficultés de la société méritaient que le juge fît un effort de construction juridique, pour tempérer les arbitraires de la vie.

(B)« découverte » de normes nouvelles : Les principes généraux du droit

Certains des principes les mieux établis de notre droit public trouvent leur origine dans la jurisprudence patiemment dégagée par le Conseil. Citons la règle de la continuité du service public qui impose des sujétions à l'administration comme à ses cocontractants, mais constitue une solide garantie pour les usagers. Evoquons également le principe de neutralité du service public, condition essentielle du respect de l'égalité figurant dans la Constitution mais auquel le juge a entendu donner un contenu concret.

Parfois, le juge doit, pour rendre justice, remédier à la carence du législateur. Ainsi, le Préambule de la Constitution de 1946 a bien posé le principe selon lequel « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent » mais cinquante-huit ans après, ce règlement légal n'est pas intervenu. Seuls ont été publiés des textes fragmentaires ou sectoriels.

Le rôle créateur de droit se révèle, avec encore plus de clarté, lorsqu'il « découvre » un principe général du droit. Théoriquement, le Conseil ne crée pas un principe car il n'a pas le pouvoir de légiférer. Sans doute, préexiste-t-il mais le Conseil le révèle et en tire d'importantes conséquences de droit. Par exemple, reconnaissant le principe du « droit à une vie familiale normale », le Conseil annule un décret ayant pour effet d'empêcher les étrangers résidant régulièrement en France de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants.

Parfois même, il élève le principe qu'il dégage dans la hiérarchie des normes en le déclarant de niveau constitutionnel, bien qu'il n'ait aucun fondement écrit. Ainsi, a-t-il jugé que l'Etat doit refuser une demande d'extradition pour un motif politique, principe dont il a estimé qu'il figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Parfois aussi, de façon purement prétorienne, le Conseil étend, dans un secteur non couvert par la législation, une disposition existant ailleurs.

Il convient de noter encore qu'il lui est arrivé d'ajouter à l'ordonnancement constitutionnel en reconnaissant ce caractère à certains principes, comme la liberté d'association ou l'interdiction d'extradition politique. On peut donc conclure que seules la loi et la Constitution limitent la compétence du Conseil d'Etat.

Quant à la loi elle-même, si le juge se doit d'en être pleinement respectueux, il est souvent conduit à l'interpréter. Ceci peut le conduire, lorsque la question se pose, à donner de la loi une interprétation qui la rende conforme à la Constitution ou à un texte international.

Allant au-delà, le juge peut avoir à constater qu'une disposition législative, bien que postérieure à un accord international, est en contradiction avec lui. Dans ce cas, il déclare cette disposition de la loi inapplicable au cas d'espèce.

Au simple énoncé de ces questions, on mesure combien serait sommaire l'analyse qui se contenterait de faire du Conseil d'Etat un juge se bornant à appliquer mécaniquement la législation et la réglementation.

§2. La « création » et la « découverte » en droit thaïlandais

Par rapport à l'âge de contentieux administratif thaïlandais qui est assez jeune par rapport aux contentieux administratif français. Quant aux principes généreux du droit, nous envisagerons les sources des principes généreux du droit.

Premier hypothèse, le juge administratif crée les principes généreux du droit ou on peut répondre la question sous l'évolution de la notion des principes généreux du droit et sa tentative de notre jour par le deuxième hypothèse ; le juge administratif ne crée rien ; il ne fait que constater les principes généreux du droit.

Par rapport à l'histoire de contentieux administratif thaïlandais, on sait bien que la réponse du deuxième hypothèse est « non », la jeunesse du contentieux administratif est un grand obstacle pour analyser les principes généreux du droit administratif.

Donc, on pourrait répondre cette question par la première hypothèse, c'est le juge administratif qui créé ces principes.

Si le droit administratif thaïlandais, par opposition à droit administratif français, a réalisé une évolution progressive et continue, c'est grâce à son caractère jurisprudentiel. Non seulement, par sa nature même, le juge administratif n'a pas, dans son domaine, cédé à des élans révolutionnaires successifs et de sens contraire, mais il a interprété les textes susceptibles d'affecter les principes essentiels du droit administratif dans le sens le moins contraire à la continuité et à la stabilité.

Au nombre des mérites que l'on attache généralement à un droit jurisprudentiel, l'on met toujours au premier plan la « souplesse », la faculté « d'adaptation ». Mais l'on ajoute aussitôt que ces avantages sont compensés pas un inconvénient qui est celui de la moindre prévisibilité des solutions et donc une certaine diminution de la sécurité juridique. Que quelles raisons jusqu'à une époque récente les avantages ont été nettement plus importants que les inconvénients.

Tout d'abord, pour le droit administratif, ce n'est pas seulement en termes de souplesse ou d'adaptation mais en termes de créativité qu'il faut apprécier le rôle du juge. Sans doute, celui-ci a-t-il été amené le plus souvent, dans sa jurisprudence quotidienne, à adapter à de nouvelles institutions les règles conçues avant leur naissance. La montée de l'administration économique, l'apparition de types d'organismes et de formes de gestion des services publics jusque-là inconnus, celle de nouvelle « polices » ont exigé cet effort. Mais ce qu'il y a de plus sensible, ce sont les conquêtes incessantes du juge administratif dans le contrôle des actes et dans l'élargissement de la responsabilité de la puissance publique.

C'est encore une occasion de supposer que, toujours vraisemblablement, cette œuvre a été conduite avec le juge qu'elle ne l'aurait été par le législateur. Outre que le seuil d'intensité de la « demande sociale » qui déclenche une réforme paraît plus élevé pour le second que pour le premier (comme le montre le développement plus rapide de la responsabilité sans faute dans la jurisprudence administrative que dans la législation), le juge peut procéder de manière moins provocante – plus insidieuse même – quand il s'agit d'innover. Pour ne prendre qu'un exemple entre autres, il est fréquent qu'une conquête nouvelle ait pour pour première étape une décision apparemment négative. A l'instar de ce que fit jadis la Cour suprême des Etats-Unis pour affirmer son droit au contrôle de constitutionnalité, le juge administratif commence par exemple, pour élargir son pouvoir de contrôle ou les droits des administrés, par donner raison, dans une espèce, à l'Administration, mais en affirmant des motifs de droit qui, lorsque les circonstances de fait qui en commandent l'application seront réalisés, conduiront à des solutions plus libérales que celles de l'état ancien du droit. Ainsi, la faculté de résistance de l'administration est affaiblie, le principe étant posé et déjà acquis dans un litige dont la solution n'exige pas qu'elle exécute une condamnation. On montrerait de même de quel précieux secours a été la licence pur et simple pour écarter d'anciens obstacles sur la voie du contrôle : la rédaction progressive de la liste des actes de gouvernement s'est faite le plus souvent par des décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat a simplement passé sous silence l'irrecevabilité pour incompétence qu'il opposait dans sa jurisprudence antérieure.

L'emploi de ce terme – l'un des moins précis de la langue contemporaine – est l'occasion de mettre un peu d'ordre dans nos idées.

On peut tout d'abord reprocher au droit jurisprudentiel d'être la source de règles de droit d'une force comparable à celle de la loi sans que la nation ou ses représentants aient été appelés à la consentir. Ce serait l'accusation majeure, celle qui frapperait le droit administratif d'illégitimité.

Elle ne nous paraît pas fondée. Pour justifier ce sujet, on n'entrera pas ici dans le très difficile examen de la nature du pouvoir normatif de la jurisprudence. On rappellera seulement pour mémoire qu'une ombrageuse tradition représentative, qui a toujours des défenseurs de qualité, veut que le juge, chargé d'appliquer la loi, ne dispose pas d'un vrai pouvoir d'interprétation qui doit être réservé au législateur et que la création de règles de droit par le juge constitue une usurpation inacceptable.

Le juge administratif thaïlandais ne s'est jamais posé en détenteur d'un droit naturel à lui révélé et qui prévaudrait contre les masses ou contre les puissances. Comme le montre le développement des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, la règle de droit qu'il énonce là où « le silence, l'obscurité, ou l'insuffisance » du droit législatif l'y invitent est « découverte », ou mieux « accouchée » et non « inventée ». Elle a déjà émergé dans le droit législatif à propos de telle ou telle occasion particulière ; presque toujours elle traduit un besoin social plus ou moins clairement ressenti par les individus. On pourrait couvrir ceci des théories d'un célèbre juriste français : Léon Duguit sur la nature de la règle de droit ou, en termes de sociologie politique, parler de consens. L'essentiel est que la règle de droit d'origine jurisprudentielle ne soit pas une manifestation d'impérialisme judiciaire. C'est d'ailleurs dans un sens très progressiste et, si l'on se permet ce jeu de mots, « démocratique » que s'est fait généralement la création des règles de droit par le juge administratif, souvent, bien que non toujours, en avance sur le législateur.

I : Le juge

Section 1 : L'indépendance de l'ensemble de la juridiction administrative

§1. L'indépendance, son organe et son juge de la juridiction administratif

(A) L'indépendance organique

Nous envisagerons ce sujet en deux points : l'indépendance organique par la loi (1) et l'indépendance organique par la société (2)

1.L'indépendance organique par la loi

(1.1) La loi 16-24 août 1790 et le passage de la justice retenue et la justice déléguée

Depuis sa création sous la forme moderne par Bonaparte en 1799, le Conseil d'Etat français a été à plusieurs reprises contesté, dès le début du dix-neuvième siècle, à la chute de l'Empire jusqu'à la Libération, parce qu'il avait continué à fonctionner sous le régime de Vichy. Pourtant à chaque fois, il a réussi à surmonter ces crises et ces critiques, au prix de quelques réformes et changements de personnes. Il y a ainsi traversé une quinzaine de régimes constitutionnels – empires, royaumes et républiques ; il constitue l'un des éléments de la continuité française, surtout si l'on admet qu'il trouve son origine dans l'Ancien Régime, avant même la Révolution française.

La justice administrative en France est très généralement présentée comme ayant pour base initiale le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, proclamé pour des raisons politiques liées aux circonstances, sous la Révolution, notamment par l'article 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790. C'est la proclamation de ce principe qui aurait en effet entraîné la création d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires constituerait lui-même l'expression française du principe de la séparation des pouvoirs, dont il serait la conséquence. L'existence de cette juridiction administrative spéciale aurait engendré un droit spécial, détaché du droit civil, le droit administratif, lequel constituerait un droit de privilèges pour l'Administration. La juridiction administrative et le droit administratif auraient donc un fondement politique contingent lié à la Révolution de 1789.

Quant au contenu de la séparation des deux catégories de fonctions, elle tient en deux propositions. La première interdit aux juges de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs »[88]. Les termes mêmes ne paraissent pas faire référence à l'exercice d'une fonction juridictionnelle appliquée à l'ensemble des litiges opposant l'Administration et les administrés, notamment en ce qui regarde les obligations nées des contrats ou de la responsabilité. Juger n'est pas nécessairement « troubler », et ce n'est pas sans raison que, longtemps, c'est sur la théorie de l' « Etat débiteur », même si elle

[88] Loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 13, « Les fonctions judiciaires, sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives, les juges ne pourrons, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction, Archives parlementaire, 1er série, tome 16, p. 703-704, cité par Velley Serge, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP* 1897, p.767

était elle-même issue de textes au sen douteux, que la jurisprudence préféra s'appuyer pour soustraire aux tribunaux judiciaire nombre de procès rattachables à ce qui devait devenir le contentieux de pleine juridiction[89].

Jacques Chevallier dans sa revue de l'année 1990[90], reprenant les résultats de ses propres travaux et de ceux d'autres chercheurs, notamment P. Sandevoir et M. Troper, montre que, dans la pensée de ses auteurs, l'article 13 faisant application de la séparation des pouvoirs avait valeur essentiellement dogmatique et impliquait nécessairement certaines conséquences, mais non, parmi elles, la soustraction de principe de l'ensemble du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires. L'unanimité s'était faite à la Constituante pour que le pouvoir judiciaire demeurât distinct des deux autres pouvoirs et n'empiétât pas sur leur exercice. Ceci entraînait nécessairement, au regard du législatif, la suppression des prérogatives que les parlements s'étaient attribuées par les refus d'enregistrement, les remontrances, les arrêts de règlement et, dans la conception « mécaniste » de la fonction judiciaire, on allait même jusqu'à prohiber l'interprétation de la loi par le juge. Au regard de l'exécutif et de l'Administration, la séparation des pouvoirs impliquait (et ceci justifie le terme « troubler »), la non-ingérence du juge dans l'administration active, notamment en matière de police et de travaux publics.

Jacques Chevallier insiste aussi sur le fait que, ceci ne préjugerait pas de la question du contentieux administratif. Sans doute l'idée de sa spécificité n'était pas absente des esprits et c'est elle qui faisait entrevoir la nécessité de ne pas le remettre purement et simplement aux tribunaux ordinaires. Dans les textes spéciaux réglant très empiriquement, au-delà de la loi des 16-24 août 1790, le mode de traitement des litiges administratifs, l'éviction des tribunaux ordinaires, qui n'est nullement générale, s'inspire tantôt de raisons pratiques, tantôt de l'idée qu'une administration très largement élective mérite confiance quand il s'agit de connaître des contestations qu'élèvent contre elle les citoyens dont elle émane.

Notamment, la plupart des notions intéressantes de l'article 13 discutent aussi la notion de fonction juridictionnelle non identique à celle de fonction judiciaire. La spécificité de l'acte juridictionnel, qui est d'ordre fonctionnel, ne coïncide pas avec celle de l'institution judiciaire qui est d'ordre organique. Les grandes controverses dogmatiques, quasi centenaires, sur le point de savoir ce qui différencie le judiciaire et l'exécutif, alors que l'un et l'autre tendent à l'exécution des lois, sont un témoignage de la difficulté à former un corps de concepts cohérents dans ce domaine et cette difficulté n'est pas encore totalement surmontée. Tout un appareillage conceptuel nécessaire à la délimitation de la fonction du juge et de l'usurpation par le juge n'était pas disponible – et pour cause – car précisément son élaboration devait se faire en grande partie pour répondre aux énigmes posées par la séparation des autorités.

L'aventure de l'article 13 de la loi de 1790 demeure pourtant exemplaire. Sur une base très fragile, car elle n'était authentifiée ni par la lettre du texte ni par l'intention de ses auteurs, allaient s'édifier deux constructions juridiques inattendues : l'une identifiant aux

---

[89] Vedel George, *La loi des 16-24 août 1790, Texte ? Prétexte ? Contexte ?*, RFDA, 1990, p. 701
[90] Jacques Chevallier, *Du principe de séparation au principe de dualité* , RFDA, Sept-Oct., 1990

exigences de la loi des 16-24 août le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires dans sa version maximaliste, l'autre conférant à ce principe et peut-être à cette version la majesté de « loi fondamentale ».

En effet, appelé à statuer sur la constitutionnalité d'une loi dérogeant à la loi des 16-24 août 1790 et à son interprétation communément reçue, si le juge s'était borné à rechercher sa compatibilité avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, il aurait omis de se référer à l'une des sources des règles constitutionnelles dont il est gardien : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et à ses commentateurs, ont été éclaircies deux erreurs concernant cette source. En premier lieu, on a cessé d'y voir l'équivalent des principes généraux du droit selon le juge administratif. Loin de procéder d'un pouvoir autonome du juge de combler les lacunes des textes, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont enracinés dans des textes. En second lieu, il s'agit d'une source qui, contrairement à ce que l'on a cru un moment, laisse peu de prise à la subjectivité du juge. D'abord, comme on vient de le dire, parce qu'elle implique une référence à des textes. Ensuite parce que, s'agissent des lois de la République, le champ législatif à explorer, nécessairement antérieur au Préambule de 1946 et excluant les périodes non « républicaines », est clairement délimité. La marge d'appréciation que comportent les termes « principe fondamentaux » est finalement assez réduite. Dans certains cas (pour la liberté d'association notamment) les intentions exprimées en 1946 à la deuxième Constituante lors des débats sur le Préambule sont claires. Dans d'autres cas, c'est dans le texte des lois ou dans une opinion non contestée émise dans les travaux préparatoires que le caractère de principe fondamental apparaît. Enfin, à défaut de ces critères, c'est la signification, l'importance de principe que le législateur lui a attachée, le lien des solutions retenues avec l'institution républicaine qui permettront l'identification. Pour prendre un exemple, le passage de la justice retenue à la justice déléguée pour le contentieux administratif par la loi du 24 mai 1872 et sa mise en œuvre par les lois postérieures témoignent du principe fondamental exigé par l'idéal républicain, selon lequel le pouvoir exécutif doit relever de juges indépendants[91].

A ces critères positifs s'ajoute un important critère négatif, celui de la constance du principe dans la législation considérée. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel n'a pas accepté comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République l'exclusion du champ de l'amnistie des fautes et des sanctions intéressant les rapports nés d'un contrat de travail de droit privé. Bien que cette exclusion ait été longtemps traditionnelle, cette continuité avait été brisée par la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 et cette seule exception a suffi à ruiner l'allégation selon laquelle la matière serait régie par un principe fondamental reconnu par les lois de la République. De même, il est vraisemblable que, si le Conseil constitutionnel, bien qu'il en ait eu l'occasion, n'a pas consacré au niveau constitutionnel le principe du jugement par jury, quelle que soit la nature du crime reproché, c'est parce que l'article 12 de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1875 permettait au Sénat, constitué en

[91] CC, 22 juill. 1980, n° 89-119 DC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9e éd., n° 31, V. la note et références aux commentaires

Haute Cour, « de juger toute personne » (et donc de simples citoyens) « prévenue d'attentat contre la sûreté de l'Etat ».

L'appel aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République n'est donc pas une facilité donnée à la juridiction constitutionnelle pour consacrer des solutions procédant de bonnes intentions, peut-être louables et opportunes, mais sans fondement objectif.

Le statut du principe de séparation est aujourd'hui assez clair.

Dans ce que l'on a appelé « noyau dur » défini par la décision du 23 janvier 1987 du Conseil Constitutionnel, c'est un statut constitutionnel auquel il ne pourrait être porté atteint que par voie de révision constitutionnelle[92].

Par rapport à la conception française de la séparation de pouvoir, dans sa décision du 23 janvier 1987[93], le Conseil constitutionnel consacre de la manière la plus solennelle une opinion fort répandue, qui présente la loi des 16-24 août 1790 et, donc, l'existence d'une justice administrative, comme la conséquence attendue, nécessaire et logique, d'une justice administrative, comme la conséquence attendue, nécessaire et logique, d'une interprétation particulière, « française » de la règle de la séparation des pouvoirs[94].

Cette « conception française » du principe énoncé dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 n'est pourtant qu'une reconstruction effectuée par les spécialistes du droit public du XIXe siècle. Ignorée des révolutionnaires, elle permet de formuler l'idée du caractère pluri-séculaire, et finalement inéluctable, d'une justice administrative ainsi érigée au rang de constante historique[95].

M. Troper a mis en évidence la référence de « conception française » du principe. Au XIXe siècle, ce principe ne revêt en effet qu'une valeur essentiellement négative, en ce qu'il se contente de proscrire le cumul de deux ou plusieurs fonctions étatiques entre les mêmes mains. Il est dès lors susceptible de s'accommoder de n'importe quel mode de répartition des pouvoirs, ainsi qu'en témoigne l'histoire constitutionnelle française.

Pour reconnaître le caractère fondamental de la règle, les constituants de 1789 s'affronteront violemment sur la question de sa mise en œuvre : séparation stricte ou souple des pouvoirs. De la même façon, il faudra plus d'un an à l'Assemblée, après la proclamation

---

[92] L'existence d'une justice administrative, comme la conséquence attendue, nécessaire et logique d'une interprétation française de la règle de la séparation des pouvoirs.

[93] Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987. Note J.Chavalier, AJDA, 1987, p.345 et s., ; L.Favoreu, RFDA, p.301 et s. ; Y.Gaudemet, RDP 1987, p.1341 et s. ; B.Genevois, RFDA, p.287 et s., cité par VELLEY Serge, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989.767

[94] Cf. par ex. les conclusions Bernard sur C.E. Ass. 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, S. 1962, p.183 ; R. Chapus, *Drois administratif général*, Paris, Domat-Montchestien, 2ed édition, p. 6-7 ; De Laubadère, Venezia, Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.DJ., 9ed, tome I, p. 431 et s. ; Vedel et Delvolvé, *Droit administratif*, Paris, P.U.F, 9e éd., p.116 ; M.Waline, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 9e, n°34, cité par VELLEY Serge, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989.767

[95] VELLEY Serge, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989.767

du principe, pour décider du traitement à réserver au contentieux de l'administration. Les avis en la matière sont au demeurent si peu affirmés que la Constitution, après avoir longuement hésité, se ralliera en définitive à une solution imprévue : la remise à l'administration d'un contentieux strictement défini par loi.

L'hypothèse d'une « conception française » de la séparation des pouvoirs n'apparaît en réalité qu'après 1840. Elle correspond alors à un besoin très précis : conforter la légalité et la légitimité d'une justice administrative en butte à la critique de l'opposition parlementaire et de l'opinion libérale.

Institution impériale ignorée des chartes, le Conseil d'Etat voit en effet son existence périodiquement contestée, sous la Restauration, à l'occasion du vote de ses crédits de fonctionnement. Ses détracteurs estiment son maintien contraire à la charte, incompatible avec un régime représentatif, et se prononcent en faveur de l'unité de juridiction.

Bien qu'atténuées après 1830, ces attaques contraindront le gouvernement et les théoriciens à se livrer à un important effort de réflexion. Certains invoquent, le caractère pluri-séculaire et nécessaire d'une justice administrative induite par une règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires présentée par Gerando comme « fondée dans la nature des choses, autant que dans les considérations de l'ordre public et dans le texte des lois ». D'autres, enfin, sollicitent le principe selon lequel « juger l'administration, c'est aussi administrer » et même, la souveraineté royale proclamée par la charte de 1814.

Paru en 1841, le manuel de Chaveau[96] sera, semble-t-il, le premier à justifier l'existence d'une justice administrative en se référent à une règle de séparation des autorités administratives et judiciaires explicitement présentée comme la conséquence directe d'une interprétation particulière du principe de séparation des pouvoirs.

Contre-vérité historique, la formule d'une « conception française » de la séparation des pouvoirs remplit une fonction d'une incontestable utilité. Elle justifie constitutionnellement l'existence de la justice administrative, tout en soulignant la permanence d'un phénomène qui transcende la rupture provoquée par la Révolution.

La théorie classique peut dès lors s'énoncer comme suit : l'existence d'une justice administrative est le produit d'une tradition dont le caractère de nécessité, confronté par la méfiance de l'Assemblée à l'encontre des tribunaux, devrait induire l'apparition d'une interprétation particulière de la règle de la séparation des pouvoirs[97].

---

[96] A. Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, Paris, 1841, tome 1, p. xvii et s., cité par VELLEY Serge, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989.767

[97] Cf. not. Julien-Laferrière, Les raisons de la proclamation de la séparation des autorités administratifs et judiciaires par l'Assemblée constituante, *Mélanges Negulesco*, Bucaret, 1935, p.427 et s. Réelle, la méfiance de l'Assemblée à l'égard des tribunaux explique en partie sa volonté d'enfermer le juge dans une fonction juridictionnelle dominée par la théorie du jugement-syllogisme. Les révolutionnaires ne cessent d'opposer l'ancien et le nouveau système, et certains en retirent même font logiquement un argument supplémentaire en faveur de l'unité de juridiction Cf. not. L'intervention de Chabroud, le 30 mars 1790, Archives parlementaires,

Les propositions contenues dans cette thèse ne peuvent être acceptées. L'idée même d'une « conception française » de la séparation des pouvoirs demeura ignorée du constituant révolutionnaire ; quant à l'argument fondé sur la tradition, il ne peut être retenu sous cette forme.

Dans un tel système, l'apparition de la notion de contentieux administratif, évidemment « subordonnée à la distinction préalable des fonctions administrative et judiciaire », était non seulement impossible, mais ne présentait de surcroît aucun intérêt pratique. Aussi n'est-ce que dans la seconde moitié du XVII siècle – avec l'émergence du concept moderne d'administration – que l'on constate l'abandon de l'idée traditionnelle de « contentieux extraordinaire », pour celle de contentieux administratif. Cette remarquable évolution sera le fait des « commissions extraordinaire de jugement à la suite du conseil ». Toutefois, ce n'est qu'avec les réformes du conseil du roi qui se succèdent après 1775 – institution, en 1777 d'un comité contentieux des finances, puis d'un comité contentieux des départements en août 1789 – et la suppression, en mai 1788, de la quasi-totalité des juridictions d'exception, que la spécificité du contentieux administratif sera enfin reconnue et consacrée.

En présentant la justice administrative comme la conséquence directe et logique d'une « conception française » de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel s'est en réalité livré à la constitutionnalisation d'un véritable mythe. Et, de fait, la théorie classique relève assurément de l'ordre de la « pensée mythique », dont « le propre (…) est d'élaborer des ensembles structurés, non pas directement avec d'autres ensemble structurés, mais en utilisant des résidus et des débris d'événements (…) des bribes et de morceaux, témoins fossiles de l'histoire d'un individu ou d'une théorie ou d'une société »[98]

Pour aujourd'hui, c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits, qui a donné l'interprétation de la loi des 16-24 août 1790. La décision du Conseil constitutionnel ne touche en rien à cette jurisprudence puisque, pour la partie où celle-ci met en œuvre un principe constitutionnel, elle n'appelle ni critique ni restriction, et puisque, pour la partie où elle met en œuvre un texte de valeur simplement législative, le juge constitutionnel n'a rien à en dire.

Quant au législateur, dans les attributions de compétence juridictionnelle concernant le contentieux administratif, son pouvoir est borné par les frontières tracées par le Conseil constitutionnel ; il s'exerce discrétionnairement hors de ces frontières.

Il n'est pas contestable que, si le législateur décidait d'user systématiquement de ce pouvoir discrétionnaire en faveur des tribunaux judiciaires, le contentieux administratif subirait un bouleversement radical qui mettrait en péril l'ensemble institutionnel et juridique construit par le juge administratif. Cet ensemble n'est évidemment pas parfait mais on peut douter qu'il puisse être avantageusement remplacé. Dans les matières de plein contentieux

---

1er série, tome 12, p. 451 cité par VELLEY Serge, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989.767

[98] Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962, p.32

pour lesquelles, de façon générale, l'attribution de compétence au juge administratif ne constitue pas une exigence constitutionnelle, celui-ci a édifié des théories probablement plus protectrices des droits des administrés que ne l'eussent été des constructions de droit privé : que l'on pense par exemple au droit des contrats administratifs ou au droit de la responsabilité de la puissance publique. Et pour, l'avenir, même si le juge judiciaire devrait, comme il l'a déjà fait, reprendre à son compte des théories du droit public, il maîtriserait sans doute moins facilement que le juge administratif leur développement et leur adaptation.

Ce contexte a subi une évolution bien connue. D'abord sur la réaction contre les abus parlementaires et sur la remise en ordre des fonctions dans l'Etat. Si, au cours du XIX siècle, dans les matières sur lesquelles le législateur ne prit pas clairement parti, la loi de 16-24 août 1790 fut interprétée dans un sens très largement favorable à la compétence du juge administratif, à la faveur des régimes autoritaires pour une justice « retenue » jusqu'en 1872. Contrairement à une logique simple, avec la IIIe république, les changements du contexte n'incitent nullement à résister à l'interprétation maximaliste de la loi de 1790 au contraire. Le Conseil d'Etat est devenu un véritable juge : sans compromettre l'autorité et l'efficacité de l'administration, il enferme le juge dans le respect de la loi et des droits des citoyens ; en matière de contrats et de responsabilité, il trouve des solutions novatrices et plus riches, par l'appel à une justice distributive, que celles auxquelles eût conduit la justice communautaire du droit privé. Tout cela exige une construction intellectuelle pour le système juridique français.

Mais dans l'ordre interne, le Conseil constitutionnel, décidément juridiction à part entière, est venu combler un vide dans l'Etat de droit. Dans l'ordre international, les juridictions européennes (bien plus que la Cour de justice international jusqu'à présent) se sont imposées. L'arbitrage est devenu un élément essentiel du commerce juridique international.

Bien plus, le justiciable lui-même a changé. Si les juges ont gagné un énorme terrain, c'est en bonne partie comme réponse à leur demande. Malgré tout, leur travail provoque la lenteur, les complications, les contradictions, les lacunes, les frontières, soutenu et parfois manipulé par la politique et par les médias.

On peut dire que, avant 1872, l'oeuvre contentieuse du Conseil d'Etat a fait l'objet de très nombreuses études, plus ou moins savantes et approfondies, beaucoup d'auteurs se bornant à lui consacrer quelques développements, le plus souvent simplement introductifs, dans des ouvrages ou articles n'ayant pas un objet principalement historique. A leur exemple, nous limiterons cette rubrique à quelques brèves observations.

En considération des mêmes faits historiques, la démonstration a pu être tentée aussi bien d'une certaine indépendance de l'œuvre contentieuse du Conseil, dès cette époque de la « justice retenue », que de sa subordination à la volonté du pouvoir.

La doctrine administrative admet couramment, depuis le début de XXe siècle, l'existence d'un « principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active », principe qui comporterait deux volets : d'une part, une certaine indépendance du

juge administratif par rapport aux administrateurs actifs, d'autre part, une certaine indépendance de ceux-ci par rapport à celui-là. A l'époque de la « justice retenue », ce principe n'a pas été dégagé par la doctrine ; il est moins encore appliqué dans les faits, ou plutôt, son second volet peut seul, alors, être observé : le Conseil d'Etat respecte avant tout l'indépendance du pouvoir ; or, ce, faisant, et ne pouvant faire autrement, il s'accommode de sa propre dépendance.

Ensuite, depuis le passage, en 1872, de la « justice retenue » à la « justice déléguée », c'est-à-dire depuis que le Conseil d'Etat rend lui-même souverainement dans les affaires contentieuses de sa compétence de véritables décisions juridictionnelles, « au nom du Peuple français », et surtout depuis qu'en 1889, avec son arrêt *Cadot*, il a effacé certaines séquelles de cette justice retenue dépassée, son comportement et son œuvre, on pose ensuite la question de savoir si l'indépendance de cette juridiction était constitutionnellement garantie.

1.2 L'état actuel de l'ordre juridiction et nouveau mode de régulation

Comme nous l'avons cité dans notre section A chapitre 1, le pouvoir du Conseil d'Etat se trouve actuellement dans un organe indépendant dans l'ensemble de la juridiction administrative. Après avoir développé plusieurs réformes distinctes, le Conseil d'Etat français devient un des systèmes influençable aux yeux du monde entier. Le développement du Conseil d'Etat français au cours des dernières années, par les modes de régulation non juridictionnels des litiges, a suscité l'inquiétude des juges. Plutôt que de s'adresser à un tribunal, les parties vont volontiers vers un médiateur, cherchent une conciliation, recourent à l'arbitrage.

En outre, la justice classique apparaît parfois vieillie par rapport à la société moderne, les parties quelquefois prennent de nouveaux modes de régulation, tels les comités des sages ou les autorités administratives indépendantes.

On peut insister sur le fait que ce développement des instances de régulation peut profiter au juge. D'une part, en effet, ce développement est amené à participer à ce mouvement et à jouer lui-même un rôle croissant de régulation. D'autre part, il y a des liens nombreux et bénéfiques avec les autres instances apparues à ses côtés.

On peut grouper ce nouveau mode de régulation en deux catégories : par les nouvelles procédures et par les nouvelles instances de la régulation

Pour la première catégorie, le nouveau mode repose sur les nouvelles procédures : Ce nouveau mode de procédure permet aux juges d'intervenir, alors qu'ils sont de plus en plus sollicités dans leurs attributions traditionnelles comme régulateurs. Les juges aussi interviennent également par des voies plus nouvelles de conciliation, de précontentieux et d'avis. Les exemples de ces nouveaux modes par les nouvelles procédures sont :

a) Le rôle du « juge de paix »

Il jouait traditionnellement un rôle de conciliation. Après s'être estompée au profit des tribunaux judiciaires, cette fonction reprend de l'importance. Elle apparaît en même temps dans l'ordre administratif. La loi de 6 janvier 1986 a introduit dans le Code des Tribunaux administratifs un nouvel article L3 aux termes duquel les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation. Ces dispositions législatives ont été jugées applicables par elles-mêmes sans que des mesures réglementaires d'application soient nécessaires, par la décision du Conseil d'Etat *Veritas*, du 23 juin 1989. Chaque tribunal administratif dispose ainsi d'une large marge d'initiative pour choisir les domaines dans lesquels il joue son rôle de conciliation et pour définir les méthodes qu'il entend suivre[99].

b) Les procédés de recours préalable

Ce sont les procédés dits de « précontentieux », qui se développent parallèlement. En général, le juge y prend sa part. Les commissions départementales de remembrement sont ainsi présidées par un magistrat judiciaire, les commissions départementales des impôts par un magistrat administratif. Dans l'avenir, les procédures de recours préalable ou de conciliation, que l'article 13 de la loi du 31 décembre 1987 invite le gouvernement à rendre obligatoires avec l'introduction d'actions en responsabilités contre les collectivités publiques, devraient largement reposer sur le président du tribunal administratif.

Enfin, les juges sont de plus en plus appelés à émettre des avis. Traditionnelle pour le juge administratif, cette compétence consultative tend à se renforcer.

Par la conjugaison de ces diverses interventions, les juridictions des deux ordres administratifs et judiciaires, deux ordres sont à l'abri de tout risque de dépérissement. Elles n'ont pas non plus à redouter les autres instances de régulation : une collaboration réciproque fait de ces dernières un facteur d'augmentation de pouvoir pour le juge.

Pour la deuxième catégorie de nouveau mode de régulation, la coopération des juridictions se complète avec les nouvelles instances de régulation – Des besoins nouveaux ont conduit à l'apparition et au développement de deux formes de régulation : d'une part, les autorités indépendantes et les comités de sages, d'autre part, le contrôle de constitutionnalité. Par leurs caractéristiques, ces deux procédures ont permis de régler bien des conflits et d'approfondir l'Etat de droit. Mais leurs interventions n'ont pas affaibli les juridictions qui ont, au contraire, tiré bénéfice des relations établies tant avec les autorités administratives indépendantes et les comités de sages qu'avec le Conseil constitutionnel.

(a) Les sages et les autorités indépendantes

Parmi les évolutions de l'administration au cours des dernières années, la place prise par les autorités administratives indépendantes est l'une des plus marquantes. Certes l'existence d'instances administratives dotées de garanties d'indépendance n'est pas une nouveauté : bien des exemples anciens pourraient être cités, des jurys de concours aux

[99] Actualité du principe de séparation en France et dans les Etats de C.E.E

commissions de remembrement. Les premières autorités administratives indépendantes elles-mêmes ne sont pas récentes, même si, lors de leur création, la catégorie – et sa dénomination – étaient encore inconnues : la commission de contrôle des banques a été créée en 1941, la commission des opérations de bourse en 1967.

Les autorités administratives indépendantes et les comités de sages sont pourtant des compléments beaucoup plus que substituts aux juridictions. Il est vrai qu'ils empruntent à certaines leurs caractéristiques, la création par la loi, les garanties d'indépendance. Mais leur rôle est à la fois plus large et plus étroit que celui du juge. Plus large car il leur appartient de dégager une déontologie, parfois de réglementer : ils peuvent infliger des sanctions et s'adresser, par leurs rapports publics ou des communiqués, à l'opinion. Plus étroite aussi car chaque institution reçoit un domaine d'intervention spécialisé.

b)Le Conseil constitutionnel

Le contrôle de constitutionnalité est un moyen de régulation. Il répondre également à d'autres objectifs de nature plus politique. Mais il apparaît de plus en plus comme un instrument puissant pour assurer le bon fonctionnement des rouages essentiels de la vie publique : il contribue à dégager des consensus sur les droits et valeurs fondamentaux, à faire évoluer sans heurts les conceptions en ma matière, à assurer le respect de la loi.

En France, la jurisprudence du Conseil constitutionnel vient conforter celle des juridictions administratives et judiciaires. Pour s'en tenir à quelques exemples, notons que le Conseil constitutionnel a repris à son compte la plupart des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat et que, pour plusieurs d'entre eux, comme le principe d'égalité, le principe de continuité de service public ou le principe des droits de la défense, il a consacré leur valeur constitutionnelle, qui était sous-jacente dans la jurisprudence administrative.

2.L'indépendance organique par la société

A la demande de la société, le Conseil d'Etat est obligé d'élaborer son rôle. La haute juridiction administrative envisage deux situations intéressantes : la lenteur à rendre une décision et à exécuter les décisions (2.1) et son rôle par rapport à la fonction politique (2.2).

(2.1)Conseil d'Etat lutte contre la lenteur à rendre une décision et à exécuter les décisions

(2.1.1)Lutte contre la lenteur à rendre une décision

La loi donne les moyens nouveaux au juge administratif pour lui permettre de rendre des décisions rapides. L'exemple le plus clair est la procédure de référé qui sont à la disposition du juge et du justiciable.

Le juge administratif prend la décision d'un référé prudemment et aussi avec les conditions strictes. Mais depuis le 1er janvier 2005, sa décision dispose d'abord, indépendamment de l'idée d'urgent, de droit de référés ordinaires, pour prescrire une mesure d'instruction ou la constatation de faits par expert ou ordonner à une partie de verser à son adversaire une provision.

Cependant, c'est sur le terrain de l'urgence que l'innovation est la plus notable. Trois procédures ont été mises en place[100] :

-le requérant qui conteste une décision et qui en demande l'annulation – ce qui, compte tenu des nécessaires normales de l'instruction du dossier, risque de demander quelques délais- peut, sans attendre, demander au juge du suspendre l'exécution de cette décision. Il devra seulement justifier de l'urgence et donner au juge des éléments pouvant faire naître chez lui un doute sérieux sur la légalité de la décision ;

-un deuxième type de référé permet au juge, s'il y a urgence, d'ordonner toutes mesures utiles, ce qui est particulièrement large, la seule limite étant de ne pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative ;

-la troisième procédure de référé n'est pas une amélioration de l'existant mais une création tout à fait nouvelle qui porte le beau qualificatif de « référé-liberté ». Le Code de justice administratif en donne une définition claire qui en montre toute l'ampleur : « Saisi d'une demande en ce sens justifiés par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un des ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

Une dernière notation témoigne de l'importance essentielle que le juge administratif attache à la défense des libertés : « Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Quelques exemples permettent de souligner ce que le juge entend comme liberté fondamentale. Ainsi, constituant une atteinte grave à la liberté d'aller et de venir, le refus de renouveler un passeport, le retrait des documents d'identité, le refus de délivrer une carte nationale d'identité au motif qu'une instance judiciaire serait en cours contre un tiers soupçonné de fraude, le refus de restituer un tire de séjour à un étranger faisant l'objet d'une expulsion dont l'exécution a été suspendre[101].

D'autres types de liberté peuvent également être concernés comme le défaut prolongé d'exécuter la chose jugé, la méconnaissance du droit d'un patient majeur de donner son consentement à un traitement médical, le refus d'un maire d'autoriser la réunion d'un parti politique dans le palais des congrès de sa commune ou l'absence de possibilité d'assurer, de manière effective, sa défense devant le juge[102].

Ces procédures de référé sont ouverte devant les diverses juridictions administratives – tribunaux administratif et cours administratives d'appel – et non pas devant le seul Conseil d'Etat, ce qui renforce la protection des justiciables. De toute façon, le caractère contradictoire doit ainsi être respecté.

---

[100] Latournerie Dominique, *Le Conseil d'Etat*, Dalloz connaissance du droit, 2005,
[101] Op. cité, p.34
[102] Op. cité., p.34

Le juge des référés est très individualisé ; il s'agit, pour le Conseil, du président de la section du contentieux et des conseillers d'Etat qu'il désigne à cet effet. La requête doit contenir un exposé sommaire de faits et moyens. La demande de référé-liberté est dispensée de ministère d'avocat, de même que celles qui se rattachent à un litige qui, au principe, est dispensé d'un tel ministère.

Le caractère contradictoire doit, évidemment, être respecté et une innovation important pour le Conseil d'Etat est introduite : un débat oral contradictoire est organisé permettant au juge d'interroger directement les parties, de recueillir leurs observations, de les entendre de manière approfondie. On mesure la novation ici introduite lorsque l'on sait que, normalement, la procédure devant le Conseil d'Etat est écrite, le demandeur ne pouvant s'exprimer oralement et son avocat ne pouvant développer que les moyens qu'il a exprime par écrit.

On observera que ces nouvelles procédures d'urgence, si elles constituent une sujétion nouvelle pour les membres du Conseil qui en ont la charge (ils peuvent être appelé à statuer) tout moment, périodes de vacances, jours féries, samedis et dimanches), elles ont été, non seulement adoptées avec aisance, mais même une certaine satisfaction, le corps ayant le sentiment d'un enrichissement du métier et une manière de mieux servir encore le justiciable.

(2.1.2) Lutte contre la lenteur à exécuter les décisions

Les décisions contentieuses du Conseil d'Etat sont exécutoires de plein droit. C'est ce qui se produit dans la grande majorité des cas. Il peut se faire, cependant, que certaines administrations, nationales ou souvent locales, tardent à exécuter ou ne le font qu'imparfaitement, voire, dans des cas devenus très rares, s'abstiennent d'exécuter. Nous avons vu, plus haut, que, dans ces cas, les intéressés peuvent saisir la section du rapport et des études qui fait toutes diligences pour parvenir à une exécution et il n'est pas convenable que, dans une démocratie, une décision de justice ne soit pas exécutée pleinement et dans les meilleurs délais.

C'est pour atteindre ce résultat que la loi, cette fois encore à l'initiative du Conseil d'Etat, a doté, depuis quelques années, celui-ci d'armes puissantes. Nous en évoquerons deux : le pouvoir de prononcer des astreintes et le pouvoir d'injonction.

(a) Le prononcé d'astreinte

Le pouvoir du juge de condamner une partie à payer une somme d'argent à l'autre partie pour contraindre la première à exécuter la décision n'était pas totalement méconnue du juge administratif. Elle était cependant, contrairement à la pratique judiciaire, peu répandue. Une loi de 1980 a tenté d'en préciser l'usage pour le généraliser, mais les conditions posées en ont empêché le développement. Depuis une nouvelle loi intervenue en 1955, le juge administratif dispose d'un moyen d'action beaucoup plus efficace, d'autant qu'il peut être jumelé avec l'arme de l'injonction que nous examinerons plus avant.

Pendant longtemps, en effet, la situation reposait sur une conception irénique des rapports sociaux. Le juge, statuant au nom du peuple français et rendant des décisions

exécutoires, il paraissait normal qu'elles fussent exécutée. *A fortiori*, les personnes publiques et, au premier chef, l'Etat, mais aussi les collectivités territoriales et les établissements publics, ne devaient pas faillir à cette obligation démocratique.

Hélas, ce monde paisible où les décisions juridictionnelles trouvent une exécution naturelle, s'il a jamais existé, ne correspond plus à la réalité des choses : des intérêts financiers ou partisans ou, simplement, l'indolence de l'action administrative peuvent freiner, voir paralyser l'exécution.

Prenons un exemple simple : à la suite de nouvelles élections municipales, un changement de majorité intervient dans une commune. Le nouveau maire, estimant que le secrétaire de mairie est trop lié à la précédente d'équipe, prononce son licenciement. Sur requête de l'intéressé, cette révocation est annulée par le juge un an plus tard. Même si ce délai pour juger est raisonnable, entre-temps, un nouveau secrétaire de mairie est nommé et est effectivement en fonction lorsque la décision de révocation de son prédécesseur intervient. Celle-ci ayant un caractère rétroactif, la révocation est censée n'être jamais intervenue et l'intéressé devrait retrouver son emploi. On peut concevoir que, dans ces conditions, le maire, même s'il est élu républicain éclairé, se trouve dans l'embarras pour exécuter la décision de justice en mettant fin aux fonctions du nouveau secrétaire de mairie qui dont satisfaction et n'a aucune par à l'illégalité de la révocation du prédécesseur…

Ce modeste exemple tend à montrer que l'exécution d'une décision de justice peut poser des difficultés qui ne sont pas toujours dues à la malignité ou l'incurie administrative, mais souvent à la nature des choses.

Toujours est-il que, difficile, ou non, une décision de justice doit être exécutée et, faute qu'elle le soit de manière naturelle, le juge doit disposer de moyens de contrainte puissants. C'est ce dont la loi l'a doté.

Aujourd'hui : « En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision. »

Le but de la disposition est clair : contraindre la partie récalcitrante à exécuter. Cependant, la situation devant la juridiction administrative était plus complexe que devant le juge judiciaire, pour deux raisons. D'abord les collectivités publiques sont, généralement, plus aptes à résister à une pression financière qu'un particulier ou même une entreprise. Une astreinte de cent cinquante euros par jour serait, sans doute, dissuasive pour tout un chacun, mais par pour EDF, France Télécom ou le ministère de l'Education nationale. On pourrait alors penser à des taux plus élevés, le juge étant libre de fixer le montant qu'il estime utile ; mais il faut tenir compte d'une deuxième raison qui doit être considérée par le juge.

L'argent des collectivités publiques ne peut servir à enrichir indûment quiconque. Pousser à l'exécution, c'est bien mais pas cette idée que répondent les précautions prises. Outre le fait que le juge n'est jamais obligé de prononcer une astreinte et qu'il dispose

du pouvoir d'en moduler les montants, il peut lui donner un caractère provisoire ou définitif. La sagesse l'incite à préférer la liquidation provisoire. Celle-ci pousse vigoureusement de statuer à nouveau sur l'astreinte pour, en fonction des diligences de l'exécutant et des diverses circonstance l'affaire, en modifier le taux, à la hausse ou à la baisse.

Reste une question délicate : à qui est versée l'astreinte ? La loi apporte une réponse discrète : « la juridiction peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant. Cette part est affectée au budget de l'Etat ». La solution n'est pas idéale. Si une collectivité territoriale, par exemple, est condamnée, le fait que cela enrichisse indirectement l'Etat pourra réjouir les lecteurs d'un hebdomadaire satirique paraissant le mercredi, sur la thème : « L'Etat est condamné à se payer à lui-même ».

Cependant, ici encore, la souplesse du juge comble les aspérités de loi ; le Conseil est conduit, dans de telles hypothèses, à ne se prononcer que sur la condamnation revenant au requérant, en omettant toute mention d'une part revenant au budget de l'Etat.

(b)La reconnaissance du droit d'injonction

Il s'agit d'une importance innovation mettant fin, depuis 1995, à une grande réserve du juge qui, nous l'avons vu, répugnait, quand il annulait une décision ou prononçait une condamnation, à aller au-delà en prescrivant à l'administration de prendre tel acte ou d'agir dans telle direction. Cette réserve du juge peut se mesurer au fait que, n'étant enfermé dans aucune règle écrite le lui interdisant, il aurait pu, de lui-même, modifier sa jurisprudence en ce sens. Il a préféré – juste hommage rendu au législateur – voir cette réforme adoptée par le Parlement.

Le texte mérite d'être cité intégralement, chacun de ses termes permettant d'en délimiter la portée : « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'un personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution. »

La loi renforce encore cette mesure en prévoyant, en outre, que « la juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite… d'une astreinte »

La force de telles mesures réside, notamment, dans le fait que le juge peut assortir sa décision d'injonction, en quelque sorte préventivement, dès le stade de l'instance initiale. On observera également que, en agissant ainsi, le juge sert certainement les intérêts des justiciables, mais aussi, dans une certaine mesure, l'administration en lui précisant ce qu'elle doit faire légalement permettant ainsi d'éviter un contentieux futur.

Bien sûr, le contenu de l'injonction peut varier en fonction des obligations incombant à l'administration. Il peut s'agir, par exemple, de l'obligation qui lui est faire de statuer à nouveau, mais dans des conditions régulières, ce qui lui laisse une certaine marge d'appréciation. Dans d'autres cas, au contraire, l'injonction définit précisément le sens dans lequel l'administration doit agir, réintégration, par exemple, d'un agent public licencié dans

un délai déterminé, après l'annulation d'opérations électorales prononcée par le juge. Tel est le cas aussi de l'obligation faite au gouvernement de prendre le règlement nécessaire à l'exécution des lois dans un délai raisonnable ou d'abroger un règlement illégal. Dans chaque cas, l'injonction comprend un délai qui est donné à l'administration pour satisfait l'obligation qui lui est faite d'agir.

Quelques exemples permettent d'illustrer le mode de raisonnement du Conseil d'Etat.

Après avoir annulé une délibération du Conseil nationale des universités ayant rejeté une candidature à l'inscription sur la liste de qualification aux fonctions de professeur des universités, le juge enjoint un délai de trois mois pour statuer à nouveau sur cette candidature.

Dans une affaire récente qui a ému le monde agricole mais aussi les apiculteurs et les consommateurs, le Conseil d'Etat a annulé le refus du ministre de l'Agriculture d'abroger l'autorisation de mise sur le marché d'un produit antiparasitaire pouvant nuire aux abeilles et enjoint à ce même ministre un délai de deux mois pour statuer à nouveau.

Un citoyen grec, exerçant la profession de guide touristique, était désireux, en application des dispositions du traité du Rome, de s'installer en France. Or, un arrêt interministériel avait fixé des conditions de titre et de diplômes différents pour l'obtention de la carte professionnelle. Le Conseil d'Etat, après avoir constaté l'illégalité d'une telle discrimination, a enjoint au gouvernement de modifier cette réglementation et, en outre, dans l'attente de cette modification, lui a fait l'obligation « de délivrer aux ressortissants communautaires une carte professionnelle, en pouvoir, si les titres et les diplômes présentés, peuvent être considérés comme offrant… des garanties équivalentes à celles qui résultent de la possession des titres et diplômes français. »

Deux exemples enfin montrent que le juge n'hésite pas à adjoindre à l'annulation qu'il prononce une injonction assortie d'une astreinte dont il module les montants en fonction des espèces.

Saisi d'une demande tendant à obtenir une naturalisation, le consul général de France à Alger avait refusé de délivrer le formulaire correspondant. Le ministre des Affaires étrangères avait confirmé. Le juge annule cette décision en considérant que l'administration compétente est tenue de délivrer le formulaire ; il enjoint au consul général un délai d'un mois pour ce faire et assortit cette injonction d'une astreinte de 70 euros par jour au profit du demandeur débouté.

Plus vigoureuse dans le montant de l'astreinte est la décision qui prononce, à la demande d'un syndicat, l'annulation d'une décision du directeur général de l'ANPE ayant fixé les modalités des droits des agents de cet établissement public en matière de retraite. Le juge, en outre, enjoint du directeur général de prendre une décision légale dans les trois mois et assortit de prendre cette injonction d'une astreinte de 1500 euros par jour.

Bref, on l'aura compris, le Conseil d'Etat et la juridiction administrative disposent, aujourd'hui, de moyens puissants pour veiller à l'exécution pleine, entière et rapide de leurs décisions. Les citoyens, comme les étrangers concernés par des mesures administratives en ont pris conscience. Gageons que l'ensemble des services publics, sur tout le territoire de la République, a conscience qu'appliquer une décision de justice est une vertu républicaine essentielle.

(2.2) L'indépendance par rapport à la fonction politique : un juge qui gouverne[103] ?

Le droit administratif forgé par le juge remplit une fonction de légitimation des institutions en diffusant une certaine image de l'Etat et de l'administration. L'intervention du juge en matière politique et sociale revêt aussi des formes qui se révèlent à long terme plus importantes.

Par de nombreux moyens, le juge a la possibilité d'offrir ses propres conceptions et de faire échec aux décisions émanent des organes investis de la confiance du peuple, et parfois cela le conduit à agiter le spectre du gouvernement des juges. Ses idées peuvent provoquer un conflit avec les représentants de la nation ou le mettre en contradiction avec l'opinion publique dominante ; l'absence de décalage fondamental entre les valeurs défendues par le juge et les valeurs qui font l'objet d'un consensus dans la société française, permet aisément cette illusion. Il reste que le juge est un acteur de la vie politique.

Le droit administratif joue ainsi un rôle capital dans la diffusion des dogmes relatifs à l'Etat et à l'administration. Les notions du droit administratif, forgées par le juge, ne sont pas neutres, mais renvoient à une certaine conception de l'Etat, de la vie en société, de la « nature des choses » ; elles ne sont pas seulement des concepts opératoires permettant de faire fonctionner un système de normes, mais fournissent une image implicite de l'administration et de ses missions, qui s'imprime dans les représentations collectives[104].

Le choix alternatif de la notion de puissance publique ou de service public comme critère de la compétence du juge administratif, par exemple, ne s'effectue pas seulement en fonction de considérations techniques ; il renvoie aussi à un enjeu plus fondamental qui porte sur l'essence même du droit administratif et la justification de son existence en tant que droit dérogatoire, la primauté accordée à la puissance publique ou au service public renvoyant à deux modes distincts de légitimation de l'Etat[105].

On peut en donner comme exemple le fait que la notion de service public ne sert pas seulement le régime applicable à certaines activités, mais aussi la prise en charge par l'Etat de ces activités. La notion du service public industriel et commercial, qui est une notion évoluée de la nation classique de service public, prend acte de l'intervention de l'Etat dans un domaine sur lequel il n'avait pas le droit d'empiéter, ce qui contribue ainsi à faire accepter

---

[103] L'expression de Vedel
[104] Lochak Danièle, *La justice administrative* ; 3e éd., Montchrestien, 1998
[105] précité, p. 135

l'idée que des activités de production et d'échange peuvent s'exercer en vue de la satisfaction de l'intérêt général et être érigées en services publics.

Par rapport à la notion du service public, nous voyons clairement que le juge élargit progressivement le champ de la notion d'intérêt général, le juge fait entériner une évolution irréversible et irrésistible[106]. Il légitime aussi cette évolution, car l'expansion des tâches administratives est d'autant mieux acceptée qu'elle est « dirigée » par le droit, qui les intégre dans ses schèmes au prix d'ajustement imperceptibles. La jurisprudence donc reflète aussi cette contradiction profonde entre les impératifs de la liberté et ceux de l'autorité qu'elle cherche néanmoins à concilier, en faisant passer dans les faits l'idée chère à la doctrine libérale selon laquelle « la liberté ne va pas sans l'ordre, l'ordre ne vaut rien sans la liberté ».[107]

Affirmée par la loi de la séparation de 1905, rappelant l'interdiction des discriminations fondée sur les croyances religieuses, et le principe de laïcité, le juge administratif définit clairement la notion des libertés protégées. Il appuie aussi sur le principe général du droit, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui n'était pas l'interventionnisme des communes. Le juge administratif affirme et fait respecter aussi l'égalité devant les emplois publics, l'égalité des usages devant le service public.

Son intervention a été tout aussi déterminante au niveau des garanties des libertés publiques : en imposant à l'administration le respect des formes, et notamment des droits de la défense, en proclamant le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir, ouvert même en l'absence de texte, en soumettant progressivement l'ensemble de l'activité administrative au principe de légalité, il a contribué à renforcer la protection juridictionnelle des droits des individus contre les atteintes du pouvoir et établi les fondements d'un Etat de droit.

L'équilibre entre les exigences de l'ordre et celles de la liberté est toutefois rompu lorsque des circonstances exceptionnelles – guerre, troubles intérieurs graves - menacent la sécurité de l'Etat ou la survie des institutions. En temps de crise, le juge légitime l'extension des prérogatives de l'exécutif et admet, au nom d'impératifs supérieurs, certaines atteintes au principe de légalité. Ainsi s'explique, on l'a vu, l'interprétation large des pleins pouvoirs donnés au gouvernement par le Parlement pendant la guerre d'Algérie, puis le refus de contrôler non seulement la décision de mettre en application l'article 16, qualifié d'acte de gouvernement, mais aussi les décisions présidentielles prises sur son fondement dans le domaine de la loi.

L'influence du juge est plus immédiate et plus visible encore lorsque, confronté à des problèmes politiques précis qui requièrent une solution au plan contentieux, il est contraint de prendre position et d'arbitre entre les thèses en présence. Parmi les événements et les conflits qui ont marqué la vie politique française, nombreux sont ceux qui ont pris une forme contentieuse, par exemple, les conflits entre les municipalités anti-cléricales et le clergé

---

[106] précité, p. 135
[107] précité, p. 135

au début du siècle, et plus tard les relations entre l'école privée et l'Etat, l'application de la loi de 1906 sur le repos hebdomadaire, la répression de la grève des instituteurs et des postiers par Clémenceau en 1909, la mobilisation des employés de chemins de fer décidée par Briand en 1910 pour faire échec à une tentative de grève, le socialisme municipal pendant l'entre deux-guerres, les occupations d'usine ou la dissolution des ligues d'extrême-droite à l'époque du Front populaire, l'application de la législation antisémite sous Vichy, l'épuration à la Libération, les retombées de la guerre froide, la guerre d'Algérie, les revendications indépendantistes outre-mer, la dissolution de mouvements d'extrême gauche en 1968, etc.[108].

Le juge est amené à intégrer la rationalité de l'acteur politique et à se déterminer non seulement par rapport à des valeurs, mais en tenant compte aussi du contexte dans lequel il statue, de l'état de l'opinion, des répercussions attendues, immédiates ou à plus long terme, de ses décisions. Le juge statue en effet dans un contexte politique dont il ne peut faire abstraction et qui est susceptible d'infléchir son appréciation des faits. Le climat politique peut l'inciter, soit à se montrer compréhensif à l'égard des autorités politiques si elles ont à faire face à une situation grave, soit au contraire à tenter de tempérer certains excès en jouant un rôle de contrepoids et en s'efforçant de tenir la balance égale entre des thèses extrêmes et irréconciliables. Inversement, le retentissement de ses décisions dépend d'une multiplicité de facteurs parmi lesquels la conjoncture politique tient une place importante[109].

Le souci des exigences gouvernementales est particulièrement sensible en cas de crise grave, lorsque l'existence même de l'Etat ou de ses institutions est en jeu. Il s'agit alors de seconder les autorités politiques dans une tâche difficile, en s'abstenant de les enfermer dans un légalisme trop rigide, mais aussi de se tenir à l'écart d'un conflit pour lequel le juge ne s'estime pas suffisamment armé. Le juge administratif s'incline d'autant plus facilement devant les nécessités politiques qu'un consensus relatif règne en général dans l'opinion autour des mesures prises par le gouvernement, et qu'il a conscience qu'une opposition trop ferme à la politique gouvernementale risque soit de rester sans effet, soit d'entraîner de la part du gouvernement une réaction dangereuse pour l'avenir de la juridiction administrative : un risque dont l'affaire Canal a montré qu'il n'était pas complètement illusoire[110].

On trouve un écho de ces considérations à plusieurs moments de l'histoire politique française. Elles expliquent l'attitude compréhensive du juge face aux mesures prises par le gouvernement en violation des formes légales pour réprimer ou briser les grèves révolutionnaire de 1909 et de 19110, mais aussi, en sens inverse, face au refus du gouvernement, à l'été 1936, de prêter le concours de la force publique pour faire évacuer les usines occupées par les grévistes afin d'éviter des troubles plus graves encore, ce qui, dans le contexte de l'époque, était sans doute la seule décision réaliste. Le même souci de ne pas paraître s'opposer à des mesures inspirées par la défense du régime républicain ou l'intégrité du territoire national et appuyées par une large partie de l'opinion explique l'interprétation extensive que le juge a donnée de la loi de 1936 autorisant le gouvernement à dissoudre par

[108] précité, p. 141
[109] précité, p. 140
[110] précité, p. 141

décret les ligues d'extrême-droite, et plus tard des lois accordant les pleins pouvoirs au gouvernement pour faire face en Algérie aux menaces de sécession puis à la subversion. Enfin, le climat de tension interne et internationale provoqué par la guerre froide l'a incité à reconnaître plus facilement qu'en temps ordinaire la légalité des sanctions sévères prises à l'encontre de fonctionnaires coupables de s'être livrés à des manifestations d'opposition à la politique du gouvernement. A la même époque, il est vrai, le Conseil d'Etat, dans l'une de ses décisions les plus fameuses, l'arrêt Barel, a réaffirmé avec force le caractère imprescriptible de la liberté d'opinion en posant en principe que l'accès de la haute fonction publique ne saurait être interdit à quiconque en raison de ses opinions politiques, fût-il membre du parti communiste[111].

Le régime de Vichy offre un exemple de l'attitude du juge. C'est le régime qui dispose d'un pouvoir au départ dans l'opinion, d'un capital de soutien important ; et il est relatif dans l'effort fait pour atténuer les effets de certains textes, d'exception. Avant de prononcer les mesures d'épuration, le juge doit formuler les motifs susceptibles de justifier légalement une mesure de relèvement de fonction et doit limiter ainsi le pouvoir apparemment discrétionnaire conféré à l'administration.

Le juge n'ignore pas que l'impact immédiat de ses décisions, la façon dont elles sont reçues par le gouvernement et par l'opinion, dépendant pour une large part de ces facteurs conjoncturels. Il lui arrive d'ailleurs, dans une stratégie d'apaisement des tensions, ou pour atténuer le désagrément qui résulte pour le gouvernement du fait d'être désavoué, d'attendre, pour juger une affaire, que l'émotion soit retombée et que les polémiques se soient tues.

§2. L'indépendance, son organe et son rôle de la juridiction administrative thaïlandaise

Avant d'analyser l'indépendance organique et personnelle du juge administratif, il vaut mieux d'abord connaître le caractère du droit administratif thaïlandais, pour comprendre mieux l'élaboration et le structure du plan de ce chapitre. L'analyse du caractère du droit administratif pourrait bien englober le droit textuel comme le droit jurisprudentiel. Nous prenons le cas français comme exemple, le juge administratif français joue un rôle primordial dans la création de l'ensemble du droit administratif, le droit jurisprudentiel a un rôle aussi important en constituant l'ensemble des règles pour la protection des droits de l'individu. Par ailleurs, la nouveauté du système du droit public, particulièrement du droit administratif thaïlandais exige une importante source textuelle pour mieux encadrer les activités administratives. Le droit administratif thaïlandais s'explique par le fait que la plupart des textes législatifs ont un contenu incomplet. Les lois ne prévoient que la création d'organes administratifs, les attributions et les obligations de l'administré. Le reste du contenu est confié à l'Administration qui le détermine. Un bon exemple à ce propos est la loi de 1979 sur l'exportation et l'importation des marchandises[112]. Cette loi n'est composée que de 24 articles, et, on a du mal à comprendre la fonction de cette matière. Cette loi confie à

---

[111] précité, p. 141

[112] Exemple cité par B.WANNAPANICH, *comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et en Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000

l'Administration de déterminer elle-même son contenu et ainsi de compléter et préciser tous les détails nécessaires. Imaginons le nombre des textes réglementaires concernant cette matière, et c'est réellement une vue globale de l'existence des textes législatifs et réglementaires en Thaïlande. Mais parfois, la délégation du pouvoir législatif à l'Administration est arrivée à « encadrer » ce transfert du pouvoir. Un exemple plus net et sûrement plus actuel on est le texte de loi de l'année 1979, par rapport à celui de 1946 sur l'Administration des fonctionnaires civils dans l'établissement universitaire[113]. Cette loi ne se compose que de 5 articles. Et dans son article 4, elle prévue que la détermination des rémunérations, l'investiture, la nomination, l'avancement, le système disciplinaire ainsi que la cassation de fonction des fonctionnaires civils et des employés seront déterminés par arrêté ministériel. Nous venons de développer le fondement du système du droit public en Thaïlande. D'ailleurs, il arrive également que parfois l'Administration n'ait pas édicté tel ou tel règlement, plusieurs lois restent lettre morte.

Cette situation permettait l'arbitraire administratif car il n'est pas exclu que l'administration néglige le règlement des mesures de contrôle de ses propres actions. Ce caractère du droit administratif provoque facilement l'exercice abusif du pouvoir pour des intérêts illégaux.

Parmi des lois thaïlandaises peu nombreuses qui soutiennent les actions des particuliers, nous devons accepter la collaboration obligatoire entre l'Etat et le particulier, qui est sûrement favorable à l'Etat. Nous pouvons donner un exemple de loi qui soutient les actions des particuliers, comme la loi de 1977 sur la promotion de l'investissement ou celle de 1979 sur la zone industrielle. Voyons que nos deux exemples sont des lois concernant de hauts investissements pour entrepreneurs étrangers. A part cela, la plupart des lois thaïlandaises ont l'habitude de « contrôler » les particuliers.

Au point de vue statistique, selon une étude de la commission de réforme juridique, réalisée en 1993, il y a au total 510 textes législatifs qui imposent des règles aux citoyens. Parmi ces textes, 170 lois restreignent les droits et libertés ou concernant le secteur privé. Il est à remarquer que parmi ces lois, il y a en a 82 qui imposent au particulier d'obtenir l'accord préalable de l'Administration avant d'entreprendre une activité.

A cause du système politique non stable, la Thaïlande a toujours un problème d'inflation des textes juridiques. Cette inflation des textes juridiques a deux causes principales : d'abord, c'est une pratique selon laquelle le législatif confie à l'exécutif la tâche de « préciser » les contenus des textes législatifs par édiction de règlements, que nous venons d'évoquer. Deuxièmement, cette inflation est par surcroit aggravée par l'expansion de l'administration. On peut croire qu'il y a approximativement plus de 20000 règlements, toutes formes confondues[114].

Cette abondance de textes juridiques provoque la difficulté de l'accessibilité juridique. Tous les textes juridiques concernant le citoyen doivent être publiés au Journal

[113] Exemple cité par B.WANNAPANICH, précité
[114] Le chiffre selon B.WANNAPANICH, précité

Officie, mais cette obligation générale de la publication a commencé à partir de la résolution du Conseil des Ministres le 5 novembre 1991. Nous pouvons imaginer combien de personne consultent le Journal Official.

En résumé, nous pourrons expliquer le phénomène juridique public en Thaïlande comme celui d'un pays nouveau qui vient d'installer la stabilité juridique et qui essaie aussi de suivre le modèle occidental (voir la France pour le droit administratif et constitutionnel). Par contre, le phénomène juridique civil et commercial est vraiment stable et commence peu à peu à évoluer et à progresser. Sans doute, la modalité du droit administratif en Thaïlande sera influencée par le système du droit civil, que nous envisagerons dans (B.2.2).

Malgré tous ses défauts, la Thaïlande essaie d'améliorer l'ensemble de l'organisation administrative et les juridictions administratives. La loi concernant la création de juridiction administrative B.E. 2542 (1999) est un « chef d'œuvre » pour les publicistes contemporains, qui sont d'anciens étudiants boursière en Europe continentale, surtout en France et en Allemagne. L'indépendance du « bureau » du juge – l'ensemble des juridictions administratives – peut être expliquée par cette loi (A.1.1). D'ailleurs, en dehors de ce texte juridique, nous parlerons des autres collaborateurs juridiques qui ont aussi le même but : rendre la justice dans ce pays (A.1.2).

L'ensemble des juridictions administratives fait partie des espoirs du peuple concernant la modernisation de la Thaïlande et aussi la réponse à ses demandes de protection du droit et de la liberté (A.2.2). De plus, au vu de la société, le juge administratif thaïlandais doit obligatoirement considérer les enjeux politiques (A.2.1), au moins par rapport à sa nomination. Cela peut provoquer, le critique de son indépendance.

Après avoir parlé de son indépendance organique, nous en viendrons au sujet du juge qui *a priori*, généralement les mêmes droits et devoirs. Nous envisagerons l'indépendance personnelle du juge au niveau de sa profession (B.1) et ses compétences (B.2). La compétence du juge administratif thaïlandais s'exprime implicitement sous l'influence de la pensée bouddhiste (B.2.1). L'influence bouddhiste s'enracine profondément dans ce pays et joue un grand rôle dans la mentalité du peuple. Par conséquent, même si nous acceptons que le droit administratif thaïlandais soit influencé majoritairement par le droit administratif français, en ce qui concerne, la mentalité du juge, nous ne pourrons pas négliger l'influence de la religion bouddhiste qui peut marquer sa différence par rapport à l'influence française, dans le système du droit administratif thaïlandais.

(A)L'indépendance organique

Nous figurons l'indépendance organique en deux points : l'indépendance organique par la loi (1) et l'indépendance organique par la société (2).

1.L'indépendance organique par la loi

Dans ce cas, nous parlerons de l'indépendance organique par la loi portant création des juridictions administratives B.E. 2542 (1.1) et les autres droits concernant l'ordre de juridiction indépendance (1.2).

(1.1)La loi portant création des juridictions administratives B.E. 2542 (1999)

Considéré comme un chef d'œuvre de publicistes contemporains, la création des juridictions administratives impose l'exemple concret de la théorie du droit public en Thaïlande, selon les cours de droit administratif universitaire.

La loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administratives contentieuse B.E. 2542 (1999) se compose 107 articles et se divise en 5 chapitres : chapitre 1 – L'organisation et compétence ; chapitre 2 – Les magistrats administratifs ; chapitre 3 – Le Conseil supérieur de la magistrature administrative ; chapitre 4 – La procédure administrative contentieuse et le dernière, chapitre 5 – L'office des juridictions administratives.

Nous aborderont les trois premiers chapitres dans cette partie.

Composées par la Cour Administrative Suprême et les tribunaux administratifs de première instance (qui sont le tribunal administratif central et les tribunaux administratifs régionaux), les juridictions administratives sont compétentes pour régler (1) les litiges relatifs aux demandes des règlements ou des décisions individuelles pris par l'administration ou un agent d'Etat au motif de l'incompétence, du vice de forme ou de procédure, de la violation de la loi, du détournement de pouvoir, de la rupture de l'égalité des administrés devant la loi ou les charges publiques ; (2) ainsi que des litiges provoquant des injonctions à l'administration ou à un agent de l'Etat aux fins d'accomplir les obligations prescrites par la loi ; (3) des litiges tendant à engager la responsabilité pour faute de l'administration ou d'un agent de l'Etat dans l'accomplissement des obligations fixées par la loi ou les règlements ; (4) des litiges relatifs au contentieux des contrats administratifs ; (5) des litiges résultant de ce que la loi impose à l'administration ou à l'agent de l'Etat de saisir la juridiction administrative pour ordonner à une personne de faire ou de s'abstenir de faire ; (6) des litiges relevant de la compétence des juridictions administratives par détermination de la loi.

Par contre, les juridictions administratives ne sont pas compétentes dans les matières suivantes : (1) actes se rapportant à la discipline militaire ; (2) actes du Conseil supérieur de la magistrature dans l'exercice de ses attributions prévues par la loi sur la magistrature judiciaire ; (3) litiges relevant de la compétence du tribunal des mineurs et de la famille, des tribunaux des Prud'hommes, du tribunal des impôts[115], de la Cour de la propriété intellectuelles et du commerce international, du tribunal des faillites et des autres tribunaux spécialisés.

D'ailleurs, la Cour Administrative suprême est compétente pour recevoir (1) des appels formés contre une décision d'une commission quasi-juridictionnelle conformément

[115] Au contraire de la France, la matière de fiscalité est sous réserve du tribunal judiciaire et la cour de compte qui considère comme une branche du tribunal judiciaire

aux règles fixées par l'assemblée générale de la Cour administrative suprême ; (2) des recours concernant la légalité des décrets royaux, des règlements pris en conseil des ministres ou approuvés par le Conseil des ministres ; (3) des litiges attribués par la loi ; (4) des appels formés contre un jugement ou une décision des tribunaux administratifs.

Au point de vue organique, la cour administrative suprême se compose de magistrats administratifs. Pour de la nomination et la recherche de la personne qualifiée, nous observons comment fonctionne cette jeune juridiction administrative en Thaïlande.

A défaut de la personne qualifiée et vu l'urgence de faire valoir la protection de peuple, la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse prévoit dans son article 13 (la cour administrative suprême) et son article 18 (les tribunaux administratifs) la condition des candidats. Les deux articles prévoient d'accordé cette possibilité aux candidats qui ont « des connaissances approfondies et de l'expérience en droit, science politique, administration publique, sciences économiques, sciences sociales ainsi qu'en administration de l'Etat »[116]. Nous voyons clairement la diversité des connaissances et l'expérience du juge dans l'ensemble des juridictions administratives, qui, théoriquement peuvent aider à trancher et rendre la décision dans tels ou tels domaines concernant sa propre compétence, prévue par l'article 9. Mais, est-ce que ainsi en pratique ? En réalité, le nombre de saisines administratives à la Cour administrative Suprême et aussi au tribunal de la grande instance est 90% de cas de litiges, vu la complexité de la compétence de l'ensemble juridictions administratives. Soit pour des raisons géographiques, selon la compétence pour trancher le litige (concernant son article 9, précité), le plus souvent la saisine administrative doit obligatoirement répondre d'abord à cette question. La cause de ce phénomène, est-t-elle la faiblesse de la connaissance du droit administratif par le peuple ?

Par conséquent, même si la loi ouvre généreusement sa voie pour la diversité du futur juge en matière « des connaissances approfondies et de l'expérience en droit, science politique, administration publique, sciences économiques, sciences sociales ainsi qu'en administration de l'Etat »[117], en réalité, nous constatons que le juge approfondie rarement le litige est 90% de litige de saisine aux juridictions administratives concernent des litiges qui nécessite la précision et la compétence de la cour : pour la forme, non pour le fond.

De plus, nous pourrons poser encore une autre question sur la forme : que doit considérer le juge dans son litige ? Le juge non-juriste pourrait-il achever le problème juridique aussi bien que le juge juriste ? L'article 9 de cette loi prévoit la diversité nécessaire pour mieux connaître le litige administratif, mais en réalité, le litige saisi par les requérants demande la connaissance de la forme, c'est –à-dire la compétence des juridictions administratives, qui peut-être, est plus utile pour le juriste, car, au moins, il connaît déjà la frontière du droit public et du droit privé. Nous déduisons cette idée du fait que le juge-juriste est plus compétent en matière de connaissance de la procédure administrative.

---

[116] Art. 13 (3) de la loi portant création des juridictions administratives et procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999)

[117] Art. 13 (3) de la loi portant création des juridictions administratives et procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999)

La Cour administrative suprême se compose de magistrats occupant les emplois suivants : (1) président de la Cour administrative Suprême ; (2) vice-président de la Cour administrative Suprême ; (3) président de la section de la Cour administrative Suprême ; (4) magistrats de la Cour administrative Suprême. En ce sens, le nombre des magistrats administratifs de la Cour Administrative Suprême est fixé par le C.S.M.A (le conseil supérieur de la magistrature administrative) après approbation du Parlement et du Sénat.

Pour la nomination, l'article 13 de cette loi prévoit l'âge de 45 ans au moins pour la cour suprême et celui de 35 ans au moins pour les tribunaux de grande instance. Mais pour la juge suprême, son « parcours » professionnel doit être un peu plus long. L'article 13 (4) indique les parcours du juge suprême de la façon suivante : au moins (a) Etre ou avoir été conseiller législatif conseiller du contentieux administratif ou conseiller d'Etat ; (b) Etre ou avoir été président de chambre dans les tribunaux administratifs ; (c) Etre ou avoir été magistrat d'un grade supérieur ou égal au conseiller de la cour de cassation ou un grade équivalent, ou être ou avoir été magistrat militaire d'un grade supérieur ou égal au juge du Haut Tribunal Permanent des Forces Armées ; (d) Etre ou avoir été procureur d'un grade supérieur ou égal à procureur hors classe chef de région ou d'un grade équivalent ; (e) Etre ou avoir été fonctionnaire public d'un grade supérieur ou égal à celui de Directeur général ou avoir eu un grade équivalent ; (f) Etre ou avoir été enseignant en droit, sciences politiques, administrations publiques, sciences économiques, sciences sociales ou sciences administratives dans une université et détenir dans les conditions fixées par le C.S.M.A.

De plus, l'article 14 précise l'incompatibilité des fonctions suivantes : (1) fonctionnaire appartenant à un autre corps ; (2) employé ou agent de l'administration ; (3) fonction publique, membre d'une assemblée locale, d'un exécutif local, membre du comité exécutif ou responsable de l'administration d'un parti politique, membre d'un parti politique ou un agent d'un parti politique ; (4) dirigeant d'une entreprise publique ; (5) dirigeant d'un organisme d'Etat sauf dérogation accordée par le C.S.M.A ; (6) dirigeant, cadre ou conseiller juridique d'une entreprise privée ou y exerçant des fonctions similaires ; (7) avocat ou exerçant un métier ou occupant une fonction déclarée incompatible selon les règles fixées par le C.S.M.A.

Le C.S.M.A. choisit les juges de la Cour administrative suprême parmi les personnes réunissant les conditions fixées par l'article 13. Il en présente la liste au Premier ministre. Celui-ci la soumet, dans un délai de quinze jours, au Sénat, pour approbation. Le Premier Ministre transmet ensuite la liste au Roi pour nomination[118]. Et ainsi, le C.S.M.A choisit le Président de la Cour administrative suprême parmi les membres de la Cour administrative suprême. Il présente le nom du candidat choisi au Premier ministre. Celui-ci soumet, dans un délai de quinze jours, le nom choisi au Sénat, pour approbation. Le Premier ministre transmet ensuite le nom du candidat au Roi pour nomination.

Le C.S.M.A. choisit les vices-présidents de la Cour administrative suprême et les présidents de section de la Cour administrative suprême parmi ses membres. Le Premier ministre transmet la liste au Roi pour la nomination.

[118] Article 15 de la loi portant création des juridictions administratives

La procédure de désignation du président, des vices-présidents, des présidents de section de la Cour administrative suprême ainsi que des conseillers de la Cour administrative suprême est fixée par un règlement du C.S.M.A., avec approbation de l'assemblée générale des juges de la Cour administrative suprême.

Les magistrats administratifs dont la nomination a été approuvée par le Senat et atteints par les incompatibilités mentionnées par l'article 14 doivent se décharger des fonctions incompatibles dans un délai de quinze jours à partir de l'approbation du Sénat[119].

Les articles suivants mentionnent la composition du tribunal administratif.

Dans son article 17, cette loi prévoit que chaque tribunal administratif se compose de magistrats administratifs occupant les emplois suivent : (1) Président de tribunal administratif ; (2) vice-président de tribunal administratif ; (3) président de chambre de tribunal administratif ; (4) magistrat de tribunal administratif. C'est le C.S.M.A qui détermine le nombre des magistrats administratifs avec approbation du Parlement et du Sénat.

Pour être nommé juge de tribunal administratif, il est nécessaire de remplir plusieurs conditions. Premièrement, la nationalité thaïlandaise, deuxièmement, l'âge de 35 ans au moins. Les conditions suivantes sont (1) avoir, dans les conditions fixées par les C.S.M.A, des connaissances approfondies et de l'expérience en droit, science politique, administration publique, science économique, science sociales ainsi qu'en administration de l'Etat[120] ; (4) Et remplir l'une des conditions suivantes : (a) Etre ou avoir été commissaire du gouvernement, rapporteur du conseil législatif près du Conseil d'Etat depuis ou pendant trois ans ou moins ; (b) Etre ou avoir été un agent du contentieux des tribunaux administratifs ou de la Cour administrative suprême d'une grande instance déterminé par le C.S.M.A, depuis ou pendant trois mois ; (c) Etre ou avoir été magistrat d'un tribunal de grande instance ou d'un grade équivalent, ou être ou avoir été magistrat militaire depuis ou pendant trois ans au moins ; (d) Etre ou avoir été procureur hors classe ou d'un grade équivalent depuis ou pendant trois moins au moins ; (e) Etre ou avoir été fonctionnaire public d'un grade huit ou d'un grade équivalent ou pendant trois mois au moins ; (f) Etre ou avoir été enseignant en droit, sciences politiques, administrations publiques, sciences économiques, sciences sociales, sciences administratives, sciences politiques, et avoir un grade supérieur ou égal à maître de conférence depuis ou pendant trois ans au moins ; (g) Etre détenteur du diplôme de la maîtrise en droit public et être fonctionnaire depuis ou pendant dix ans au moins depuis l'obtention du diplôme ci-dessus ou être détenteur du diplôme de doctorat en droit public et être fonctionnaire depuis ou pendant six ans au moins depuis l'obtention du diplôme ; (h) Etre ou avoir été avocat depuis ou pendant dix ans et avoir de l'expérience dans les conditions fixées par le C.S.M.A.

Actuellement, la loi permettant la création des juridictions administratives et du contentieux administratif B.E. 2542 (1999), dans son article 8 prévoit la création d'une Cour administrative Suprême, située à Bangkok ou dans une province limitrophe. De même pour la

[119] Article 16 de la même loi

[120] C'est le même règlement que l'article 13 (3) prévu pour les conditions pour être nommés juges de la Cour administrative suprême

création d'un tribunal administratif central à Bangkok ou dans une province limitrophe. Son ressort s'étend de Bangkok aux provinces de Nakornparthom, Nonthaburi, Pathumtani, Rajaburi, Samuthprakarn et Samuthsakorn. La compétence du tribunal administratif central couvre également les régions où il n'a pas été encore créé de tribunal administratif.

La création et la détermination du ressort des tribunaux administratifs régionaux sont définies par la loi, en égard à la quantité des requêtes et à la gestion des personnels des juridictions administratives. La loi détermine le pouvoir des tribunaux administratifs régionaux qui peut couvrir plusieurs provinces[121]. A propos de ce texte, la loi considère déjà la difficulté de la connaissance des litiges administratifs « *en égard à la quantité des requêtes* ». Actuellement, il n'y a qu'une seule Cour administrative suprême, un tribunal administratif central et sept tribunaux administratifs provinciaux (Chaing-mai, Songkhla, Nokorn-ratchasima, Kon-khean, Pitsanuloke, Rayong et Nakorn-Srithammarat). Même si dans le projet de la création, il était prévu la création de tribunaux administratifs partout, dans les grandes villes.

Nous voyons bien cette création comme l'organe juridique indépendant de l'ensemble des la juridiction administrative qui permet l'indépendance du juge. En ce qui concerne la France, c'est la loi 16-24 août 1790 qui marque la ligne de partage entre la justice administrative et la justice judiciaires. Ainsi, c'est le passage de la justice retenue à la justice déléguée qui permet totalement l'indépendance du juge et de l'ensemble de la juridiction administrative.

Par contre, pour la Thaïlande, comme nous avons envisagé dans notre partie I, l'originalité thaïe commence par l'absence d'une véritable juridictionnelle administrative. Avant la loi portant création des juridictions administrative B.E. 2542, la Thaïlande résolvait l'enquête administrative par la procédure administrative non contentieuse, actionnée par un organe inspiré du modèle français, comme Conseil d'Etat. A partir de la loi de B.E. 2542, le symbole de l'indépendance du juge administratif nous apparaît plus clair.

Plus claire, si nous prenons ce texte comme exemple, ce texte nous montre-t-il aussi la connaissance du droit administratif par le peuple dans ce pays ? Quel est l'état actuel de la juridiction administrative et des nouveaux modes de régulation ? Nous aborderons ses questions dans le paragraphe suivant.

(1.2) l'état actuel de l'organisme de juridiction administrative et le nouveau mode de régulation

Dans ce paragraphe, nous envisagerons l'état actuel de l'ensemble de la juridiction administrative thaïlandaise dans le domaine du contrat de l'arbitrage administratif.

En raison de son contenu concernant le secteur privé, le contrat administratif est une des parties du droit administratif qui est développé souvent sous l'influence de l'actualité. Nous pourrons dire que les ensembles de juridiction administrative ont le rôle le plus différent sur la question du droit public et du droit privé, après avoir examiné le litige

[121] Article 8 quatre de même loi

contractuel administratif, et ainsi la définition du contrat administratif en Thaïlande est plus ou moins différente de la définition française.

Nous savons bien que l'influence du système juridique anglo-saxon est enracinée en Thaïlande depuis des siècles. Et sans doute, cela peut bloquer la connaissance et la différence entre le contrat du droit privé et le contrat du droit public. Avant l'entrée en vigueur de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieux B.E 2542 (1999), c'était le tribunal judiciaire qui ayant la compétence en matière de contrat administratif. En ce terme, il y a un autre règlement concernant venant du cabinet du premier ministre B.E. 2535 qui précise la forme du contrat entre l'Etat et le particulier, dans le domaine des marchés publics. En bref, tout est sous réserve de la compétence du tribunal administratif.

De toute façon, nous imaginons bien la décision traitant de l'égalité entre les requérants, sans aucune considération de l'intérêt public ou du service public qui est considéré comme le noyau dur du droit public moderne.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse, dans son article 3, cette loi précise la définition du « contrat administratif » comme « un contrat dans lequel l'administration ou un des ses représentants est partie et qui revêt le caractère d'un contrat de concession, de service public, de prestation de service ou d'exploitation de ressources naturelles ».

A ce propos, nous pourrons imaginer que la définition du « contrat administratif » par rapport à l'article 3 laisse la possibilité pour le juge de préciser la définition du contrat administratif pour l'avenir.

D'ailleurs, le problème se pose dans le contrat pour le marché de travaux et de fournitures. Par rapport à la France, un article de son code du marché public précise clairement que les marchés publics sont « des contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public »[122], exception faite des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat. Mais pour la Thaïlande, il n'existe pas de code des marchés publics, il n'y a que l'arrêté ministériel des marchés publics et ainsi, avant l'entrée en vigueur de la loi portant création de juridiction administrative et la procédure administrative contentieuse B.E.2542 (1999) , toute les saisines concernant les achats publics sont sous-réserve de la compétence du Tribunal judiciaire, sauf dans certains cas où nous pourrons voir explicitement le caractère de « contrat du concession », « contrat de service public », « contrat de prestation de service », « d'exploitation des ressources naturelles » qui sont sou la compétence de la commission …. . C'est la raison pour laquelle l'article 3 de cette loi garde toujours la même conception pour la définition du contrat administratif.

[122] Article 1 du code des marchés publics 2004

Un autre point intéressant concernant le contrat administratif est l'arbitrage administratif. Pour le droit administratif français, l'arbitrage est interdit. Même s'il y a des exceptions qui ont été apportée à cette interdiction, elles restent très limitées.

Pour la France, dès le XIX siècle, les jurisprudences administratives et judiciaires ont dénié aux personnes publiques le droit de recourir à l'arbitrage. Cette interdiction était rattachée aux articles 1004 et 83 du Code de procédure civil, et interdit l'exécution de tout compromis dans les affaires communicables au ministère public, dans lesquelles figurent les causes concernant les personnes publiques. Pour la raison de cette interdiction, d'après le commissaire du gouvernement Gazier[123], le principe est « inspiré du double souci d'éviter que les collectivités publiques ne manifestent une fâcheuse désaffection vis-à-vis de la justice de l'Etat et en même temps négligent la défense des intérêts publics dont elles ont la charge, les garanties, que seule cette justice comporte ». Pour parler simplement, la convention d'arbitrage touche à la compétence juridictionnelle, dans la mesure où l'arbitrage est une juridiction du domaine de la loi ».

Les exceptions du l'arbitrage administratif français sont en 3 cas suivants :

1.Marché public : La loi du 17 avril 1960 (art. 132 du Code des marchés publics) a introduit l'arbitrage en matière de marchés publics, mais de manière très limitée puisque ne sont concernés d'une part que les marchés de travaux et de fournitures, d'autre part que les litiges relatifs à la liquidation des dépenses. Ces dispositions ont surtout été appliquées par les collectivités locales ; elles ne visent pas les établissements publics nationaux. La légalité de l'extension aux établissements publics locaux a été mise en doute parce qu'elle résulte du seul Code des marchés publics, qui a un caractère réglementaire ; mais il a été jugé que le texte est légal au motif qu'il n'a ni ne crée un nouvel ordre de juridiction, ni porté atteinte à la libre administration des collectivités locales[124].

Par contre, il y a quelques autres textes qui ont explicitement autorisé l'arbitrage dans ces cas particuliers par exemple : la loi du 10 octobre 1919 sur l'énergie hydraulique, art. L. 431-2 du Code des assurances ; ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats partenariat[125].

2.Etablissements publics industriels et commerciaux

La loi du 9 juillet 1975, modifiant l'article 2060 du Code civil, est venue exaucer un très ancien vœu en ouvrant la voie de l'arbitrage à certains établissements publics à caractère industriel et commercial. Mais la voie ainsi ouverte n'a été emprunté par personne avant 2002. Seuls quelques établissements publics industriels et commerciaux avaient été autorisés à utiliser l'arbitrage, mais ce fut par une disposition législative spécifique et non pas décret[126].

---

[123] C.E. 13 décembre 1957, *Société Nationale de vente des surplus* , D. 1958, 517 cité par Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 4e édition, 2004, p.305
[124] TA Starsbourg, 24 janvier 1977, Lapp., LPA 19 mars 1997, n°34, p.16, Note Marchessou
[125] Laurent Richer, précité, p. 307
[126] SNCF, art 25, L.30 décembre 1982 ; La Poste, art. 28, L. 2 juillet 1990, RFF art. 3L, 13 février 1997

Le rapprochement entre gestion administrative et gestion commerciale ne concerne pas seulement certains établissements industriels et commerciaux. Il a également été issu de la nécessité de faciliter les relations économiques internationales des personnes publiques en leur permettant de se conformer aux usages qui prévalent en ce domaine.

3.Contrat internationaux

La loi du 15 juillet 1982 a permis l'arbitrage dans les contrats de recherche avec des organismes étrangers. Mais, c'est surtout la loi du 19 août 1986 qui retient l'attention, en dépit de son champ d'application très limitée.

-la loi du 19 août 1986

C'était le contrat à l'occasion de la création à Marne-le-Vallée du parc Eurodisneyland de la société Walt Disney. Cette société, ayant conclu des accords avec l'Etat (le département de Seine-et-Marne et l'Epamarne) ne voulait pas que les litiges éventuels soient jugés lentement et publiquement par le tribunal administratif.

Pour cela, l'article 9 de la loi n° 8—972 du 19 août 1986 prévoit la possibilité d'insérer des clauses compromissoires. Cet article est ainsi rédigé : « par dérogations à l'article 2060 du Code civil, l'Etat des collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisée dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue de règlement, le cas échéant définitifs de litige liés à l'application et à l'interprétation de ces contrats ».

L'utilisé de cette loi a pu être mise en doute au regard du droit international conventionnel applicable en matière d'arbitrage. C'est le cas de la Convention de Genève du 21 avril 1961 et la Convention de Washington du 18 mars 1965.

La Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international admet dans son article 2 la capacité d'arbitrage des « personnes morales de droit public ». Cette convention n'ayant pas été ratifiée par les Etats-Unis, n'était cependant pas applicable dans les relations entre les personnes publiques françaises et une entreprise américaine. Mais, la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre l'Etat et ressortissants d'autres états rend possible, s'il est prévu dans le contrat d'investissement, l'arbitrage pour le CIRDI. Cette convention ne prévoit pas expressément la possibilité de compromettre pour les personnes publiques mais cette possibilité est implicite dans le texte de la Convention.

Une interprétation retenue par l'avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986[127], selon lequel la Convention de Washington « n'emporte aucune conséquence » quant à la possibilité de compromettre d'une personne « publique française », est donc sujette à caution.

[127] EDCE 1987, 178 ; GACE, p.175

Les mêmes réserves peuvent être faites à propos de la conception des « principes applicables en matière de commerce international ». Le Conseil d'Etat a considéré que le projet de contrat pour Eurodisneyland ne relève pas de ces principes tels qu'ils ont été dégagés par la Cour de cassation.

-les relations du commerce international

La Cour de cassation a reconnu à l'Etat et aux établissements publics l'aptitude à l'arbitrage pour les litiges relatifs à un contrat signé dans les relations du commerce international.

Mais les jurisprudences dans ce cas sont sous-réserve de la compétence de la Cour de cassation. Par conséquent, les jurisprudences ne s'appliquent que dans les cas où la juridiction judiciaire est compétente pour statuer sur la validité de la clause compromissoire ou du compromis, c'est-à-dire lorsque le contrat est du droit privé[128].

Néanmoins, le caractère administratif du contrat n'est pas incompatible avec l'objet de commerce international et il paraît normal que le juge administratif retienne la même solution que la Cour de cassation.

A ce point de vue, la formulation de l'avis du 6 mars 1986 est équivoque : le Conseil d'Etat peut avoir estimé inapplicables les principes du commerce international, soit parce que le contrat Eurodisneyland est administratif, soit parce qu'il a considéré que l'opération ne relevait pas du commerce international, ce qui est critiquable.

Les réticences du Conseil d'Etat à l'égard de l'arbitrage apparaissons aussi à d'autres points de vue.

Le cas Eurodisneyland a été considéré comme un bon exemple pour l'arbitrage administratif en Thaïlande, pendant la discussion portant sur la loi. En ce sens, le Code de procédure civile art. 210-222 prévoit la possibilité de l'arbitrage.

La commission de prétition qui a la compétence pour le litige administratif avant la création des juridictions administratives actuelles admet un arbitrage dans le contrat de travaux publics (pour le pont Taksin Maharat)[129]. Mais après avoir promulgué la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E.2542 (1999), si le contrat conclut la clause arbitrale, il est nécessaire pour les requérants de passer sa saisine devant le tribunal judiciaire, avant saisine au tribunal administratif.[130]

Par conséquent, nous pourrons accepter que, au contraire de la France, le droit administratif thaïlandais admette la légalité du l'arbitre dans le contrat administratif comme prévu dans l'article 15 du Code de l'arbitrage B.E. 2535 (1999). Une autre question a été

---

[128] TC 19 mai 1958, *Soc.Myrtoon Streamship*, Rec. 793 ; D. 1958, 699, note J. Robert, cite par Laurent Richer, p.309

[129] Décision n°56/2528(B.E.)

[130] Décision n°1454/2544 et 1799/2544

posée : l'arbitrage qui connaît rien à la définition « intérêt public » pourrait-t-il mieux juger le litige concernant le service public ?

Dans la décision de l'arbitre n°4/2547, 30 janvier B.E.2547, entre la société publique ITV et l'office du cabinet du premier ministre, sur le conflit de la concession audiovisuelle, en ce sens, c'est la décision du l'arbitre qui est fondée sur l'intérêt individuel car l'arbitre a jugé l'importance de l'indemnité accordée à un entreprise privée, sans considérer les pertes subies par cette société en matière l'intérêt public. Cette décision pose nettement le problème des rapports entre la théorie du droit administratif et la méconnaissance des leurs droits par les individus, comme l'existence de l'arbitre.

En conclusion, nous envisageons bien que, même si l'article 15 du Code de l'arbitre thaïlandais autorise la possibilité de faire appel à un arbitre dans un contrat administratif, ce même article a posé pratiquement le problème juridique pour le service public qui concerne l'intérêt public. La loi thaïlandaise ouvre la voie à la compétence de la cour administrative dans le litige arbitral concernant le contrat administratif. Mais se pose également le problème concernant la théorie du droit public, concernant le service public et l'intérêt général. Néanmoins, la définition du contrat administratif laisse ainsi la possibilité au juge de justifier ses décisions selon ce critère.

2.L'indépendance organique par la société

Dans ce paragraphe, nous envisagerons l'indépendance organique, c'est-à-dire le corps de la juridiction administrative face à la demande de la société. En ce sens, nous considèrerons deux critères (2.1) Les critères politiques du juge administratif et (2.2) les critères sociales du juge administratif.

(2.1) Les critères politiques du juge administratif

Avec, à la base, une volonté politique et aussi une logique intellectuelle et abstraite, la création de la justice administrative en Thaïlande a été faite selon l'influence française.

Le lien entre la politique et le juge vient de l'idée que le juge exerce un pouvoir juridictionnel qui en principe appartient au peuple. Pour pouvoir exercer légitimement son pouvoir, il convient qu'il soit investi par le peuple. Selon la Constitution, ce rôle est dévolu au Sénat qui sera élu au suffrage universel direct. C'est pourquoi la nomination des conseillers de la Cour suprême administrative et de son président, avant l'accord du Roi, doit être approuvée auparavant par le Sénat[131]. En outre, il est prévu que dans le Conseil supérieur de la magistrature administrative, deux membres sont désignés par le Sénat en vertu du même principe.

Ainsi, à la demande des juges spécialisée et qualifiés, il est une exigence majeure, vu la spécificité du litige administratif. La loi, dans ses articles 13 et 18, a prévu de

[131] Article 15 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E.2542 (1999)

très hautes qualifications pour ceux qui peuvent être nommés conseillers à la Cour suprême administrative et au tribunal administratif. Ils doivent être en principe des spécialistes de droit, sciences politiques, économiques et sociales ou de l'administration publique, des juges judiciaires ou des fonctionnaires très expérimentés. Par conséquent, ceux qui sont qualifiés pour le recrutement de juges administratifs sont, parfois, déjà dans une haute position dans l'institution de l'Etat, par exemple : le secrétaire général de l'office de la commission des fonctionnaires, le doyen honoraire de la faculté du droit, le secrétaire du l'office de la juridiction administrative, le secrétaire du ministre des affaires intérieures, le préfet, le juge de la Cour suprême au tribunal judiciaire, le secrétaire du ministre de la justice etc. Parfois, les gens expérimentés viennent de l'institution nationale, concernant les litiges administratifs, par exemple : dans le bien public ou la disciplinaire administrative.

D'ailleurs, le système de recrutement du juge administratif pour la Cour suprême administrative prévu par l'article 227 de la Constitution et par l'article 15 et 19 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse est un système ouvert. C'est-à-dire que, sans avoir passé l'examen ou le concours, la personne ayant les qualifications prévues par la loi peut être nommée, elle devient un magistrat professionnel et ne quitte la fonction que lors de son départ à la retraite.

La justice administrative constitue un démembrement de l'Exécutif, auquel elle reste étroitement soumise. Elle représente donc un privilège, plutôt qu'une réelle limitation de ses pouvoirs. L'évolution ultérieure dans le sens d'une libération progressive de la justice administrative, n'a pas entièrement effacé ses traits originels. L'extension et l'approfondissement du contrôle juridictionnel sur l'Administration se traduisaient inévitablement par une emprise du juge sur l'action de l'Exécutif. Nous expliquons ce phénomène parce que le juge est suffisamment proche de l'Exécutif pour qu'il ne se sente pas menacé par le contrôle.

La juridiction administrative, notamment les juges de la Cour suprême, apparaît comme un démembrement de l'Exécutif. La Cour suprême administrative est un des grands corps de l'Etat composé de hauts fonctionnaires et non des magistrats de carrière. De cette façon, nous nous demandons si les juges administratifs suprêmes ne connaissent pas suffisamment la pratique de la procédure administrative contentieuse. De plus, les juges administratifs suprêmes sont toujours confrontés à un contexte politique et restent liées par du multiples attaches au milieu politique.

L'influence politique pour le juge peut se poser encore une fois, si nous acceptons la théorie du pouvoir normatif par le juge (nous l'envisagerons dans la section 2 de ce chapitre), nous savons bien que le juge administratif dégage les principes d'un ordre juridique et politique donné, ne se comporte pas de façon fondamentalement différente du législateur. Le juge remplit une fonction aussi bien législative que politique. Par ailleurs, nous pourrons supporter cette explication contenue dans la thèse du prefesseur Waline[132], citant que le juge constitue ses principes par la traduction d'une « éthique », d' « une certaine conception de l'homme dans ses relations avec le pouvoir, auxquelles le juge entend

[132] J.WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mélanges Scelle*, 1950

« soumettre l'ensemble de la vie politique française ». En conclusion, nous voyons clairement que sa portée n'est donc pas seulement juridique, mais aussi politique.

L'autre hypothèse est que le juge administratif thaïlandais aurait peut-être tendance à minimiser son rôle dans le domaine du pouvoir normatif. La raison de cette modestie s'explique aisément si l'on considère que le pouvoir normatif du juge est la conséquence d'un état de fait, et non d'une habilitation légale. S'il paraît peu conforme au fait de dénier au juge tout pouvoir normatif, en comparant avec la théorie des principes du droit public français qui exclut le juge des autorités compétentes pour édicter des pouvoirs sociaux ou un pouvoir de fait, ses décisions qui sont à la base de cette critique, se fondent peut-être sur la liberté du juge, et non pas sur l'intérêt étroit du requérant.

La juge administratif peut exercer une influence politique. Sa mission est de soumettre à l'Exécutif le respect du droit, en contrôlant la légalité de l'action administrative et la nature de ce contrôle qui est marqué par son origine hiérarchique. Ainsi, sa mission qui confine souvent au jugement d'opportunité est basée sur des éléments qui donnent au juge la possibilité d'infléchir des décisions administratives. Au sein de l'Exécutif, les rapports relativement étroits qu'elle entretient avec l'Administration active, rapprochent le juge administratif des centres de décision politique et aggravent l'influence politique dans ses décisions. A ce propos, le souci de son indépendance est lié au pouvoir politique, mais c'est aussi le pouvoir qui accepte d'être soumis à un contrôle, d'autant plus étroit que l'organe qui exerce ce contrôle, et ainsi, la dernière constatation, c'est l'exercice du contrôle le plus proche du juge administratif.

Mais l'influence du juge administratif connaît certaines limites. Ce sont les limitations qui tiennent même si tout un organe juridictionnel est subordonné au pouvoir politique. Cette subordination se traduit sur le plan organique par la dépendance de la juridiction administrative vis-à-vis de l'Exécutif, dont elle constitue un démembrement. Ces rapports ambivalents ont pour conséquence une autolimitation du juge pour qu'il soit conscient de la réalité de son pouvoir, et aussi de sa capacité de faire preuve de modération.

L'idée que le juge joue un rôle politique implique que le juge utilise son influence en vue de la réalisation de certaines fins. Le juge reste maître de la déterminer. En Thaïlande, en attendant les œuvres jurisprudentielles du juge administratif pour mieux critiquer l'influence politique dans son rôle, la Cour administrative continue à travailler et lancer la jurisprudence majeure pour éviter tous les mauvais commentaires.

(2.2) Les critères sociaux du juge administratif

L'Etat moderne repose sur le principe de l'Etat de droit, avec qui concerne la légalité et la justification des actes de l'Administration soumise au respect du droit. Cette théorie, lancée par Hans Kelsen, est très liée au respect de la hiérarchie des normes, de la séparation des pouvoirs et des droits fondamentaux.

L'Etat de droit est celui dans lequel les mandataires politiques (ou les élus dans la démocratie) sont tenus par le droit qui a été édicté. La théorie de la séparation des pouvoirs

selon Montesquieu, sur laquelle se fondent la majorité des Etats occidentaux modernes, affirme la distinction des trois pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) et leur limitation mutuelle. Par exemple, dans une démocratie parlementaire, le législatif (le Parlement) limite le pouvoir de l'exécutif (le gouvernement). Celui-ci n'est donc pas libre d'agir à sa guise et doit constamment s'assurer de l'appui du Parlement, lequel est l'expression de la volonté de la population. De la même façon, le judiciaire permet de faire contrepoids à certaines décisions gouvernementales[133]. L'Etat de droit s'oppose donc aux monarchies absolues de droit divin et aux dictatures, dans lesquelles l'autorité agit souvent au mépris des droits fondamentaux. L'Etat de droit n'exige pas que tout le droit soit écrit. La Constitution de la Grande-Bretagne, par exemple, est fondée uniquement sur la coutume : elle ne respecte par le droit coutumier avec la même considération des droits fondamentaux que dans un système de droit écrit.

Selon une définition plus ancienne, l'Etat de droit est un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. Le juriste autrichien Hans Kelsen a redéfini cette notion d'origine allemande (Rechtsstaat) au début du XXe siècle, comme un *Etat dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée*.

Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures.

L'Etat de droit se confond avec l'Etat libéral, lequel se distingue de l'Etat absolutise, qui n'agit pas que dans l'intérêt des gouvernants, mais ainsi dans l'intérêt des citoyens. Si la démocratie représentative est particulièrement libérale, c'est précisément parce que le régime parlementaire est mieux susceptible de sauvegarder le bien commun et d'exprimer les aspirations réelles de la nation. Les gouvernants, élus par des peuples, ont pour mission de faire prévaloir l'intérêt général, et dans ce but ils se voient conférer des prérogatives spécifiques, notamment un pouvoir de contrainte sur les citoyens. Mais ce pouvoir n'est pas illimité. L'Etat libéral est un Etat limité, à la fois dans son champ d'action et par les fins qui lui sont assignées. Il ne peut empiéter sur le domaine réservé aux activités privées que dans la mesure nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général, et son action ne doit pas aboutir à sacrifier les intérêts de telle ou telle catégorie de citoyens. Ce principe trouve son application principale en matière économique, puisque aussi bien, la devise du libéralisme dans ce domaine a été pendant longtemps « laisser faire, laisser passer ». L'intervention étatique doit rester neutre et réserver un traitement égal à tous. Telle est du moins l'image classique de l'Etat libéral, qui donne l'image de l'Etat agissant fermement. Malgré la transformation des données politiques et sociales, la conception que les libéraux se font de l'Etat n'a pas profondément changé. Il n'y a pas eu mutation, mais seulement évolution.

Le droit administratif thaïlandais, forgé par la jurisprudence récente, reflète cette conception libérale liée à la mission de l'Etat. Il reconnaît la spécificité de l'activité étatique en accordant à l'Exécutif les prérogatives nécessaires à l'exercice de sa mission. Un

[133] en particulier, au Canada, avec le pouvoir que la Charte des droits et libertés de la personne confère aux magistrats

bon exemple on est la théorie du service public. La théorie du service public est le service qui est exercé dans l'intérêt général, ne saurait être régi par les mêmes règles que les activités privées. Fondé sur l'utilité publique, le droit administratif dans le domaine du service public est un droit spécifique, qui doit permettre à l'Administration de disposer des moyens nécessaires à la réalisation de ses fins. Mais le juge administratif veille également à ce que l'Administration n'empiète pas sur l'activité privée et à ce que la poursuite de l'intérêt général ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts particuliers, notamment dans le domaine économique et social.

C'est le juge administratif qui détient un des pouvoirs étatiques pour limiter l'activité étatique et protéger les intérêts particuliers.

La jurisprudence administrative doit confirmer le principe de l'intérêt général, assurer la paix dans la société. Dans ce point de vue, on a vu plus haut qu'au nom de l'ordre public, des restrictions pouvaient être apportées aux libertés dont jouissent les particuliers. Mais l'intérêt général ne se réduit pas au seul maintien de l'ordre et les pouvoirs de police de l'Administration ne constituent qu'un aspect de ces prérogatives. C'est donc une image significative de l'ensemble de la jurisprudence. Ce sont d'une part les rapports entre l'Etat et ses agents. Les agents de l'Etat sont placés dans une situation spéciale et soumis à des sujétions particulièrement strictes, ils participent directement à l'action de l'Etat, sans oublier les rapports entre l'Etat et les particuliers qui collaborent à une mission d'intérêt général et se voient imposer de fait des obligations spécifiques.

Le régime de la fonction publique est fondé sur deux ordres de considérations, en partie contradictoires : les exigences tirées de l'intérêt du service, et celles tirées de l'intérêt personnel des fonctionnaires. D'une part, en effet, le fonctionnaire participe à une mission d'intérêt général. En servant l'Etat, il est en réalité au service de la collectivité tout entière. Par ailleurs, le fonctionnaire participe de l'autorité de l'Etat, dont il constitue en quelque sorte le visage quotidien pour les administrés, et son attitude est susceptible d'engager le service lui-même.

Même si le fonctionnaire en Thaïlande ne se conduit pas totalement selon les principes de la continuité de service public comme en France, on peut considérer sa situation comme particulière, commandée par l'intérêt du service. Mais des considérations inverses interviennent, qui tendent à limiter les sujétions particulières pesant sur le fonctionnaire. Un régime libéral ne peut en effet séparer entièrement les fonctionnaires du reste de la nation. Ceux-ci demeurent des citoyens, et les restrictions apportées aux droits dont ils jouissent en tant que tels, doivent rester dans les limites de ce qui paraît strictement nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général et à la sauvegarde de l'autorité de l'Etat. Ces dernières considérations ont pris une importance croissante au fur et à mesure que la conception de l'Etat s'est transformée. L'accroissement du nombre des fonctionnaires et la démocratisation de leur recrutement, la diminution des fonctions d'autorité au profit de leurs fonctions de gestion, l'apparition de données sociales nouvelles tendant à rapprocher le statut des travailleurs publics et privés – tous ces facteurs ont contribué, en renforçant les garanties du

fonctionnaire et en atténuant ses obligations, à diminuer le particularisme de la fonction publique.

Mais la libération progressive du régime des fonctionnaires a laissé subsister les principes fondamentaux traditionnels de ce régime. L'ensemble du droit de la fonction publique continue à reposer sur un certain équilibre entre les pouvoirs de l'Administration et les garanties accordées aux fonctionnaires, équilibre que la jurisprudence a largement contribué à définir avant que les textes ne viennent codifier les règles qu'elle avait dégagées. C'est dans le domaine concernant directement les libertés publiques des fonctionnaires que le juge a dégagé les solutions les plus originales, tenant compte à la fois des exigences du service et de l'intérêt individuel des fonctionnaires. L'étude de la jurisprudence relative à la liberté d'opinion et d'expression et au droit de grève des fonctionnaires permet de mettre en évidence les considérations politiques qui guident le juge dans la définition des rapports entre l'Etat et ses agents. Cet exemple donne un modèle pour étudier le système juridictionnel thaïlandais, où le statut du fonctionnaire est limité. Il faut que le juge administratif thaïlandais s'engage en effet à une certaine conception de l'Etat, qui, bien qu'impliquant à la fois autorité et continuité, s'inscrit parfaitement dans le cadre des préoccupations libérales relatives au fonctionnement des services de l'Etat.

On sait que le degré de liberté laissé aux fonctionnaires dans le domaine politique dépend essentiellement de la conception de l'Etat et de la conception de la fonction publique elle-même. Dans un Etat autoritaire, et a fortiori totalitaire, aucune liberté politique ne leur est laissée, et ils doivent observer un conformisme étroit, au service de l'idéologie dominante. Dans une démocratie où le pluralisme est la règle, au contraire, les agents publics, en tant que citoyens, peuvent adhérer aux idées politiques de leur choix. Toutefois, s'ils jouissent d'une entière liberté d'opinion, l'exercice de cette liberté peut subir certaines restrictions, en raison de la situation spéciale qu'ils occupent dans la société. Dans l'intérêt de l'autorité de l'Etat dont ils sont les agents, leur liberté politique ne peut aller jusqu'à permettre leur résistance au pouvoir. De plus, les citoyens, ayant droit à la neutralité du service public, doivent pouvoir compter sur l'impartialité des agents publics. Il faut donc éviter que par leur comportement, ceux-ci puissent jeter un doute sur cette neutralité. La conciliation entre ces exigences opposées a abouti en Thaïlande à des solutions nuancées. La liberté d'opinion – stricto sensu- des fonctionnaires est en principe entière ; ceux-ci ne peuvent donc faire l'objet d'aucune discrimination motivée par leur appartenance politique et l'Administration n'a le droit de prendre en considération cette appartenance ni pour interdire à quiconque l'accès de la fonction publique, ni pour infliger une sanction à un fonctionnaire en raison de ses opinions. La seule exception concerne certains hauts fonctionnaires qui occupent des emplois élevés, et participent directement à élaboration et à la réalisation de la politique gouvernementale. Etant donné la solidarité qui existe entre le Gouvernement et les fonctionnaires qui exercent des responsabilités politiques, on admet qu'ils puissent être révoqués pour des motifs politiques. L'application que le juge administratif fait de ces principes n'est pourtant pas aussi libérale qu'on le dit parfois, et le « sens de l'Etat » tend souvent à l'emporter sur la protection des droits des fonctionnaires. Ceci ne remet d'ailleurs pas en question l'attachement du juge aux valeurs libérales, dans la mesure où, comme on l'a

dit, le schéma libéral repose sur la conjugaison de deux thèmes, celui de l'autorité et celui de la liberté, dont le premier est ici privilégié. Mais l'étude de la jurisprudence relative à la liberté d'opinion des fonctionnaires permet de mieux mesurer l'importance respective que le juge accorde à ces deux exigences opposées.

Le bon fonctionnement des services d'intérêt général implique, par ailleurs, leur adaptation constante aux besoins du public. L'obligation d'accepter les modifications requises par cette adaptation s'impose donc aux collaborateurs de l'Administration. Ceci implique le droit pour celle-ci, dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, de retirer une permission d'occuper une charge en vue de réorganiser un service public. Mais dans le cas où un contrat lie l'Administration à un particulier, le problème est de savoir dans quelle mesure l'Administration peut, unilatéralement, imposer à son co-contractant la modification des clauses de contrat. On sait que la question de la mutabilité des contrats administratifs fait l'objet de vives controverses en doctrine. Il semble toutefois qu'un certain pouvoir de modification unilatérale existe, fondé précisément sur la compétence de l'Administration en matière d'organisation du service public de marchés de fournitures qui ne mettent par directement en cause l'exécution du service. Au contraire, il reconnaît à l'Administration le pouvoir d'imposer des changements dans la nature ou l'étendue des obligations du concessionnaire de service public, sous réserve du droit à indemnisation du cocontractant. Au-delà des controverses à la nature et à la portée du droit de modification unilatérale des contrats administratifs, il convient surtout de noter le fondement de l'intervention de l'Administration, qui réside dans l'adaptation en toute circonstance du service public aux besoins des usagers.

En conclusion, l'étude de la jurisprudence fait apparaît clairement le caractère illusoire de l'impartialité du juge administratif. Confronté à des problèmes politiques précis, qui requièrent une solution au plan contentieux, le juge est contraint de prendre position dans la mesure où, pour déterminer le droit applicable, il doit nécessairement porter une appréciation sur les faits qui lui sont soumis.

Mais dans cette appréciation, le juge subit lui-même, on l'a vu, l'influence de facteurs extérieurs. Le climat politique, notamment, peut l'inciter soit à se montrer indulgent à l'égard des autorités politiques si elles ont à faire face à une situation grave, soit au contraire à tenter de tempérer certains excès dus aux emportements d'une opinion politique profondément divisée. Fidèle à une tradition libérale et modérée, le juge administratif thaïlandais est donc également sensible au contexte politique du moment, et se montre attentif à l'état de l'opinion comme aux exigences gouvernementales. Cette double préoccupation explique les aspects contradictoires de la jurisprudence, qui, conservatrice sur bien des points, reflète en revanche dans d'autres domaines, un souci particulier d'adapter le droit au fait. Mais cette contradiction, pensons-nous, n'est qu'apparente. Car lorsque le juge infléchit sa jurisprudence en fonction des circonstances de fait, et accepte de s'écarter des principes libéraux traditionnels, c'est précisément parce qu'il l'estime nécessaire pour préserver le régime libéral, menacé dans ses institutions ou dans ses fondements idéologiques par la subversion des uns ou l'extrêmise des autres. Dès lors, la jurisprudence administrative, dans ses aspects conservateurs comme dans ses aspects novateurs, reflète en somme la fidélité du

juge à l'ordre établi, à condition d'entendre par là non par l'ordre momentanément établi, mais l'ordre républicain et libéral traditionnel.

L'existence d'un organe indépendant chargé d'exercer un contrôle sur l'action de l'Exécutif et de censurer les atteintes illégales portées par l'Administration aux droits des citoyens est la condition nécessaire d'un Etat de droit : les exigences de l'action ne sauraient en effet amener les gouvernants à négliger les exigences du droit. Mais cette mission de contrôle confère à l'organe qui en est investi une influence essentielle sur l'action des pouvoirs publics, dans la mesure où il peut ainsi faire échec à des décisions de nature politique. Et si cet organe est un organe juridictionnel, l'Etat de droit risque de tendre vers le gouvernement des juges. Un double danger menace donc la fragile équilibre qui commande les rapports entre l'Exécutif et le juge. Le premier danger est celui d'une trop grande soumission du juge au pouvoir politique, alors que le juge doit jouir d'une indépendance suffisante pour accomplir sa mission avec impartialité et imposer aux autorités politiques le respect du droit. Le second danger ; c'est que le juge fasse prévaloir ses propres vues, remettant ainsi en cause le principe démocratique qui exige que la responsabilité des affaires publiques soit assumée par des organes représentatifs, investi de la confiance du peuple.

On a cru pouvoir résoudre ce problème en Thaïlande par la création d'une juridiction spéciale, étroitement liée au pouvoir exécutif mais disposant de certaines garanties d'indépendance. Cette solution a apparemment semblé satisfaisante et, pendant longtemps, s'est surtout attachée à mettre en lumière l'action positive de la juridiction administrative pour la protection des citoyens contre l'arbitraire du pouvoir. Aujourd'hui, cependant, les lacunes du contrôle juridictionnel de l'Administration sont de plus en plus fréquemment dénoncées. Mais au-delà des critiques de détail, on peut se demander si le système entier ne doit pas faire l'objet d'une remise en cause. Certes, l'existence d'une juridiction administrative spécialisée n'est pas nécessairement incompatible avec une défense efficace des administrés, comme le prouve a contrario l'expérience de certains pays étrangers (pays scandinaves, Grande-Bretagne, Québec, Nouvelle-Zélande). Le fait, pour le juge, d'être proche de l'Administration, peut être un facteur de plus grande audace dans les décisions qu'il rend. Mais le juge administratif, en France, n'est pas à l'abri d'éventuelles pressions gouvernementales, et il a tendance, de ce fait, à cantonner son contrôle en-deça de certaines limites, de façon à ne pas entrer en conflit avec le pouvoir. Or s'il tient compte de telles considérations, le juge administratif ne peut véritablement remplir son rôle en toute indépendance. La séparation des fonctions juridictionnelles et administratives s'estompe. Les conditions d'un Etat de droit ne sont plus réunies.

Ce phénomène est encore aggravé du fait que la juridiction administrative est composée de hauts fonctionnaires, issus des mêmes classes sociales et ayant reçu la même formation que les administrateurs actifs. Au même titre que ceux-ci, le juge administratif fait partie de la « classe politique », dont il partage inévitablement les options et les préoccupations. Si des oppositions surgissent parfois entre lui-même et ceux qu'il est chargé de contrôler, elles restent dans les limites tracées par l'attachement à une idéologie commune largement teintée par les valeurs libérales.

Que l'on se place par conséquent d'un point de vue organique, sociologique, ou bien encore idéologique, on assiste à une confusion très large entre le juge administratif et les organes exécutifs. Dès lors, il devient pratiquement inutile de s'interroger sur l'existence d'un gouvernement des juges en France : à supposer que la juridiction administrative dispose d'un moyen d'influence politique réel et important, l'harmonie préétablie et la communauté de vues implicite qui règnent entre l'organe contrôleur et l'organe contrôlé suffisent à rendre sans objet la question de savoir si le juge peut être tenté d'imposer, à l'encontre des gouvernants, ses propres conceptions politiques. Mais le risque d'un gouvernement des juges apparaît comme largement illusoire, il reste que les exigences d'un Etat de droit ne sont pas non plus remplies. Et les imperfections de système thaïlandais de contrôle de l'Administration ne font en somme que refléter les imperfections de notre système politique libéral

(B) L'indépendance personnelle

Dans ce paragraphe, nous figurons l'indépendance personnelle du juge administratif thaïlandais qui divise en deux termes (1) L'indépendance concernant ses collaborateurs dans le système juridique (2) L'indépendance sous l'influence de la religion bouddhiste

(1)L'indépendance concernant ses collaborateurs dans le système juridique

En ce qui concerne ce sujet, l'indépendance concernant ses collaborateurs dans le système juridique, nous parlerons de la relation entre le juge administratif thaïlandais et ses collaborateurs tel (1.1) le juge civil et (1.2) le juge constitutionnel

(1.1) Le juge judiciaire

Le pouvoir juridictionnel est installé en Thaïlande depuis longtemps. L'origine de l'histoire du pouvoir juridictionnel thaïlandais peut, en effet, remonter à 1253, à l'époque du royaume Sukhothaï, alors influencé par la culture indienne. Les institutions politiques du royaume étaient soumises à la coutume, non à un système juridique. Les relations entre le Roi et ses sujets étaient régies par la religion et la culture, sous forme d'une monarchie paternelle, et avec une procédure non contentieuse sous forme de recours royal. C'est le Roi Ramkamhaeng, le troisième roi de cette époque, qui mit une cloche à la disposition des ses sujets. Il n'y avait aucune limitation pour porter plainte grâce à ce recours. Chaque fois que le Roi entendait cet appel, il interrogeait le plaignant sur son affaire et la jugeait en toute impartialité. Cette pratique a continué jusqu'à à l'époque d'Ayutia et à l'époque actuelle, mais le recours royal est beaucoup plus limité. Il ne concerne que les dysfonctionnements des magistrats.

Depuis l'époque Ayutia jusqu'aux guerres coloniales du XIXe siècle, la Thaïlande était influencée par la culture indienne, qui se référait à quatre éléments : le Thammasart, le Rajasaat, le Code Manu et le Sakdi na[134]. En raison de la complexité de la société, le Roi ne pouvait pas interroger directement sur les affaires comme à l'époque

[134] Nous l'envisagerons encore dans sous-partie 2 de cette partie

Sukhothaï. Le Roi avait besoin d'intermédiaires, c'est-à-dire, de fonctionnaires de haut niveau, pour interroger et juger au nom du Roi.

Le système juridique de Code Manu, qui avait été très critiqué par les pays occidentaux, devient aussi une des causes importantes de la modernisation du pays sous le règne du Roi Rama V. La Thaïlande a emprunté ce Code par les Mônes, le peuple qui a occupé ce territoire à l'origine. Quant au Thammasart, c'était une sorte de droit naturel dont les dispositions étaient sacrées et éternelles, définissant aussi les rapports entre l'Etat et l'individu. Issu du droit hindou et sous l'influence de la culture kmhère, le Code Manu avait un rôle important dans le système juridique de la Thaïlande depuis l'époque Sukhothaï. Ce code renforçait le pouvoir du monarque et il est resté un élément majeur du système juridique thaï jusqu'à XIXe siècle. La sévérité de ce droit était connue pour les peines très lourdes qui étaient infligées, par exemple, la peine de la main coupée pour avoir frappé des éléphants ou des chevaux du roi, ou le peine de mort pour avoir murmuré une audience royale, etc. Le Code Manu avait été une grande réforme portant le nom « le droit à trois seaux » sous le règne du Roi Rama 1er (au début de l'époque Rattanakosin, époque actuelle). « Le droit à trois seaux » signifie à trois significations royales mais conserve le principe des peines du Code Manu. La Thaïlande avait été critiquée souvent par rapport au système juridictionnel à l'époque, et c'est la raison pour laquelle la réforme du droit et de la juridiction étaient vraiment nécessaires pour la modernisation du pays, sous le règne du Roi Rama V.

Dans le cadre de la modernisation du pays sous le règne du Roi Rama V, le Roi promulgua une loi portant sur le reforme du droit et de la justice en B.E. 2434, et installa le ministère de la justice en B.E. 2451. Il est remarquable de préciser qu'un de fils du Roi Rama V a été nommé comme père fondateur de la justice thaïlandaise, et c'est la juridiction judiciaire qui est un organe unique du système juridique depuis le début.

Pour être juge judiciaire, il est nécessaire de passer le concours au Bar Association (équivalent du système Bar Association britannique), avant de s'inscrire au concours juridique. L'âge minimum du juge judicaire est de vingt-cinq ans. Il arrive souvent que le juge judiciaire soit un étudiant sérieux qui vient de sortir de la faculté de droit, et passe un an au Bar association, avant de se présenter au concours juridique. Le juge judiciaire a été critiqué souvent pour son manque de maturité, d'expérience et surtout de connaissance des litiges. Auparavant, grâce au système du droit judiciaire stable et durable (par rapport à la jeunesse du système du droit administratif), les gens désireux d'être juges judiciaires sont beaucoup plus nombreux que ceux qui souhaitent entrer dans le droit administratif. Le tribunal judiciaire recrute les meilleurs et les autres vont au tribunal administratif. Même s'il est possible de passer encore un concours de juge administratif à quarante-cinq ans, les juges judiciaires préfèrent s'en tenir à leur propre fonction. Le concours de juge administratif reste ouvert notamment pour les fonctionnaires et les professeurs universitaires.

En général, le juge judiciaire était compétent pour tous les litiges, avant la création de la juridiction administrative et de la Cour constitutionnelle. Le juge judiciaire a conservé jusqu'à présent cette conception. Il arrive souvent des conflits de compétence entre

la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, par exemple, dans le contentieux environnemental.

Ce phénomène est différent du système français, car traditionnellement, le lien entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation est moins évident que celui entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. En France, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont différents par l'histoire, par leur composition et leur nature. De toute façon, les deux institutions ont nombre de compétences partagées, qu'il s'agisse de la délimitation du domaine de la loi et du règlement, de l'interprétation de la Constitution, du contentieux des élections. Sur tous les sujets communs de ces deux pouvoirs juridictionnels, la cohérence s'est immédiatement instaurée et les jurisprudences ont cheminé de concert, au bénéfice de l'unité du droit public comme de la sécurité juridique. Au contraire, la juridiction administrative thaïlandaise prend la juridiction judiciaire comme modèle, elle a besoin du pouvoir judiciaire pour encadrer la fonction juridictionnelle administrative. Il en résulte que le juge administratif doit se référer au juge judiciaire dans certains domaines, notamment le référé ou l'exécution. Il semble que le juge administratif soit soumis au droit judicaire contentieux en même temps qu'au droit public français. L'indépendance personnelle dans ce cas est moins remarquable. Malgré tout, les deux juges thaïlandais ignorent que leurs pouvoirs sont liés. Ils pensent avoir un pouvoir net : le juge administratif veille sous le droit administratif, le juge judiciaire engage seulement le droit civil, commercial et pénal.

En France, le pouvoir juridictionnel doit aussi concerner les relations internationales, par exemple, les relations entre les deux Cours et la Cour de Justice des Communautés européennes ou entre les deux juridictions françaises et la Cour européenne des droits de l'homme. Les relations sont plus ou moins difficiles ; par exemple, les relations entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes ont connu leur tension maximale lors de l'arrêt *ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit* du 22 décembre 1978. Ce lien est devenu plus solide, surtout après l'arrêt *Nicolo* et les conséquences qui en ont été tirées, quant à l'autorité du droit communautaire et singulièrement quant à la portée des directives en droit interne. Avec la Cour européenne des droits de l'homme, le chemin parcouru est aussi important, car toutes les incompréhensions, qui viennent pour une large part du retard avec lequel la France a ratifié la Convention, ne sont certes pas dissipées. Beaucoup d'évolutions de la jurisprudence ont pour origine la Convention, selon son interprétation par la Cour. Sur la nature des droits protégés et l'étendue des garanties dont elles bénéficient, les jurisprudences sont dans l'ensemble en harmonie. Les aspects procéduraux soulèvent encore davantage de difficultés. Elles seront surmontées par des échanges avec la Cour, comme elle a commencé à le faire, notamment dans son arrêt *Kress* : il prend en compte les droits nationaux, laisse une marge d'appréciation suffisante aux Etats et à leurs juridictions souveraines, et reconnaît qu'il y a plusieurs voies pour satisfaire aux exigences d'un procès équitable. Le dialogue entre les juges s'approfondit avec le temps.

La même situation n'apparaît pas en Thaïlande. La juridiction judiciaire et la juridiction administrative thaïlandaise n'ont pas de contacts extérieurs. Par conséquent, l'évolution de la jurisprudence est quasiment à l'origine du droit intérieur, sauf dans certains droits contemporains dans les domaines économiques et techniques (tels le droit de la

protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés anonymes, les délits liés à l'informatique, etc.). Le pouvoir judiciaire a pris le droit américain comme source d'inspiration, tandis que le droit administratif doit prendre souvent le droit français comme référence.

(1.2) Le juge constitutionnel

Le contrôle de la constitutionnalité de la Thaïlande a commencé tout de suite après le changement du régime politique (de la monarchie à la royauté constitutionnelle) en 1882. Selon la Constitution de B.E. 2475, l'interprétation de la Constitution était sous le contrôle du Parlement. Jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale, il existait un contentieux pour les crimes de guerre, selon la loi des crimes de guerre B.E. 2488[135], pour punir tous les crimes de guerre avec ou sans validation de cette loi. La décision 1/2489 de la Cour de cassation précise que la condamnation pour crimes de guerre *avant* la validation de cette loi était inconstitutionnelle. Dans ce cas, le pouvoir législatif du parlement concernant la validation de cette loi était illégal. La Cour de cassation restait le seul organe compétent pour l'application de cette loi. Quand le parlement a voté une loi qui n'est pas conforme à la Constitution, c'est le rôle de la Cour de cassation d'interpréter cette loi à la rendre applicable. Le législatif ne peut pas interpréter la loi car c'est lui qui la vote, l'exécutif non plus.

La décision de 1/2489 a suscité le mécontentement du Parlement car il semblait que la Cour de cassation essayait de saisir le rôle du Parlement. Pour résoudre ce problème, la Constitution du B.E. 2489 (1936) a dû désigner une commission appelée « la commission des magistrats constitutionnels », compétents pour la conformité de loi à la Constitution. Il existe 8 constitutions en Thaïlande qui mentionnent l'existence de cette commission, mais c'est le Parlement qui a cette charge dans la mesure où la Thaïlande est sous le régime de la Constitution provisoire (après plusieurs coups d'état).

Avant la constitution du B.E. 2540 (1999), la commission du magistrat constitutionnel se composait de deux groupes de membres : les membres de la haute position comme le président de la Cour de cassation, le président de la Cour d'appel judiciaire, le président du procureur de la République (équivalent du ministre de la justice français) ; et les membres de la commission de désignation. La compétence de la commission des magistrats constitutionnels ne veille pas seulement sur la conformité de la constitution, mais aussi sur la compétence de la juridiction ou la qualification des membres du parlement, etc.

Par rapport à la structure de cette commission, on a fait plusieurs critiques concernant l'indépendance et l'impartialité qui peuvent être influencées par la politique. En conséquence, la Constitution du B.E. 2540 (1999) a proposé un organe visant le même objectif mais réuni sous la forme de « la Cour constitutionnelle ». Annulant le pouvoir des membres de la haute position, cette Cour constitutionnelle se composait uniquement de membres «indépendants » pour éviter les conflits d'intérêt et pour garantir l'indépendance du juge. La sélection de ses membres se faisait selon la loi. De toute façon, le procédé de

135

sélection des membres de cette Cour a été critiqué implicitement par le pouvoir politique, ce qui n'est pas très efficace pour la garantie juridictionnelle.

Après le coup d'état de 2006, la composition de la Cour constitutionnelle a changé. Il en résulte que le Président de la Cour de cassation et le Président de la Cour administrative siègent parmi les sept membres. D'ailleurs, les sept membres sont aussi issus du pouvoir juridictionnel, peu importe de quelle branche.

La Cour constitutionnelle selon la Constitution de B.E. 2534 était compétente dans différents domaines : (1) le contrôle de la conformité de la loi, avant et après la validation, à la Constitution, (2) la contrôle de la conformité du décret, (3) la validation de la qualification des membres du Parlement, des ministres et de la Commission de l'élection, et l'appel les concernant , (4) la vérification de l'état financier au travers de la présentation des revenu et de la dette de la haute position politique, (5) le conflit entre les organes crées par la Constitution, (6) le contrôle de la monarchie constitutionnelle (7) la protection de la démocratie dans les partis politiques, (8) le respect de la loi durant la session parlementaire et de la loi de suspension, (9) le contrôle des conflits d'intérêt dans le projet budgétaire des membres du Parlement, (10) La conformité du règlement parlementaire selon le pouvoir législatif, (11) la compétence de la Cour constitutionnelle selon la loi constitutionnelle portant sur la partie politique B.E. 2541.

Les compétences de la Cour constitutionnelle ont été changées par la Constitution de B.E. 2550. Sa liste de compétences reste toujours la même, malgré le changement du régime politique à l'origine de la Constitution de B.E. 2550. Il en résulte que la Cour constitutionnelle thaïlandaise actuelle a de nombreuses compétences : (1) la conformité de la loi et du règlement parlementaire du législatif avant la validation, (2) la conformité constitutionnelle de loi déjà validée, (3) la conformité constitutionnelle de condition du décret, (4) le contrôle des conflits d'intérêt dans le projet budgétaire des membres du Parlement, (5) le conflit entre le Parlement, les ministres ou les organes créés par la Constitution, (6) la protection de la démocratie dans les partis politiques et la protection de la monarchie constitutionnelle, (7) la qualification des membres du Parlement, des ministres et de la Commission de l'élection,(8) l'accord du Parlement concernant les traités internationaux, (9) la compétence selon la loi constitutionnelle portant sur les partis politiques B.E. 2541, (10) la compétence sur les propositions de projets de loi au Parlement, (11) la conformité constitutionnelle des projets de loi après la portée de l'Ombudsman, (12) les litiges portant sur la commission des droits de l'Homme, (13) les litiges soumis par le peuple et le concernant, (14) la conformité constitutionnelle des décrets en cas d'urgence selon les ministres, (15) la proposition d'un projet de loi constitutionnelle concernant la Cour constitutionnelle (le même pouvoir que les organisme indépendants selon la Constitution)

Malgré sa compétence élargie, la Cour constitutionnelle thaïlandaise préfère rester muette en ce qui concerne la conformité à la loi : jusqu'à nos jours il n'y a eu aucun litige relatif à la conformité à la loi. La plupart des litiges constitutionnels qui sont reconnus dans la société thaïlandaise sont des litiges concernant la politique, par exemple, la validation de la qualification de premier ministre et tous les litiges concernant les partis politiques. Un

cas particulier qui donne une autre image de la Cour constitutionnelle est celui de la décision concernant le port du nom d'une femme mariée. Avant cette décision de 2003, le nom de femme mariée en Thaïlande dépendait de l'article 12 de la loi portant sur le nom de famille. Cet article précise que la femme mariée doit prendre le nom de son mari comme nom de famille, elle n'a pas droit de garder son nom de jeune fille. La Cour constitutionnelle considérait que l'interdiction de porter son nom de jeune fille pour une femme mariée n'est pas conforme à la loi, l'égalité des sexes et la société moderne. En conséquence, l'agent administratif ne peut pas forcer la femme mariée à prendre le nom de son mari : de plus, les enfants peuvent choisir le nom du père ou de la mère comme nom de famille. Cette décision a été considérée comme le seul cas célèbre, en dehors des cas relevant de la politique.

Donc, la Cour constitutionnelle thaïlandaise joue très peu de rôle relativement au droit administratif (en vertu de la liberté, etc.). Malgré les mêmes conditions de nomination que pour les juges de la juridiction administrative (la nomination spéciale, la protection de l'indépendance, la connaissance profonde du droit publique, de la science politique et de l'administration, etc.), le juge constitutionnel a été critiqué souvent pour son indépendance à l'égard de la politique et de l'administration. D'ailleurs, comme le juge constitutionnel n'est pas un juge professionnel, il a été critiqué aussi à propos de la légalité des procès juridictionnels. Le juge administratif peut très peu compter sur le juge constitutionnel, c'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle et la juridiction administrative s'en tiennent à leur propre rôle ; ces deux juges ne sont pas de bons collaborateurs en droit public.

2.L'indépendance personnelle sous l'influence de la religion bouddhiste

A l'instar de ce sujet, nous envisageons le juge administratif thaïlandais concernant la religion bouddhiste influencé le travail du juge tel (1) l'activisme du juge administratif (2) L'imparité du juge administratif

(2.1)L'activisme du juge administratif

La Thaïlande donne toujours l'image du pays bouddhiste aux premiers regards. C'est une image mesurée par le nombre de la population thaïlandais qui pratique la religion bouddhiste. Mais la Thaïlande a ainsi la majorité de population qui pratique les autres croyances comme les chrétiens, les brahmanes et les musulmans etc., ce sont les trois majors croyances au lieu de la religion bouddhiste en Thaïlande.

Remonte à l'époque Ayutia[136] par les portugais pendant le règne du Roi Ramadhibodhi II, le christianisme commençait de s'occuper les secteurs des activités auxiliaires comme les hôpitaux et les écoles pour la modernisation du pays. Mais le christianisme n'arrive pas vraiment à intégrer dans la vie thaïlandaise comme le brahmane hindouisme, qui considère comme un car particulier. La religion brahmane hindouisme en Thaïlande avant l'époque de Sukhothaï[137] et tient la place importante dans le Cour Royale depuis l'époque Ayuthia comme les conseillers concernant les mœurs, les cultes, les rites et

[136]En 1350 un prince thaï fonde une nouvelle capitale (d'après Sukhothai), Ayuthia, dans le sud du bassin de Ménam, et s'y fait couronner roi sous le nom de Ramadhibodhi. C'est l'acte de fondation du royaume du Siam.
[137] 1257-1378

ainsi les cérémonies royales jusqu'à nos jours. L'hypothèse pour l'intégralité de la religion brahmane hindouisme parait-t-il la non-contestation avec la croyance bouddhiste, ainsi le brahmane hindouisme renforce la croyance bouddhiste au travers ses cérémonies explicites que nous ne trouvons pas dans la religion bouddhiste.

Un autre car assez particulier, pas particulier au terme de l'intégralité, mais particulier au terme du conflit et la radicalisation est celui de musulman au sud de la Thaïlande. Avait le contact avec l'islamisme depuis l'époque Sukhothai, la Thaïlande a le nombre de la population musulman comme le premier population minoritaire.

Se convertir a l'islam reviendrait à « entrer en malaisianité »[138], c'es-à-dire attacher beaucoup du pays Malaysia (qui a la religion islamisme comme la religion du pays) pour la mentalité thaïlandaise. Pour bien percevoir l'évolution de l'islam thaïlandais, nous obligeons de distinguer ses deux courants majeurs : les Yawis, paysans et pêcheurs des quatre provinces dite Grand Sud (Yala, Narathiwat, Patani et Satul) et des provinces attenantes, qui son très réticents à se considérer come thaïlandais ; et deuxièmement, les néo-citadins issus de le zone rural des ces dernières décennies. Le potentiel et les modes de radicalisation identique de ces deux groupes sont de nature bien différente.

Pour les habitants Yawi, l'islamité marque un refus de la domination de Bangkok, le capital de la Thaïlande. C'est la domination perçue comme quasiment coloniale. Les dirigeants de Patani, que on s'appel Sultane, se sont convertis à l'islam au XVI siècle, jusqu'à 1674, il y avait les invasions siamoises, le sultane commençait à perdre son pouvoir et le Grand sud réduisait son indépendance. C'est la raison pour laquelle, les Yawis revendiquent jusqu'à nos jours son statut particulier. Néanmoins, la question de la religion est liée étroitement à la question régionale.

L'usage de la langue malaise a été strictement interdit pendant le compagne politique « thaïcisation »[139], inaugurée par le Premier ministre Plaek Phiboonsongkram pendant 1938-1944 et 1948-1957[140], ainsi l'interdiction de porter les costumes traditionnels. Pendant son mandat, en 1944, Maréchal Plaek Phiboonsongkram a aussi supprimé la fonction de *qudhi* (juge), mais elle a été rétablie aux deux ans plus tard, après un changement de gouvernement à Bangkok.

L'indépendance de l'Indonésie en 1960[141] réclame ainsi l'indépendance dans les frontières de l'ancien Royaume de Patani et l'ensemble des groupes malais comme la Malaisie, le sud de la Thaïlande et les Philippines.

Face à la menace séparatiste, le Maréchal Sanit Thanarat, qui a cédé son pouvoir à Bangkok en 1959, s'est efforcé de rallier les populations du sud en finançant les écoles religieuses et renforçant le système du pouvoir public. En même temps, la Thaïlande a

---

[138] Expression du DOVERT Stéphane et MADINIER Rémy (sous direction), *Les musulmans d'Asie du Sud-Est face au vertige de la radicalisation*, Les Indes Savantes, 2003, p.61
[139] précité, p.62
[140] Deux mandats du premier ministre
[141] pour être un Etat islamique, après la création de la République des Etats-Unis d'Indonésie en 1949 par l'occupation des Pays-Bas

été terroriste par les mouvements populaires tel le PULO (Patani United Liberation Organization). Financé par la Malaisie, le PULO est un mouvement nationalise armé et prend principalement pour cible les infrastructures et les écoles. Actuellement, le PULO est affaiblie par l'innombrable scission et le recensement du gouvernement en 1979. Mais il y a encore l'autre mouvement séparatiste tel de Mujahidin de Patani, qui devenu de plus en plus marginal.

En bref, le séparatisme armé n'est plus véritablement au cœur de l'actualité de l'islam thaïlandais, dont les expressions politiques ont évolué de l'avenant de la communauté. Les mouvements régionalistes a vocation violente ont laissé place à des groupes de pression légitime qui s'efforcent de fédérer un islam de plus en plus différent.

Pour le côté bouddhisme, malgré son origine en Inde, le bouddhisme retrouve son épanouissement d'ailleurs. L'enseignement du Bouddha se diffusa tout au long des siècles qui suivirent sa mort. En Inde, il bénéficia de l'appui de l'empereur Ashoka et son fils (III siècle avant J.-C.) qui contribuèrent à sa propagation sur l'ensemble du sous-continent, y compris au Sri Lanka. Le bouddhisme suivit les grandes routes marchandes et gagna le reste de l'Asie, de l'actuel Afghanistan à la péninsule indochinoise (V-XIII siècle) en passant par L'indonésie (à partir du V siècle) et la Chine[142]. La Thaïlande pratique l'ampleur de la religion du Bouddha depuis plus de 700 ans, disons-nous avant l'époque du premier royaume de la Thaïlande[143]. Mais c'est pendant le règne du roi Ramkamheang, 3e roi du royaume Sukhothaï que l'apparition du bouddhiste de Petit Véhicule[144] fut introduite au cœur de son royaume. A partir de cela, nous appelons le royaume Sukhothaï comme « un royaume du bouddhisme »[145], le bouddhisme de Petit Véhicule a pris son importance et devient prépondérant jusqu'à nos jours.

Le Petit Véhicule ou le Théravada, considère comme une voie extérieure[146] est une doctrine des Anciens, car, c'est une division le plus ancien et le moins sophistiqué d'après l'enseignants du Bouddha. C'est une division qui se fond sur l'importance des enseignements des Trois Corbeilles et la place du Sangka monastique, qui raisonne pourquoi nous appelons

---

[142] DESHAYES Laurent, *Découverte du Bouddhisme*, PLON, 2006, p.26

[143] Epoque dit Sukhothai, entre 1257-1378

[144] Les divisions apparentes au sein de la communauté monastique, le Sangha, après la morte de Bouddha. C'était les divisions naturelles au début : l'enseignement se transmettent de maître à disciple, des filiations spirituelles se formèrent à partir du tronc commun qu'était le Bouddha et se structurèrent progressivement en écoles. Puis, vers le IIIe siècle avant J.C., une division plus nette s'apparait lorsque certaines de maître mets l'accent sur tel ou tel point de l'enseignement. Dans les siècles qui suivirent, les divisions continuèrent avec l'apparition d'autres références fondées sur de nouveaux textes d'enseignement attribués au Bouddha. Malgré la différence clairement du vue d'extérieur de tel ou tel école, leur cohérence ont formé des unités, appelées Véhicules (*yana*).D'un point de vue ultime, il n'est existe qu'un l'Ekayana, le « Véhicule Unique », celui des enseignements en général, mais, en fonction du type de réalisation spirituelle apportée par les pratiques qui sont développées, on en a gardé un nombre variable. Aujourd'hui, il est de coutume de retenir deux grands systèmes : le Théravada et la Mahâyana. Un troisième Véhicule est souvent évoqué, le Vajrayana ; il ne constitue toutefois qu'un volet du Mahâyana.

[145] X.GALLAND, L'histoire de la Thaïlande, Que-sais je ?, 1er édition, 1998, PUF, p.36

[146] DESHAYES Laurent, Découverte du Bouddhisme, PLON, 2006, p.22

cette division comme un certain extérieur. Le Théravada considère l'engagement des Trois Corbeilles et la place de Sangha en impliquant de modifier sa manière de vivre. Il existe une graduation de l'éveil spirituel auquel conduit le Théravada selon lequel le pratiquant a vaincu une ou plusieurs des entraves qui relient au cycle de l'existence ordinaire[147].

Le Théravada, ou « doctrine des Anciens », est donc le premier de ces Véhicules. Il se fonde sur les enseignements des trois Corbeilles et la place du Sangha monastique est particulièrement importante, c'est pourquoi il est considérer par certains comme un système « extérieur », l'engagement impliquant de modifier sa manière de vivre. Il existe une graduation de l'éveil spirituel auquel conduit le Théravada selon que le pratiquant a vaincu une ou plusieurs des entrave qui relient au cycle de l'existence ordinaire. L'idéal spirituel est l'état d'*arhat* : toutes les passions, tous les voiles qui recouvrent l'esprit ont disparu et ne reparaitront jamais. Il ne cherche ni ne rejette l'existence, n'est plus soumis l'ignorance, au doute, et la croyance en l'existence d'une individualité, le soi, n'existe plus. Il ne subsiste qu'un vestige d'imperfection lié au fait d'avoir une existence physique, l'éveil complet est donc atteint au moment de la mort. Même si une attention réelle pour autrui existe, car les méditations sur les quatre Nobles Vérités revoient à cela, le cheminement spirituel est personnel. L'un de ses fondements est le renoncement. Il ne s'agit pas nécessairement d'abandonner physiquement le monde, mais plutôt ses atours, pour revenir aux besoins naturels et simples de l'existence : s'abriter, se vêtir et se nourrir. Le reste n'est que concession faite au monde et s'y attarder n'a pour effet que de renforcer les entraves spirituelles. C'est la raison pour laquelle le système monastique est valorisé puisqu'un moine ou une nonne ne possède rien, ou presque, et renonce à la vie sociale ordinaire. Leur crâne rasé est une des expressions de ce renoncement et, à l'origine, leur vêtements faits de pièces de tissu récupérées sur les sites de crémation funéraire illustraient aussi cet abandon du monde. Le Bouddha demande toutefois à ses moines de réaliser leurs robes avec des pièces de tissu ordinaires tant les risques de propagation des maladies infectieuses étaient importants. Ces hommes et ces femmes sont donc des exemples et les différents type de vœux religieux qui sont prononcé vont dans ce sens de remonter le fleuve des passions formant le terreau de l'existence ordinaire.

Le Théravada se divisa se divisa principalement en deux grandes écoles qui finirent par diverger sur la nature même de l'état d'*arhat*. Ses écoles se subdivisèrent à leur tour et, à l'aube de l'ère chrétienne, le Théravada formait un ensemble de plus d'une quinzaine de branches. C'est à cette période qu'un nouveau Véhicule se constitua à partir d'une de ces divisions.

Du point de vue juridique, le rapport entre la religion bouddhiste et la nation en Thaïlande trouve sa place importante dans l'article 9 de l'actuelle Constitution, prévoit que « le Roi est bouddhiste, plus, il soutient toutes les religions ». Ce fait nous provoque deux significations principales : d'abord, le fait que le Roi – chef de l'Etat – soit tenu obligatoirement sa position comme le meilleur bouddhiste du pays, ainsi, ce fait signifie l'importance de cette religion. Deuxièmement et diplomatiquement, cela considère que la

[147] DESHAYES Laurent, Découverte du Bouddhisme, PLON, 2006, p.22

Thaïlande reconnaît et assure l'existence et la coexistence des autres religions. Par rapport de notre deuxième signification, même au niveau de la religion, d'auteur de la Constitution présent clairement le caractère « compromissoire » qui est le fruit de la société bouddhiste thaïlandais.

Il nous parait donc indispensable d'étudier les préceptes qui constituent le fond de la société thaïlandaise, pour comprendre mieux la philosophie et la courante idée de cette religion influencé dans la pensée juridique.

Critiqué par certains auteurs comme la religion de pessimiste[148] car il met l'accent sur la douleur. La religion du Bouddha considère plutôt son caractère individualisme et par conséquent, les bouddhistes sont indifférents aux intérêts d'autrui ou tout simplement, ils manquent d'esprit de « collectivité » Les bouddhistes s'intéressent au sujet comme la maîtrise de soi ou la sérénité. L'enseignement du Bouddha sur les Quatre Nobles Vérités (que l'on s'appelle aussi le Sermon de Bénarés) et sur Une Voie modérée, constituent dans les fondations du Théravada et du bouddhisme en général.

Le Bouddha explique les Quatre Nobles Vérités : les vérités de la souffrance[149], de l'origine de la souffrance[150], de la cassation de la souffrance et la dernière[151], du chemin menant à la cessation de la souffrance[152].

---

[148] ARVON Henri, *Le Bouddhisme*, Que-sais je ?, P.U.F., 6e édition, 1969, p. 77-78

[149] La première de ces Vérités est une évidence et le Bouddha ne fit que décliner les différents types de souffrances que l'on connaît à partir de la naissance à la mort. Cependant, il faut accepter l'existence de la souffrance et ne fallait pas considérer ces évidences comme fatales. Il faut donner un sens à son existence, aborder la souffrance dans une perspective libératrice : la souffrance révèle nécessairement quelque chose et il s'agit de la rendre utile.

[150] La deuxième Vérité établit qu'il y a une origine à la souffrance. Nul n'est besoin d'être un grand savant pour savoir qu'elle est l'origine de la souffrance car on peut la trouver par le simple fait d'exister et d'ailleurs, cette origine est une ignorance profonde qui a pour conséquence une aliénation au désir : désir de jouir de ses sens, désir d'un devenir, désir d'échapper aux contraintes et à tout ce qui limite ce que l'on estime être sa liberté. En résumé, on peut dire que l'homme ordinaire passe son temps à aller d'un désir à un autre, au point que son existence s'identifie à ce qu'il désire. La souffrance ne se définit donc plus seulement comme un sentiment (j'ai mal…, je souffre de…), mais comme indissociablement liée à la vie. L'insatisfaction qui en résulte est sans fin. Les sentiments les plus nobles, comme l'amour ou la générosité, sont aussi des causes de souffrances par l'attachement que nous pouvons développer à vouloir un bonheur éternel et par l'insatisfaction qui en découle.

[151] La troisième Vérité est plus difficile à percevoir puisqu'elle proclame la cessation de la souffrance. Or, pour comprendre que la souffrance peut s'arrêter, il faut auparavant avoir bien intégré les deux premières Vérités : l'existence même de la souffrance et son origine. Une fois ces points acquis, ou au moins intimement compris, certaines souffrances disparaissent naturellement car l'implication dans ce qui nous entoure est plus légère. On perçoit alors que la souffrance peut avoir une fin. La cessation de la souffrance vient en quelque sorte d'une décontraction de notre espace mental.

[152] La dernière Vérité concerne le chemin qui conduit à la cessation de la souffrance. Le Bouddha expliqua quels étaient les moyens de sortir du tourbillon insatisfaisant dans lequel nous tournons sans cesse. C'est le chemin spirituel qui se décompose en huit segments appelés l'octuple sentier. Ces huit points n'ont pas à être pratiqués l'un après l'autre de manière linéaire ; ils forment un ensemble cohérent où chaque élément contribue au bon fonctionnement des autres.

Par ailleurs, l'enseignement du Bouddha sur Une Voie modérée évoqua la nécessité de suivre un chemin au-delà des extrêmes, et aussi s'engager dans la voie spirituelle impliquait fondamentalement de renoncer aux plaisirs du monde, mais il ne s'agit. Le pratiquant devait trouver un juste milieu en développement une conscience claire de chaque instant. En bref, nous pourrons s'appeler la Voie modérée comme « la voie qu'il proposait ne reniait ni ne valorisait l'un ou l'autre comportement »[153].

En conclusion, nous pourrons résumer que l'enseignement majeur du Bouddha a pour but de

(1)Expliquer la nature de chose à travers l'évènement (soit bien soit mal) dans la vie à partir de la naissance jusqu'à la morte

(2)Expliquer et enseigner comment vivre ensemble dans la société, en donnant la communauté Songka comme modèle. Dans la communauté Sangka, nous trouvons le rapport entre l'élève et l'élève, du rapport entre l'élève et son maitre, du rapport entre le maitre et le maitre etc. Ceci équivalent les rapports en dehors de la communauté Songka, c'est-à-dire, la société thaïlandaise en général.

(3)Expliquer la connaissance en soi pour toutes les questions qui se posent. Car par l'enseignement du Bouddha sur les Quatre Nobles Vérités, les bouddhistes compréhensibles peuvent réussir la vérité de chose en soi.

La religion bouddhiste n'est qu'une religion en Thaïlande, mais elle est ainsi une de valeur de Royaume conçu par le Roi. Le monastère bouddhiste considère comme le corps de la religion, est un élément capital du Bouddhisme. Dans le passé, le monastère bouddhiste occupait une place très importante dans la société thaïlandaise comme l'école ou le centre de distractions par l'organisation de fête religieuse[154], l'hôpital, la maison des gens défavorisé, la clinique psychologique, le centre de rencontre et les activités villageoises, le lieu de résolution des conflits et ainsi la source de l'art et la culture. Même si de nos jours, l'attachement entre le monastère et la société est beaucoup moins qu'avant, à cause de la réforme du pays et de la société. L'Etat s'occupe quasiment tous les domaines qui avait été s'occupait par le monastère. Et ainsi la nouvelle mode de vie s'attache beaucoup à l'économique. N'importe de quelle circonstance, le monastère bouddhiste tient encore l'influence dans la moralité thaïlandais.

L'apport du bouddhiste Théravada appuie fortement l'esprit de « soi », l'individualisme, ne favorisent pas l'esprit collectif et la solidarité ou ne s'intéressent pas aux affaires d'autrui. Mais, en même temps, le Bouddhiste met aussi l'accent sur l'individu et d'autre, par conséquent, l'authentique bouddhiste garde l'esprit comme « chacun est maitre de sa vie » et ainsi tenir compte l'accent de la relation propre avec d'autre. Cela reflet la mentalité du base de la société thaïlandais et cela provoque le caractère « n'aime pas conflit »

---

[153] DESHAYES Laurent, *Découverte bouddhiste*, Plon, 2006, p.32
[154] FISTIE Pierre, *la Thaïlande*, coll. Que sais-je ? 1971, P.U.F., p.41

ou « éviter le conflit le mieux possible ». Ainsi l'enseignement du Bouddha sur Karma[155] apporte les thaïlandais sur la pensée de l'autocorrection, tout doit déterminer par Karma, sans avoir rien faire, que attendre de son jour.

C'est la raison pour laquelle, nous pourrons conclure que l'influence religion suscite le caractère pacifique, conciliant et non agressive aux peuples thaïlandais. Ces caractères favorisent la passivité du domaine de la demande de la protection du droit. De plus, le litige administratif est un litige entre l'individu et l'Etat ou ses représentants – dit fonctionnaires- qui considèrent comme la servitude du Roi, qui tient la position intouchable et haute respectueuse de son peuple. Le résultat est clair : le peuple thaïlandais évite le mieux possible les conflits et l'affaire tribunal.

Comme les peuples ne veulent pas vraiment porter atteinte au tribunal ou plus précisément, porter atteinte contre les agents du Roi, il est nécessaire d'avoir un système juridictionnel qui aide et affaiblie ce problème. Le système du droit administratif français, avec le rôle du juge actif convient favorablement de la société thaïlandaise.

L'activisme du juge explique par l'article 65 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (B.E. 1999), prévoit que le tribunal peut procéder lui-même le recherche de la preuve sans être limité par les pièces présentées par les parties, dès lors que les parties en ont été informées et ont ou le contester. De plus, la situation parait-il moins délicat après l'entrée en vigueur de la loi l'accès du document public B.E. 2540, qui apparemment garantir en plus le droit d'accès du document public pour les particuliers.

C'est ainsi la raison pourquoi le système du tribunal administratif thaïlandais a besoin d'adjoint du juge administratif, pour communiquer entre le juge et les parties, et aussi pour être documentariste pour le juge administratif.

Par rapport à tout ce que nous envisageons dans ce paragraphe, nous acceptons que l'influence de la religion bouddhiste enracine dans la société thaïlandaise et ainsi ascendant le système du droit et le rôle du juge actif en droit administratif thaïlandais. Nous continuons de poser des autres questions si l'influence bouddhiste pourrait aussi inspirer le juge dans son jugement ? Et si les enseignements du Bouddha et l'englobe du caractère social bouddhiste thaïlandaise pourrait marquer le caractère particulier dans le jugement dans tel ou tel point ? Retrouvons-nous les réponses au paragraphe suivant.

---

[155] La notion de Karma est un terme utilisé dans plusieurs religions orientales. Le karma désigne le cycle des causes et des conséquences lié à l'existence des êtres sensibles. Le *karma* est la somme de ce qu'un individu a fait, est en train de faire ou fera. Dans les religions incorporant les concepts de réincarnation ou de renaissance, les effets de ces actes *karmiques* se répercutent sur les différentes vies d'un individu. Pour les bouddhistes, le karma que l'on crée en agissant, que ce soit avec le corps, la parole ou l'esprit, est essentiellement favorable ou défavorable, positif ou négatif, en fonction de l'*état d'esprit* qui sous-tend l'action. L'ascèse bouddhique est destinée à éviter la création de nouveau karma, même favorable, et d'accéder ce faisant à l'inconditionné, nirvāna, "sans-naissance, sans-devenir, sans-création, sans-condition.

(2.2) L'imparité du juge administratif

En ce qui concerne la législation française, traditionnellement, les juristes français comme les juristes thaïlandais semblent reconnaître le principe de l'impartialité, particulièrement dans le cadre de la fonction juridictionnelle. Peu importe la valeur juridique de ce principe, l'essentiel est qu'il s'impose strictement et qu'il en est ainsi depuis longtemps.

Les juristes publicistes français ont, dans le doute, ont intérêt à se montrer attentifs au principe de l'impartialité. D'une part, le Conseil d'Etat fait respecter ce principe par toutes les juridictions administratives[156]. D'autre part, c'est la nature de la fonction de la Haute juridiction administrative qui devrait attirer l'attention des juristes. Notamment depuis l'arrêt *Procola* de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, selon lequel la Cour condamne le manquement à l'exigence d'impartialité en raison de « confusion », dans le chef de quatre conseillers d'Etat, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles, et décide qu'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de la juridiction (CEDH 28 septembre 1995, Assoc. Procola c. Luxembourg, AJ 1996, p. 283).

Moins net qu'en France, le concept de l'impartialité en Thaïlande est vague, très ancien et aussi intégré dans le système juridique. Pour envisager ce concept, il est nécessaire de parler de l'histoire du système juridique en Thaïlande.

Avant l'installation des Thaïs dans le territoire actuel, ce territoire était occupé par trois peuples : les Laotiens, les Môns et les Kmers. La partie septentrionale de la péninsule indochinoise était sous la domination des Mônes, tandis que la partie méridionale était occupée par les Kmers. Les laotiens occupèrent les territoires du Centre et étaient dominés par les Môns et les Kmers[157].

A cette époque, l'influence de la civilisation indienne s'étendait sur les territoires de la péninsule indochinoise grâce au contact entre le chef Indien et une reine Kmer, aux environs l'An 60 avant l'ère chrétienne. Ce chef indien, devenu roi des Kmers, apporta la civilisation de son pays d'origine et diffusa la civilisation indienne dans le territoire. Au moment où les Thaïs arrivèrent dans ce territoire, la puissance des Kmers et des Mônes s'affaiblit, ce qui provoqua la déclaration de l'indépendance des Thaïs et la fondation du royaume Sukothaï en 1220.

Tout en déclarant l'indépendance du pays, les Thaïs ont gardé leur culture et leur vie sociale, et le royaume Sukhothaï était influencé par la culture indienne. D'abord, les institutions politiques du royaume étaient soumises à la coutume, non à un système juridique.

---

[156] G.ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, Toulouse, L.G.D.J, 1968 p.419

[157] Prayoon KANCHANADUL, *L'organisation administrative de la Thaïlande*, thèse, Paris 1940 p.33-34, cité par Charnchai SAWANGSAGDI, *Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais*, thèse, Aix-Marseille, 1978, p.3

Les relations entre le Roi et ses sujets étaient régies par la religion et la culture, sous la forme d'une monarchie paternelle[158]. Le Roi disposait d'une souveraineté unique et indivisible.

Le premier système juridique du royaume Sukhothaï fît son apparition vers 1253-1350. Le Roi Ramkamheang mit une cloche à la disposition des ses sujets en cas de requête[159]. Chaque fois que le Roi entendait cet appel, il interrogait le plaignant sur son affaire et la jugeait en toute impartialité. Ainsi l'impartialité existait déjà dans le contexte du système de requête.

Nous pouvons nous demander d'où vient ce concept de l'impartialité. La réponse semble venir de la religion, surtout des préceptes du Bouddhisme. De plus, quant au système juridique thaïlandais à partir du premier royaume jusqu'aux guerres coloniales du XIXe siècle, c'est un système influencé par la culture indienne et se composant de quatre éléments : le Thammasart, le Rajasaat, le Code Manu et le Sakdi Na[160].

C'est le Sakdi Na qui était le moins attaché à la culture bouddhiste car c'était un système d'inégalité des classes résultant du privilège de la noblesse. Ce système était quasiment semblable à la féodalité médiévale en Europe, mais le Sakdi Na a une différence importante : le droit de posséder n'était pas héréditaire comme en Europe. Chaque nouvel échelon de fonctionnaires reçut des terres suivant son rang dans la hiérarchie. Selon Thanin KRAIVIXIEN[161], le Sakdi Na était aussi un des éléments pour calculer le dommage-intérêt d'un tort dans le système juridique.

Le système juridique du Code Manu était un bon exemple de la civilisation indienne emprunté par les Môns. Il en résulte que le Thammasart était une sorte de droit naturel dont les dispositions étaient sacrées et éternelles[162]. Le Thammasart définit les rapports entre l'Etat et l'individu, et selon le Thammasart, le monarque idéal est défini par les dix vertus du Roi, par cinq préceptes bouddhistes, et pendant les jours sacrés, par huit préceptes. De plus, selon le Thammasart, le Roi doit aussi observer les quatre préceptes de la justice, c'est-à-dire : récompenser un service rendu, soutenir des hommes justes et honnêtes, n'acquérir sa richesse que par des moyens justes, ne maintenir la prospérité du royaume que par des moyens justes[163].

Le Thammasart guide le Roi et limite son pouvoir car le pouvoir absolu du Roi est tempéré par cette loi. De plus, le Thammasart limite les actions du Roi, le Roi est considéré comme un administrateur plus que comme un législateur.

---

[158] Charnchai SAWANGSAGDI, *Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais*, thèse, Aix-Marseille, 1978, p.4

[159] Nous avons envisagé ce contexte comme le recours royale, voir *Le recours thaïlandais* dans section 1 de la sous-partie 3, de notre première partie

[160] DARLING, *The evolution of Law in Thailand, The review of Politics*, 1970, p.197, cité par Charnchai SAWANGSAGDI, *Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais*, thèse, Aix-Marseille, 1978, p.7

[161] Thanin KRAIVIXIEN, *The legal systeme in Thailand*, Bangkok, 1964, p.2 cité par Charnchai SAWANGSAGDI, *Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais*, thèse, Aix-Marseille, 1978, p.10

[162] Thanin KRAIVIXIEN, *The legal systeme in Thailand*, Bangkok, 1964, p.2 cité par Charnchai SAWANGSAGDI, *Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais*, thèse, Aix-Marseille, 1978, p.7

[163] Prince Dhani Nivat, *The siamese conception of the monarchy*, 1954, p.163 cité par Charnchai SAWANGSAGDI, *Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais*, thèse, Aix-Marseille, 1978, p.8

Quant à Rajasat, son nom vient du mot « raja » ou « roi » dans la langue thaï. Le Rajasat est un ensemble de décisions et d'ordres du Roi dans l'administration du royaume. Il englobe aussi les règles de la bureaucratie, les règles du Palais ainsi que celles relatives à la terre et au statut social. A la différence du Thammasart, le Rajasat a sa source dans la personne du Roi et devient ainsi un élément important dans le système juridique qui renforce considérablement le pouvoir absolu du roi.

Issu du droit hindou et sous l'influence de la culture kmhère, le Code de Manu avait un rôle important dans le système juridique de la Thaïlande depuis l'époque Sukhothaï. Le Code de Manu renforçait le pouvoir du monarque et est resté un élément majeur du système juridique thaï jusqu'à XIXe siècle. La dureté de ce droit[164] était tempérée par la tolérance et la bienveillance du Bouddhisme, mais les Rois thaïs demeurent profondément attachés à la tradition brahmane de maintenir un gouvernement autoritaire.

Sous l'influence de la culture forte et de la religion, le Roi et l'ensemble du système de l'Administration thaï sont attachés à une certaine bienveillance guidée par les préceptes de Bouddha pour gouverner le pays. Malgré l'absence de « code » à la manière des pays occidentaux, le concept de justice est présent en Thaïlande..

Quant à l'impartialité, sans la présence d'un code explicite, ce concept fait partie du système thaïlandais depuis l'époque Sukhothaï sous le règne du Roi Ramkamhaeng. Moins formel à l'époque Ayuthai, ce concept était intégré dans le Thammasart.

Actuellement et selon la loi thaïlandaise de 1996 sur les règlements concernant les agents administratifs, on peut envisager ce concept selon deux catégories différentes : il s'agit de ce que l'on peut appeler « la partialité objective » et « la partialité subjective ».

La première catégorie est la partialité en raison de « relations » entre les agents administratifs et la procédure. C'est l'approche « objective » de l'appréciation de l'impartialité. L'article 13 énumère les cas interdisant à un agent administratif d'intervenir dans la procédure, s'il a une relation avec cette procédure. Parmi ceux-ci, figurent, par exemple, le cas où l'agent est lui-même participant, où il a un rapport familial ou parental avec le participant, où il est débiteur ou créancier ou employeur du participant, où il est ou a été le représentant du participant. L'appréciation de l'impartialité des agents administratifs se fait ainsi par rapport à leur « statut » ou leurs « fonctions ».

En principe, l'appréciation objective ne doit pas rencontrer de difficulté. Mais il est possible qu'il y ait d'autres cas susceptibles d'entacher l'impartialité des agents administratifs. Ainsi, par mesure de précaution, le même article prévoit également qu'un arrêté ministériel pourra déterminer d'autres cas de partialité, pour cause de relation entre les agents et la procédure administrative.

Quant à la deuxième catégorie de partialité, elle est prévue de manière assez large. L'article 16 de la loi de 1996 prévoit que « lorsque subsiste un cas de partialité autre

[164] Les peines de ce code, par exemple, le peine de la main coupée au cas de frapper des éléphants ou des chevaux du roi, le peine de mort au cas de murmurer une audience royale etc.

que ceux prévus dans l'article 13, de nature manifestement grave et susceptible d'entacher l'impartialité dans la procédure administrative, l'agent ou le membre de l'organe collégial en cause ne peut pas participer à la procédure administrative ». Sans le préciser explicitement, on voit que l'article 16 prévoit le cas de partialité « subjective ».

La partialité subjective pourrait être considérée comme semblable à la partialité dans l'ancienne loi de la Thaïlande, selon le Thammasart. Cette loi faisait référence aux préceptes bouddhistes dits « les quatre partialités » à éviter. Il y a la partialité par la faveur, celle par la haine, celle par la peur et celle par le malentendu. Ainsi, l'acte accompli avec une de ces partialités est illégal. Cependant, pour exclure des soupçons ou des accusations illusoires, la loi de 1996 précise que la cause doit être « de nature manifestement grave » est susceptible d'entacher l'impartialité de la procédure. Ainsi cela peut être par exemple, l'attitude hostile d'un agent à propos de la demande ou un conflit d'intérêt entre l'agent et le demandeur. En bref, l'agent en cause a des motifs partiaux par rapport soit à l'objet de la demande, soit aux personnes concernées, peu importe qu'ils soient politiques, économiques, sociaux ou moraux[165].

Par leur attachement à la religion, le juge et l'administration thaïlandaise ont reconnu la notion d'une impartialité depuis longtemps, et le juge administratif actuel continue à s'y référer.

Section 2 : La jurisprudence : fondement inévitable des principes généraux du droit

Après avoir étudié le rôle du juge et l'indépendance de l'ensemble de la juridiction administrative dans la section 1, nous envisagerons le fruit du travail du juge, c'est-à-dire la jurisprudence qui peut assumer comme du fondement des principes généraux du droit.

Le fait d'étudier la jurisprudence nous permet d'examiner le pouvoir normatif de la jurisprudence en tant que source permanente des principes généraux du droit (A). Cette interrogation pourrait nous amener à la question suivante, sur la valeur juridique de la jurisprudence en tant que droit (B). La dernière interrogation envisage aussi la question des matières juridique et philosophique pour le système du droit.

Le schéma de la recherche dans cette section suivre toujours la même méthode que précédemment, c'est-à-dire que nous prenons d'abord l'exemple français, et ensuite nous envisagerons le cas thaïlandais, qui sans doute, n'est pas très différent pour son effet jurisprudentiel, mais est complètement différent au niveau du produit jurisprudentiel. La jeunesse de la juridiction administrative thaïlandaise crée un obstacle pour les progrès dans ce domaine. Et ainsi, cette jeune juridiction a été menacée par les difficultés nées de l'instabilité doctrinale et pratique. En bref, dans cette section, nous envisagerons le travail du juge, c'est-à-dire, la jurisprudence et son contenu.

§1.L'effet et le produit jurisprudentiel en droit administratif français

---

[165] Chaiwat WONGWATTANASARN, *Le principe général du droit de la procedure administrative non contentieuse*, SEUPANYA, 1988, p.247

Pour simplifier, nous représenterons la jurisprudence en deux points : l'effet jurisprudentiel (A) et le produit jurisprudentiel (B).

(A)L'effet jurisprudentiel

On peut l'envisager sur deux plans : le pouvoir normatif de la jurisprudence (1) et la place du droit jurisprudentiel dans le droit positif (2).

1.Le pouvoir normatif de la jurisprudence

Si nous acceptons la jurisprudence comme le fondement nécessaire des principes généraux du droit, le pouvoir normatif de la jurisprudence serait le noyau dur de ce fondement. Car c'est ainsi dans l'acception du rôle du juge de promulguer une règle nouvelle. Ce rôle incontournable permet d'étudier la jurisprudence et le pouvoir normatif de la jurisprudence comme fondement véritable des principes généraux du droit.

D'après M. de Soto, dans sa note de l'arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier*[166], « Il existe deux conceptions radicalement opposées du rôle du juge. Dans une première, directement héritée de Montesquieu et de la Révolution française, ce rôle est pratiquement réduit à rien (…) ; dans une seconde conception, au contraire, le rôle du juge comme une source autonome du droit, distincte à la fois de la loi et de la coutume ». C'est la seconde conception de M. de Soto qui permet l'étude comparative de cette thèse. Le caractère essentiel des principes généraux du droit a été énoncé par le juge, mais quel juge ? Nous trouvons le parallèle existant en ce domaine entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat[167]. De ces constatations, nous tirons l'hypothèse selon laquelle le fondement du droit jurisprudentiel devrait être recherché dans le pouvoir normatif de la jurisprudence. Cette hypothèse est souvent affirmée, mais rarement démontrée (1.1). Malgré tout, la jurisprudence est toujours un pouvoir existant du système juridique (1.2).

(1.1)Le pouvoir normatif de la jurisprudence : un caractère affirmé mais sans texte démontré

Comme l'affirme M. Chapus, toute l'argumentation se base sur le pouvoir normatif de la jurisprudence. Dans son l'article de 1960, M. Chapus précise « si on recherche ce qu'est la source dont les principes généraux du droit procèdent formellement, on ne peut que constater qu'elle est la juridiction, c'est-à-dire, nommément, le Conseil d'Etat ». Le pouvoir normatif de la jurisprudence, selon M. Chapus, aboutit évidemment à la conception des principes généraux du droit.

La jurisprudence a été considérée comme une fonction utilitaire, selon M. Quermonne[168]. Dès lors, en effet que certains principes sont rendus prévalents sur la loi, nous

---

[166] De Soto note sous C.E., 5.5.1944, Dame Veuve Trompier-Gravier

[167]Lévy, *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel*, Paris, Mélanges Waline, L.G..D.J., 1924, tome 1, p.39

[168] *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, Caen, 1952, Multigraphié, p.287 cité par O.Echappé, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris,1980

ne pouvons plus affirmer qu'ils sont déduits de la loi ; il faut donc accepter qu'ils proviennent du juge, ainsi investi d'un véritable pouvoir normatif. Un autre professeur, tel M. Waline[169], critique le pouvoir normatif de la jurisprudence en raison de l'existence de quelques rares hypothèses où le juge ne se contente pas d'enrichir la règle de droit préexistent.

En conclusion, l'idée d'un pouvoir normatif de la jurisprudence semble s'intégrer dans une conception du droit positif. C'est ainsi une conception du droit en vigueur comme une règle sociale qui dispose de la contrainte et qui provient de la force sociale dominante, comme M. Venanis l'a écrit dans son œuvre sur la théorie positive des droits de l'homme[170] . Pour suivre l'avis de M. Venanis, nous constatons qu'il y a une différence entre la loi et le jugement. Par d'ailleurs, selon l'école autrichienne, le fameux Hans Kelsen a ainsi écrit que « ces deux actes juridiques sont des normes et toute norme est à la fois création du droit et application sont des normes et toute norme est à la fois création du droit et application d'une autre norme »[171].

Par rapport aux thèses de nos juristes célèbres, nous voyons que la force juridique du pouvoir normatif de la jurisprudence est intégrée dans le système normatif du droit. Par contre, cette conception est rarement démontrée. Une simple supposition logique, évidente dans le système juridique constitutionnel français, considère le juge comme ayant une fonction utile pour expliquer le droit existant, ce qui est le contraire de la création d'un droit nouveau[172]. Ainsi, l'arrêt *Aramu* en 1945 a montré le refus de fonder le principe général du droit énoncé expressément pour la première fois sur le critère du pouvoir normatif de la jurisprudence[173]. Par conséquent, il est certain que l'existence de ce pouvoir normatif de la jurisprudence est infirmé tant par le texte que par la jurisprudence.

M.Dupeyroux[174] a remarqué certains textes dans l'histoire juridique français qui expressément interdisent au juge de se mêler de l'exercice du pouvoir législatif. C'est le cas de la Constitution du 3 septembre 1791 (Titre 3, chapitre 5, article 3), dans le projet de Constitution girondine (Titre 10, section 1, article 6), et dans la Constitution du 5 Fructidor an III (article 203). En ce sens, il nous reste la question de savoir si ces dispositions sont aujourd'hui conformes à la Constitution et conservent encore une valeur positive législative.

A propose de la jurisprudence, c'est le Conseil constitutionnel qui contribue à éclairer la question. Même si la question du pouvoir normatif de la jurisprudence selon le Conseil constitutionnel paraît plus claire que celui du Conseil d'Etat, l'argument sur le pouvoir normatif de la jurisprudence semble à jamais disparue.

---

[169] *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in Mélanges Scelle, Paris, LGDJ, 1950, p.613
[170] RDP, 1966, p.9/20
[171] *General Theory of Law and state*, cité par M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Paris, LGDJ, 1960, p.322 cité par O.Echappé, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris 1980
[172] M.Chalier, « La Constitution et le juge de l'Administration », in *Mélanges* Stassinopoulos, Paris, L.G.D.J., 1974, p.31
[173] D.1946, p.158
[174] *La jurisprudence, source abusive du droit*, in Mélanges Maury, Paris, Dalloz, 1960, p. 349

La jurisprudence du Conseil constitutionnel présente beaucoup de netteté sur la question de l'éventuel pouvoir normatif de la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel s'exprime sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, à l'occasion de l'utilisation de certains principes généraux. C'est le cas de la célèbre décision relative à loi sur l'interruption volontaire de grosses, du 15 janvier 1975[175] . Le Conseil a déclaré, « Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil Constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ».

En ce sens, nous considérons bien que le Conseil constitutionnel refuse la compétence de son juge en cas d'appréciation et de décision identiques, mais le Conseil constitutionnel accepte uniquement la compétence de son juge pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen. Selon l'avis du Conseil constitutionnel, c'est seulement le Parlement qui fait le droit, et non le juge d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique. En suivant le Conseil constitutionnel, M.M.Favoreu et Philip, ont noté dans La Grande Décision[176] que « même lorsqu'il s'agit du respect d'un droit essentiel ou d'une liberté fondamentale, il n'a pas à affirmer le caractère absolu de tel droit ou de telle liberté » ; il se borne à constater qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit ou à cette liberté »[177]

Au contraire, il y a confirmation du pouvoir normatif du juge dans cette même décision. Selon MM. Larché et Julliard, le Conseil constitutionnel participe à la création de la loi.

En bref, nous disons que le Conseil constitutionnel « n'invente pas »[178] une décision identique ou différente de celle du droit du Parlement. On peut dire que le Conseil constitutionnel ne fonde certainement pas les principes généraux du droit qu'il utilise sur un éventuel pouvoir normatif qui ferait de lui le détenteur d'un pouvoir de décision comparable à celui du Parlement.

Les textes du Conseil d'Etat restent muets sur la question du pouvoir normatif de la jurisprudence. Par contre, l'arrêt du Conseil d'Etat introduit une nouvelle notion comme « il résulte des principes généraux du droit applicable même l'absence de texte »[179]. Malgré tout, les commentateurs sur ce point, M. Jeanneau[180] et M. Roch[181] sont à la recherche « au cœur même de l'ensemble complexe que tissent les multiples règles de droit ». Cette interprétation semble bien refuser le pouvoir normatif de la jurisprudence. Le Conseil d'Etat reste perplexe face à cette considération.

---

[175] *RDP*, 1975, p. 162, note MM.Favoreu et Philip
[176] Grande Décision
[177] Grandes Décisions op. cit. p. 365
[178] M.LUCHAIRE, AJDA 6-1979, p.9
[179] B.JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954
[180] précité
[181] J.ROCH, « Réflexion sur le pouvoir normatif de la jurisprudence (A propos de la soumission au droit des règlements autonomes) », *AJDA*, 1962

En outre, M.Latournerie[182] a affirmé qu'il existe des principes généraux du droit utilisés par le Conseil d'Etat « bien qu'en ce domaine plus encore qu'en tout autre sa jurisprudence vue de l'extérieur offre tous les traits d'une création (…) il s'assure avec soin de l'existence des données pour écarter totalement l'idée d'une création ex nihilo ». Selon le même point de vue, de M.Latourner écrit que « le juge d'un pays de droit écrit comme la France ne peut donner force obligatoire à une règle non écrite que s'il estime en toute conscience qu'en agissant ainsi il se borne à traduire la volonté du législateur »[183] ; « il faut se rappeler avant tout que le Conseil d'Etat est un juge, dès lors, lorsqu'il applique des principes généraux du droit il ne peut le faire que parce qu'il estime que ces principes correspondent à la volonté du législateur »[184].

Ces dernières affirmations nous incitent à montrer que le juge administratif se refuse à fonder les principes généraux du droit qu'il utilise sur un prétendu pouvoir normatif de la jurisprudence. Malgré le refus de toute critique de la part du juge sur se participation à un rôle politique (en tant que créateur du droit), nous constatons le pouvoir normatif de la jurisprudence.

(1.2)La jurisprudence : un pouvoir existant du système juridique

Si les critiques précédentes paraissent vraies et acceptables dans le système juridique, il ne nous semble pas nécessaire d'étudier le pouvoir normatif de la jurisprudence et surtout les principes généraux du droit. Selon Montesquieu dans L'esprit des lois[185] « les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi » , ce qui ne peut être critiqué. En réalité, le pouvoir normatif de la jurisprudence existe et le juge prend ce pouvoir pour perfectionner sa décision. Quelle est la définition concrète du pouvoir de la jurisprudence dans le système juridique ?

L'arrêt Dame Lamotte[186] du Conseil d'Etat a montré que le Conseil substituerait sa volonté sur ce point en apparence clairement exprimé par le législateur. Mais le commentateur des Grands Arrêts a montré qu'il ne s'agissait pas d'une décision contra legem, mais pratae legem. C'est-à-dire, dans la mesure où le texte de loi présente un doute, le Conseil d'Etat préfère l'interprétation en fonction de sa jurisprudence[187]. En ce sens, il n'y a pas un gouvernement du juge, mais l'interprétation par le juge d'un texte obscur à la lumière des principes généraux. M.Goldenberg a énoncé cette thèse en citant que « le pouvoir discrétionnaire du juge administratif s'exercer toujours *extra legem* et jamais *contra legem* »[188]

---

[182] *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, livre jubilaire, Paris, Sirey, 1949
[183] E.D.C.E 1955, p. 37
[184] E.D.C.E 1951, p. 20
[185] *L'esprit des Lois*, Livre 2, chapitre 6, cité par O.Echappé
[186] CE., 17 février 1950
[187] O.Echappé, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris 1980
[188] *Le Conseil d'Etat, juge de fait*, Paris, Dalloz, 1933, p.366

Par d'ailleurs, la décision du 15 janvier 1975[189] a cité la limite de la compétence du Conseil constitutionnel. MM Favoreu et Philip ont noté sur ce point que « le Conseil rappelle très sagement qu'il entend demeurer le gardien vigilant des règles juridiques fondamentales, il n'a pas l'intention de se laisser entrainer dans la voie d'un gouvernement du juge ».

Il est évident que pour l'utilisation des principes généraux du droit, le juge joue un rôle « plus recognitif que créateur », selon l'expression de M. de Soto[190]. Même si la haute juridiction administrative dans sa jurisprudence, et ainsi dans ses textes, s'oppose à ce que les principes généraux du droit tirent leur existence de la volonté du juge ; le rôle récognitif du juge suppose de sa part un élément volontariste[191] et il est évident qu'il se présente une certaine opportunité des faits social[192]. Par rapport à cette conception, il est possible pour le juge de faire appel ou non à tel ou tel principe général préexistant. Le rôle du juge n'est pas totalement passif, mais à la limite, c'est-à-dire, qu'il ne crée pas les principes généraux et se contente de les reconnaître. Le juge reste libre de reconnaître les principes généraux du droit et en ce sens, sa reconnaissance aura une valeur positive, plutôt que de les laisser à l'état de droit latent.

C'est la raison pour laquelle, même si en l'absence de texte confirmé, le pouvoir normatif de la jurisprudence reste le fondement du système du droit public français. En fait, en acceptant que la jurisprudence soit la source non écrite du droit public, le rôle de la jurisprudence reste essentiel pour le système du droit.

Si la coutume joue un rôle limité, c'est le contraire pour la jurisprudence. Celle-ci peut être définie comme l'ensemble des règles et des principes qui résultent d'un ensemble de décisions de justice rendues sur une certaine période. Elle se distingue ainsi des jugements qui ont pour objet de trancher des litiges en appliquant le droit.

En réalité, nous considérons le droit administratif comme un droit fondamentalement jurisprudentiel. Prenons l'exemple de l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits du 8 février 1973, nous voyons que les règles et les principes du droit administratif sont élaborés majoritairement par le juge administratif. Même si jusqu'à nos jours, la jurisprudence tient une place moins importante qu'auparavant, car de nombreuses lois dans les différents domaines ont été adoptées, il conclut les lois qui ont été établies sur le fondement de grands arrêts de la jurisprudence administrative. Face à ces évolutions, le juge administratif a eu tendance à se référer à des sources écrites à valeur constitutionnelle plutôt qu'à des principes généraux du droit[193].

Pendant longtemps, la jurisprudence n'a pas été conçue comme une source du droit. Cette façon était étroitement liée à la conception de la fonction juridictionnelle, voulue

---

[189] sur l'interruption volontaire de grossesse
[190] Art. cité, D. 1945, p.111
[191] O.Echappé, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris 1980
[192] M.Chalier, *La Constitution et le juge de l'administration*, Mélanges Stassinopoulos, Paris, LGDJ, 1974, p.31
[193] CE, Ass, 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation C/Pelitier*, p.128 cité par Verpeaux Michel et Janicot Laëtitia, *Droit public – pouvoir public-action administrative*, PUF 2009, p.59

par les constituants révolutionnaires pour mettre fin à la pratique des Parlements d'Ancien Régime. Le rôle du juge a été à d'appliquer et à d'interpréter la loi, et non de créer des normes. Cette conception se trouve textuellement dans l'article 5 du Code civil français qui interdit au juge de rendre des arrêts de règlement en se prononçant par « voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises »[194]. Le juge ne pouvait être que « la bouche de la loi » pour reprendre l'expression de Montesquieu, précité.

L'arrêt de l'Assemblée du 16 juillet 2007 *Société Tropic* travaux signalisation nous fait comprendre la reconnaissance implicite mais nécessaire du Conseil d'Etat sur le caractère normatif des règles jurisprudentielles. De plus, le caractère prétendument déclaratif et interprétatif de la jurisprudence impliquait nécessairement son effet rétroactif[195] liée à un autre débat sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle[196]. L'arrêt de l'Assemblée du 16 juillet 2007 nous fait revenir sur cette conception traditionnelle de la fonction juridictionnelle et consacre ainsi le pouvoir normatif au juge administratif.

Le juge a été considéré comme un créateur de normes jurisprudentielles depuis longtemps. Ce pouvoir créateur ou, comme nous l'appelons, le pouvoir prétorien, se manifeste dans beaucoup de jurisprudences, par exemple : dans la création de nouvelles voies de recours, telles que la possibilité pour l'individu évincé d'obtenir l'annulation d'un contrat devant le juge de contrat[197], ou celle visant à obtenir du juge d'homologation l'acceptation d'une transaction administrative[198]. Mais ce pouvoir prétorien n'est pas nouveau, car il existe déjà dans la matière du contrat administratif « les règles générales applicables aux contrats administratifs », attribuant à l'administration cocontractante des pouvoirs de résiliation et de modification unilatérale[199]. Sinon, en matière de responsabilité de l'administration, pour faute ou sans faute, on peut établir un nouveau régime de responsabilité de l'administration, fondé sur la garde d'autrui [200], et, un nouveau régime de responsabilité du fait des lois inconventionnelles[201]. Ces normes jurisprudentielles traversent donc l'ensemble du droit administratif, et intégrèrent, dans la théorie du droit administratif, le service public, le travail public, le domaine public ou le régime juridique de l'activité de l'administration.

Par des arrêts de rejet qui consistent à dégager une nouvelle règle dans l'hypothèse, le juge provoque des changements de jurisprudence ou l'établissement de nouvelles jurisprudences. Les effets de cette activité du juge peuvent être importants pour les requérants. Le juge cherche dans un premier temps à atténuer les effets dans le temps de la jurisprudence, notamment quand elle ne s'applique pas. Mais, dans la mesure où ces techniques s'avéraient insuffisantes, le Conseil d'Etat s'est reconnu, de manière prétorienne,

---

[194] M.VERPEAUX et L.JANICOT, *Droit public – pouvoir public-action administrative*, PUF 2009,p.64
[195] précité, p.64
[196] V.par exemple, J.Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1986, p.16
[197] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*
[198] CE, Avis contentieux, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Haÿ-les-Roses, n°249153 ; CE Avis contentieux, 4 avril 2005, Société Cabinet JPR Ingénierie, n° 273517 ; CE, Ass., 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, n°287354, cité par M.VERPEAUX et L.JANICOT, *Droit public – pouvoir public-action administrative*, PUF 2009, p.64
[199] M.VERPEAUX et L.JANICOT, *Droit public – pouvoir public-action administrative*, PUF 2009,p.64
[200] L'arrêt de Section 11 février 2005, GIE Axa Courtage (n°252169)
[201] l'arrêt de l'Assemblée du 8 février 2007, Gardedieu (n°279552)

le pouvoir de moduler les effets des revirements de jurisprudence.[202] En ce cas, le Conseil d'Etat a, en effet, jugé dans cet arrêt de 2007 « qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présence décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagé postérieurement à cette date ».

A ce titre, ce pouvoir constitue une dérogation au principe de l'effet rétroactif de la jurisprudence. Par rapport à cette décision, l'effet rétroactif de la jurisprudence ne peut être utilisé que dans deux hypothèses ; premièrement, en cas d'atteinte au droit de recours par l'impossibilité d'avoir recours à un droit préexistant ; deuxièmement, lorsque l'ouverture d'une nouvelle voie de droit est susceptible de porter une atteinte excessive à l'impératif de sécurité juridique.

Ce changement de jurisprudence trouve son origine dans la prise en compte de la jurisprudence communautaire[203] européenne[204], des juridictions de certains Etats étrangers, comme la Cour suprême des Etats-Unis, ou encore la jurisprudence de la Cour de cassation[205] [206].

Dans l'arrêt de Section du 6 juin 2008, le Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens dentistes[207], qui a consacré comme une règle nouvelle du droit pour les requérants d'obtenir des dommages et intérêts pour citation abusive devant le juge administratif spécialisé, le Conseil d'Etat a précisé trois aspects des conditions de mise en œuvre du pouvoir de modulation du juge administratif[208]. D'une part, l'utilisation de ce pouvoir de modulation ne devrait pas être limitée à des hypothèses dans lesquelles le changement de jurisprudence pourrait avoir des conséquences économiques importantes. D'autre part, le juge de cassation n'a pas le monopole du pouvoir de modulation dans le temps des effets de sa jurisprudence. Enfin, le Conseil d'Etat a décidé de ne pas appliquer sa nouvelle jurisprudence au demandeur pour des raisons d'équité, dans la mesure où celle-ci s'avérait peu favorable pour ce dernier[209].

Sur le plan de la sociologie, la jurisprudence est aussi importante comme source sociologique du droit. La jurisprudence joue un rôle immense qui n'est pas créateur mais qui n'est pas moins capital. La jurisprudence est considérée comme un intermédiaire entre le droit extérieur au juge, et le droit latent que constituent les principes généraux. La

---

[202] CE, CE, Ass, 8 avril 1987, Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation C/Pelitier, p.128 cité par Verpeaux Michel et Janicot Laëtitia, Droit public – pouvoir public-action administrative, PUF 2009, p.59
[203] CJCE, 27 mars 1980, Amnimistrazione delle finanze dello Stat c/ Denkavit italia Sarl, aff. 61/79
[204] CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, série A, n°31
[205] Cass., Ass., plénière, 21 décembre 2006, n°00-20.496
[206] M.VERPEAUX et L.JANICOT, *Droit public – pouvoir public-action administrative*, PUF 2009, p.65
[207] n°28314, p.66
[208] M.VERPEAUX et L.JANICOT, *Droit public – pouvoir public-action administrative*, PUF 2009,p.66
[209] précité

jurisprudence pourrait aussi fonder la reconnaissance d'un texte positif et devenir ainsi une composante juridique du corps social.

M.Roche soutient cette constatation dans son article de 1962[210], « La logique du raisonnement suivi, le sentiment qu'il apporte aux problèmes la solution la meilleure, compte tenu du droit positif et des exigences sociales du moment, l'appui apporté par la doctrine à cette solution incitent la majorité des membres du corps social à s'y conformer ». A cet égard, c'est la fidélité du juge à sa propre pensée, de réfléchir et de se respecter les principes généraux du droit.

Il nous semble que la jurisprudence apparaît aussi comme une source sociologique du droit. Mais il reste au juge la possibilité de montrer la pouvoir normatif de la jurisprudence. Etant donné les principes généraux du droit, le sujet de cette recherche devient encore plus difficile car si le juge doit se limiter pour rendre sa jurisprudence, incapable de montrer librement les principes généraux du droit pour en faire un texte positif. Le juge devrait, peut-être, chercher un soutien extérieur pour montrer les principes généraux du droit. Nous envisagerons cette hypothèse dans notre sous partie suivante.

2.La place de droit jurisprudentiel dans le droit positif

La question de la place du droit jurisprudentiel dans le système juridique français pourrait être abordée de deux façons différentes ; premièrement, par l'interrogation sur une source formelle de droit autonome, se comprenant comme l'expression de normes générales et abstraites comparables aux règles légales[211]. Pour cette hypothèse, la Constitution du 4 octobre 1958 ne contient pas de reconnaissance, elle reste muette sur cette question (comme celle de la Constitution de 1946). On pourrait cependant être tenté par un autre argument négatif, c'est-à-dire le principe de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel, « l'autorité juridique ne peut, en France, rien entreprendre concernant la fonction législative »[212]. Ce principe considéré comme un des principes constitutionnels, n'a pas vraiment répondu à notre hypothèse. Comme le remarque M. Maury, ce principe n'est pas absolu, et interdit simplement un système analogue exprimant simplement la résolution nouvelle d'interdire pour l'avenir les arrêts, les règlements, mais ces derniers ne s'opposent pas à la formation par le juge de règles générales, matériellement proches des règles de droit écrit, à l'occasion de la conduite de sa tâche juridictionnelle.

La deuxième hypothèse repose sur l'article 4 du Code civil menaçant de peines pour déni de justice, « le juge qui refuse de statuer, sous prétextes du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisante de la loi ». A ce propos, le législateur n'ayant pas la possibilité de tout prévoir, c'est au juge qu'il convient de combler par sa propre autorité, ce « vacumm juris ». Il est certain que le travail du juge est beaucoup plus complexe que la théorie présentée par le législateur.

---

[210] Art. cité, *AJDA* 1962, p. 539

[211] J.Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in *Etudes offertes à G.Ripert*, t.1, p. 29

[212] Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, t.1, pp.33 et s.

L'article 4 du Code civil invite le juge à régler « au coup par coup », selon l'expression de Yves Gaudemet dans sa thèse de 1972. Quand le juge rencontre cette question, il doit d'abord prendre se référer au droit écrit, ou même statuer lui-même dans en l'absence de textes. C'est le deuxième cas que nous évoquons sur la légitimité du droit jurisprudentiel.

La légitimité de droit jurisprudentiel pose aussi la question de savoir si l'existence d'un droit jurisprudentiel apparaît ou non comme une réalité. C'est la raison de notre étude sur la place du droit jurisprudentiel dans le droit positif.

Néanmoins, la construction du système juridique généralement admise est que la jurisprudence est une source formelle du droit administratif. En l'absence de loi découverte et explicitée, le juge doit appliquer la règle pour l'Administration active, dans les rapports qu'elle entretient avec les particuliers, ou par l'application du droit à un litige qu'on lui soumet.

De plus, en ce qui concerne la place du droit jurisprudentiel, Yves Gaudemet[213] a précisé que le droit jurisprudentiel doit être placé à la première place. La première place, parce que, historiquement, c'est le Conseil d'Etat qui a eu conscience de la nécessité d'un droit, pour régler le comportement de l'Administration, alors que la loi des 16-24 août 1790 avait surtout en vue la création d'une sorte de vide juridictionnel.

M.Gaudemet ajoute cet argument, à savoir que le juge a très vite compris que la tâche juridictionnelle devait être gouvernée par quelques grands principes. Ces principes sont donc à la fois une explication et un guide insatisfaisant et impropre, pour que le juge puisse créer une référence sûre et solide valable pour les décisions à venir de l'Administration.

La place du droit jurisprudentiel dans le système du droit s'explique d'une part en raison de la soumission du juge administratif vis-à-vis de son activité de création (2.1), d'autre part, en raison de la limite fixée par le législateur dans l'activité du juge et la portée de ses décisions (2.2).

(2.1) Le juge reste soumis à la loi dans son activité de création

En envisageant la soumission à la loi du juge administratif, il est nécessaire d'évoquer l'article 4 et 5 du Code civil qui ont posé les premiers éléments de limite pour le juge. L'article 5 du Code civil interdit aux juges de prononcer par voie de disposition générale et règlementaire. La plupart des applications par les tribunaux concernant cet article sont des dispositions concrètes de caractère plutôt administratif et proprement règlementaire. Mais le texte comporte aussi une autre théorie jurisprudentielle, c'est-à-dire l'interdiction de conférer à l'énoncé abstrait d'une proposition de droit une valeur permanente et générale, liant pour l'avenir le juge qui la formule ainsi que les juridictions inférieures qui dépendent de lui[214]. L'article 5 prohibe aussi l'exercice par le juge d'un pouvoir législatif, à la manière d'un législateur. Mais, en même temps, cet article 5 n'a jamais interdit l'activité du juge dans le domaine de l'introduction et le dégagement d'un principe susceptible de généralisation, c'est-à-dire du mode proprement jurisprudentiel de production du droit.

---

[213] Y.GAUDEMET, *Le méthode du juge administratif*, Paris, 1972

[214]précité

L'article 4, du même code, sanctionne le juge pour le déni de justice. Cet article concerne aussi un principe de pouvoirs fondamentaux. Sans doute, l'expérience judiciaire ne révèle guère d'exemple brutal du déni de justice, mais plutôt des situations juridiques très complexes où le juge a pu se méprendre sur l'objet et le sens de sa décision. Le déni de justice devient seulement une pièce du règlement du fond, et montre l'importance attachée à l'office du juge. En interdisant de « refuser de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », l'article 4 reconnaît implicitement au juge le pouvoir de créer lui-même le droit, lorsque c'est nécessaire, pour trancher le litige.

Globalement, le système judiciaire français paraît marqué d'une souplesse tempérée. Nous avons l'exemple du système Common Law, qui doit suivre impérativement le « stare décisis » et confère l'autorité à la jurisprudence précédente. L'autorité qui va rendre les décisions soit à la Cour Suprême, soit à l'autorité de formation de même niveau, est beaucoup moins volontiers reconnue pour ses décisions concernant les autres juridictions. Si la décision rendue sur une situation semblable appartient à l'autorité, le principe énoncé pour la justifier ne suffit pas à soutenir les critères qui pourraient être repris dans d'autres situations. Une assez large marge de liberté en résulte, pour le juge appelé à statuer sur une nouvelle affaire, grâce à un « distinguishing » qui lui permet de faire échapper son pouvoir au champ d'influence de la décision précédente. Le juge pourrait aussi considérer le « ratio decidendi »[215] de la précédente décision, à l'exclusion des motifs accessoire ou des « obiter dicta »[216]. Les deux limitations semblent insuffisante car, dans une déclaration faite au nom de la Chambre des Lords le 26 juillet 1966, le Chancelier, autorisait les Lords à s'écarter de la décision précédente, si cela leur paraissait nécessaire[217]. Bien que cette déclaration ne semble pas avoir sensiblement modifié la pratique, elle n'en a pas moins une valeur significative.

Au contraire, les systèmes juridiques continentaux ne connaissent pas les mêmes difficultés et n'ont pas eu besoin de recourir aux mêmes mesures, car la décision actuelle n'a pas conféré au juge de respecter obligatoirement la décision précédente. En l'absence de cette obligation, la jurisprudence a la possibilité de s'adapter à l'évolution des circonstances, ou même d'opérer des revirements. Mais la Cour de Cassation n'use pourtant de cette possibilité qu'avec une extrême modération, les revirements de jurisprudence risquant d'apporter à la sécurité juridique un trouble d'autant plus grave qu'ils sont rétroactifs.

En interdisant aux tribunaux judiciaires d'empiéter sur l'administration, la loi des 16-24 août 1790 créait un vide juridictionnel qui était en même temps un vide juridique, la possibilité de contestation étant l'un des traits les plus caractéristiques de la juridicité[218]. La juridictionnalisation, constituée tant au longe du XIXe siècle, peut susciter l'hostilité des régimes autoritaires et favoriser le libéralisme républicaine, sur le plan du Conseil d'Etat, de

---

[215] Expression latine signifiant « raison de décider », parfois utilisée pour désigner dans le processus décisionnel d'une autorité, le motif essentiel, la raison décisive, la donné déterminante de la décision,

[216] Locution latine signifiant « dit en passant » (ou « soit dit en passant ») qui sert à désigner, dans un jugement, une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution de litige en cause exige de trancher.

[217] Dworkin, « Un adoucissement de la théorie du « stare décisis » à la Chambre des Lords », *Rev. int. Dr. Comp.* 1967, p. 185

[218] Carbonnier, *Sociologie juridique*, Thémis-PUF, 1978 p. 135

la procédure et de ses rapports avec le contentieux[219]. Le Conseil d'Etat, organe administratif d'avis, puis de justice retenue, parvint à posséder l'exercice de la justice déléguée en vertu de la loi du 24 mai 1872. Sur les recours gracieux et hiérarchique, la décision du Ministre a été considérée comme enjoignant au juge de prendre des décisions de caractère juridictionnel, en vertu de son autorité administrative. C'est une procédure très critiquée puisqu'elle tendait à reconnaître à la fois à l'administration des qualités de juge et de partie. L'admission de la recevabilité directe du recours contentieux et l'attribution au Conseil d'Etat de la qualité de juge de droit commun ont permis de dépasser cette phase transitoire et de constituer véritablement le pouvoir juridictionnel administratif, qui va désormais être en mesure de se livrer à une œuvre créatrice, d'autant plus nécessaire qu'en excluant, par l'arrêt *Blanco*, tout référence au droit privé, le Conseil d'Etat postulait l'existence de règles propres à l'activité administrative.

Selon M. Vedel, le droit administratif qualifie à la fois le droit raffiné, archaïque et primitif, et il relève, comme purement fortuite, la similitude de ses procédés de liaison du contentieux avec ceux du droit anglais[220]. Ce n'est pas par hasard, ni par un archaïsme invétéré, qu'on retrouve quelque chose d'analogue dans le droit administratif français, mais par rapport à l'origine du droit administratif français, ce point de vue paraît encore nouveau et moins favorable.

L'état actuel du droit administratif ajoute donc au rôle habituel et général de la jurisprudence une fonction plus essentielle et plus profonde, qui est liée à la place qu'occupe le pouvoir juridictionnel dans le système juridique français, et qui illustre une nouvelle fois la nature spécifiquement juridictionnelle du phénomène jurisprudentiel. Les rapports qui s'y établissent entre le plan juridictionnel et le plan du droit substantiel conduisent, d'autre part, à poser, plus nettement qu'en tout autre domaine, le problème de l'insertion de la jurisprudence dans l'ensemble des sources de droit, et des relations que, selon sa nature, elle entretient avec elles.

La soumission du juge à la loi dans son activité de création est une notion concernant la naissance de la faiblesse du droit écrit. Le juge administratif n'a jamais hésité à manifester sa large indépendance, même si la loi la présente comme insuffisante.

La question de l'indépendance du juge vis-à-vis du droit écrit, est souvent mentionnée. D'une façon générale, nous admettons que le juge administratif manifeste à l'égard du droit écrit une grande indépendance, et qu'en particulier, il reste toujours attentif au respect des principes essentiels qu'il a dégagés. A ce point, M. Latounerie[221] écrit que le juge « pénétré des exigences de sa tâche », a conçu « d'assez bonne heure » « sa fidélité à la règle écrite sous un aspect incomparablement moins rigoriste et littéral ». Cette attitude du juge administratif français est complètement différente de celle du juge anglais. Le juge anglais est original et systématiquement respectueux de la jurisprudence précédente. Le juge français

---

[219] J. Chevallier, *Elaboration de la séparation des juridictions et de l'administration active*, 1970. Cité par Hébraud Pierre, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Paul Couzinet*,Toulouse, 1974

[220] Hébraud Pierre, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Paul Couzinet*,Toulouse, 1974

[221] R.Latournerie, « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p.187

trouve également l'habitude de « régler au second plan le texte de même de la loi », et « d'édifier une construction juridique sur des décisions rendues… et non sur le texte même de la loi »[222].

La base de l'indépendance du juge administratif vis-à-vis des règles dépend du facteur « socio-professionnel »selon Y.Gaudemet[223]. Le facteur historique est aussi bien connu, car le droit administratif français a été créé par le juge, sans intérêt du législateur qui s'était initialement contenté de l'administration. Le droit administratif jurisprudentiel est donc antérieur au droit administratif écrit. C'est la raison pour laquelle, le juge doit changer l'attitude et éviter de conserver ses usages précédents.

Au contraire du juge administratif, le juge judiciaire a toujours été et reste aujourd'hui fidèle à la disposition complète et techniquement très satisfaisante du droit écrit. Les codifications napoléoniennes marquaient le début d'un processus visant à garantir les mécanismes juridiques, dont le plus connu est le référé législatif[224].

En ce sens, le facteur historique tient une place importante vis-à-vis l'indépendance du juge administratif en tant que facteur « socio-professionnel ». Pour expliquer cette notion, nous pouvons envisager d'abord la nature de la profession du juge administratif. Le juge administratif se considère plutôt comme le « délégué » du législateur[225]que le simple serviteur de la loi. Par conséquent, le juge administratif considère le droit écrit comme une indication, d'une valeur particulière, et non d'un ordre indiscutable.

D'ailleurs, l'indépendance du juge administratif vis-à-vis du droit écrit a été alimentée par la pratique du principe de la légalité administrative. Ce principe de la légalité administrative a été exercé par le juge pour veiller au respect de la loi pour l'administration et aussi pour apporter une contribution déterminante au contenu de la légalité. M. Eisenmann explique la contribution déterminante par le juge administratif en matière de légalité en écrivant que « le dogme dit que les lois sont maîtresses des décisions des juges ; la réalité enseigne que parfois, les juges s'affirment maitres des lois ; le principe de la légalité lui-même, le principe de la supériorité de la loi, n'échappe pas à leur action discrète, à leur pouvoir secret »[226].

(2.2) L'empiétement des juges sur le législateur

On sait que les règles de la jurisprudence administrative ne sont pas venues combler les rares lacunes de la loi, mais qu'elles ont tenues lieu de loi pour régir l'ensemble des questions juridiques d'une manière très large.

---

[222] R.Latournerie, « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p.187

[223] Y.Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1972

[224] Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Préf. J.Boulanger, Coll. Travaux et recherches Fac. Droit de Paris, PUF, 1965

[225] Gény, « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p.290

[226] Ch. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E, 1957, pp.25 à 40

Par conséquent, le législateur peut parfois intervenir pour codifier ces règles élaborées par les juges administratifs. Max Querrain a écrit dans son article[227] concernant le droit jurisprudentiel que « la transformation en droit écrit d'une jurisprudence longuement méditée…illustre en de grandes occasions la participation du juge à la fonction législative ». En effet, pour rendre sa décision, le juge doit réunir les éléments d'une codification ultérieure, c'est aussi l'apport direct et précieux à l'œuvre du législateur en participant à la fonction législative.

Le juge pose des règles au lieu de lois, avant même que le législateur n'intervienne pour les codifier, il ne se borne pas à participer à cette fonction législative : le juge empiète sur les attributions de ce législateur.

Cet empiétement ressort par ailleurs de l'importance quantitative de ces règles : il suffit d'évoquer la responsabilité de la puissance publique.

Certains auteurs comme M.Benoît[228], évoquent la responsabilité de la puissance publique, affirmant que « les principes de la responsabilité publique ont pour source unique la jurisprudence de la juridiction administrative ». En ce sens, le législateur devrait délaisser les problèmes du régime général de cette responsabilité et se borner à aménager quelques régimes particuliers.

Le législateur a permis aux juges administratifs d'assurer cette fonction à sa place pour le contentieux des responsabilités. Cette permission peut s'expliquer pour une part par l'origine hiérarchique de certaines règles consacrées par la jurisprudence du Conseil d'Etat. On considère alors le Conseil d'Etat comme une administration dans la hiérarchie supérieure pour empiéter sur les attributions du législateur. Le législateur reste impuissant en ce terme, c'est le juge qui joue librement sur ce terrain législatif.

En outre, le juge empiète encore sur l'autorité du législateur lorsqu'il cesse de respecter absolument la volonté qu'il a exprimée dans un texte de loi.

Cette deuxième forme d'empiétement est beaucoup plus grave. Le juge, soit administratif, soit judiciaire, doit respecter la légalité et la loi. Le juge doit assurer l'application stricte de la loi, pour appliquer la loi, même s'il n'apprécie pas la loi[229]. C'est la raison pour laquelle nous constatons l'incompatibilité de certaines règles de la jurisprudence administrative ou judiciaire avec les règles du législateur.

---

[227] Querrain Max, « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'Etat dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p.322

[228] Cité par O.DUPEROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit » , *Mélange Maury*,t.II, Dalloz, Siery, 1960, p.340

[229] LATOURNER, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, livre jubilaire du Conseil d'Etat, p.252

Pendant l'époque révolutionnaire, on a voulu empêcher les juges d'empiéter sur le terrain législatif avec la volonté démocratique d'assurer la souveraineté de la loi adoptée par les représentants de la Nation. La loi doit être votée par le peuple, la loi est aussi le fruit de cette époque mais ce constat est moins fort dans l'idée contemporaine. Le phénomène de l'empiétement des juges se présente aussi comme la face négative de la valeur de la loi du parlement, et ainsi, se présente comme une évolution du système juridique.

Olivier Duperoux[230] appelle cette évolution « une technocratie ». Pour lui, cette technocratie affecte d'autres formes spectaculaires, c'est-à-dire un pouvoir détenu aussi bien sur le plan législatif que sur la plan administratif. L'empiétement des juges sur les attributions du législateur n'en constitue pas moins une manifestation plus nette encore de la promotion des techniciens. En effet , si les ministres sont en principe au moins, responsables devant le Parlement des décisions que leur dictent les techniciens de leurs services, les juges administratifs ou judiciaires, techniciens du droit public ou du droit privé, n'ont, au contraire, de comptes à rendre à personne. C'est de ce point de vue qu'apparaît le plus clairement le caractère exorbitant du pouvoir conquis par eux sur un législateur défaillant.

En ce sens, la jurisprudence a beaucoup évoluée. Le droit peut être changé par la simple volonté des juges délibérant à l'occasion d'une affaire quelconque. L'exemple est la procédure de référé, qui a besoin de traiter en urgence et de façon technique. Le juge reste librement d'appliquer son propre droit. La place de la loi du Parlement devient commode et plus délicate à apprécier. Le rôle du commissaire du Gouvernement devient de plus en plus important pour changer les des décisions antérieures.

Cette évolution paraît menacer la stabilité juridique, mais comme le droit est en effet l'ensemble des règles de jeu social pour les parties, il faut trancher le droit avec une grande prudence, d'autant plus concernant les modifications législatives.

Si la règle jurisprudentielle est toujours prononcée à l'occasion du règlement d'un litige, par conséquent, son libellé ne pourra contenir que les éléments nécessaires à la solution du litige. Se prononcer sur la règle jurisprudentielle, peut ne pas résoudre parfaitement une question dans un cas différent. Le juge agit suivant des règles imparfaites car incomplètes. Il reste des blancs à remplir.

(B)Le produit jurisprudentiel

1.L'autorité de la règle jurisprudentielle

(1.1) L'autorité d'interprétation du juge : une interprétation non générale mais individuelle

Le juge a le devoir d'interprétation les lois. Evoquons d'abord la différence entre l'interprétation et la création du droit, car les deux définitions s'opposent.

---

[230]O.DUPEROUX, *La jurisprudence, source abusive de droit*, Mélange Maury, 1960

En réalité, nous n'arrivons pas à établir une distinction nette entre la conception de l'interprétation et celle de la création du droit. Le concept de l'interprétation est né dans le monde occidental à la fin du siècle précédent et cette question se pose encore actuellement.

Ce concept a donné lieu à de nombreux écrits. Concernant les principes de l'interprétation au sens large, nous constatons que l'interprétation comporte un certain degré d'appréciation et de création. Le terme d'interpréter signifie « expliquer (un texte, un rêve, un acte) en rendant clair ce qui obscur ; donner un sens à quelque chose, tirer une signification de ; produire oralement dans une autre langue une intervention ou un discours équivalent à l'original ; jouer d'une manière personnelle un rôle/un morceau de musique »[231].

Pour le juge, l'interprétation pourrait signifier la reproduction pour en « faire l'application » et pour « l'exécuter » dans un contexte nouveau et différent de temps et de lieu[232]. Il est évident que toute reproduction ou exécution peut varier profondément, en fonction notamment de la capacité intellectuelle et de l'état d'âme de l'interprète.

L'interprétation peut résoudre les questions et les certitudes. En ce sens, il appartient à l'interprétation aussi de combler les lacunes, de préciser les nuances et d'éclaircir les ambiguïtés. Parfois, l'interprétation est appelée à donner une vie nouvelle à un texte mort, pour que ce texte puisse être encore vivant, c'est-à-dire mis à jour.

L'interprétation est différente par rapport aux fondements du principe de la décision. La décision qui procède d'un principe d'équité pourrait être interprétée de façon plus large que celle qui procède simplement des précédents judiciaires ou des prescriptions que le juge doit appliquer. Le degré de créativité du juge est plus grand lorsqu'il s'agit du principe d'équité. Le juge qui prescrit de suivre des précédents ou d'appliquer des textes de lois (ou les deux chose à la fois) a le devoir d'appuyer son raisonnement sur le droit judiciaire ou législatif en question, sans pouvoir invoquer simplement l'équité ou tel autre critère d'appréciation[233].

En outre, il est vrai que toute situation de fait présente un caractère de nouveauté et d'unicité ; en conséquence, il est toujours possible d'établir une distinction par rapport aux précédents ou de choisir un raisonnement a contrario ou un raisonnement par analogie. Le résultat de cette situation est clair : le processus d'interprétation du juge n'est jamais prédéterminé de façon mécanique. Même si le pouvoir libre de l'interprétation appartient au juge, en réalité, ce sont les circonstances de fait qui limitent abstraitement son travail.

Par ailleurs, lorsque le juge est libre de fonder sa décision sur des préceptes vagues et non écrits d'équité, l'activité du juge ne peut être différenciée de celle du législateur. Comme le juge doit tenir compte de précédents ou de dispositions légales (ou des deux), cette activité du juge est difficilement distinguée de celle du législateur ; de plus, le

---

[231] Dictionnaire Rober Micro
[232] Responsabilité du juge, p.
[233] Responsabilité du juge, p.

juge voit limiter ses activités par une Constitution ou par les prononcés d'un Conseil constitutionnel. En ce sens, la seule différence que l'on puisse distinguer entre juridiction et législation n'est pas une différence de nature, mais seulement de fréquence et de quantité[234], c'est-à-dire de degré : les lois constitutionnelles sont généralement plus succinctes et formulées dans des termes plus vagues que les lois ordinaires qui sont plus nombreuses, plus détaillées et plus concrètes. Le législateur trouve la réponse dans le droit des limitations qui sont moins fréquentes et moins précises pour lui que pour le juge. Ces limitations tiennent au fondement du droit : le pouvoir de créer du législateur est quantitatif ; au contraire, le pouvoir du juge est qualitatif.

En appliquant le droit sans création, le juge utilise seulement une logique déductive, sans faire entrer dans ce texte nul élément de son appréciation personnelle. Ces moyens d'une logique déductive ont appliqué leur critique à toutes les formes de droit : droit coutumier et *case law*, lois et codifications systématiques. Ainsi nous concluons que le rôle du juge est beaucoup plus difficile et complexe. Quand le juge rend une décision que n'avaient pas suggérée les doctrines traditionnelles, le juge prend en compte aussi la responsabilité morale et politique. Le rôle du juge n'est que le rôle d'arbitraire administratif, mais ce rôle englobe une recherche équilibrée et une conscience des suites pratiques et des implications morales de ses choix. Le juge doit prendre en considération non seulement les arguments de la logique abstraite ou faire une analyse formelle de langage, mais aussi et surtout tenir compte de l'histoire et de l'économie, de la politique et de l'éthique, de la sociologie et de la psychologie[235]. Le juge doit aussi engager sa responsabilité personnelle, morale et politique, autant que juridique, à partir du moment où le droit permet différentes solutions.

Entre le rôle traditionnel du juge et celui de l'interprétation, nous ne trouvons qu'une seule différence, la différence de degré. Comme toute interprétation est dans une certaine mesure création, un minimum de pouvoir discrétionnaire doit rester inévitablement dans l'activité du juge. Le rôle nouveau du juge concerne l'interprétation, invite le juge administratif à l'interruption de l'autorité judiciaire : le juge aura un pouvoir discrétionnaire accru et il pourra jouer un rôle plus important. En bref, au vue du droit administratif contemporain, le juge développe son dynamisme et son pouvoir de création.

(1.2) Le juge crée des normes par l'énoncé des principes généraux du droit

Dans ce paragraphe, nous envisagerons l'attitude du juge à l'égard des règles qu'il a lui-même crées. En ce sens, pour simplifier les recherches, il nous faut d'abord regrouper les règles jurisprudentielles.

Les règles jurisprudentielles ont été regroupées en trois catégories.

Premièrement, ce sont les règles créées par la volonté du juge qui doivent être comprises comme de simples pratiques. Cette catégorie de règles jurisprudentielles est très particulière, le juge reste limité pour envisager cette règle.

---

[234] Le responsabilité du juge
[235] Responsabilité du juge

Au contraire, ce sont les règles jurisprudentielles qui prennent la forme des principes généraux du droit. En ce cas, c'est le pouvoir major du juge d'édicter les règles jurisprudentielles.

Le juge se situe entre ces deux cas extrêmes, entre les règles-pratiques et les principes généraux du droit : c'est la masse des règles jurisprudentielles ordinaires que nous qualifions volontiers de jurisprudentielles quasi-législatives[236]. Pour le juge, il est nécessaire à la fois de respecter cette relative permanence et de contrôler les infléchissements ou les revirements de la jurisprudence.

Cette classification des règles jurisprudentielles correspond la réalité des lois. Le juge doit, par rapport au droit jurisprudentiel, rester limité dans son attitude et dans la réponse qu'il donne à la question de l'autorité juridique de la jurisprudence.

Les règles jurisprudentielles quasi-législatives (la troisième catégorie) sont les plus connues. C'est la création jurisprudentielle du juge administratif qui est la première notion qu'on évoque. L'objet de ce type de règles jurisprudentielles est de maintenir le droit applicable à la réalité. Les règles jurisprudentielles quasi-législatives se différencient ainsi des simples pratiques jurisprudentielles, car elles ne sont pas d'abord destinées à une large publicité, et se détachent plus nettement du contentieux pour guider les rapports ordinaires, non-contentieux, des personnes publiques et des administrés.

En conséquence, le juge attache beaucoup d'importance aux règles jurisprudentielles de cette catégorie. Et lorsqu'il s'agit de simples pratiques pour cette catégorie de règles jurisprudentielles, toute modification doit être relative au droit existant.

En bref, le juge envisage cette catégorie de règles jurisprudentielles en considération du droit écrit. Le juge optera pour une interprétation restrictive des règles anciennes, ou pour la juxtaposition d'une règle modificatrice nouvelle aux règles anciennes, plutôt que pour une remise en cause frontale d'une disposition inadaptée.

Les règles quasi-législatives constituent la partie la plus importante du droit jurisprudentiel. Nous trouvons ce type de règles jurisprudentielles à propos des contrats administratifs, des règles qui concernent l'activité des établissements privés chargés d'une mission générale, ou dans le domaine des travaux publics, à partir et au-delà de la loi du 28 pluviôse an VIII. Ce type des règles jurisprudentielles joue un rôle important pour le juge administratif dans à l'application des règles quasi-législatives.

Par ailleurs, le premier type de règles jurisprudentielles (les règles jurisprudentielles créées par la volonté du juge, pour compléter les dispositions de la loi), doit être créé par le juge comme une simple pratique. Par exemple, des règles jurisprudentielles complétaient les dispositions de la loi du 29 janvier 1831, la loi modificatrice du 31 décembre 1968 a aujourd'hui unifié la matière dans un sens généralement favorable aux créanciers

[236] Y.Gaudemet, *Le méthode du juge administratif*, thèse, paris 1972

particuliers, en prenant parfois le contre-pied des solutions jurisprudentielles antérieures[237]. Toutefois, sous l'empire de la jurisprudence antérieure, il semblait légitime de ranger sous l'étiquette d'une simple pratique, la jurisprudence qui permettait à la personne publique débitrice d'invoquer la déchéance à tout moment du procès, même en appel, avec le seul risque d'être condamnée aux dépens[238] ; il en allait de même des jurisprudences opposées qui se sont succédé sur la question de savoir si le recours pour excès de pouvoir était susceptible d'interrompre le cours de la déchéance quadriennale ; ne serait-ce qu'en raison du peu d'attachement que la Haute juridiction a manifesté à l'égard de ces solutions successives.

Ce type de règles jurisprudentielles s'accorde à faire un emploi très modéré des simples pratiques. Parfois, les pratiques jurisprudentielles de ce type sont proches de celles de la règle quasi-législative, surtout dans le domaine de la théorie des actes détachables, en application d'un contrat de droit public.

Pour le juge, ce type de règles jurisprudentielles est important car elles entraînent un accord qui rend d'appréciables services dans la conduite de la tâche jurisprudentielle. Pour utiliser ce type de règles, le juge n'hésite pas à modifier ou à remplacer telle ou telle pratique jurisprudentielle, pour faire connaître sa décision aux administrés et aux professionnels.

Il reste la dernière catégorie de règles jurisprudentielles, c'est-à-dire les jurisprudences concernant les principes généraux du droit.

Pour cette catégorie de règles jurisprudentielles (qui a aussi suscité notre intérêt de recherche), les principes généraux du droit se situent au sommet de l'œuvre jurisprudentielle et l'emportent en autorité sur les deux catégories précédentes.

Comme nous l'avons envisagé, les principes généraux du droit constituent une catégorie juridique distincte. Un problème se pose sur la valeur juridique des principes généraux du droit. La réponse à cette question n'est jamais générale, selon le juge. Parfois le juge accorde à ces principes la même valeur qu'à la règle législative, tels que dans l'arrêt *Syndicat des Propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie* en 1958[239] ou l'arrêt *Fédération algérienne des Syndicats de défense des irrigants* en 1960[240]. Il peut aussi arrivé que le juge mentionne les principes généraux du droit dans une disposition supra-législative, tel l'arrêt du 1959, *Syndicat général des Ingénieurs-Conseils*[241]. Cette diversité de solutions est parfaitement compréhensible de la part du juge, car selon M.Chapus, « le juge n'a pas le pouvoir de définir la valeur des normes qu'il édicte. Il n'est maître que leur portée »[242].

---

[237] Dran : « Le nouveau régime de la déchéance quadriennale », *Rev. de science financière*, 1969, pp.573 et s., cité par Y.Gaudemet, *Le méthode du juge administratif*, thèse, paris 1972

[238] C.E., 24 mai 1938, *Wreczysky*, Leb., p.464 ; C.E. 25 novembre 1955, *commune mixte de Marmia*, RDP, 1956, p. 596

[239] C.E., 7 février 1958, *Syndicat des Propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, AJDA, 1958, 3, 130, concl. Grévisse

[240] C.E., 19 février 1960, *Fédération algérienne des Syndicats de défense des irrigants*, Leb., p.129

[241] Cf. concl. Fournier dans C.E., 26 juin 1959, *Syndicat général des Ingénieurs-Conseils*, S., 1959, p.202, note Drago. Et G. Braibant : « L'arrêt Syndicat général des Ingénieurs-Conseils et la théorie des principes généraux du droit », *EDCE*, 1962, pp.67 et s.

[242] R.Chapus, « De la valeur des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*1966, p.106

Malgré la diversité de leur valeur, les principes généraux du droit constituent une catégorie de règles jurisprudentielles définie et relativement homogène. Il est improbable que l'attribution au juge d'une règle concernant les principes généraux du droit lui confère automatiquement un régime juridique défini. En revanche, il est certain que, du point de vue de l'autorité de la règle, semblable qualification jurisprudentielle constitue une promotion, la règle s'incorporant alors aux fondements mêmes du droit jurisprudentiel. Si les principes généraux du droit peuvent présenter une portée fondamentale comme celle de la loi, ces principes généraux du droit peuvent être considérés comme une règle de même valeur juridique que les lois formelles. Cette catégorie est à la base de tout droit jurisprudentiel et elle exprime l'attachement du juge à certaines solutions qui ne sont pas de nature juridique écrite. Le juge hésitera longtemps avant de modifier le contenu ou la portée des principes généraux du droit, car c'est tout l'édifice jurisprudentiel qui se trouve remis en question. Nous envisagerons le contenu des principes généraux du droit dans la sous-partie suivante.

En bref, la grande diversité des règles jurisprudentielles semble bien établie et tient à une divergence du régime juridique. L'attitude du juge est également importante à l'égard de tel ou tel catégorie de principes généraux du droit.

2.L'apparence de règle jurisprudentielle administrative au système du droit

(2.1) Les règles d'origine jurisprudentielle face aux règles créées par l'acte législatif

Dans le système français pendant de longues années, des juges différents ont tranché de très nombreuses contestations dans le même sens. La même solution a été choisie dans un grand nombre de cas, comme on dit en latin « *rerum series perpeto similiter judicatarum* ». Le juge a fait application, dans de nombreux cas, pendant une longue période de temps, d'une règle déterminée, de sorte qu'à un moment donné, cette règle apparaît comme définitivement établie. En jetant un regard sur le passé, on constate que cette solution a régi des catégories d'individus et des séries de cas. Cette solution a possédé dans le passé un caractère de généralité. Elle s'applique encore actuellement. Il est donc logique de considérer que cette solution, qui a fait ses preuves, va continuer à s'appliquer dans l'avenir.

Dans les actes juridiques, il existe un élément matériel et un élément formel. Dans ce cas, il est possible d'arriver à la formation d'une règle générale et abstraite. Les actes juridiques pourraient débuter par l'émission de règles générales et abstraites, donnant lieu ultérieurement à des applications concrètes ou individuelle.

Par rapport à ce constat, il y a deux critiques. D'abord, la possibilité de donner aux règles et jugements plusieurs interprétations et ensuite, nous envisagerons la méthode d'induction utilisée par le juge.

En ce qui concerne la possibilité de donner aux arrêts et jugements plusieurs interprétations, c'est en effet l'interprétation des décisions comme de l'interprétation de la loi. C'est-à-dire, d'une part, un texte obscur peut normalement se voir attribuer plusieurs sens très différents. D'autre part, la valeur de l'argumentation est fonction de celui qui interprète. Et l'interprétation, même la plus habile, risque de déformer la pensée des juges et d'attribuer la création d'une règle à un groupe d'actes juridictionnels statuant simplement en équité.

Un exemple, dans ce cas, est le concept de la responsabilité de la puissance publique dans le cas où il n'y a pas faute de service public, selon le professeur Hauriou. Ce

professeur a voulu ramener ces décisions dans le cadre de l'enrichissement des règles jurisprudentielles. Or, il suffit de lire les arrêts pour constater que jamais le Conseil d'Etat n'a pensé à justifier ces décisions par le principe de l'enrichissement sans cause.

Un autre cas intéressant concerne le droit international privé dans, le cas de la théorie de l'intérêt national. Cette notion est, en effet, une rubrique doctrinale et non jurisprudentielle qui regroupe des décisions faisant exception à la règle : « nul n'est censé ignorer la loi ». C'est pourquoi M. Lévy-Ullmann déclare qu' « en réalité, il serait préférable d'appeler cette jurisprudence, la jurisprudence de l'ignorer excusable »[243].

Ensuite, nous envisagerons le procédé d'induction que le juge utilise. Cette méthode n'est pas un critère suffisamment précis, mais plutôt réfutable. Selon le dictionnaire Robert, l'induction est définie comme une « opération mentale qui consiste à remonter des faits à la loi, de cas singuliers à une proposition plus générale ». Dans ce cas, le juge doit faire attention de se référer à des jurisprudences variées selon les circonstances, telles les théories de l'abus de droit et du renvoi, pour ne citer qu'un cas très caractéristique. Mais à part ce constat, nous ne pourrons pas dire que le procédé de l'induction soit une méthode imprécise pour la détermination définitive de la règle. Il faut comprendre que la méthode d'induction fait partie d'une méthode objective et non pas subjective. Sa valeur ne dépend pas de l'unique opinion de celui qui étudie la formation de la règle jurisprudentielle, mais repose sur la constatation de faits précis qui sont au nombre de trois : les actes juridictionnels, la doctrine et la pratique[244]. Ainsi, on peut dire qu'une théorie constitue vraiment une « règle » quand, entièrement élaborée dans ses traits principaux par d'assez nombreux arrêts et jugements, elle est considérée par la pratique et la doctrine comme solidement établie et susceptible de recevoir de nouvelles applications.

Ceci nous permet d'envisager une tendance de la jurisprudence. Elle indique une orientation des jugements, mais elle est encore imprécise. Il faut que de nouvelles décisions interviennent pour que, en précisant des éléments de cette décision, elles transforment cette tendance en une théorie aux traits principaux nettement marqués et en en affirmant en même temps la solidité. C'est le procédé de l'induction, critère d'ordre objectif qui nous permet donc de déterminer avec certitude la formation de la règle jurisprudentielle.

La théorie d'origine jurisprudentielle peut aussi acquérir un caractère de permanence. La permanence, qui est la généralité dans le temps, signifie tout simplement que la règle ne s'épuise pas, par son application à un cas d'espèce et que son existence est indépendante du nombre d'applications qu'elle reçoit. Dès lors, peu importe que la théorie jurisprudentielle ait, depuis sa transformation en règle, été appliquée souvent et pendant de longues années.

(2.2) Les règles d'origine jurisprudentielle dégagées de la masse des actes juridictionnels

Il y a trois points intéressants concernant le dégagement des actes juridictionnels : en droit international, en droit national et selon la coutume juridique.

En ce qui concerne le droit international, Il ne peut être question de rechercher le caractère impératif d'une règle d'origine jurisprudentielle internationale à l'égard des

[243] Cf. Lévy-Ullmann, Cours de droit international privé professé à la Faculté de Droit de Paris en 1932-33, Les Cours de Droit, p.149
[244] précité, p.150

particuliers. La règle dégagée de la jurisprudence internationale constante a trait à la conduite des Etats. Elle ne règle pas la conduite des individus. Dans l'état actuel du droit international, l'individu reste encore un objet et non pas un sujet du droit. Le droit des gens n'oblige, en principe, que les Etats et ne s'adresse aux individus qu'indirectement, ou autant qu'il est incorporé au droit étatique interne. En principe, les individus ne sont bénéficiaires directs d'un accord international que pour autant que les Etats le veulent. Pour que l'individu puisse se prévaloir d'un accord semblable, il faut que ses dispositions soient transformées en dispositions de droit interne.

Quant au droit interne, seule une jurisprudence constante nationale peut fixer une règle de conduite aux particuliers. A l'égard de ces derniers, elle possède une force de contrainte indirecte, née de la crainte d'un procès. En effet, les particuliers constatent qu'en présence d'une situation déterminée, les tribunaux rendent toujours la même décision et ils remarquent que cette décision est une sanction. D'une manière générale, pour toute personne qui ne se conforme pas aux conditions fixées par la règle d'origine juridictionnelle, la sanction consiste à la perte du procès intenté devant le juge. D'une manière plus spéciale, si l'on considère la nature de l'acte passé contrairement aux dispositions de la règle jurisprudentielle, la perte d'un procès s'analyse comme une sanction appropriée à la nature de cet acte. Cette sanction peut consister dans l'annulation d'un contrat et, par exemple, la donation déguisée qui ne sera pas faite dans les conditions fixées par la masse des actes juridictionnels sera nulle. Elle peut consister également dans une condamnation à des dommages-intérêts, en réparation d'un préjudice subi : telle est la sanction de l'abus du droit. Enfin, cette sanction peut être la condamnation à une peine dans le cas d'une décision jurisprudentielle sur la relégation. La sanction varie donc selon la nature de la contravention commise par les particuliers, dont les actes sont soumis à une règle d'origine jurisprudentielle. Mais la sanction existe toujours : la règle jurisprudentielle n'est jamais « *imperfecta* ».

La règle jurisprudentielle possède donc un caractère obligatoire indiscutable. A ce point de vue, la ressemblance apparaît très nettement avec la règle créée par l'acte législatif. Certains auteurs ont mis en relief cette ressemblance. « La stabilité des décisions judiciaires équivaut pour les particuliers à l'existence d'une législation obligatoire : on est bien obligé de se conformer aux décisions de la justice, si on ne veut pas voir annuler un contrat et perdre parfois en opposition avec lui, la jurisprudence a élevé de toues pièces des constructions destinées à répondre à des besoins pratiques que le législateur n'avait pas prévus… Ces constructions jurisprudentielles s'imposent aux justiciables avec la même nécessité qu'un texte de loi »[245]. M. Lambert est également très catégorique : « Si les individus, que lèse dans leurs intérêts une règle jurisprudentielle bien établie, y conforment cependant d'ordinaire leurs actes, sur le conseil de leur homme d'affaires, c'est qu'ils craignent de s'exposer à un échec certain, en soumettant de nouveau aux tribunaux des prétentions que ceux-ci ont maintes fois condamnées »[246].

On a soutenu que cette autorité que nous reconnaissons à la règle d'origine jurisprudentielle était, en réalité, le produit de l'usage des particuliers qui se serait établi pour correspondre à une jurisprudence fermement établie. Nous ne saurions admettre ce point de

---

[245]ECHAPPE Olivier, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris,1980

[246] précité

vue. Si les particuliers se conforment à la solution dégagée de la masse des actes juridictionnels, c'est parce qu'ils sont désormais certains de l'issue du procès qu'ils pourraient intenter. La loi impose une règle de conduite aux particuliers.

Un certain nombre d'auteurs soutiennent que la règle jurisprudentielle est différente de la coutume. Ce point de vue a été présenté surtout par M. Gény dans ses deux livres « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif » et « Science et technique en droit privé positif ».

M. Gény croit que la coutume est formée par la réunion de deux éléments : l'un d'ordre matériel, l'autre d'ordre psychologique. L'élément matériel est constitué par l'usage. L'usage est établi par une série de faits, actes ou omissions qui, au bout d'une assez longue période, par leur répétition, donnent naissance à une pratique généralement suivie. Cet élément qu'est l'usage doit être accompagné d'un élément psychologique ou intellectuel. Il faut que chacun des particuliers qui suivent cet usage ait la conviction qu'il est obligatoire, ce qu'on appelle l'*opinio juris seu necessitatis*. « A côté de ce premier élément matériel et sensible (l'usage), la coutume juridique requiert, pour son existence positive, une condition immatérielle et psychologique, dont le diagnostic est infiniment plus délicat et plus fin et que l'on traduit souvent par sa qualification traditionnelle : *opinio juris seu necessitatis*… quand on dit qu'elle (la coutume) ne se constitue qu'à la condition d'une *opinio juris*, cela signifie que l'usage, pour engendrer la coutume, doit avoir, chez ceux qui le pratiquent, le caractère d'exercice d'un droit subjectif qui contienne l'expression d'une règle de droit objectif ».

On s'efforce surtout de justifier le caractère obligatoire de la règle d'origine coutumière par deux arguments. En premier lieu, la sécurité indispensable aux intérêts privés, et la stabilité nécessaire des droits des individus, non moins que le besoin d'égalité qui fait le fonds de toute justice, exigent qu'une règle, accréditée par un long usage, avec le caractère d'obligation juridique, s'impose à l'égal d'une loi de façon à guider, sans hésitation, l'activité de tous. En second lieu, la coutume exige l'assentiment des intéressés. Or, on peut soutenir que la reconnaissance générale et volontaire constitue la meilleure garantie de la valeur de la règle. Par ce dernier argument, M. Gény se rapproche de l'Ecole historique. Toutefois, à la différence de cette école, il invoque, non pas la conscience commune du peuple, terrain trop mouvant, mais la conscience particulière de chacun.

Le contenu de la règle coutumière ainsi déterminé, M. Gény refuse de reconnaître une coutume dans la règle jurisprudentielle solidement établie. Selon lui, la jurisprudence constante n'est pas une coutume, parce qu'il lui manque les deux éléments nécessaires à l'existence de la coutume : « Il y manque en effet, le *substratum essentiel* de la coutume, à savoir l'usage des intéressés. Et d'autre part, si forte que soit la conviction des juristes, on n'y peut voir ce sentiment juridique de la nécessité qui doit émaner de ceux-là mêmes entre lesquels la coutume fait loi ».[247]

Cependant M. Gény reconnaît à la jurisprudence constante un rôle très important dans la formation de la coutume : il déclare qu' « une forte et solide jurisprudence » est une « source génératrice et toujours agissante de la coutume ». M. Gény en arrive même à

[247] Gény, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, T.I, p.385, n°123

constater que « la jurisprudence est, chez nous à l'époque moderne, la seule occasion vraiment féconde, en tous cas la plus fréquente, d'une coutume juridique… ce n'est pas que la jurisprudence constante constitue ici une source de droit indépendante, pas plus une coutume *sui generis* ».

Pour M. Gény, la jurisprudence constante est un facteur d'une importance considérable dans la formation de la coutume, mais elle ne peut donner naissance à une coutume, parce qu'en définitive le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à l'existence de une solution jurisprudentielle comme règle de droit.

Cette solution, à laquelle aboutit M. Gény, est aussi dans ses grands traits, celle d'un certain nombre d'auteurs.

M. Mornet, dans sa thèse « Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile » déclare que la jurisprudence constante, possédant des caractères qui lui sont bien personnels, est nettement différente de la coutume. Mais pour des motifs d'ordre constitutionnel tirés de l'existence du principe de la séparation des pouvoirs, il se refuse à voir dans la jurisprudence constante une source obligatoire du droit. Pour lui, la règle jurisprudentielle n'a qu'un pouvoir de fait qu'il estime considérable, puisqu'il déclare que « les tribunaux, par une longue suite de décisions semblables ont posé un ensemble de règles si fermement établies que la pratique les accepte ou plutôt les subit »[248].

M. Lefebvre, dans sa thèse « La coutume comme source formelle du droit », admet dans l'ensemble, la même opinion puisqu'il déclare : « La jurisprudence n'a qu'un pouvoir de fait, elle n'a pas comme la coutume force de loi. En vertu de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire ne peut empiéter sur les attributions du pouvoir législatif ».

M.Fauchille constate que la coutume internationale se forme comme toutes les coutumes par la réunion de deux éléments : l'un matériel, l'autre psychologique. L'élément matériel est constitué par la répétition d'actes semblables. « Une relation internationale s'étant produite, les Etats intéressés l'ont traitée d'une certaine façon. La même relation s'étant reproduite à plusieurs reprises, entre les mêmes ou entre d'autres Etats, le même traitement lui a été appliqué ». L'élément psychologique est également le sentiment de la nécessité dont parle M. Gény. En définitive, M. Fauchille admet la définition suivante : « il y a coutume lorsque des actes sont répétés d'une manière continue dans la conviction qu'ils sont obligatoires ».

Après avoir donné cette définition, il estime que la jurisprudence constante ne peut par elle-même donner naissance à une coutume. Dans le droit international, les décisions des tribunaux ne peuvent directement et par elles-mêmes créer des règles juridiques. Les actes juridictionnels internationaux ne font que concourir à l'élaboration de la coutume.

M. Scelle partage le même point de vue. Selon lui, les actes juridictionnels contribuent, dans une très large mesure, à la formation de la coutume. « Les décisions

[248] Mornet, Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile, Thèse Paris 1904, p.22-32, p. 38-44 (citation : p. 22)

juridictionnelles ont un double rôle : elles consacrent la coutume en la reconnaissant et elles sont aussi des actes juridiques générateurs de la coutume ».

Dans sa thèse sur « La coutume en droit public interne », M. Réglade a soutenu ce point de vue. Pour lui, la coutume en droit public interne est issue de règles coutumières comme la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le recours pour excès de pouvoir et celle concernant la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique.

§2. L'effet et le produit jurisprudentiel en droit administrative thaïlandaise

Le rôle et la valeur de la jurisprudence sont constamment envisagés par référence aux sources que l'on assigne aux règles de droit, et notamment au regard de la loi et de la coutume. Le droit administratif thaïlandais, malgré une codification nommée « loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 », a un caractère fortement jurisprudentiel. Ce caractère paradoxal est le fruit des événements sociaux : la protection de l'administré contre l'administrateur, le projet de modernisation du pays et le renforcement de la protection du droit et de la liberté par le modèle dualiste de la juridiction. Le droit administratif thaïlandais est nouveau par rapport au droit civil, voire pénal, thaïlandais, et sûrement, très jeune par rapport au droit administratif français.

Dans ce paragraphe, nous envisagerons l'effet et le produit de la jurisprudence dans le système du droit thaïlandais, notamment en droit administratif. Parmi la diversité de source du droit, la jurisprudence tient toujours une place capitale (A). Cette étude permet de comprendre mieux l'ensemble du système du droit thaïlandais. La source jurisprudentielle est importante dans le système du droit thaïlandais, en droit judiciaire (A.1.1) et surtout en droit administratif (A.1.2). Ce dernier inclut aussi l'influence de la jurisprudence du Conseil d'Etat français. Nous évoquerons toutes les causes précédemment envisagées pour analyser le pouvoir normatif de la jurisprudence dans le système du droit thaïlandais (A.2).

Ensuite, nous analyserons les fruits de la jurisprudence, et nous en envisagerons l'actualité dans la société thaïlandaise (B). Ces deux aspects nous permettront de relever quatre éléments intéressants qui auraient un lien avec l'amélioration de la jurisprudence administrative thaïlandaise, par exemple l'influence du droit civil, l'adhésion de la Thaïlande aux communautés internationales, l'attitude du juge administratif vis-à-vis la jurisprudence et la difficulté contentieuse en pratique.

(A)L'effet jurisprudentiel

Avant d'étudier la jurisprudence en tant que source du droit (A.1), il est nécessaire d'examiner la question de la source du droit administratif dans le système du droit thaïlandais. Au contraire du droit judiciaire qui doit obligatoirement respecter les solutions rendues par les juridictions supérieures, comme le modèle anglo-saxon, le rôle de la jurisprudence administrative est beaucoup moins important, car l'absence d'un véritable organe de juridiction administrative en Thaïlande a duré jusqu'en 1979. De plus, l'autonomie du droit administratif thaïlandais ne semble pas acquise.

Comme conséquence de l'absence de l'ensemble de la juridiction administrative, l'administration thaïlandaise résout les problèmes concernant l'administration par la référence au droit écrit. La première source écrite qu'on examinera concerne la Constitution et ses textes constitutionnels et la deuxième source relative aux textes édictés par le pouvoir réglementaire.

Reconnue au sens large comme une source du droit administratif thaïlandais, la Constitution de la Thaïlande a un caractère particulier par rapport à celle de la France. En raison du changement de la Constitution dû à la chute du gouvernement et aux conflits politiques, la Constitution de la Thaïlande manque de la continuité du principe constitutionnel. Prenons le cas français pour mieux analyser : la Constitution française de 1958 est héritée du principe constitutionnel depuis la Révolution de 1789. La Constitution de 1946 est précédée d'un préambule qui renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la complétant d'un catalogue de droits économiques et sociaux. Ce concept des droits s'enracine dans la théorie constitutionnelle française malgré le changement de Constitution en 1958. De plus, la théorie constitutionnelle de la France va jusqu'au débat de la Constitution européenne, concernant le droit communautaire qui s'accorde au constitutionnalisme.

Au contraire, cette conception ne provoque pas le même effet en Thaïlande. La Constitution thaïlandaise manque du caractère de continuité du principe constitutionnel et ne précise que les détails pour l'organisation de l'Etat.

Les normes constitutionnelles de chaque pays ne contiennent pas la même précision. Dans certains pays, ces normes constitutionnelles ne sont que des déclarations idéologiques. Mais dans d'autres pays, ces normes constitutionnelles sont plus précises et générales. Par exemple, les Constitutions des pays d'Amérique latine précisent aussi les détails du droit de la fonction publique, de la classification des établissements publics ou de l'administration de l'économie.

Ceci provoque l'analyse de la diversité des normes constitutionnelles en tant que sources du droit administratif dans chaque pays. D'ailleurs, il est vrai que certains pays ont tendance à introduire certaines normes dans la Constitution pour faire « la constitutionnalisation », selon le professeur Rivero.

En France, les textes constitutionnels actuels sont reconnus comme sources du droit administratif. Le Doyen Vedel met particulièrement l'accent sur les « bases constitutionnelles » du droit administratif français[249], c'est-à-dire les bases à partir desquelles le droit administratif français peut se définir. De surcroit, le lien entre le droit administratif et le droit constitutionnel, traditionnellement distinct, est de plus en plus proche, de sorte qu'il est considéré comme « la réunification du droit administratif »[250]. Cette acception n'est pas unanime dans la conception du droit administratif en Thaïlande. Bien que les deux droits

[249] G. Vedel, *Droit administratif.*, 7e édition, PUF, 1980 p.25
[250] précité, p.64 et s.

fassent partie de la même catégorie du droit (le droit public), le droit administratif et le droit constitutionnel sont vraiment distincts en Thaïlande.

Certains auteurs proposent des explications intéressantes en vue de reconnaître les textes constitutionnels comme sources du droit administratif. Le professeur Rivero explique que : « La Constitution détermine les règles selon lesquelles s'acquiert, s'exerce et se transmet le pouvoir politique […] elle fixe également les règles fondamentales concernant l'organisation de l'Etat […] ; en outre, elle contient un certain nombre de principes fondamentaux qui intéressent l'action administrative et s'imposent à l'administration »[251]. Il en est de même pour le professeur Chapus qui montre que le contenu des articles constitutionnels se compose des règles de compétence et de procédure d'une part, et des principes de fond d'autre part[252]. On remarque ainsi que leurs arguments sont fondés principalement à partir du « *contenu* » même des textes constitutionnels.

Cela pour montrer que, en droit français, les textes constitutionnels trouvent leur place parmi les sources du droit administratif. Et c'est notamment dans leur contenu qu'ils sont ainsi reconnus.

A l'inverse, l'acceptation de la Constitution comme source du droit administratif en Thaïlande n'est pas très claire. Cette ambiguïté vient du développement politique du pays. La Constitution a été longtemps considérée comme un corps de règles établies par les détenteurs du pouvoir. De plus, il semble que l'acceptation de la Constitution en tant que source du droit en Thaïlande est uniquement due à sa conformité au principe de la suprématie de la Constitution dans la hiérarchie des normes. C'est la raison pour laquelle, cette acceptation paraît dangereuse pour la démocratie du pays. Il est risqué d'accepter la Constitution purement formelle établies selon la volonté des détenteurs du pouvoir, sans aucune participation du peuple.

La Constitution thaïlandaise a commencé à avoir sa propre valeur, c'est-à-dire une valeur constitutionnelle, à partir de 1991. Et surtout en 1997, il y a eu des événements politiques qui ont activé la prise de conscience du peuple au plan politique. Ces événements ont conduit à la réforme de la Constitution qui a débuté en 1991, et a continué jusqu'à l'élaboration de la Constitution actuelle.

La Constitution thaïlandaise est un symbole du droit public dans le pays. L'apparition de la Cour constitutionnelle et l'ensemble de la juridiction administrative suscitent l'étude du droit public en Thaïlande. Cette étude n'est pas facile car il y a peu d'ouvrages par rapport à la France. Une autre considération conclut à l'échec politique et au retard de l'idée de démocratie en Thaïlande. C'est la raison pour laquelle la source constitutionnelle en droit administratif thaïlandais a un rôle moins important qu'en France.

D'ailleurs, à propos de l'ensemble des sources constitutionnelles, nous intéressons quelques points de détail.

---

[251] J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, 19e édition, Dalloz, Sirey, 2002, p.54
[252] R. Chapus, *Droit administratif*, tome 1, 14e édition, Montchrestien, 2000,pp.33-34

Premièrement, concernant le contrôle juridictionnel. Ce type du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (au nom du contrôle de la constitutionnalité) est un contrôle actif en France. Quant au juge administratif français, le Conseil d'Etat a toujours accepté de sanctionner un acte administratif contraire directement et par lui-même à la Constitution. Parfois, le Conseil d'Etat français élargit son pouvoir en faisant référence aux dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Mais, la Thaïlande n'a connu aucune annulation d'acte administratif au motif d'inconstitutionnalité, ni par la juridiction judiciaire, ni par la juridiction administrative, ni par la Cour constitutionnelle.

Deuxièmement, les normes de référence sont plus larges en droit français qu'en droit thaïlandais. En effet, le Cour constitutionnelle et la Cour de cassation thaïlandaise se contentent d'invoquer directement et uniquement la Constitution, c'est-à-dire les dispositions contenues dans la Constitution, tandis qu'en France, on sait que les normes de référence qui constituent « le bloc de constitutionalité » comprennent non seulement les articles contenus dans la Constitution de 1958, mais aussi le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Les détails de ce bloc de constitutionalité ne seront pas étudiés ici et relèvent plutôt du droit constitutionnel. Par contre, il convient de noter que l'incorporation du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dans le bloc de constitutionalité est unique en France, et en tout cas, ne peut pas être généralisée, parce que, dans une certaine mesure, il faut que les textes de référence existent pour que l'organe de contrôle puisse s'y référer. Or, tel n'est pas le cas en Thaïlande, car si la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation thaïlandaises ne faisaient jamais référence au Préambule des Constitutions thaïlandaises, c'est parce que ce dernier était très général et l'est encore aujourd'hui, le Préambule se contentant de déclarer de manière concise l'origine et le processus d'élaboration de la Constitution.

En outre, avant d'envisager les textes édictés par le pouvoir réglementaire, la question se pose de savoir si le pouvoir exécutif (le gouvernement et son Administration) peut édicter des normes écrites de caractère général et impersonnel. En France, malgré cette question particulière, il y a deux types de règlements : le décret et l'arrêté.

En général, on parle de « décret réglementaire » pour désigner les règlements pris pas le Président de la République ou par le Premier ministre[253]. En fait, la Constitution attribue en principe le pouvoir réglementaire au Premier ministre (art. 21). Mais ce pouvoir est partagé avec le Président de la République dans le cas d'un décret du Conseil des ministres, qui doit être signé par le Président de la République. De plus, la pratique a consacré la possibilité, pour le Président, de prendre, dans certains domaines ne relevant pas de la délibération du Conseil des ministres, des décrets réglementaires[254]. En fonction des formalités différentes, on peut distinguer les décrets réglementaires selon trois formes : les décrets du Conseil des ministres, ceux pris sur avis du Conseil d'Etat et ceux qui requièrent l'avis d'un autre organisme consultatif ou de plusieurs. Quant aux « arrêtés réglementaires »,

---

[253] A. de Laubadere et al. Op. cit., p. 607

[254] J.Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, 19e édition, Dalloz, Sirey, 2002, p.68

l'expression est généralement utilisée pour désigner les règlements pris par les autorités inférieures telles que les ministres, les préfets et les maires. Mais il faut se garder de ces définitions, car le Président de la République et le Premier ministre peuvent édicter des règlements par voie d'arrêtés.

Parmi les règlements, il existe une hiérarchie selon les procédures d'édiction et le niveau hiérarchique de leurs auteurs. Ainsi, le décret est supérieur à l'arrêté. Et entre le décret du Premier ministre et son arrêté, c'est le premier qui est supérieur. Il est à noter que, en France, les règlements sont considérés comme des actes administratifs, donc ils sont susceptibles de faire l'objet du contrôle juridictionnel.

Par contre, la Thaïlande a été marquée par le système dualiste, comme le précise l'article 224 de la Constitution. C'est-à-dire que le gouvernement est responsable politiquement à la fois devant le Parlement et devant le Roi. En dehors des symbolismes du système dualiste par l'existence de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire, ce système prévoit par l'article 224 ajoute encore deux principes : le premier principe est relatif au pouvoir général de conclure des accords, le deuxième principe concerne l'intervention du Parlement.

La Constitution thaïlandaise précise que le Roi a le pouvoir de conclure des accords de paix, des traités d'armistice ou des traités internationaux (soit avec d'autres pays, soit avec des organisations internationales). D'ailleurs, sous le régime de la monarchie constitutionnelle, le Roi peut exercer ce pouvoir par l'intermédiaire du Conseil des ministres et le contreseing d'un ministre est nécessaire. La Constitution prévoit aussi que les traités dont les dispositions modifieront le territoire de la Thaïlande ou la juridiction territoriale de l'Etat ou qui nécessiteront une loi nationale pour leur application doivent être approuvés par le Parlement. C'est précisément cette disposition qui exprime la conception dualiste du système juridique de la Thaïlande. Les traités de cette nature visent non seulement la validité du traité au plan international mais également l'applicabilité de leur contenu dans l'ordre juridique interne[255]. Il résulte de cette option constitutionnelle quelques conséquences juridiques différentes du droit français.

Ce système provoque la diversité des règlements. Il y a cinq formes de règlements qui doivent être envisagées[256] (en gardant aussi leur nom d'origine).

Le « Prakadprabhoromrajonkarn »[257] ou ordonnance royale. Ce type de règlements apparaissait sous le régime de la monarchie absolue et était reconnu comme loi. Son nom sert à désigner notamment l'acte édicté par le Roi pour la nomination aux hauts postes de l'Etat, tels que les ministres, les ambassadeurs, les hauts fonctionnaires, les magistrats et les juges du Parquet. Mais il existe encore des cas où le règlement doit être fait sous forme d'ordonnance royale. C'est surtout un cas prévu par les lois anciennes qui ont été

[255] B. UWANNO, Droit public, tome 3, NITHITHAM, 1995, p.65
[256] B.WANNAPANICH, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000
[257] Ce qu'on appel en thaï

promulguées sous la monarchie absolue, mais sont toujours en vigueur, telles que la loi de 1914 sur l'état de siège[258]. Cette forme de règlement nécessite un contreseing ministériel.

La deuxième forme de règlement est le « Prarajkrisdhika »[259] ou décret royal. C'est le règlement qui est édicté par le Roi après proposition du gouvernement. Un contreseing lui est également nécessaire. En général, il existe deux catégories de décrets royaux. Le premier est celui édicté dans le cadre de « l'exécution des lois ». Le deuxième est le décret royal édicté d'une manière autonome, c'est-à-dire sans aucune habilitation législative expresse. On trouve la base juridique de cette catégorie dans la Constitution. D'une part, une disposition générale prévoit que le Roi dispose du pouvoir d'édicter un décret royal qui n'est pas en contradiction avec la loi (art. 221 de l'actuelle Constitution). D'autre part, un décret royal peut être édicté en vertu de certaines dispositions constitutionnelles : par exemple, pour l'ouverture et la clôture des séances parlementaires, la dissolution de l'Assemblée ou la fixation de la date des élections législatives. En principe, l'utilisation du décret royal intervient dans des cas assez importante car le gouvernement doit donner au Roi les motifs de l'édiction et le Roi a le droit de refuser la proposition du gouvernement.

La troisième forme est le « Kothkrasaung »[260] qui peut être comparé à l'arrêté ministériel, dans la mesure où c'est un règlement édicté par un ou plusieurs ministres, dans le cadre de l'application des textes supérieurs. Ce type de règlement est signé par un ministre. Cela ne signifie pas que chaque ministre détient le pouvoir total d'en édicter un, car dans la pratique qui est strictement suivie, un projet d'arrêté ministériel doit être préalablement soumis au Conseil des ministres et approuvé par ce dernier. En général, les domaines qui relèvent de l'arrêté ministériel sont moins importants que ceux relevant d'un décret royal.

La quatrième forme est le « Prakadkrasuang »[261] qui est une autre forme d'arrêté ministériel. La différence réside dans le fait que le ministre peut l'édicter sans soumission ni approbation du Conseil des ministres. Dans la pratique, on prévoit l'édiction de cette forme d'arrêté ministériel dans des domaines qui ne sont pas très importants et notamment qui n'affecteront pas la stabilité du gouvernement.

Enfin, la « résolution du Conseil des ministres »[262] est un cas particulier. Au plan juridique, sa valeur varie selon le contenu de chaque résolution. Il y a les résolutions à caractère politique, celles qui sont à portée générale et mêmes celles qui visent à des effets individuels, telles que la nomination à certains postes d'administration. A vrai dire, le régime juridique de la résolution du Conseil des ministres relève principalement du même régime que celui des mesures d'ordre inférieur. C'est-à-dire que, outre d'autres critères, le critère matériel reste déterminant pour mesurer la portée de chaque résolution. En tout cas, sa force exécutoire se limite au fonctionnement interne de l'Administration. Mais au plan pratique, cette forme de

---

[258] C.WONGWATTANASARN, *La loi générale sur la procédure administrative non contentieuse*, SEUPANYA, 1988, p.126 et B. UWANNO, tome 3, p.85, cité par B.WANNAPANICH, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000

[259] Ce qu'on appel en thaï

[260] Ce qu'on appel en thaï

[261] Ce qu'on appel en thaï

[262] Ce qu'on appel en thaï

réglementation est devenue importante, d'une part, parce que l'auteur en est le plus haut organe de l'Administration, d'autre part, parce que de nombreuses affaires sont soumises à la délibération du Conseil des ministres, même dans le cas où aucune loi ni aucun règlement ne l'y oblige. C'est ainsi que l'on trouve certaines règles de la procédure administrative non contentieuse dans cette forme de réglementation. Par exemple, le principe de la publication des « actes administratifs » au sens large du terme a été formellement prévu par la résolution du Conseil des ministres du 5 novembre 1991. De même, les règles régissant le marché public sont également prévues par la résolution du Conseil des ministres (dans la forme de « règlement du Bureau du Premier ministre »).

En effet, le principe concernant la source constitutionnelle en Thaïlande est simple : sous réserve de la conformité avec la Constitution, le pouvoir législatif est illimité. En principe, le législateur peut intervenir dans tous les domaines. Une seule exception est la modification de l'ordonnance royale sur la succession au trône, où la Constitution précise qu'elle appartient exclusivement au Roi. Il en résulte que le législateur est un organe unique du pouvoir réglementaire à deux conditions : d'une part, le législateur peut librement édicter les règles qui ne concernent que sa fonction interne, d'autre part, le législateur peut édicter des règles qui ne sont pas contraires à la loi.

Il est à noter que le pouvoir législatif en Thaïlande appartient au Roi et au parlement. Ces deux institutions doivent exercer ce pouvoir en commun. En effet, un projet de loi deviendra loi respectivement après l'approbation du Parlement et la signature de Roi (art. 92 et 93). Et même si le vote du Parlement (deux tiers des parlementaires en fonction) est décisif, dans le cas où le Roi serait en désaccord (art. 94), on n'a jamais eu recours à un tel processus.

Si l'origine des principes généraux du droit provient des normes écrites, cette synthèse paraît difficile pour le développement des principes généraux du droit en Thaïlande, car les normes écrites en droit thaïlandais sont compliquées, et manquent d'autonomie par rapport à l'organe édicté. Nous envisagerons cette question en détail dans la sous-section 2 de cette même partie.

Après avoir étudié la diversité des sources du droit administratif thaïlandais, nous passerons aux remarques concernant les différences entre la jurisprudence judiciaire (1.1) et la jurisprudence administrative (1.2).

(1.1)L'état de la jurisprudence judiciaire

En France, l'ancien droit se réfère à la coutume rapportée par le jugement. Cette solution n'est pas reprise par la Cour de cassation : la simple référence à des décisions de jurisprudence ne suffit pas pour constater l'existence d'un usage[263]. Selon la Cour de cassation française, un juge ne peut fonder en droit son jugement sur sa propre jurisprudence sous peine de violer de l'article 5 du code civil qui interdit aux juges de se prononcer par voie

[263] Civ. 26 mars 1941, D., 1941.194, cité par F.ZENATI, *Méthode du droit, la jurisprudence*, dirigé par J.Carbonnier, Dalloz 1991, p. 118

de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises[264] ; un juge n'a pas le droit de se limiter à des règles préétablies[265]. Ces textes accréditent paradoxalement le fait que la jurisprudence soit une norme juridique qui n'a rien à envier à la loi. En l'assimilant aux arrêts des règlements de l'Ancien régime, la Cour de cassation en fait une règle obligatoire, donc, selon l'opinion reçue, juridique. Les juges promulguent donc des règles de droit, mais ils doivent éviter de le faire pour respecter l'ordre constitutionnel. La Cour de cassation a pour mission de faire respecter la loi par les juges. Si un juge sait rattacher la jurisprudence à un texte de loi, il peut espérer échapper à la censure, surtout si cette jurisprudence a été dégagée d'un texte par la Cour de cassation elle-même. Il doit veiller, même dans ce dernier cas, à envisager ce texte, car la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas un fondement plus régulier que celle d'une jurisprudence ordinaire[266]. La Cour de cassation est tellement convaincue que sa jurisprudence ne vaut guère plus que celle des autres juges qu'elle rejette les pouvoirs exclusivement fondés sur sa violation[267]. Autrement dit, il n'est que la loi qui puisse fonder une décision de justice, quelle qu'elle soit, et la jurisprudence ne peut trouver son salut qu'en se glissant dans les mailles d'un texte. La Cour de cassation semble inviter en quelque sorte les juges à faire, comme elle, de la jurisprudence sans le dire, derrière le bouclier de la loi ; la condamnation de la jurisprudence n'apparaît, dès lors, que formelle.

Cette impression se confirme à l'examen des solutions relatives à la connaissance de la jurisprudence. Si le juge doit appliquer la loi, il n'en doit pas moins connaître la jurisprudence[268], ce qui accrédite le fait que celle-ci fait partie des règles de droit dont l'application conditionne la solution d'un litige. L'ignorance de la jurisprudence peut constituer une erreur de droit, notamment quand elle porte sur un revirement de jurisprudence[269].

Sous la monarchie thaïlandaise, l'interprétation de la jurisprudence est réservée au Roi et ses conseillers. Actuellement, ce concept existe encore sous le nom de « service du Roi ». Le juge sera nommé avec l'accord du Roi. En pratique, la puissance du Roi commence au concours de Bar Association (qui est une des conditions obligatoires pour passer le concours de magistrat). Le Roi est président à la cérémonie de fin d'études de Bar Association. De plus, les nouveaux magistrats seront nommés avec l'accord du Roi. Bien que la présence du Roi soit un honneur pour les futurs magistrats, elle est aussi un symbole de son importance pour le pouvoir judiciaire. Le Roi tient toujours une place importante, voire honorifique, même si son rôle diminue petit à petit du fait du changement de régime politique. Pendant certains périodes d'instabilité politique, l'interprétation de la jurisprudence est donnée par le corps législatif, alors que la Cour de cassation s'exprime par un organe distinct

---

[264] Crim. 24 juill. 1967, J.C.P., 1986.II.15339
[265] Civ. 2e, 16 juin 1955, Dr.soc., 1955.526
[266] Crim. 30 oct. 1968, préc.
[267] Req. 21 déc. 1891, D.P., 1892.543
[268] Une juridiction ne peut reprocher à des plaideurs de ne pas l'avoir informée sur la dernière jurisprudence relative à l'interprétation d'un texte, car les juges ont pour mission d'interpréter la loi sans pouvoir imputer aux parties les erreurs d'interprétation qu'ils commettent (Soc. 28 mai 1953, D. 1953.555)
[269] Paris, 24 sept. 1987, Gaz.Pal., ¾ févr. 1988, pan. 9

et spécialisé, marquant la tendance de la cassation à glisser du domaine législatif au domaine juridictionnel.

Si la Cour de cassation française est le produit historique de la contradiction entre la souveraineté de l'organe de cassation sous la monarchie et sa dépendance sous la Révolution, la Cour de cassation thaïlandaise était la réponse à toute question concernant l'absence d'une véritable juridiction. La Cour de cassation thaïlandaise avait une compétence immense, y comprise la matière constitutionnelle et administrative, avant l'apparition de la Cour constitutionnelle en 1997 et de la juridiction administrative en 1999. Jusqu'à présent, le débat concernant la compétence de la juridiction judiciaire est toujours en cours, notamment le litige relatif au droit environnemental et à la fiscalité.

Du fait de l'influence du modèle anglo-saxon, Il n'est pas douteux que la jurisprudence judiciaire thaïlandaise tienne toujours une place importante dans ces progrès. Un problème se pose, si le juge judiciaire doit régler les litiges de nature administrative.

Avant la juridiction administrative actuelle, c'est la Cour de la cassation qui était compétente pour les litiges administratifs. La Cour de cassation respectait soigneusement le principe de la légalité. L'article 17 de la Constitution de 1959 précisait le pouvoir d'édicter au Premier ministre et, s'il le jugeait opportun, les mesures pour l'interdiction ou la répression des actions nuisant à la sécurité du pays ou des institutions, ou menaçant l'ordre public. En ce cas, la Cour de cassation a refusé de contrôler les actes édictés par le Premier ministre en vertu de cet article, sans examiner la nature exacte de tel ou tel acte[270]. Même si les sources de la légalité sont encore ambiguës, le respect de ce principe est explicite en droit thaïlandais.

D'une manière systématique, la Cour de cassation ne considère pas la résolution du Conseil des ministres comme source de légalité[271]. Il en est de même pour la déclaration ministérielle[272]. Enfin, la notion de pouvoir discrétionnaire n'est pas clairement définie. En effet, dans certains litiges, le juge judiciaire refuse de contrôler des actes édictés dans le cadre du pouvoir discrétionnaire[273]. Il se justifie par le fait que le juge ne peut pas s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire car c'est un travail purement exécutif[274] ou que la décision administrative est toujours légale si elle relève du pouvoir discrétionnaire[275]. Mais dans certains litiges, le juge laisse entendre, sans le dire explicitement, qu'il peut contrôler les actes édictés, même dans le cadre du pouvoir discrétionnaire[276]. Par ailleurs, il est toujours difficile de mesurer la portée exacte du pouvoir discrétionnaire. Car en refusant de contrôler le pouvoir discrétionnaire, le juge en pose les exceptions dans le cas où l'exercice du pouvoir discrétionnaire serait dépourvu de preuves ou motifs suffisants ou lorsque l'exercice du

[270] Les arrêts de la Cour de cassation n°494/1967, n°1792/1969, n°1640/1988
[271] Les arrêts de la Cour de cassation n°2253/1975
[272] Les arrêts de la Cour de cassation n° 2023/1977
[273] Les arrêts de la Cour de cassation n°1081/1964
[274] Les arrêts de la Cour de cassation n°1896/1979
[275] Les arrêts de la Cour de cassation n°2814/1974
[276] Les arrêts de la Cour de cassation n°231/1963, n°2437/1977, n°189/1978, n°379/1979

pouvoir discrétionnaire ne procèderait pas de manière honnête[277] . La plupart des arrêts de cette sorte sont alors rejetés.

Par rapport aux moyens de la légalité, le juge judiciaire exerce majoritairement le contrôle de l'illégalité externe. En général, les cas d'ouverture sont comparables au droit français. S'agissant des vices de formes et de procédure, les arrêts sont peu nombreux. Le juge a eu l'occasion de trancher, à propos d'une notification aux parties d'un conflit de travail, de sorte que la décision de la commission du travail allait avoir des effets juridiques à l'égard de l'employeur et de l'employé dès qu'elle serait établie selon la procédure prévue par la loi, laquelle prévoit la notification par écrit du lieu et de la date avant laquelle l'employeur et l'employé doivent envoyer leurs explications sur le conflit du travail ; par conséquent la décision en question n'est pas valable car la notification a été prise par voie orale[278]. Parfois, le non-respect de l'ordre chronologique des procédures prévues par la loi entache la légalité des actes. Par exemple, l'article 8 de la loi de 1947 régularisant le bénéfice excessif du commerce (actuellement abolie) prévoyait que la commission ne pouvait déterminer les mesures relatives aux marchandises interdites qu'après l'indication des noms ou des catégories de telles marchandises. Le juge décida que, en raison du non-respect de l'ordre chronologique des procédures ainsi prévues, la décision de la commission était illégale[279]. Le juge a également eu l'occasion de statuer à propos du principe du droit de la défense. Son critère de considération semble reposer sur les dispositions de la loi ; en l'absence de disposition prévoyant expressément un tel droit, l'administration n'est pas tenue de respecter le principe du droit de la défense. A tire d'exemple, le juge décide que la loi sur le contrôle des loyers n'impose pas à la commission de procéder à des instructions auprès des locataires : sa décision, édictée sans une telle instruction, est dont légale[280]. Dans une même direction, il décide que la loi de 1961 portant sur le contrôle de la location des immeubles et des sols n'impose pas à la commission d'informer préalablement le locataire de son intention d'émettre la décision, pour que celui-ci puisse défense ses opinions ou contester la décision de la commission qui sera prise ; même si la commission n'a pas informé de son intention le locataire, sa décision est légale[281]. Il est à noter également que le juge ne distingue pas clairement la différence entre la « forme » et la « procédure ».

(1.2) L'état de la jurisprudence administrative

Au contraire de la jurisprudence judiciaire, la jurisprudence administrative française est un droit prétorien à l'état pur. Pendant très longtemps, le Conseil d'Etat français a appliqué les règles qu'il créait sans s'interroger sur leur nature et leur fondement. Il a fini par qualifier les solutions fondamentales qu'il dégageait de sa pratique de principes généraux du droit public français. Ces principes ne sont pas d'origine exclusivement légale, loin s'en faut. Outre le droit intermédiaire et le droit légué par la codification, le juge administratif a dû, pour les dégager, solliciter la nature des choses, voire tout simplement l'idée du juste qui,

[277] Les arrêts de la Cour de cassation n°646-647/1967, n°910-92/1967, n°2454/1980
[278] Les arrêts de la Cour de cassation n° 1471/1978
[279] Les arrêts de la Cour de cassation n° 490/1960, n°533/1969, n°721/1969
[280] L'arrêt de la Cour de cassation n°921/1955
[281] L'arrêt de la Cour de cassation n°1081/1964

seules, pouvaient servir de source d'inspiration dans des contentieux inédits[282]. On ne peut dire plus clairement que le juge crée ou du moins révèle du droit en dehors de la loi. Ce droit non textuel est aussi positif que la loi dont il n'a pas à envier la valeur. D'aucuns vont même jusqu'à soutenir qu'il est, par son caractère fondamental, supérieur à la loi[283]

Mais en Thaïlande, le système de justice administrative a commencé en 1979 par l'organe qui s'appelle le Conseil d'Etat et qui fonctionne selon le système de justice retenue. Ceci provoque un échec important dans le système du droit administratif thaïlandais : la jurisprudence administrative est peu riche et moins importante que la jurisprudence judiciaire.

Il est difficile de systématiser la jurisprudence administrative thaïlandaise. Mais en même temps, la notion de principe de légalité est bien établie. L'article 19 de la loi de 1979 sur le Conseil d'Etat affirme que *« Les recours au Conseil du contentieux administratif ne seront recevables que s'ils remplissent les conditions suivantes ;*

(1) le requérant subit ou subira inévitablement un préjudice ou un dommage ; et
(2) un tel préjudice ou un tel dommage a été causé par un agent de l'Etat qui
(a)a négligé d'accomplir ses attributions prescrites par des lois ;
(b) a accompli ses attributions avec un retard déraisonnable ;
(c) a excédé ses pouvoirs ou a agi en violation de la loi ;
(d) a commis un vice de forme ou un vice de procédure substantiel pour l'accomplissement de l'acte en cause ; ou
(e) a agi malhonnêtement ou sans motifs raisonnables »

On remarque que les cas (2) (a) et (b) ne concernent pas vraiment le principe de la légalité. Il s'agit plutôt d'un remède en l'absence de théorie de décision implicite. Ce sont donc les cas (2) (c), (d) et (e) qui déterminent le contenu de la légalité. Et comme nous l'avons dit, le Conseil d'Etat n'est compétent dans les deux derniers cas que depuis peu de temps ; ses décisions reposent donc principalement sur les cas d'incompétence et de violation de la loi.

Effectivement, de nombreuses décisions du Conseil d'Etat, comme de la Cour de cassation, sanctionnent les actes administratifs pour motif d'incompétence, car c'est le cas le plus explicite, en ce qui concerne la technique de contrôle. Il convient pourtant de noter que c'est également sur le motif de violation de la loi que le Conseil d'Etat a pu sanctionner les actes de l'administration.

A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a eu à proposer au Premier ministre d'annuler un acte administratif pour erreur de fait. Dans un arrêt sur une décision refusant d'augmentation du traitement mensuel d'un fonctionnaire, le Conseil d'Etat a estimé que la

---

[282] J.RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, p.22
[283] B.JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse, Poitiers, 1953, p.121

décision en cause étant fondée, au motif que le requérant n'a pas respecté les horaires de travail et n'a pas assumé de manière efficace sa responsabilité, mais les faits prétendus n'existant pas en réalité, cette décision est donc illégale[284]. Dans un autre arrêt sur la décision autorisant la démission anticipée de fonction, le Conseil d'Etat a décidé que la décision attaquée indiquait que le requérant occupait un poste, alors qu'en réalité il en occupait un autre poste : la décision était donc illégale[285].

Dans le cas où le but mentionné dans la décision ne correspondrait pas à celui de la loi ou n'est pas celui prévu par la loi, une telle décision est également annulée. Dans un arrêt concernant la décision du ministre de la Science et de la Technologie, le Conseil d'Etat estime que la décision attaquée indique comme motif « l'accomplissement au but poursuivi de la politique du gouvernement », alors que la loi ne prévoit que le cas où la personne a été imputée de « mauvais comportement » : le but mentionné dans la décision n' étant pas celui prévu par la loi, la décision est donc illégale[286].

Il est à noter également que la loi sur le Conseil d'Etat prévoyait un mécanisme permettant au Conseil d'Etat de poser les règles en matière de procédure administrative non contentieuse. En effet, l'article 51 de la loi prévoyait que, par sa propre initiative, le Conseil du contentieux administratif, en assemblée générale, peut recommander au Conseil des ministres du réglementer, sous forme de résolution, les règles concernant la motivation des actes administratifs et la publicité des textes réglementaires. Il est regrettable que l'utilisation de ce mécanisme à deux reprises n'ait pas abouti pas à sa réalisation.

De plus, le droit administratif thaïlandais manque d'autonomie : le contrôle du contentieux des actes de l'Administration existe, bien qu'il ne fonctionne pas comme une véritable juridiction administrative. De plus, les programmes universitaires d'enseignement comportent également des matières de droit public. Or, l'existence du contrôle des actes administratifs et de l'enseignement des matières du droit public ne signifient guère l'autonomie du droit administratif en Thaïlande. Et c'est même dans ceux-ci que l'on trouve des obstacles à l'autonomie du droit administratif.

En effet, le contrôle juridictionnel des actes administratifs en Thaïlande ne contribue pas véritablement à l'autonomie du droit administratif. Obligé de s'appuyer sur des textes écrits, le juge judiciaire ne peut qu'utiliser l'article 55 du Code de procédure civile comme critère de recevabilité des litiges de nature administrative qui lui sont soumis. Or, de par sa nature, on sait que cet article est destiné à s'appliquer aux procès relevant du droit civil. Ainsi, le juge judiciaire se trouve d'emblée conduit à une impasse pour créer un régime juridique autonome applicable à l'administration. Dans le même ordre d'idées, le juge judiciaire recourt aux dispositions du Code civil pour statuer sur les litiges en matière de responsabilité publique dans les solutions retenues par le juge judiciaire, ce qui illustre bien la difficulté de créer un régime autonome du droit administratif. Quant au Conseil d'Etat, ses

[284] L'arrêt de la Cour de cassation n° 3/1986 *Madame Pranee JATIKANONT*
[285] L'arrêt de la Cour de cassation n°47/1898 *Général Monchain PANKONGCHURN*
[286] L'arrêt de la Cour de cassation n°24/1989 *M.Vichitwong Na POMPETCH*

limites que nous avons déjà évoquées sont trop importantes pour lui permettre de créer un régime autonome de droit administratif. De plus, jusqu'à une époque récente, une partie importante des conseillers du contentieux était issue du système antérieur d'enseignement du droit qui n'était pas approprié pour la formation des spécialistes du droit public.

Enfin, il faut dire que la place de l'enseignement du droit public est toujours secondaire. En effet, lors de la création de la première école de droit en Thaïlande sous le règne du Roi Rama V, on pouvait remarquer déjà que l'enseignement du droit était à l'anglaise. Quelques améliorations en faveur du droit public furent apportées après l'arrivée de juristes français et de leurs homologues occidentaux. L'enseignement du droit public commença à s'installer durant quelques années, notamment après la création de l'Université des Sciences morales et Politiques. Mais la formation de l'école de la « Bar Association » fit que l'enseignement du droit public perdit son importance pour les raisons que nous avons déjà expliquées (cf. supra). L'enseignement du droit public ne fut remis en valeur que depuis les événements politiques de 1973. Actuellement, les matières enseignées en droit public sont plus nombreuses que par le passé. Sur l'ensemble du programme d'enseignement, le droit public est reconnu comme une branche du droit à côté du droit privé, du droit pénal et du droit international. Mais il faut reconnaître que les juristes de droit public sont encore trop peu nombreux pour que l'on puisse parler vraiment de l'autonomie du droit administratif.

2. L'intervention du juge au niveau de l'élaboration de la jurisprudence

(2.1) L'intervention du juge : un rôle nécessaire dans le système du droit administratif thaïlandais

L'activité du juge consiste, normalement, à expliciter une loi obscure ou mal rédigée. Pour remplir ce rôle, le juge a besoin de plusieurs techniques qui permettent d'analyser l'intention du législateur. Le législateur thaïlandais prend toujours du retard pour rédiger les textes, il en résulte que la loi qui est entrée en vigueur perd son caractère contemporain. De plus, la rédaction faite le législateur est souvent mauvaise. En effet, les divers textes officiels définissent tout, ou peu s'en faut, des nouvelles relations entre puissance publique et administrés, relations que le juge doit arbitrer.

Cette création du droit par nécessité s'opère également lorsque les acteurs légitimement investis du pouvoir normatif négligent ou refusent d'en user. Prenons l'exemple français, comme le droit de grève dans la fonction publique. Ce droit est constitutionnellement reconnu « dans le cadre des lois qui le règlementent » selon le préambule de la Constitution de 1946, mais que le Parlement se garde bien s'organiser. Il a bien fallu que le juge, confronté à la réalité d'une grève de 1948, et des sanctions qu'elle avait provoquées, se substitue au législateur défaillant pour arrêter les principes de ce qui était supportable en la matière, et opérer l'arbitrage nécessaire entre droit de grève et continuité du service public. La jurisprudence du Conseil d'Etat comble, dans ce cas, le vide législatif, parce que dans la vie réelle, les litiges à trancher obligent le juge à intervenir ; le juge ne peut pas renvoyer les parties devant le législateur aux fins de quérir la loi manquante.

L'intervention du juge administratif thaïlandais au niveau de l'élaboration de la jurisprudence est, probablement, beaucoup plus importante que celle du juge administratif français. En raison de la jeunesse de la juridiction administrative thaïlandaise, le système juridictionnel administratif a vraiment besoin de l'intervention du juge au niveau de l'élaboration de la jurisprudence. Il y a beaucoup de lois et de règlements qui sont des textes de caractère administratif, mais ils n'appartiennent à aucune branche du droit, et ce type de textes a besoin de l'intervention du juge. Le juge administratif doit intervenir pour l'élaboration de la jurisprudence en respectant la loi et les textes écrits. Le juge doit exercer ce rôle avec prudence et tolérance. De plus, le juge doit comprendre aussi qu'il y a parfois une loi qui n'a pas de caractère interprétatif, une loi ayant pour seul objet de dire un droit contraire à celui que, dans le silence ou l'obscurité du texte initial, le juge avait exprimé.

La formulation du jugement est aussi intéressante à envisager. Comme le droit administratif thaïlandais est à peu près « traduit » du droit administratif français, il arrive que le vocabulaire d'origine ait changé. Par souci linguistique, on manipule des concepts précis, dont les effets sont précisément identifiés. Le souci de précision justifie ainsi le vocabulaire parfois obscur, souci d'autant plus impératif pour le juriste qu'il a pour fonction, pour l'interprétation des textes, de déterminer la volonté de ceux qui les ont écrits (ou plutôt la conception du droit français d'origine), et de fabriquer à son tour des textes au travers desquels pourra se discerner son intention. Le vocabulaire français est précis, spécialisé et parfois obscur. Il arrive souvent que la traduction en thaï doive être faite avec prudence et on ne peut traduire que « les idées » du texte, non le vocabulaire mot à mot, car cela pourrait donner un sens absurde. Le problème pour le rédacteur du jugement est toujours lié à sa compétence linguistique.

(2.2) L'intervention du juge face à l'évolution de la jurisprudence

Le juge peut interpréter la jurisprudence de différentes façons. Le revirement ou l'avancée de la jurisprudence sont alors un aboutissement, plus qu'une décision[287]. Il est difficile de dire que les juges concernés ressentent que le moment est venu de changer un droit qui peu à peu est entré dans la pratique, selon l'évolution de la société. Rendre une décision est vraiment technique. Un exemple intéressant est celui de la procédure référé qui doit être traitée en urgence, ce qui justifie que l'instruction en soit abrégée ; notamment les observations du défendeur n'ont pas à être portées à la connaissance du demandeur, disait avec raison la jurisprudence. Mais l'arrivée sur la scène des demandes de provision formées par référé a révélé les limites et les dangers de cette jurisprudence, dès lors que s'instituait devant le juge des référés un débat anticipant sur le fond du litige. : il faut, en effet, dire si le demandeur se prévaut à l'encontre de son adversaire d'une « obligation non sérieusement contestable », en vertu de l'article … de la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542. Le juge doit, au moins, préciser clairement cette notion.

Au contraire, les inadéquations de fond de la jurisprudence avec les exigences de la société au service de laquelle nous nous trouvons sont plus délicates à apprécier. Le juge

[287] D.CHABONAL, *Le juge administratif*, LGDJ, 1993

doit alors conserver la formulation de cette jurisprudence, car cette jurisprudence peut entraîner des conséquences soit juridiques, soit sociales. Prenons l'exemple du droit de la responsabilité hospitalière en France. Ce droit concerne la réparation du risque créé par un aléa thérapeutique : un colloque remarqué, une proposition de loi (enterrée), etc. …. Il résulte que le juge doit examiner des cas concernant ce droit avec une attitude différente.

En revanche, il faut que le juge administratif thaïlandais fasse attention à ne pas abuser de la jurisprudence. En fonction de la Cour suprême administrative qui juge le fond en dernier ressort, le droit ne doit pas être instable, pas plus qu'une règle de jeu. Le droit est, en effet, l'ensemble des règles du jeu social, mais pour des parties qui se déroulent sur des années. Il faut y toucher avec la plus grande prudence, et faire attention de ne pas modifier les textes législatifs au cours de cette évolution ; sinon, l'évolution jurisprudentielle serait source de défauts liés à son origine. La nouvelle règle jurisprudentielle doit se former à l'occasion du règlement d'un litige ; et son libellé ne pourra donc contenir que les éléments nécessaires à la solution du litige, et nul autre. Sinon, ce conduit ferait du juge un législateur. Le juge ne peut pas ajouter des éléments nouveaux. Le juge ne fait toujours qu'une règle imparfaite, parce qu'incomplète.

De plus, à vouloir à toute force ne faire que « découvrir » un droit préexistant, au lieu d'avouer que c'est le juge qui le crée et donne fatalement aux règles ainsi « découvertes » une portée rétroactive, ce n'est guère un facteur de stabilité sociale. Un bon exemple on est l'article 174 du traité de Rome. La Cour de justice des communautés européennes peut donner une date d'effet à ses interprétations du droit communautaire, et aux contraintes qu'elles font peser sur les Etats ou les ressortissants des Etats membres. Cet article l'autorise, en effet, à indiquer, « si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». S'appuyant sur cette stipulation, la Cour de justice a autorisé les autorités communautaires à continuer à prendre, après son arrêt, des mesures d'exécution d'un règlement annulé, de façon à éviter que, en attendant l'édition d'un nouveau texte, une solution de continuité ne vienne compromettre l'action administrative[288].

Enfin, rien de tel n'existe en ce qui concerne le droit créé par le juge administratif. La diffusion dans le corps social d'une règle nouvelle qu'il contient n'obéit pas à des normes très précises, elle n'est soumis à aucune sanction juridique spécifique, et n'est pas assurée avec l'efficacité que l'on devrait attendre d'une norme sociale.

(B)Le produit jurisprudentiel : l'actualité de la jurisprudence par rapport à l'ensemble de la juridiction administrative

Dans ce paragraphe, nous envisagerons l'actualité de la jurisprudence par rapport à l'ensemble de la juridiction administrative thaïlandaise. Il y a quatre points intéressants : l'influence de droit civil, l'adhésion de la Thaïlande aux communautés internationales, l'attitude de juge administratif par rapport à la jurisprudence et la difficulté

[288] CJCE, 20 mars 1985, affaire *Timex*

contentieuse en pratique. Nous distinguerons deux points : le point de vue intérieur (B.1) et le point de vue extérieur (B.2).

1. Au point de vue intérieur

Deux remarques intéressantes concernant l'amélioration de la jurisprudence en droit administratif thaïlandais sont liées à l'attitude du juge administratif à l'égard de la jurisprudence (1.1) et à la difficulté contentieuse concernant la jurisprudence (1.2). Ces deux remarques ont été considérées comme une difficulté sur le plan intérieur, c'est-à-dire dans l'organe de la juridiction administrative.

(1.1)L'attitude du juge administratif

Le magistrat administratif est apparu en France à l'entrée en vigueur de la loi des 16 et 24 août 1790. Cette loi définit la conception française de la séparation des pouvoirs à laquelle la Conseil constitutionnelle se réfère depuis sa décision des 22 et 23 janvier 1987. Cette loi est considérée comme l'origine de la juridiction administrative. Ayant reçu sa forme moderne de la constitution de l'an VIII, le Conseil d'Etat a été mentionné, d'une manière ou d'une autre, au moins au travers des conseillers d'Etat, par tous les textes constitutionnels successifs. Il a surmonté toutes les crises : chutes du Premier et du Second Empires, gouvernement de Vichy et Libération, la réaction du général de Gaulle après l'arrêt *Canal*. La permanence constitutionnelle est un des points forts de la juridiction administrative.

Le métier de magistrat administratif en France est également défini depuis cette date. Cette carrière tente de nombreux candidats qui sont tentés de passer le concours de recrutement qui devient de plus en plus difficile. L'Ecole nation d'administration ajoute chaque année un concours complémentaire, ouvert à des candidats âgés d'au moins vingt-cinq ans. Le détachement de fonctionnaires ou de magistrats judiciaires dans le corps des tribunaux administratifs s'est parallèlement accru.

Ce métier s'est en même temps professionnalisé. Il implique de maîtriser un droit complexe, de pratiquer les outils informatiques de documentation et de préparation des décisions, de suivre des procédures dont les caractéristiques varient selon la nature des contentieux et la difficulté des dossiers. Le magistrat administratif n'est plus un artisan qui étudie seul ses dossiers : assistant du contentieux et assistant de justice lui apportent un concours précieux. Le chef de juridiction est un véritable gestionnaire, qui nourrit des projets, anime des équipes, entretient des relations avec de nombreux partenaires. Etre aujourd'hui magistrat administratif est un vrai métier, plus spécifique, mieux identifié et reconnu que dans le passé.

Tout en conservant ses caractéristiques de principe qui la définissent comme écrite, contradictoire et inquisitoriale, la procédure a connu d'importantes évolutions qui l'ont diversifiée et assouplie.

Le temps n'est plus où chaque dossier suivait le même cours. Grâce aux nombreuses ordonnances que peuvent prendre les chefs de juridiction, les magistrats délégués par eux, les présidents de sous-section au Conseil d'Etat, grâce aux pouvoirs du juge unique

devant les tribunaux administratifs, à la sous-section statuant seule devant le Conseil d'Etat, des voies allégées sont ouvertes pour les dossiers les plus simples. Le filtrage des pourvois en cassation, les nouvelles possibilités pour le droit contribuent à une meilleure administration de la justice.

Est également révolu le temps où les dossiers étaient jugés en suivant l'ordre d'ancienneté des requêtes. Priorité est désormais donnée aux affaires qui, par leur portée ou leur nature, appellent des solutions rapides. Une culture de l'urgence s'est progressivement développée, à partir notamment du déféré préfectoral, de la reconduite à la frontière, du référé précontractuel. Elle a trouvé son plein aboutissement dans la réforme d'ensemble du référé administratif qui résulte de la loi du 30 juin 2000. Avec, en particulier, le référé liberté, le juge administratif dispose d'instruments qui, au-delà de la procédure, modifient en profondeur ses rapports avec l'administration et avec les justiciables. Intervenant de manière immédiate sur des dossiers en cours de traitement, il engage le dialogue, aide souvent à mieux éclairer une affaire et à dégager une solution satisfaisante pour tous, donne le cadre juridique à suivre. En même temps que juge, il est souvent médiateur et conseil juridique : le juge administratif des référés est pleinement un magistrat administratif, qui contribue au bon examen des affaires par l'administration, avec le sens du raisonnable et dans le respect du droit.

Dans les procédures de référé, lorsque le juge estime qu'une audience est nécessaire, l'instruction est largement orale. Les débats permettent de mieux comprendre les données du dossier et souvent de rapprocher les points de vue. Dans les même temps, la procédure d'enquête à la barre, qui permet d'entendre les parties et de leur poser des questions, naguère presque tombée en désuétude, a été utilisée par le Conseil d'Etat pour mieux éclairer des affaires complexes, aux enjeux économiques importants. Déjà davantage présente dans les procédures de droit commun devant les tribunaux administratifs, l'oralité prend ainsi une place nouvelle.

Tout cela peut permettre de conclure que le juge administratif français est expérimenté et fier de lui, il ose prendre des initiatives. La même situation n'existait pas en Thaïlande. Le droit administratif thaïlandais est encore jeune, il a besoin de « systématiser ». De plus, la connaissance du droit administratif est limitée par rapport au droit judiciaire, il arrive souvent que le juge administratif fasse appel à la logique du droit civil et commercial, qui n'est pas compatible avec le domaine administratif.

Il est nécessaire de se référer au discours du Président de la Cour suprême administrative thaïlandaise à l'occasion de le soixante-quinzième anniversaire de la création de l'université Thammasart pour mieux analyser l'attitude du juge[289]. Le président affirmait, dans son discours, le principe de l'état de droit, qui se compose de cinq éléments importants : (1) la séparation des pouvoirs, (2) le contrôle juridictionnel de la légalité d'acte administratif, (3) le contrôle juridictionnel du droit constitutionnel, (4) la protection des droits de l'Homme, et (5) l'indépendance du juge. Le président a pris le droit administratif comme source, cadre et limitation du pouvoir de l'état pour exécuter son devoir. C'est la raison pour laquelle le juge

[289] Key note speeche on « The role ou court in the develpment of the Rule of law in Thailande », 20 décembre 2009, www.pub-law.net

administratif a été considéré comme un intermédiaire pour exécuter ce pouvoir. Les principes généraux du droit ont été soutenus aussi dans ce cas. Selon le président, ces principes se basent sur la conception de l'équité. En l'absence de texte, le juge ne peut refuser de juger ; de plus, il doit créer ses propres principes à la condition de respecter le principe de légalité et surtout la légalité selon la Constitution. Le juge administratif n'interprète que le droit écrit ; mais il doit aussi faire référence aux lacunes du droit, lors de la création de principes généraux du droit et d'autres principes du droit administratif, qui ne sont pas en conflit avec le système gouvernemental, la société et la culture.

A la fin de ce discours, le président confirme le rôle supplémentaire du juge administratif, en ce qui concerne les droits nouveaux, comme le droit des télécommunications, l'OGM ou le droit environnemental, etc. Le président a demandé à ses juges de bien vieller à l'intérêt public, à l'équité et aussi aux droits de l'Homme.

Il en résulte que l'attitude du juge administratif thaïlandais a beaucoup évolué par rapport au temps de sa création. Le juge essaie de juger en faisant référence à des conceptions fondamentales, comme l'état de droit, l'équité, les droits de l'Homme, auxquelles le juge ne faisait pas référence aussi nettement au début. L'attitude du juge administratif a changé et grâce à cela, le développement du droit administratif en Thaïlande sera bien plus simple. De toute façon, le juge administratif ne doit jamais ignorer les normes constitutionnelles. La conception de ces droits a été envisagée en dehors du droit administratif, même si le droit constitutionnel est considéré comme le droit public, ainsi que le droit administratif. Si le juge administratif n'ignore pas les normes constitutionnelles actuellement, il doit essayer d'y faire encore plus référence, et cela peut aider aussi l'évolution du droit constitutionnel en Thaïlande, même si le juge administratif thaïlandais a moins d'occasion de faire référence à des normes constitutionnelles que le juge administratif français. Car le juge français peut faire référence à ces normes, aux règles et principes de valeur constitutionnelle, qui sont devenus plus fréquents, qu'il s'agisse d'interpréter les traités ou la loi, ou de veiller à leur respect par les autorités administratives. La jurisprudence du Conseil d'Etat français est en pleine harmonie avec celle du Conseil constitutionnel pour tout ce qui touche à l'interprétation de la Constitution et de son préambule. Mais il peut arriver que le Conseil d'Etat découvre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que le Conseil constitutionnel n'avait pas encore eu l'occasion d'appliquer : tel a été le cas, avec l'arrêt *Koné* du 3 juillet 1996 de l'interdiction de l'extradition politique. Comme nous avons considéré que le Conseil d'Etat français a un lien international important dans le cadre de l'Union européenne, cela peut aussi contribuer au bon équilibre entre le rôle du juge et les normes et les principes du droit administratif. Le juge administratif thaïlandais ne peut pas compter sur cette même évolution, mais il sera aussi pratique de ne pas toujours poser le problème de la compatibilité entre le droit international et la loi interne, qui peut permettre au juge administratif thaïlandais de porter sur la loi un regard auquel il ne pouvait jusque la prétendre.

(1.2)La difficulté contentieuse concernant la jurisprudence

La décision du juge est la dernière étape du contentieux global, mais c'est aussi le début de l'exécution. Dans ce paragraphe, nous prendrons l'exécution comme un des exemples explicites concernant la jurisprudence, car l'exécution est toujours problématique en Thaïlande ; de plus, l'exécution est la conséquence de la jurisprudence.

La définition de l'exécution indique « l'accomplissement, par le débiteur, de la prestation due ; le fait de remplir son obligation (impliquant satisfaction donnée au créancier »[290] ou plus généralement, « la réalisation effective des dispositions d'une convention ou d'un jugement (qui peut ne procurer au créancier qu'une satisfaction par équivalent »[291] ou « par extension, la sanction tendant à obtenir, au besoin par la contrainte, l'accomplissement d'une obligation »[292]. Etant donné que l'exécution administrative est la conséquence d'un jugement administrative, il faut étudier la possibilité d'être accusé par l'administration.

Par rapport à la question de l'exécution en Thaïlande, il nous faut d'abord revenir sur l'histoire de la prérogative absolue de l'administration pendant la période de la monarchie absolue. La conception de la prérogative absolue de l'administration en Thaïlande est en accord avec le principe « The king can do no wrong » (le Roi ne peut mal faire), issu de la pensée anglo-saxonne. Par conséquent, les administrations qui sont considérées comme soumises à l'autorité du Roi, sinon au nom du Roi, pouvaient aussi protéger les particuliers de toutes accusations. Cela résulte du privilège de l'administration dans le cas d'une accusation ou d'une exécution.

Cette conception a été reconnue par l'arrêt de la Cour de cassation thaïlandaise n°520/121 (B.E. 2446) et n°1106 (B.E. 2473), et le règlement ministériel n°60 du 26 mai R.S. 129 (B.E 2554) du ministère de la Justice, selon lesquels l'administration ne pouvait être citée devant le tribunal qu'avec son consentement. Si un particulier voulait porter atteinte à l'administration, les tribunaux compétents devaient le faire savoir par une lettre au Procureur Général, qui est l'avocat permanent du gouvernement. Selon l'avis du procureur général, l'administration pouvait donner ou refuser son consentement.

Un problème s'est posé à l'entrée en vigueur du Code civil et commercial B.E. 2468 (1925). L'article 72 de ce Code indique que « les départements ministériels ont une personnalité juridique » ; de plus, l'article 70 du même Code précise que « la personne morale a les mêmes droits et devoirs que la personne physique sauf ceux qui ne peuvent par la nature des choses, appartenir qu'aux personnes physiques ». Des deux articles précités accordaient le statut de personne morale ayant les mêmes droits qu'une personne physique, surtout le droit de porter atteinte ou d'être accusée.

Malgré la possibilité ouverte par les articles 70 et 72, le fait de porter atteinte à l'administration reste toujours limité, sous réserve du consentement de l'administration. L'arrêt de la Cour de cassation n°1106/2473 indique le rejet de l'affaire en raison du non-

---

[290] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4e édition, PUF 2003.
[291] précité.
[292] précité.

souhait du Département de la Marine. Dans ce cas là, le requérant ne peut que se retourner vers la responsabilité personnelle du fonctionnaire.

La prérogative de l'administration commence à s'alléger depuis le changement de régime politique en 1932. La nouvelle conception de la souveraineté et de l'organisation de l'Etat, de même que le statut du Roi sous la monarchie constitutionnelle, provoquent une nouvelle limitation de la puissance publique. Mais l'absence de disposition constitutionnelle et administrative précise que cette question laisse l'administration se comporter toujours comme sous l'ancien régime.

C'est la Constitution de 1946 qui a fait allusion au droit de recours. L'article 15 de cette Constitution de 1946 précise que « toute personne a le droit de déposer un recours conformément aux dispositions de la loi ». Mais cet article n'ouvre la possibilité que pour le recours administratif, sans pour autant obliger l'administration à se présenter devant le tribunal.

Après le Coup d'Etat de 1949, l'Assemblée constituante a rédigé une nouvelle Constitution et, après avoir eu un long débat sous la prérogative de l'administration, l'Assemblée constituante a adopté enfin cet article 44 de la Constitution de 1949, précisant que « Le droit de poursuivre en justice une administration ayant la possibilité juridique pour la responsabilité des actes accomplis par ses agents en tant que mandatée ou employeurs, est garantie ».

Désormais, l'administration dispose du droit de porter atteinte à l'administration devant un juge. Le privilège de l'administration de se soustraire au contrôle des tribunaux judiciaires est supprimé. Elle peut être jugée pour sa responsabilité délictuelle, contractuelle ainsi que pour l'illégalité des actes administratifs.

Les Constitutions postérieures, telle celles de 1947, de 1968 et de 1978 ont repris littéralement les termes de l'article 44 de la Constitution de 1946. Actuellement, nous considérons que la Constitution garantit le droit d'agir en justice contre l'administration, qui est considérée comme personne publique, pour engager sa responsabilité en fonction des actes accomplis par ses agents.

Nous avons étudié dans la partie 1 de cette recherche l'absence de juridiction administrative en Thaïlande jusqu'à 1999. Durant cette absence, l'administration thaïlandaise était justiciable des tribunaux ordinaires comme un simple particulier. De plus, tous les contentieux, qu'ils soient civils, pénaux où administratifs ont été reconnus de la compétence de la juridiction judiciaire. En pratique, le contentieux des activités administratives, sauf en matière répressive, est considéré comme une affaire civile régie par le Code de la procédure civile.

Malgré l'entrée en vigueur de la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative, on peut remarquer encore l'influence du Code de la procédure civile sur le contentieux administratif. Les exemples en sont l'article 63

et l'article 64 de cette loi qui ouvrent la possibilité de l'application mutatis mutandis[293] du Code de la procédure civile au motif de la loi de récusation du juge (l'article 63)[294] et d'une affaire relative à un outrage (l'article 64)[295].

L'Assemblée constituante, à propos de cette loi, connaît l'intégralité du Code de la procédure civile en matière administrative.

Au niveau de l'exécution administrative, l'article 69[296] de cette loi indique la nature de la décision administrative, et conclut que les voies d'exécution, l'administration, ou l'agent de l'Etat en sont responsables. Cet article est considéré comme une méthode d'injonction à priori[297], car il s'agit d'une procédure préventive permettant d'éviter les difficultés ultérieures dans l'exécution d'un jugement, et le juge peut, dans une même décision de justice, indiquer à l'administration (personne morale de droit public ou organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public) ce qu'elle doit faire pour exécuter correctement le jugement.

C'est la première fois en droit administratif thaïlandais que le juge peut choisir d'adresser une injonction. Le juge a plusieurs possibilités pour trouver une formule convenable afin d'éviter une mauvaise exécution.

La prérogative initiale de la puissance publique se transforme en une nouvelle possibilité donnée au juge administratif dans le cas d'une injonction administrative.

---

[293] Expression latine

[294] Art. 63 : Les dispositions relatives au motif de la récusation du juge prévues par le Code de la procédure civile sont applicables au magistrat administratif mutatis mutantis, ainsi que les autres causes qui peuvent nuire à la justice

La procédure concernant l'abstention, la demande de récusation, l'examen de la demande, la décision de récusation et la désignation remplaçant seront fixés par la règle de l'assemblée générale de la Cour suprême administrative

Tout acte que le juge récusé a commis avant la décision définitive de récusation est valide.

[295] Art.64 : En plus de ce qui est prévu dans la présente loi, les dispositions relatives à l'outrage à la magistrature prévues par le Code de la procédure civile s'appliquent à la procédure administrative contentieuse mutatis mutandis. Le juge peut décider des mesures suivantes pour outrage à la magistrature

(1)Faire un blâme verbal ou écrit

(2)Faire évacuer la salle

(3)Infliger une peine jusqu'à un mois de prison ou une amende allant jusqu'à cinquante mille bahts, ou les deux peines cumulées.

La sanction d'un outrage à la magistrature doit être infligée prudemment et dans un cadre étroit en tenant compte de la situation. La sanction prévue à (3) doit être rendue par un organisme juridique qui n'est pas celui du jugement initial.

[296] Art.69 : La décision ou l'ordonnance doivent comporter

(1)Le nom du requérant

(2)Le nom de l'administration ou de l'agent de l'Etat qui est la cause du recours

(3)Les causes du recours

(4)Les faits

(5)La décision et les motifs

(6)Le fond de la requête

(7) Les voies d'exécution et l'administration ou l'agent de l'Etat qui en est responsable

(8)La recommandation ou la note de la bonne exécution de la décision.

(et suit…)

[297] SRIPHIROMYA Sukhontha, *L'exécution des décisions des juridictions administratives : étude comparative en droit français et en droit thaïlandais*, thèse 2005, Toulouse

Par rapport aux décisions qui peuvent concernes t les principes généraux du droit, comme la conception de principes généraux du droit est encore nouvelle pour la juridiction administrative, un organisme est probablement nécessaire pour l'éclaircissement de ce point.

En France, il existe la section du rapporteur qui est compétente pour éclairer les ministres lorsque leur administration rencontre des difficultés d'exécution, à l'occasion d'un jugement ou d'un arrêt dont la lecture peut sembler ambiguë.

L'article R. 931-1 du Code de justice administrative précise que « lorsqu'une juridiction administrative a annulé pour excès de pouvoir un acte administratif ou, dans un litige de pleine juridiction, a rejeté tout ou partie des conclusions présentées en défense par une collectivité publique, l'autorité intéressée a la faculté de demander au Conseil d'Etat d'éclairer l'administration sur les modalités d'exécution de la décision de justice… ».

L'origine de ce texte est l'article 58 du décret n°63-766 du 30 juillet 1963 qui posait le principe de la demande d'éclaircissement. Actuellement, la procédure de la demande d'éclaircissement est exclusivement ouverte devant le Conseil d'Etat. Il s'agit d'éclairer le sens et la portée d'une décision de justice administrative rendue contre une administration (administration centrale, établissement public, personne privée gérant un service public, collectivité territoriale, etc.).

La demande d'éclaircissement n'est soumise à aucune condition de délai. Une fois la section saisie, un rapporteur, membre du Conseil d'Etat, est désigné avec mission, sous l'autorité du président de la Section, de fournir les éclaircissements demandés. Le rapporteur désigné a pour rôle d'expliciter la décision de la juridiction administrative en cause. Dans les faits, le rapporteur général de la Section du rapport et des études traite lui-même les affaires les plus simples, en recourant à l'assistance d'un attaché principal d'administration. Lorsque la décision, objet de la demande, émane du Conseil d'Etat ou présente de réelles difficultés d'exécution, le président de la Section fait fréquemment appel au conseiller sur le rapport duquel la décision a été rendue.

Cela signifie que l'autorité intéressé, a aujourd'hui la possibilité de saisir le Conseil d'Etat d'une demande d'éclaircissement, dès lors qu'une juridiction administrative a rejeté tout ou partie de ses conclusions de défense[298] .Après s'être mis en relation avec l'administration concernée et avoir engagé avec elle un « dialogue constructif », le rapporteur établit un projet de réponse qui, en général, indique de façon très précise, les mesures d'exécution devant être mises en œuvre.

Au contraire, il n'existe pas de possibilité d'éclaircissement en Thaïlande. Dans ce cas, l'article le plus proche est l'article 69 (8) de la loi portant création de la juridiction administrative et la procédure administrative, qui indique la nature de la décision, proposant la recommandation ou la note pour une bonne exécution de la décision. Mais aucun texte ne précise explicitement l'éclaircissement de l'exécution administrative.

---

[298] C.E., rapport public 2000, *Etudes et document n°51,* doc.fr., p.155 etc. cité par S.

Par contre, sous le régime de la justice retenue du Conseil d'Etat thaïlandais, après la décision de la Commission de Pétition de la Division du Contentieux administratif qui est chargée des recours administratifs avant l'installation de la juridiction administrative actuelle, il existe des fonctionnaires de la Division de l'Analyse du droit et du contentieux administratif qui étaient chargés de régler ces difficultés de compréhension. La demande d'éclaircissement et de procédure d'aide à l'exécution ne sont soumises à aucun délai.

La conception des principes généraux du droit est déjà complexe. Cette complexité a besoin de bonnes explications, c'est-à-dire de l'éclaircissement de sa conception elle-même et aussi de l'éclaircissement de la décision administrative. En ce sens, le tribunal administratif thaïlandais doit soit prendre un modèle français, soit développer l'ancienne Division de l'Analyse des droits et du contentieux administratif.

2. Au point de vue extérieur

Contrairement à notre paragraphe précédent, nous évoquera ici la jurisprudence du point de vue extérieur. Deux remarques distinctes concernent l'influence du droit civil (2.1) et l'adhésion de la Thaïlande aux communautaires internationales (2.2)

(2.1) L'influence du droit civil

Il existe bien des façons d'appréhender les rapports entre le droit civil et le droit administratif. En France, on peut remarquer que l'Administration participe activement à l'élaboration des règles du droit civil, parce qu'elle participe tout simplement à l'élaboration du droit : c'est toute la question des sources administratives du droit civil. Depuis le début du XIXe siècle, les diverses instances administratives en France (Chancelleries, ministères) ont parfait ou précisé l'œuvre du Code civil, entamé de grandes réformes, couvert de nouveaux besoin juridiques[299]. Sans aller aussi loin dans la question normative, on peut aussi tout simplement dire qu'au travers de l'état civil, tout le droit administratif appartient au droit civil.

En France, le droit civil s'est doublé d'un intérêt pratique lié à la délimitation des compétences propres au juge administratif et au juge judiciaire. Les controverses doctrinales sont bien connues, dénonçant une notion de « publicisation »en ce qui concerne les rapports publics et une notion de « privatisation » en ce qui concerne les rapports privés.

A la fin du XVIe siècle, le droit privé disposait d'une réelle puissance publique. C'est-à-dire par l'application du droit privé à la personne et aux intérêts de souverain. Au contraire, à la fin du XVIIIe siècle, le droit public, notamment les concepts de police et d'ordre public, a constitué le droit privé, opérant une confusion majeure sur la signification exacte de l'expression « droit public ».

Pendant la période de la seconde guerre mondiale, une véritable « domination » du droit public fut alors dénoncée par la doctrine privatiste de la puissance publique : pratique

[299] B.PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Edition Panthéon Assas, L.G.D.J, 2003

des nationalisations, règne de l'économie mixte, développement sensible d'organisme privés chargés des missions du service public, multiplication des services publics industriels et commerciaux soumis au droit privé, application du droit privé aux services publics administratifs, transfert de blocs de compétence au profit des juges judiciaires. Cette doctrine du droit public a continué jusqu'à la seconde moitié de XXe siècle.

Par ailleurs, il fut sans doute excessif de la part de la doctrine du droit public de voir dans le problème de l'application du droit privé aux services publics une illustration de la privatisation des rapports juridiques soumis au droit public. Aujourd'hui, sous l'effet conjugué d'un certain nombre de facteurs (affirmation d'un tournant néo-libéral, affaiblissement des justifications du particularisme du droit administratif), la doctrine contemporaine croit apercevoir un sensible mouvement de réduction du champ d'application du droit administratif : partout le droit des relations privées investirait de nouveau l'activité administrative, de sorte que l'on constaterait une phase de recul, sinon même de déclin du droit administratif.

Il fait bien reconnaître qu'une telle approche a trop souvent conduit la doctrine à ne s'interroger que sur les sempiternels problèmes de répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnelles, à ne disserter que sur les imperfections de la règle de liaison entre la compétence et le fond. La doctrine publiciste de la seconde moitié du XXe siècle, héritière d'une traditionnelle approche du droit administratif, est devenue rapidement prisonnière d'une conception d'analyse du droit administratif, parfois exclusivement centrée sur les seules et irritantes questions des compétences de la juridiction administrative, à l'endroit des activités humaines ayant un lien plus au moins marqué avec l'intérêt général.

Au contraire, le droit administratif thaïlandais est un droit nouveau, datant de la création d'un organe équivalent au Conseil d'Etat français sous le règne du Roi Rama V en 1874. Au début, le Conseil d'Etat thaïlandais avait uniquement pour mission de conseiller le Roi, sans aucune importance au niveau du contentieux. Après une absence de quarante-huit ans, il renaît grâce à la loi de création de 1979 : le Conseil d'Etat contemporain garde un caractère commun avec son homologue français. Il assure à la fois la vocation de conseiller juridique du gouvernement, y compris des autorités administratives, et celle de trancher les litiges administratifs. Parallèlement, la juridiction judiciaire assume, en principe, les litiges de droit civil.

Le problème d'attribution des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative est compliqué. D'une part, mis à part le mode de fonctionnellement qui sera établi en vertu de l'actuelle Constitution, il n'y a avait guère de mécanisme pour résoudre le problème de la répartition de compétence. En effet, il n'existait ni tribunal de conflits ni possibilité de régler des questions préjudicielles. La seule mesure de cette nature se trouvait dans l'article 20 (3) de la loi de 1979 sur le Conseil d'Etat prévoyant l'irrecevabilité des litiges « qui sont en cours de procès ou qui ont été définitivement jugées devant la juridiction judiciaire ».

D'autre part, la juridiction judiciaire se déclarait toujours compétente pour le contentieux administratif. En effet, son argument reposait sur une disposition des

Constitutions précédentes qui affirmait que : « Le pouvoir juridictionnel appartient au « juge » qui l'exerce en conformité avec la Constitution et les lois, et ceci au nom du Roi ». A partir de là, certains ont expliqué que tant qu'il n'y avait pas de véritable juridiction administrative, il appartenait au juge judiciaire de se prononcer sur des litiges du contentieux administratif. D'autres ont même prétendu que cela était « le principe général du pouvoir juridictionnel ». Ces arguments méritent quelques remarques. D'abord, une telle disposition constitutionnelle sur laquelle reposait l'argument serait plutôt destinée à poser le principe général selon lequel c'est le « juge » et non le « législateur » ni l' « exécutif », qui a le pouvoir juridictionnel. En aucun cas, elle ne précise que le « juge » dans ce cas signifie le « juge judiciaire ». Ensuite, en se proclamant compétent, le juge applique l'article 55 du Code de procédure civile comme critère essentiel de la recevabilité. Par sa nature et comme le nom du Code l'indique, cet article est destiné à s'appliquer particulièrement aux procès relevant du droit civil. Enfin, la loi de 1933 sur les compétences et l'organisation de la juridiction judiciaire est sans ambiguïté. Elle prévoit, en effet, que les tribunaux de première instance sont représentés par le juge de droit commun soit pour le procès du *droit civil* soit pour celui du *droit pénal*. Aucun article de ladite loi n'est d'ailleurs lié au contentieux administratif.

Quant au Conseil d'Etat, la loi de 1979 reflète clairement la volonté de faire de celui-ci une juridiction administrative distincte de l'ordre judiciaire. En effet, on trouve dans cette loi des dispositions essentielles pour le contentieux administratif : la qualité de requérant et la nature du recours (article 19), les conditions d'irrecevabilité (article 20 et 21), le délai du recours distinct de celui du droit privé (article 23). La procédure contentieuse est ainsi explicitée. Par exemple, le principe de procédure « inquisitoire » est l'idée capitale (article 37 et 44) de l'*instruction.* Notamment, le rôle du « commissaire du gouvernement » est introduit dans la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat (article 36). S'agissant de « la justice retenue », la décision de la Section du contentieux doit être soumise au Premier ministre pour que ce dernier se prononce en définitive sur la décision (article 48 et 49). Il est à souligner que le système de « la justice retenue » n'a rien d'étonnant pour ceux qui connaissent l'évolution du Conseil d'Etat français. Au contraire, en Thaïlande, selon le juge judiciaire, la qualité de juridiction administrative au Conseil d'Etat n'est pas reconnue.

Donc, si le juge judiciaire français a déjà appliqué, de longue date, les principes et règles du droit administratif, le juge judiciaire thaïlandais, en raison de la limite du système moniste juridictionnel, doit trancher les litiges administratifs sans avoir connaissance du droit public. L'article 539 du Code civil[300] français précise qu'il faut considérer que le juge administratif n'applique pas une disposition du droit privé, mais bien une règle du droit administratif ; qu'importe qu'elle soit formellement exprimée dans un Code destiné principalement à régir les relations entre personnes privées ; il faut bien voir que le droit administratif ne sort pas tout entier de la jurisprudence du Conseil d'Etat[301]. La même observation peut être faite à l'endroit de l'article 542 du Code civil sur les biens communaux, et de l'article 1596 du même code interdisant aux administrateurs des biens des communes de

[300] « tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public »
[301] J.WALINE, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif,*

se rendre acquéreurs des biens confiés à leurs soins. Il semble que le juge administratif peut être amené à recourir au droit privé, afin de déterminer la compétence des deux ordres de juridiction. Le juge administratif est obligé de faire référence à tout un ensemble de principes ou de notions civilistes, afin d'éclairer la résolution des litiges qui lui sont soumis.

Mais le Code civil thaïlandais n'a aucune disposition en ce cas. Nous avons étudié dans notre paragraphe précédent l'inflation de la loi en Thaïlande ; l'autorité thaïlandaise a l'habitude d'édicter telle ou telle loi pour échapper au Code civil. Il est nécessaire d'envisager chaque loi ou chaque règlement de son contenu propre. Pour résoudre les litiges, le juge judiciaire est obligé de chercher une loi applicable pour éviter le peine de déni de justice, précisée dans l'article 5 du Code civil et commercial thaïlandais. Ce concept est moins connu et plus limité après la création de la juridiction administrative, car la question de la compétence des deux juridictions sera mise en cause.

En l'absence de l'autonomie et de la diversité des sources du droit administratif thaïlandais, le juge administratif peut être amené à envisager le Code civil ou à se référer à une notion du droit civil dans bien d'autres circonstances. Mais la question se pose de savoir comment ne pas songer aux actes administratifs qui portent sur des matières étrangères au droit administratif. Dans ce cas, on trouve une réponse dans le droit administratif français, proposée par le professeur Rivero.

Le professeur Rivero a noté depuis longtemps, à propos de l'exercice du pouvoir réglementaire que les actes de nature réglementaire ne portent pas que sur des sujets de droit administratif. De plus, le juge administratif s'occupe aussi du contrôle de la légalité. En réalité, il arrive tout simplement que nombre de situations juridiques qui se rencontrent dans la vie administrative soient définies par le Code civil : en cas de litige, le juge administratif sera alors obligé de se référer soit à la disposition formelle du Code civil, soit à la notion plus abstraite qui s'en dégage.

Le juge administratif applique les mêmes règles que celles du droit privé, ou s'il applique la règle même du droit privé, c'est pour étudier dans quelle mesure le droit appliqué par le juge administratif est original, autonome. Mais il faut savoir faire la différence entre les cas où le juge administratif assure le respect de la légalité française, de l'ordre public, et ceux où il procède à la création de règles propres au régime administratif.

Dans certains cas, il faut aussi faire la distinction entre l' « application » et la « réception » qui est parfois subtile. Le juge administratif ne peut appliquer le droit civil que pour autant qu'aucune question sérieuse d'interprétation ne se pose. Evoquant d'abord la réception du principe du droit privé en droit administratif, il n'a pu s'empêcher d'envisager les hypothèses où le Conseil d'Etat a été conduit à élever au rang de principes généraux du droit des règles issues du droit privé mais cantonnées…au seul droit privé, tels les principes généraux du droit pénal visés dans la célèbre affaire Canal, ou encore le principe de la publicité des débats juridiques.

De toute façon, il existe deux domaines du droit administratif où le juge peut se référer au droit civil sans se poser beaucoup de questions, c'est-à-dire le domaine des contrats administratifs et le domaine des obligations.

Le droit de contrat administratif est l'une des branches du droit administratif où l'utilisation de règles issues du droit civil est la plus répandue. De fait, le caractère particulièrement abstrait de sa théorie générale, le raffinement de ses principes directeurs et la technicité de ses règles font du droit civil des contrats une référence idéale pour une recherche sur l'apport technique du droit privé au droit administratif.

Le contrat, en général, se base sous la philosophie juridique, c'est-à-dire l'autonomie de l'expression. La liberté du contrat est soumise dans le droit français et le droit thaïlandais à une condition bien connue : le droit civil offre une conception orientée de la théorie du contrat, mais le juge administratif doit appliquer ce technique en adaptant son droit. Un exemple en est la nullité de l'acte juridique d'une irrégularité au moment de sa formation, c'est-à-dire sa disparition rétroactive et non point seulement pour l'avenir. Ce concept est influencé par le droit romano-canonique, et il indique qu'un acte juridique, vicié depuis son origine, comporte une irrégularité au cours de son exécution. Le droit civil français adopte cette idée, le juge judiciaire annule nombre de contrats sous réserve de la théorie du régime général des obligations. Par contre, le contrat de droit administratif comportant une irrégularité est déclaré nul par le juge administratif ; il perd toute efficacité juridique, comme dans la décision *Eurolat*[302] du Conseil d'Etat. Le Conseil a aussi ajouté que la demande en résiliation du bail présentée initialement par le requérant était sans objet, non point seulement pour tirer les conséquences contentieuses de la déclaration de nullité, mais pour dire aussi qu'on ne saurait parler de résiliation là où une grave irrégularité entache un contrat depuis sa naissance.

Ajoutons aussi que la doctrine du droit administratif est en retard par rapport au droit civil. Le juge administratif peut hésiter à alimenter la doctrine principale du contrat public. Et c'est la raison pour laquelle le recours au droit civil apparaît comme un moyen de combler une lacune et d'améliorer des règles relatives au règlement des situations litigieuses entre la puissance publique et ses contractants.

En ce qui concerne l'obligation du droit civil, elle est un lien entre deux personnes, que le lien soit le produit d'un accord volontaire entre deux individus ou qu'il résulte d'une décision passée comme une chose jugée.

Mais le droit administratif comporte ses propres règles sur un certain nombre de questions que le droit civil envisage au titre du régime général des obligations. Le droit administratif a ses propres règles sur les obligations, par exemple dans le décret n°62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la compatibilité publique, dans la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat etc… Dès lors, eu égard à l'existence de ces textes et à l'esprit du droit public, on ne saurait voir dans le droit civil des obligations un droit commun s'appliquant de manière automatique, parce que le droit

[302] CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Rec., CE, p.141, AJDA

serait incomplet sur la question de l'exécution par l'Administration comme par les administrés de leurs obligations respectives. Le droit public comporte ses propres règles et il existe une inapplication des principes du droit civil. Par conséquent, le caractère particulièrement élaboré, technique, abstrait et général du régime des obligations tel qu'organisé par le Code civil ne doit ni laisser croire que le droit public des obligations est un désert législatif, ni occulter la démarche profondément volontariste du juge administratif dans le processus de transposition des règles du droit civil en droit administratif. Instrument au service de l'élaboration technique de celui-ci, l'utilisation de celui-là par le juge administratif est une action, faite d'artifices et de volonté, dans l'exercice quotidien de l'action administrative. Cette affirmation se déduit de la jurisprudence administrative relative à l'existence d'un lien d'obligation entre l'Administration et les administrés, qu'il s'agisse de la question des aspects qu'il peut revêtir, au travers du paiement, de la novation et de la remise de dettes, ou celle des différentes causes qui peuvent provoquer son extinction.

Donc, en ce qui concerne les deux domaines explicites que nous avons évoqués, le juge administratif doit se sentir plus à l'aise pour utiliser une notion de droit civil afin de combler des lacunes, sans timidité ni arrogance. Une autre remarque intéressante concerne la modalité technique de l'utilisation du droit civil.

Il existe deux voies d'emprunt : les emprunts formels et les emprunts matériels.

Appelons les emprunts formels ceux que fait le juge administratif, en matière d'utilisation du droit civil (ce qui n'a évidement rien à voir avec les autres cas d'application du Code civil par le juge administratif) : il procède donc à des références directes au Code civil. Un tel phénomène peut se comprendre, même si nous constatons par la suite qu'il est très critiquable. Le Code civil étant inapplicable de plein droit, le juge administratif s'estime sans doute libre de le rendre applicable en vertu de son pouvoir prétorien. C'est pourquoi des emprunts faits au droit civil par le droit administratif peuvent être parfois réalisés, sous la forme d'une intégration directe des dispositions du Code civil dans le corpus du droit administratif.

En matière d'élaboration technique, de tels emprunts sont assez nombreux. Nous n'avons pas pu trouver d'emprunts formels et exprès dans le régime de la nullité des contrats en droit administratif, celui du droit civil ayant principalement été construit par la Cour de cassation et systématisé par la doctrine privatiste. En revanche, le régime de l'obligation conditionnelle ou du paiement fournit des exemples d'emprunts formels et exprès au Code civil. De même, à ce stade de la démonstration, il est important de noter que les références directes au Code civil ne font pas l'objet, de la part du juge administratif, et notamment du Conseil d'Etat, d'un emploi régulier. Il arrive en effet au Conseil d'Etat de ne pas se référer de la même façon au Code civil pour ses décisions : ainsi, le juge peut être conduit à simplement citer le Code civil dans ses références, mais à cité simplement l'article précis dans les motifs ; de même, il peut parfois citer un article du Code civil dans les références et ne pas le citer dans les motifs, ou inversement.

Quoi qu'il en soit, il est donc une première modalité de transposition qui consiste en des références directes au Code civil : c'est alors la disposition même du Code civil qui est intégrée dans le *corpus juris* du droit administratif.

Par ailleurs, les emprunts matériels et tacites montent l'utilisation indirecte du droit civil. La nature des sources civilistes empruntées fournit le critère de distinction entre la réception directe au Code civil et l'utilisation indirecte du droit civil et, partant, celui de reconnaissance des emprunts matériels et tacites : lorsque la source civiliste utilisée est de nature jurisprudentielle ou extraite d'opinion doctrinale, l'emprunt ne peut qu'être matériel et tacite, car le juge administratif, en cela conforme au plus haut point à la tradition légaliste, s'interdit de viser ou d'inclure dans ses motifs une jurisprudence (qui plus est d'une juridiction judiciaire) ou une opinion doctrinale. Nous sommes alors bien en présence de la seconde voie de transposition par le juge administratif de règles issues du droit civil. Elle a été curieusement ignorée par la doctrine. Ce n'est pas le moindre des paradoxes de ce travail de montrer que les publicistes, pourtant élevés dans le culte de la jurisprudence du Conseil d'Etat, ont eu des scrupules à parler d'emprunts de règles jurisprudentielles, laissant supposer que les phénomènes de transposition se réduiraient à la seule alternative entre d'une part, une réception d'articles du Code civil, et d'autre part, une vague influence entre jurisprudence judiciaire et administrative résultant, d'une communauté d'esprit et d'intérêt sur certaines questions. Pourtant, il existe bien de réels emprunts, mais qui ne sont que matériels et tacites.

Cette seconde voie d'emprunt est tout particulièrement visible dans le domaine des sanctions concernant la formation des contrats publics. En effet, comme nous venons de le rappeler, le Code civil n'a pas affirmé expressément le principe de la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue. Les exemples d'emprunt à la jurisprudence judiciaire, qui sont aussi des utilisations indirectes des synthèses et opinions de la doctrine privatiste, sont donc légion dans le régime de la nullité des contrats publics. Ainsi, que la nullité absolue ne concerne que les conditions de formation d'un contrat administratif instituées dans un but d'intérêt général est une règle que le juge administratif a purement et simplement empruntée au juge judiciaire. Il en va exactement de même pour la règle selon laquelle la nullité relative a pour objet de protéger les intérêts de l'une des parties par rapport aux contrats, règle qui, sous cette forme, ne figure nulle part dans le Code civil.

A la différence de la réception directe du Code civil, l'utilisation indirecte du droit civil a pour trait distinctif d'être imperceptible au travers d'une lecture superficielle des décisions de justice qui en font usage. Elle nécessite un effort d'interprétation, impose de faire sortir de la pénombre d'un arrêt l'existence d'un emprunt matériel. Le phénomène de l'utilisation indirecte du droit civil permet d'ailleurs de nuancer les propos traditionnels sur la célèbre *impercatoria brevitas* du juge administratif. Car les emprunts matériels peuvent être plus ou moins tacites ; l'interprète peut dès lors les percevoir plus ou moins facilement.

(2.2)L'adhésion de la Thaïlande aux communautés internationales

Sur le plan international, la Thaïlande est liée par les engagements internationaux qu'elle a signés avec d'autre pays. Mais dans l'ordre juridique national, ses engagements ne s'appliqueront jamais, car la loi nationale est prioritaire.

De plus, sur le plan du contentieux, la juridiction thaïlandaise ne fait jamais référence aux traités internationaux en tant que normes applicables aux litiges. Le juge s'appuie uniquement sur les lois nationales.

Enfin, concernant la question de l'autorité respective des traités internationaux et des textes nationaux (la Constitution et les lois), cette question ne se pose pas en Thaïlande parce que, d'une part, l'absence du mécanisme tel qu'il a été prévu par l'article 54 de la Constitution française dans la Constitution thaïlandaise entraîne la primauté de la Constitution. D'autre part, lorsqu'il y a contradiction entre traité et loi, c'est toujours cette dernière, qu'elle soit postérieure ou antérieure, qu'applique le juge thaïlandais. En conclusion, les traités internationaux sont sources directes en droit français alors qu'ils ne sont que sources indirectes en droit thaïlandais.

Au contraire de la France qui adhère à de nombreux traités internationaux, surtout à la Convention Européenne des droits de l'homme et aux traités de l'Union Européenne, la Thaïlande est privée de toutes les légitimités extérieures. On peut donc dire que la source administrative thaïlandaise provient principalement des normes édictées par les autorités nationales. Seules les lois ont été reconnues comme sources du droit administratif. Quant aux textes réglementaires, le problème est compliqué car une question se pose, d'une part, par rapport aux textes législatifs, et d'autre part, par rapport à la valeur juridique des règlements internes de l'administration.

Outre l'option constitutionnelle des traités internationaux, l'emprise de ces derniers dans l'ordre juridique interne de chaque pays varie également selon le degré d'attachement aux communautés internationales adopté par les Etats.

En ce qui concerne la Thaïlande et la France, le rôle du droit international dans les deux pays est différent. Cela s'explique par le fait que la France adhère à certains engagements internationaux dont le degré d'attachement est très rigoureux, tandis que la Thaïlande, adhérent certes à plusieurs communautés internationales, ne s'attache à aucun engagement d'un tel degré.

En effet, l'accroissement des normes internationales dans l'ordre juridique interne français résulte, en particulier, de l'adhésion de la France à l'Union européenne d'une part, et à la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'autre part. Quant à la Thaïlande, son attachement à l'Association des Nations des pays de Sud-Est d'Asie (l'ANSEA)(pour prendre l'exemple d'une communauté régionale) , a peu de conséquence dans son ordre juridique interne.

Il n'est donc pas question ici de décrire la structure, les institutions etc. de l'ANSEA car, sur le plan de l'ordre juridique interne, elle est simplement une communauté régionale, comme tant d'autres. Par contre, l'Union européenne est non seulement une communauté régionale mais elle est aussi et surtout de nature « supranationale », et le respect de la Convention des droits de l'homme est assuré par une juridiction internationale dont les sanctions s'appliquent aux Etats membres. Nous devons donc rappeler ici l'emprise des règles communautaires et de la Convention des droits de l'homme dans l'ordre juridique français.

Sans aucune adhésion aux communautés internationale qui nourrit la valeur de la jurisprudence, la Thaïlande progressera lentement au niveau du droit administratif. La jurisprudence administrative thaïlandaise est peu riche et manque d'autonomie. Il est vrai que la théorie du droit administratif français pourrait combler des lacunes, mais cette solution n'est pas toujours garantie car chaque système de droit a son caractère particulier. De plus, pendant les travaux concernant la création des juridictions administratives par la loi de B.E. 2542 (1999), la commission dirigeante a choisi de faire appel « par morceau » au droit administratif français et a pris certaines théories intéressantes du droit administratif allemand, ce qui est dû à la difficulté pour changer ou pour modifier le droit administratif thaïlandais, même si la solution française ou allemande existe. Le droit administratif thaïlandais reste toujours problématique en théorie, voire en pratique.

II. Le synthèse des principes généraux du droit

Section 1- Les principes généraux du droit : l'origine et le modèle de leur création

§1. L'origine et le modèle de la création française

(A)L'origine

1.La protection des administrés face au vide juridique

En théorie et en pratique, le Conseil d'Etat est plus connu pour sa fonction de juger plutôt que celle de conseiller. Sa jurisprudence est généralement considérée comme sa contribution principale, ainsi que l'instruction à la formation du droit, paru sous forme de « grands arrêts » et de rôle normatif de la jurisprudence.

Le rôle de la jurisprudence du Conseil d'Etat est très connu et a été souvent commenté, même si en France, la jurisprudence n'est pas une source formelle du droit. Comme les autres juridictions, Le Conseil d'Etat est soumis à l'interdiction de faire des arrêts de règlement, c'est-à-dire de poser des règles générales à l'occasion d'un litige particulier. La formulation la plus claire en est l'article 5 du Code civil : « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Mais l'article 4 du même code précise que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

La soumission de l'administration au droit privé provoque une difficulté pour l'application du droit. A ce propos, les formules célèbres de la décision *Blanco* de 1873 précisent que « la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins de service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés »[303]. C'est le Tribunal des conflits qui est chargé de délimiter les compétences des deux ordres de juridiction. D'ailleurs, par rapport à la décision *Blanco,* les fondements de l'intervention jurisprudentielle du Conseil d'Etat se résument ainsi en trois propositions : le droit privé n'est pas applicable ; le droit administratif n'est pas codifié ; la jurisprudence doit

[303] CE, *Blanco*, 10 fév. 1873

donc suppléer au « silence de la loi »[304].

L'apparition de l'arrêt *Blanco* peut être considérée comme le premier des « grands arrêts ». Cet arrête est même significatif de la perte du rôle législatif « excessif » du Conseil d'Etat, selon l'expression de Laferrière. Le Conseil d'Etat avait joué un grand rôle sous le Second Empire et il a commencé à développer son rôle jurisprudentiel du droit administratif, à l'aube de la IIIè République.

Cette construction jurisprudentielle date en effet, pour l'essentiel, de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle, c'est à dire de l'avènement et du développement de la France républicaine. Ce concept politique et social permet dans le domaine du droit administratif une large ouverture de recours pour excès de pouvoir contre les actes des autorités administratives et renforce aussi le contrôle de leur légalité, du principe de la responsabilité de la puissance publique, des contrats administratifs, du domaine public, droits et obligations des fonctionnaires. Les principes ainsi posés avant la première guerre mondiale ont été précisés et complétés entre les deux guerres, notamment pas la reconnaissance de nouvelles formes de l'action administrative, telles que les établissements publics industriels et commerciaux et les organismes privés chargés de la gestion des services publics.

Après la deuxième guerre mondiale, et en réaction contre les abus et les excès qui l'ont accompagnée, la jurisprudence a développé la théorie des principes généraux du droit et les moyens de contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration pour assurer une meilleure protection des citoyens.

Quant aux principes généraux du droit, ils comprennent notamment le principe de liberté et le principe d'égalité, ces deux principes concernant les citoyens, les contributions, les fonctionnaires, les usagers des services publics. Le Conseil d'Etat englobe aussi la notion des principes généraux du droit concernant les droits de la défense devant les administrations actives comme devant les juridictions administratives, le droit de recours contre les décisions des uns et des autres et la non-rétroactivité des actes administratifs. Quant aux nouveaux outils de contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration, il s'agit de la notion d'erreur manifeste d'appréciation commise par l'autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et de la théorie du bilan, selon laquelle le juge pèse les avantages et les inconvénients d'une décision, telle que la construction d'une autoroute. C'est la raison pour laquelle on peut distinguer les principes généraux du droit selon deux catégories distingués : les principes qui proclament directement des droits des administrés et les principes concernant l'organisation et le fonctionnement de l'Administration[305].

Au cours de ces dernières années, les progrès de la jurisprudence se rattachent à l'internationalisation de la vie sociale et politique. Le Conseil d'Etat a admis la supériorité des traités, sur les lois, même postérieures, conformément à la Constitution et il a étendu ce principe au « droit dérivé » de la communauté européenne (règlements et directives).

---

[304] selon une expression de Guy BRAIBANT, *Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit*, Mélanges R. Chapus, Montchrestien, 1992

[305] Nous envisagerons dans sous-partie 3 de cette partie

Actuellement, le fait jurisprudentiel est reconnu comme une forme vivante du droit. Les kelséniens soutiennent qu'une règle de droit peut être spéciale, individuelle, n'obliger qu'une personne dans un cas particulier. En ce sens, la création d'une norme juridique générale et abstraite doit aussi être soumise à une norme comparable à la règle légale. Prenons la référence kelsennienne pour analyser le cas français, quand le juge veut maintenir sa volonté manifeste de combler les lacunes du droit administratif (1.1), et surtout quand le juge essaie de protéger les administrés, ce qui est aussi l'obligation du Conseil d'Etat (1.2)

(1.1) La volonté manifeste de combler les lacunes du droit administratif

Le principe de la séparation des pouvoirs affirme que « l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative »[306]. Ce principe n'est pas absolu, il interdit uniquement au juge de faire œuvre de législateur, c'est - à - dire « d'édicter par un acte de sa propre volonté une règle générale et permanente », mais ne condamne pas la citation des arrêts précédents comme le système anglo-saxon. D'ailleurs, par rapport à l'article 5 du Code civil, qui défend aux juges « de prononcer par voie de disposition générale ou réglementaire », cet article ne prohibe pas les arrêts de règlement de la « jurisprudence acquise »[307] selon l'interprétation particulière. Il semble qu'aucun des principes du droit positif français n'exclue la jurisprudence des sources formelles du droit.

Mais même si l'interprétation donnée est juste, la solution préconisée par le juge relève d'un cas exceptionnel. Les concepts de la liberté du juge et du jugement intuitif sont inexacts. Il n'est pas contestable que la règle abstraite, générale, ne soit trouvée et formulée en partant du concret, du réel, d'un cas particulier ou d'un ensemble de cas particuliers : c'est ainsi que normalement procède le législateur, c'est ainsi que procède le juge quand il a à combler une lacune de la loi, à créer une norme nouvelle.

Pour arriver à sa décision, le juge doit dégager les éléments, les faits essentiels du cas, et surtout de sens de la loi. Mais la loi, sinon plus généralement la règle de droit, peut prescrire le choix à faire. En réalité cette prescription de la règle du droit entraîne des conséquences juridiques liées à certains faits, et non à d'autres ; la règle du droit désigne les premiers comme essentiels, comme devant être choisis, être seuls retenus par le juge. Il faut ajouter que le juge ayant été formé à l'étude des solutions légales, des règles juridiques existantes, son sentiment juridique n'est le plus souvent que le souvenir inconscient de la règle elle-même.

Donc, il peut y avoir des règles de droit dans le cas où il n'y a pas que des solutions particulières, individuelles et mais aussi dans le cas général.

En même temps, les univers du juge et du législateur ne sont pas sans communication. Le travail du juge reste mal connu du législateur, et il est assez rare de voir le législateur prendre partie pour la codification d'une jurisprudence. Mais il arrive de temps

---

[306] J.Marty, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, Mélanges Ripert, t.1, 1950
[307]précité.

en temps que le législateur prenne la formule de la jurisprudence du tribunal administratif et la codifie comme loi.

Dans ce cas, le législateur doit respecter ce concept : une loi juridique formelle ne va pas prendre place parmi les règles juridiques au titre de loi écrite formelle et, par suite, tant que le législateur n'incorpore pas la solution jurisprudentielle au droit écrit, par une loi formelle de contenu identique, il adopte cette règle, à condition qu'elle ait la valeur d'une simple règle jurisprudentielle.

Outre cette réception, le pouvoir normatif de la jurisprudence doit être reconnu comme primordial. Cette réception renvoie aussi à une conception de la délégation qui la rend sans objet, mais n'existe pas en droit positif français. Le pouvoir normatif de la jurisprudence ne peut s'expliquer par un recours à la loi.

Pour donner naissance à une véritable règle juridique, il faut qu'intervienne une autorité sociale qui précise la règle et l'impose : le juge est l'autorité la plus naturellement désignée à cet effet.

On croit que la solution est certainement exacte en l'état actuel du droit positif français. La jurisprudence judiciaire n'avoue jamais la création d'une règle juridique nouvelle et présente toujours comme moyen d'une interprétation constructive en application de la loi. La règle jurisprudentielle prend valeur de règle légale. Pour la même raison, la règle jurisprudentielle peut aller à l'encontre d'une loi antérieure aux règles qui en émanent, mais le jeu, en droit français, est faussé par le procédé technique utilisé par les tribunaux.

Au contraire, le caractère jurisprudentiel du droit administratif français n'est pas soumis à des facteurs quantitatifs, tels que la comparaison entre le nombre de litiges tranchés par application de textes législatifs et réglementaires et le nombre de litiges tranchés par l'application de règles issues de la jurisprudence. Outre qu'une telle comparaison soulèverait bien des difficultés, notamment du fait que, dans le même litige, le juge ferait appel à l'une et à l'autre catégorie de règles, elle ne serait pas significative.

(1.2) La protection des administrés : un engagement du Conseil d'Etat

En effet, ce qui caractérise un droit « jurisprudentiel » par rapport à un droit « écrit », c'est une certaine structure. A cet égard, la comparaison entre la structure du droit civil et la structure du droit administratif est nécessaire.

En droit civil, les règles fondamentales du code civil et aussi nombre de règles techniques mettant en œuvre les premières sont posées par le législateur. Le juge n'a certes pas, dans l'application et surtout dans l'interprétation du droit législatif, un rôle purement mécanique.

Mais la construction du droit administratif est à l'inverse. Les principes fondamentaux, qui ont formé à la fois le droit administratif commun et sa signification générale, sont d'origine jurisprudentielle : le droit de la décision exécutoire, le droit de la responsabilité, le droit des contrats sont d'origine purement jurisprudentielle. Ceci ne veut pas

dire que le texte législatif n'est pas important pour le droit administratif, mais c'est le texte législatif qui codifie cas par cas et n'englobe pas la réalité du droit administratif. L'exemple dans ce cas est la responsabilité de la puissance publique. Il y a beaucoup de cas où la responsabilité se trouve dans la jurisprudence, mais le code n'en relève qu'une dizaine. La jurisprudence fournit le droit commun et la législation fournit le droit d'exception.

Ceci entraîne des conséquences pédagogiques. Quand un professeur du droit civil commence par citer un ou plusieurs articles du code civil, un professeur de droit administratif cite des arrêts du Tribunal des conflits ou du Conseil d'Etat. Pour un étudiant, la responsabilité civile, ce sont les articles 1382 et 1384 ; mais la responsabilité de la puissance publique, c'est l'arrêt *Blanco*. Le code administratif n'est que l'ensemble de l'article globalement, sans aucune définition de l'application réelle.

D'ailleurs, entre un droit législatif et un droit jurisprudentiel, il existe une différence de structure. Cette différence peut s'exprimer, selon René David[308] en comparant le droit privé français fondé sur les textes et le droit privé anglais fondé sur la common-law.

Que le caractère jurisprudentiel du droit administratif soit très généralement regardé comme bienfaisant ou, si l'on préfère, positif, les témoignages français et étrangers en sont si nombreux que leur recensement est inutile.

2.Les fondements légaux de la création des principes généraux du droit

En ce qui concerne le débat sous les organes juridiques et la création des principes généraux du droit, deux thèses principales s'affrontent :

1- le juge administratif crée les principes généraux du droit

2- le juge administratif ne crée rien ; il ne fait que constater les principes généraux du droit.

Une thèse médiane peut être envisagée. Le juge opère un choix puisqu'il décide, parmi les normes jurisprudentielles, quelles sont celles qui méritent d'être des principes généraux du droit. Il existe incontestablement un rôle créateur du juge relatif à l'aspect formel des principes généraux du droit. Mais cette démarche se fonde sur un texte ou un principe préexistant. L'aspect matériel des principes généraux du droit est prédéfini.

Nous envisagerons que le juge administratif a recours à quatre méthodes pour élaborer les principes généraux du droit.

1.- La généralisation d'un texte. Par exemple pour des droits de la défense, il existe un texte particulier pour les fonctionnaires. Le Conseil d'Etat l'étend à d'autres catégories de personnes.

2. - Le juge peut aussi prendre des textes épars, les comparer, y trouver certains points communs et en former des principes généraux du droit, généralisation d'une règle

[308] R.DAVID, *Le droit français*, Paris, 1960

reconnue.

3.- Le juge peut aussi créer un principe général du droit, à partir de ce qu'il considère comme équitable ou existence dans la réalité (par exemple, le droit à une juste réparation, la prise en compte du préjudice moral)

4.- Le juge peut aussi dégager les aspirations latentes de la société et inscrire comme principe général du droit les idées générales qui y sont admises (par exemple, le droit de mener une vie familiale normale)

Les deux dernières méthodes sont les plus dangereuses car elles font appel à une certaine subjectivité du juge, spécialement la dernière. On remarquera que les deux thèses évoquées initialement sont plus complémentaires que contradictoires. Simplement, la seconde thèse, avec certaines nuances, apparaît comme plus proche de la réalité.

(2.1) La base textuelle

L'expression « principes généraux du droit » est apparue pour la première fois dans un arrêt *Aramu*, 26 octobre 1945, où la haute juridiction reconnaît qu'il existe « des principes généraux du droit applicables même sans texte ». C'est la raison pour laquelle beaucoup d'auteurs admettent que l'origine des principes généraux du droit est issue de cet arrêt. Même si certains auteurs[309] en trouvent déjà une application dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 juillet 1936, *Bobard* considère la discrimination sexuelle concernant l'accès à un emploi public. Le Conseil d'Etat admet l'existence du principe d'égalité.

Le sieur Aramu, commissaire de police en Algérie, fit, en 1944, l'objet d'un décret de révocation pris sur la base des textes du Comité français de Libération nationale relatifs à l'épuration. Cette révocation fut prononcée sans que l'intéressé ait eu connaissance ni de l'action mise en œuvre contre lui, ni des faits qui lui étaient reprochés. Sur sa requête, l'Assemblée du Contentieux du Conseil d'Etat annula le décret de révocation en se fondant sur l'impossibilité dans laquelle le sieur Aramu s'était trouvé de présenter utilement sa défense. Cette décision ne mériterait pas sa place dans ce recueil si, pour la première fois, le Conseil d'Etat ne s'y référait pas « aux principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte» et parmi lesquels il convient de ranger celui du respect des droits de la défense méconnu, en l'espèce, par l'autorité administrative lors de la révocation d'Aramu.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat devait, dans trois autres arrêts, faire également une référence remarquée aux principes généraux du droit, applicables en l'absence de texte, que constitue le respect du droit de la défense[310], mais ils retinrent moins l'attention dans le mesure où le juge administratif estima, dans ces trois arrêts, que les droits de la défense avaient été respectés, alors que dans la décision *Aramu*, il annula pour violation de ces droits un décret de révocation.

---

[309] Xavier Philippe, *Droit administratif général*, 2éme édition, Presse Universitaires d'Aix Marseille, 1996, pp.71

[310] CE 26/10/45, *Tabit, Mattei, Belloir*

L'importance de l'arrêt *Aramu* tient donc au fait que, d'une part, il invoque, pour la première fois, la notion de principes généraux du droit, et que, d'autre part, il sanctionne, par une annulation, la violation de l'un de ces principes. Certes, on peut faire valoir que le Conseil d'Etat, avant l'arrêt *Aramu*, avait déjà annulé le retrait pour faute d'une autorisation d'occupation du domaine public, parce que la titulaire de l'autorisation n'avait pas été « mise à même de discuter les griefs formulés contre elle », mais l'expression « principes généraux du droit » ne figurait pas dans l'arrêt[311]. Or, postérieurement à la décision *Aramu*, le juge administratif devait se référer, dans de nombreuses occasions, à ces principes généraux du droit, applicables même en l'absence de texte pour sanctionner leur violation par l'autorité administrative, et il faut souligner ici la spécificité, pour ne pas dire l'ambiguïté, de l'origine de ces principes généraux du droit.

Tous les principes généraux du droit susceptibles d'être utilisés par le juge administratif ne proviennent pas du droit interne. Les inspirations extérieures sont inévitables, notamment celles issues du droit international et du droit communautaire, eu égard à la structure moniste de l'ordre juridique français et à l'appartenance de la France à l'Union Européenne et au système européenne de protection des droits de l'homme.

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme, pour n'être pas négligeable, n'emprunte pas nécessairement la voie royale des principes généraux du droit. Mais on pourrait la déceler, sans aucun effort, derrière l'évolution de certains principes de procédure (en liaison avec l'article 6 de la Convention), tels que l'extension des « principes généraux du droit » selon lesquels les audiences judiciaires doivent être publiques[312] .

On ne saurait dire pour autant que le juge administratif national se prête facilement à ce jeu d'influence, encore que certaines solutions puissent parfois surprendre. Et, bien entendu, il faut différencier cette situation de celle où le juge se borne à appliquer directement et correctement les termes d'une convention internationale ou du droit qui en dérive.

La question de l'influence incertaine des principes généraux du droit international ne peut être posée qu'avec une extrême prudence. D'abord, parce que la dimension internationale modifie sensiblement les données du problème ; la combinaison des sources du droit international (traités, coutumes, principes généraux) obéit à des règles spécifiques. On peut imaginer soit des principes généraux inhérents au droit international, soit des principes généraux communs au droit interne et au droit international. La définition du principe général du droit international ne sera donc pas nécessairement calquée sur la définition des principes généraux du droit national.

On ne peut éviter à cet égard le parallèle avec la coutume internationale : l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice distingue, parmi les sources du droit applicables par le juge international, « la coutume internationale comme preuve d'une

[311] CE, 05/05/44, *Dame Vve Trompier-Gravier*
[312] CE, Ass., 04/10/94, cité par Franck Moderne, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* mai-juin 1998

pratique générale acceptée comme étant le droit », et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Nul n'ignore que la coutume internationale est regardée comme une source principale, à la différence des principes généraux, de second rang.

Par ailleurs, le 14e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946[313] énonce que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », mais ne précise pas que ces règles incluent les principes généraux du droit positif (traité, coutume, expression traditionnelle des volontés et des consentements des Etats).

Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour internationale de justice, divers principes généraux du droit contemporain se rattachent principalement au droit international humanitaire ; ils préexistent à toute codification, sont indépendants des instruments conventionnels qui les expriment et des ratifications de ces instruments par les Etats ; ils disposent d'une densité normative spécifique et reflètent une conception objectivisée du volontarisme étatique ; leur opposabilité est générale et universelle, dans la mesure où « ces règles fondamentales constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ». Au demeurant, la Cour internationale de justice se réfère, pour les désigner, à des expressions variées : principes généraux du base du droit humanitaire, principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire, principes de l'humanité, principes humanitaires les plus universellement connus, etc…

En dehors du droit international humanitaire, certains principes généraux² paraissent être la transposition de principes internes (principe des droits de la défense, règle *Pacta sunt servando*), principe de réparation des dommages causés, principe de l'autorité de la chose jugée), mais ils peuvent aussi être inhérents au droit international (règlement pacifique des différends, bonne foi dans l'exécution des engagements internationaux, liberté des communications maritimes, droits préférentiels des riverains).

D'autres principes généraux concernent spécifiquement le droit international de l'environnement. Il s'agit, par exemple, du principe de l'utilisation non dommageable du territoire, du principe de prévention, du principe de coopération dans la lutte contre les pollutions transfrontalières, du principe d'information -consultation préalable au lancement d'activités susceptibles d'incidences dommageables sur l'environnement, du principe d'utilisation équitable ou de gestion concertée des ressources naturelles. Certains principes plus récents (liés notamment au thème du « développement durable ») en sont encore à leurs débuts.

Les principes généraux du droit international sont donc, à la différence des principes généraux du droit interne, liés au droit coutumier international, et leur autonomie est parfois contestée en doctrine (le sens de la notion de principes généraux du droit reconnus pas les nations civilisées). Leur légitimité est de ce fait appréciée avec prudence par la Cour internationale de justice.

---

[313] *Y a-t-il des sources complémentaires de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ?* , Petites Affiches, 7 oct. 1992

Quant au droit français interne, le juge constitutionnel et le juge administratif ont éprouvé quelque hésitation avant de reconnaître un concept aussi incertain. La confusion entre les principes généraux du droit international et la coutume internationale reste fréquente. Le Conseil d'Etat y faisait parfois allusion sans que l'on sache exactement à quelle conception il se référait. Un arrêt de la Section du 23 octobre 1987, *Sté Nachfolger Navigation Company*[314] traduit la volonté de la Haute Juridiction administrative de prendre en compte de tels principes, mais sa portée véritable a été parfois contestée et l'amalgame entre droit coutumier international et principe général du droit international ne paraît pas avoir été complètement évité.

L'arrêt *Aquarone* a aussi cité un dernier point, Le Conseil d'Etat estime que « ni l'article 55 de la Constitution ni aucune disposition de valeur constitutionnelle n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes »[315]. Il s'agit donc de la coutume internationale, dont l'applicabilité en droit interne a été admise implicitement, au titre du 14 alinéa du Préambule constitutionnel, mais dont le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas le pouvoir de dire qu'elle doit l'emporter sur la loi nationale. Il y a lieu de supposer que le raisonnement serait *a fortiori* le même, à propos d'un principe général du droit international, dont la valeur juridique est inférieure à celle de la coutume internationale et dont les effets directs seront au surplus moins aisément identifiables. Mais cela ne préjuge pas que la coutume internationale ou le principe général du droit international devra céder devant la loi nationale ; il appartiendra au juge compétent (en l'occurrence, le juge constitutionnel) de le dire, et d'en tirer les conséquences éventuelles. Notons que le Conseil constitutionnel s'est référé au 14e alinéa du Préambule dans sa décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, à propos du séjour des étrangers et du droit d'asile, et en a tiré certaines conséquences juridiques. En d'autres termes, faute d'une disposition constitutionnelle analogue à celle de l'article 55 pour les traités, la loi nationale fera écran, même si elle est contraire à une coutume internationale ou à un principe général du droit international.

Mais la place du droit communautaire par rapport aux droits nationaux est tributaire de la situation singulière de ce droit, en tant que système intégré doté d'une juridiction propre. La problématique des principes généraux y revêt dès lors deux aspects principaux.

Dans la mesure où l'ordre juridique communautaire s'est doté d'un fonds de principes généraux d'insertion de ces principes dans les droits des Etats membres de l'Union européenne, on ne pouvait manquer de se heurter aux résistances des juridictions chargées d'en faire application.

Or la Cour de justice des Communautés européennes entend obtenir que les principes généraux du droit communautaire, qu'elle élabore et dont elle surveille la mise en œuvre, s'imposent aux autorités nationales, dès lors que ces autorités interviennent dans le

---

[314] cité par Franck Moderne, *Actualité des principes généreux du droit*, RFDA mai-juin 1998
[315] précité

champ du droit communautaire. Ces principes sont, au surplus, pris en compte officiellement par le traité sur l'Union européenne (art. F.2 et K.2) du 7 février 1992, ce qui leur confère une force particulière.

On rappellera que ces principes généraux ont été maintes fois analysés, par exemple : les principes généreux du droit qui participent de la sécurité juridique, la non – rétroactivité des actes administratifs, le respect des droits acquis, la règle *partere lagem quem fesisti*, le respect de la confiance légitime, la règle de la bonne foi et les principes qui correspondent aux exigences de l'Etat de droit – principe de la légalité, droit au juge, droits de la défense etc., et leur diversité rend aléatoires les classifications rigoureuses.

Pour les besoins du droit communautaire, le juge administratif français estime devoir appliquer les principes généraux du droit dégagés par les juridictions communautaires. B.Genevois[316] écrivait que « le Conseil d'Etat paraît s'interroger sur les suites à donner » à l'invitation de la Cour à faire application des principes généraux relatifs au droit communautaire dans l'ordre interne. Un arrêt du 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine*, relève aussi que le requérant n'était pas fondé à invoquer, pour écarter l'application d'une loi portant abrogation d'une exonération fiscale dont il bénéficiait, « des principes du droit communautaire » dès lors que la taxe en cause était « uniquement régie par le droit interne » et ne relevait pas, par suite, d'une réglementation communautaire. Le même raisonnement sous-tend la solution retenue par un arrêt plus récent du 9 juillet 1997, *Office public d'HLM de Saint-Priest* : sans moyen fondé sur la méconnaissance d'un principe communautaire, l'absence de mesures transitoires dans un décret relatif au financement des logements locatifs sociaux ne saurait prospérer, dès lors que les règles en cause ne relèvent pas du droit communautaire.

La tendance du juge administratif à accueillir avec circonspection les principes généraux du droit communautaire, avec lesquels il n'est pas complètement familiarisé, peut se concevoir. Dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 17 février 1995, *Meyet et autres*, le commissaire du gouvernement estimait ainsi que les principes de sécurité juridique et de confiance légitime susciteraient vraisemblablement quelques difficultés pour la mise en œuvre de la jurisprudence *Nicolo.* Mais la logique du système communautaire impose de les prendre en compte d'une manière ou d'une autre. Par ailleurs, on peut ajouter que tous les principes généraux dégagés par le droit communautaire et au nom desquels la Cour de justice des Communautés européennes prend ses décisions, n'intéressent pas au même degré les droits nationaux. La « sécurité juridique » fonde l'exigence d'une « application uniforme dans tous les Etats membres des notions et qualifications juridiques dégagées par la Cour[317] » ; mais elle ne peut être efficacement surveillée que par la Cour elle-même ; le principe dit de « confiance mutuelle entre les Etats membres » ou le principe selon lequel la Communauté européenne est une « communauté de droit » concernent incontestablement l'ordre juridique communautaire dans sa globalité et fondent directement le droit communautaire lui-même. Dès lors qu'il

[316] précité

[317] CJCE, 14/07/77 cité par Franck Moderne, précité

s'agit bien de l'application du droit communautaire. L'arrêt de l'Assemblée *Meyet et autres*[318] même s'il se borne à relever que l'article F-2 du traité « n'édicte aucune règle avec laquelle » les lois françaises sur l'élection des représentants de la France au Parlement européenne « seraient incompatibles », ne fait pas obstacle à cette perspective.

Même si les principes généraux du droit communautaire sont reçus dans l'ordre juridique français et appliqués par le juge administratif en qualité de principes « internes » (en dehors de toute obligation de satisfaire aux exigences des traités communautaires) une étape supplémentaire serait franchie. Les principes généraux communautaires s'ajouteraient ainsi aux principes nationaux, ou se substitueraient éventuellement à eux, ou contribueraient à les infléchir.

La démarche prévisible du juge administratif français est de n'accueillir les principes généraux du droit communautaire que s'ils ne bouleversent pas l'ordre juridique établi et s'ils s'insèrent sans trop de difficultés dans le corpus juridique existant. Et encore doit-on réserver l'hypothèse où la greffe ne serait que partielle et temporaire, à la suite, par exemple d'un changement d'interprétation de tel ou tel principe par les autorités communautaires compétentes.

(2.2) La force active des principes généraux du droit

A l'origine de la création, à partir du XIIIe siècle et sous des noms divers, le Conseil d'Etat français a réuni des juristes (on disait alors des légistes) autour du roi. Des termes tels que conseiller d'Etat ou maitre des requêtes, toujours utilisés, datent de l'Ancien Régime. Les rois, qui détenaient le pouvoir de justice et jugeaient en dernier ressort, ont, après le Moyen Age, laissé exercer ce pouvoir de justice par des tribunaux, les parlements. On parle de justice déléguée (aux parlements). Cependant, si les parlements décidaient en dernier ressort des litiges entre les sujets du royaume, comme des poursuites contre eux, les rois ont continué à décider par eux-mêmes, lorsque les actes de leur administration étaient contestés. On parle alors de justice retenue (par le souverain). Les légistes assistaient le roi tant pour l'élaboration des lois que pour l'exercice de la justice retenue.

La révolution conserve le principe de la justice retenue pour le contentieux administratif. La loi des 16 et 24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire pose le principe de la soustraction du contentieux administratif au contrôle des tribunaux ordinaires (judiciaires). De plus, le décret du 16 fructidor an III confirme le principe de séparation en affirmant, dans un article unique, que « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèces qu'ils soient, avec peine de droit ».

Néanmoins, ce n'est que sous le Consulat qu'est mise en place une véritable justice administrative, si bien que, durant toute la période révolutionnaire, on ne peut contester les actes de l'administration que devant l'administration elle-même.

Le Conseil d'Etat français actuel est institué par la Constitution du 22 frimaire de l'an VIII (13 décembre 1799). Le Conseil d'Etat de cette époque est chargé de préparer les

[318] *AFDA*,1995, p.233

projets de lois et d'assister le chef de l'Etat dans les jugements portant sur le contentieux administratif (les « difficultés »). Le Conseil apparaît dans plusieurs articles de la Constitution, et ses membres, nommés par le Premier consul, jouissent d'un statut élevé. Les magistrats du Conseil d'Etat présentent et défendent les projets du gouvernement devant le corps législatif. Face à la justice, ils bénéficient de la même immunité que les parlementaires : les poursuites doivent être autorisées par le Conseil. A l'époque de Bonaparte, le Conseil tient une place importante, en tenant en particulier un rôle majeur dans la rédaction du Code civil français.

Dans sa fonction contentieuse, le Conseil n'a à l'époque qu'un rôle consultatif. Le système reste celui de la justice retenue, la décision revenant au chef de l'Etat. Dans les faits, ce dernier suit presque toujours les avis du Conseil (ses successeurs feront de même), d'autant plus facilement que le Conseil refuse d'apprécier les décisions de l'administration prises pour des motifs « politiques ».

La Restauration regarde cette institution napoléonienne avec méfiance. Le Conseil, même s'il n'est plus mentionné dans la Charte et tient alors lieu de Constitution) est conservé, mais ses avis sont moins sollicités, et l'activité se recentre sur sa fonction contentieuse. La Conseil retrouve un peu de lustre sous la Monarchie de juillet, et la IIe République en 1849 le renforce en mettant fin à la justice retenue. Le Conseil reçoit la justice déléguée. Dans sa fonction contentieuse, il ne donne plus que des avis, certes généralement suivis, mais rend « au nom du peuple français » des arrêts exécutoires, tout comme les tribunaux de l'ordre judiciaire. En même temps, est créée la fonction de commissaire du gouvernement. Napoléon III revient à la justice retenue en 1852.

La IIIe République naissante, par la loi du 24 mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, rend au conseil la justice retenue. Elle institue aussi la fonction de vice-président du Conseil d'Etat. Le Conseil s'installe au Palais-Royal, dans ses locaux actuels, en 1875. Le Palais d'Orsay, qu'il occupait précédemment, avait brûlé pendant la Commune. Cette même année 1875, par l'arrêt Prince Napoléon[319], le Conseil abandonne sa théorie selon laquelle il doit s'abstenir de juger des décisions du gouvernement prises pour des motifs d'intérêt politique. Le 21 janvier 1921, le Tribunal des conflits a rendu une décision importante dans l'ordre administratif, c'est-à-dire l'arrêt Société commercial de l'ouest africain (bac d'Eloka), qui mettait les services publics industriels et commerciaux sous la juridiction de l'ordre judiciaire. Cette introduction du droit privé dans la sphère administrative, répondant au postulat critiquable que le juge judiciaire est mieux à même de défendre les intérêts des personnes privées, entraine aujourd'hui une grande complexité des relations entre les deux ordres de juridiction.

Sous le régime de Vichy, le Conseil a été un instrument de la politique répressive du régime, particulièrement en ce qui concernait les Juifs et les Communistes. Le Conseil était aussi considéré, avec l'avis de la commission ad hoc du statut des juifs, pour instaurer une présomption de judéité, qui n'était pas exigée par la loi du 2 juin 1941 sur le statut des Juifs.

---

[319] CE, 19 février 1875

A partir de 1945, les conseillers d'Etat sont pour la plupart issus de l'Ecole nationale d'administration, nouvellement créée. En 1953, les tribunaux administratifs ont été créés, les membres de ces tribunaux sont issus des conseils interdépartementaux des préfectures. Ces tribunaux forment un premier degré de juridiction, et le Conseil d'Etat n'intervient dorénavant dans la plupart des affaires que comme juridiction d'appel.

Le rôle politique du Conseil d'Etat a commencé en 1958. Il participe à la rédaction de la nouvelle Constitution, par l'intervention de Michel Debré, qui était un ancien conseiller d'Etat et alors garde des Sceaux et futur premier ministre, ainsi que Georges Pompidou, son successeur. Les relations entre le Conseil et le général De Gaulle pendant les premières années, marquées par la guerre d'Algérie, sont parfois tendues. L'arrêt Rubin de Servens[320] reconnaît au chef de l'Etat la possibilité d'exercer le pouvoir législatif, au titre de l'article 16 de la Constitution (pleins pouvoirs), sans contrôle du Conseil d'Etat.

En 1987, les Cours administratives d'appel ont été créées. C'était une cour de deuxième degré de juridiction entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat, pour alléger la charge de ce dernier. Pour de nombreuses affaires, les fonctions contentieuses du Conseil d'Etait n'interviennent plus qu'en cassation. En même temps, les magistrats de l'ordre administratif se voient confirmer, pour assurer leur indépendance, des garanties proches de celles des magistrats de l'ordre juridique, tout particulièrement l'inamovibilité.

Dans sa fonction de conseiller du gouvernement, le Conseil a rendu, dans les dernières années, quelques avis marquants sur des questions d'actualité, tel celui du 27 novembre 1989, dit port des signe d'appartenance à une communauté religieuse, lors de la première affaire du foulard islamique, ou encore celui du 22 août 1996, dit séjour des étrangers non ressortissant de l'Union européenne, lors de l'affaire de l'occupation de l'église Saint-Bernard par des étrangers en situation irrégulière.

Jusqu'à présent, « le rôle accru » du Conseil d'Etat, selon l'expression de M.Jean-Paul Costa dans son article de 1998, est toujours complexe. Car le Conseil d'Etat doit intervenir dans de nombreux secteurs, où son intervention a été et sera plus que jamais nécessaire[321] : le droit à la vie, la liberté religieuse et la laïcité, l'adoption, la dignité de la personne humaine, les limites de la liberté de la presse et de l'audiovisuel, etc … Dans tous ces domaines, ses capacités d'action se trouvent renforcées par le mécanisme des principes généraux du droit, qui lui permettent d'intégrer sous forme juridique des préoccupations sociales.

C'est d'abord dans le domaine de la santé publique que les principes généraux du droit peuvent apporter la souplesse nécessaire à la bonne application de la règle de droit par l'ensemble des acteurs. La réflexion philosophique sur le concept de responsabilité a certainement entraîné une rapide évolution juridique internationale et nationale de ce principe, en lui offrant une justification morale. La demande sociale de sécurité a également nourri le principe de précaution, lui permettant de s'étendre de l'environnement où il est né, vers la

[320] CE, 2 mars 1962
[321] J.P.COSTA, « L'image du Conseil d'Etat dans la société de demain », *RDA* 1998, n°301, pp.54-60, spcéc. p. 59

santé[322]. Mais pour répondre à cette exigence sociale, l'intervention du juge est indispensable. Même si la nature du principe de précaution est encore incertaine, la catégorie des principes généraux du droit semble tout particulièrement destinée à l'accueillir, afin de le faire accéder à la vie juridique et d'en faire l'application avec toutes les précautions qui s'imposent.

Le débat sur les discriminations positives s'inscrit aussi dans ce contexte. Le Conseil d'Etat adopte traditionnellement une conception réaliste du principe d'égalité, autorisant le pouvoir législatif ou réglementaire à faire preuve d'une assez large marge d'appréciation. Cependant, ce pragmatisme jurisprudentiel n'a pas encore conduit le Conseil d'Etat à exiger que des situations différentes soient traitées différemment, à la grande déception d'une importante partie des partisans de cette conception. Cette notion est peut-être en train d'évoluer, en liaison avec un renouveau de la problématique de l'égalité concrète et de l'égalité abstraite.

Les principes généraux du droit peuvent intervenir pour définir la notion d'intérêt général. Il est nécessaire de s'interroger sur l'avenir de ce concept[323], certains principes généraux du droit de découverte récente peuvent être interprétés comme participant au renouveau de la notion d'intérêt général, comme le problème de la notion de protection de l'environnement, considéré comme d'intérêt général[324].

Selon les rédacteurs du Rapport public du Conseil d'Etat pour l'année 1999, le principe de précaution « pourrait apparaître comme une facette nouvelle de la notion d'intérêt général, en tant qu'il implique un arbitrage entre les préoccupations d'aujourd'hui et le souci de l'intérêt des générations futures ». Un tel principe pourrait amener l'administration « en cas d'incertitude sur les risques futurs qu'elle pourrait entraîner pour la santé publique, à refuser une autorisation là où seraient pourtant remplies toutes les conditions prévues par les textes (CE, 21 avril 1997, Mme Barbier, à propos des produits à base de collagène) »[325].

La définition de nouveaux droits sociaux, sous forme de principes généraux du droit, s'inscrit dans la même perspective. Le droit du travail et le droit de la fonction publique ont été profondément modifiés par la découverte relativement récente de nombreux principes généraux du droit, qui sont venus compléter l'arsenal législatif et réglementaire existant.

Ces principes concernent aussi bien les candidats à un concours[326] que les agents nommés. Le nombre de ces derniers n'a cessé d'augmenter concernant les salariées en état de grossesse. Peuvent être aussi mentionnés le principe faisant obligation à l'administration de servir à ses agents non titulaires une rémunération au moins égale au Smic[327], celui excluant le cumul des indemnités de congés payés avec les salaires perçus[328],

---

[322] M.BOUTONNET et A.GUEGAN, Historique du principe de précaution, Annexe 1 in Ph.KOURILSKY et G.VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au 1er ministre, éd. Odile Jacob, 2000, pp.253-278
[323] Conseil d'Etat, L'intérêt général, *EDCE* 1999, n°50, p.237
[324] A.KISS et D.SHELTON, *Traité de droit européen de l'environnement*, éd. Frison-Roche, 1995, spéc. p. 40
[325] Conseil d'Etat, L'intérêt général, *EDCE* 1999, n°50, p.297
[326] Mentionnant « *les principes généraux du droit, applicable même l'absence de texte, en matière d'organisation des concours* », CE, 2 mars 1988, *Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur*, Leb., p.94 ; *RFDA* 1988, p.615 ; concl. Laroque.
[327] CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/Aragnou*, Leb. p.151, concl. Labetoulle

« le principe à travail égal, salaire égal »[329], ou encore le « principe général relatif à la représentativité » des syndicats[330].

Les tribunaux administratifs ne sont pas en reste dans ce domaine, avec notamment un jugement particulièrement intéressant, selon lequel il résulte d'un « principe général dont s'inspire l'article L.231-8-1 du Code du travail » qu'un fonctionnaire territorial peut refuser d'exécuter des travaux prescrits par le maire, si la tâche qu'il doit accomplir présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé »[331].

Les principes généraux du droit jouent aussi un rôle important dans le secteur médical. C'est dans la décision « Conseil national de l'Ordre des médecins » du 20 avril 1988 que la Haute juridiction administrative a dégagé un nouveau principe général du droit : le principe de l'indépendance professionnelle et morale des médecins ». C'est un exemple des principes généraux du droit, participant à l'idée de l'indépendance ainsi que, le principe de l'indépendance des avocats et des juges. Les principes généraux du droit ont aussi participé au concept de liberté de libre choix, de libre exercice et de libre accès, etc…

En bref, la force active des principes généraux du droit réside dans la capacité du juge administratif à les remettre sans cesse en question, à en renouveler l'intérêt et à en garantir l'originalité. Les développements précédents ont permis de démontrer la volonté du Conseil d'Etat de préserver le prestige de sa fonction, en prenant soin de choisir avec précaution les principes découverts. Les principes généraux du droit sont beaucoup plus dynamisés que leur théorie d'origine, et il convient également de mentionner le rôle décisif joué par le juge administratif, dont l'audace a certes souvent été réfrénée, mais qui apporte son inventivité sous la forme d'un véritable réservoir d'idées.

(B) Modèle de création

Il y a deux points intéressants à envisager : le fond (1) et le forme (2)

1.Le fond : La valeur juridique des principes généraux du droit

Pour envisager la valeur juridique des principes généraux du droit, il est nécessaire de mentionner d'abord la thèse du professeur Chapus (1.1), parue dans son ouvrage *Droit Administratif* : le professeur Chapus y confirme la valeur « infra-législative » et « supra-décrétale » des principes généraux du droit. Cette analyse enrichit la théorie du droit administratif français, et surtout l'existence des principes généraux du droit par rapport aux règles générales.

A la différence des principes généraux du droit, les règles générales sont des règles à caractère supplétif qui s'appliquent, en l'absence de texte, mais qu'une disposition réglementaire ou, à plus forte raison, législative peut écarter. On trouve, dans cette catégorie, de nombreuses règles générales de procédure, comme le droit appartenant à tout justiciable de

---

[328] CE, 16 février 1994, *Bureau d'aide sociale de Pontenx-les-Forges c/ Mme Labat*, Leb., p.764
[329] CE, 8 juillet 1998, *Adam*, DA 1998, n°330, obs. C.M.
[330] CE, 12 novembre 1997, *Union des travailleurs de l'énergie*, AJDA, 1998, p.87
[331] TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory*, DA 1996, n°538

demander à la juridiction supérieure le renvoi pour cause de suspicion légitime de l'affaire devant une juridiction du même degré.[332]

La notion des principes généraux du droit a également trouvé un prolongement dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Cette haute juridiction se réfère tant à des principes qui sont issus des traités instituant les Communautés qu'à des principes inspirés du droit des Etats membres. C'est à ce dernier titre que la conception française des principes généraux du droit a joué un rôle important. Dès 1960, à défaut d'appliquer directement les règles de droit interne constitutionnelles, on s'en est inspiré éventuellement pour avoir l'expression d'un principe général du droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du traité de Rome.

Le juge administratif reçoit purement et simplement telle ou telle disposition du Code civil et du Code de procédure civile comme règle applicable au sein même du système administratif, parce qu'il juge qu'aucune nécessité propre à celui-ci ne s'oppose à son application et, bien plus, qu'elle est aussi satisfaisante qu'on peut le souhaiter.

Mais cette comparaison doit rester dans des limites étroites. En effet, le juge administratif part de cette présomption inscrite dans l'arrêt *Blanco* que le droit administratif n'est pas composé de règles empruntées aux lois et codes de droit privé, et donc que leur mise en application est exceptionnelle. Le Conseil constitutionnel n'a jamais présumé que sa lecture de la Constitution dût par principe se faire sans référence au droit public français préexistant à l'institution du contrôle de constitutionnalité. La présomption est inverse.

D'ailleurs, la décision du Conseil constitutionnel rendue dans le cadre de l'article 61 de la Constitution précise, au nom de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, le contenu ou la portée d'une notion ou d'une règle consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat se sont produites à propos de la délimitation du domaine législatif et du domaine réglementaire.

Avant l'arrêt *Nicolo*[333], le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel divergeaient sur le point de savoir à qui, du juge constitutionnel ou du juge du fond, il revenait d'assurer la prééminence des traités ou accords internationaux sur des lois postérieures. Mais cette divergence a, pour l'essentiel, disparu. En son temps d'ailleurs, elle traduisait plutôt le refus par le Conseil d'Etat de « recevoir » la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

On peut constater que les principes généraux du droit concernent toutes les branches du droit. En France, le terme de « principes généraux du droit » est réservé au juge administratif. Il est nécessaire d'examiner la valeur juridique de principes généraux du droit par rapport à la Constitution (1.2). Et en réalité, malgré l'absence de vocabulaire similaire, le juge du Conseil constitutionnel a élaboré aussi un principe général du droit selon la compétence du législateur dans certains domaines. De plus, la reconnaissance par le Conseil constitutionnel des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république (ce que

[332] CE, 08/01/59, *Commissaire du gouvernement près le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables*
[333] CE, 20/10/89

nous envisagerons dans section 2 de cette même partie) est influencée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

(1.1)La consécration de la thèse du professeur Chapus

Il est important d'envisager la thèse du professeur Chapus concernant la théorie des principes généraux du droit. Par rapport à sa thèse qui est considérée comme un des fondements majeurs de la théorie du droit administratif contemporain, on peut mieux comprendre la valeur juridique des principes généraux du droit.

En droit français, le rang de la norme dépend du rang de l'organe qui l'édicte. Par sa fonction de serviteur des lois et censeur des décrets, le Conseil d'Etat est donc situé entre le législateur et le pouvoir exécutif. Il en découle nécessairement que les normes jurisprudentielles qu'il édicte se situent à un niveau supraréglementaire et infralégislatif. Au surplus, si l'on voulait mettre les principes généraux du droit applicables à un niveau supérieur, il faudrait admettre qu'une même autorité, le Conseil d'Etat, puisse édicter des normes de niveau hiérarchique différent, ce que M. Chapus[334] estime inconcevable.

M. Chapus confirme qu'une interprétation conciliatrice n'a pu accorder les dispositions d'une loi avec les exigences d'un principe général du droit et que la loi l'emporte. « La loi est insusceptible d'être tenue en échec par les principes généraux du droit auxquels elle permet de porter atteinte »[335]. L'affirmation du Conseil d'Etat selon laquelle les principes généraux du droit ont valeur législative est sans valeur, car il faut étudier l'organe qui fait ce principe et non ce à qui le principe s'applique. Au demeurant, cette affirmation est symbolique, elle ne signifie rien d'autre qu'à l'instar de la loi, les principes généraux du droit s'imposent à tout acte administratif.

Pourtant l'opinion de M.Chapus semble critiquable. En définissant la valeur des principes généraux du droit comme infralégislative et supraréglementaire, il établit une relation de supériorité entre la loi et le principe général du droit d'un part, et entre le principe général et le règlement d'autre part. Il considère, en conséquence, que les rapports qu'entretiennent les principes généraux du droit avec les lois et avec les règlements sont de même nature, ce qui n'est pas confirmé par le droit positif. Pour le montrer, il convient d'abord de définir la notion de supériorité relative des normes juridiques.

Une norme est supérieure à une autre norme si le fondement de la validité de la seconde se trouve dans le premier fondement. En d'autres termes, une norme est inférieure à une autre si, pour être valide, elle doit être conforme aux dispositions de cette autre norme, selon la théorie pure du droit de Hans Kelsen. Si une règle de droit est posée en contradiction avec une norme juridique supérieure, elle doit être soit annulable, soit empêchée de devenir définitive.

---

[334] R.Chapus, *Le droit administratif*, Tome I, 14e édition, Montchretien, 2000
[335] précité

Le raisonnement juridictionnel donne une excellente illustration de cette relation de supériorité, lorsque le juge contrôle la conformité d'une règle par rapport à une autre ; la norme supérieure constitue alors la prémisse majeure du syllogisme.

La supériorité d'une norme sur une autre est donc garantie par l'existence du contrôle de la seconde par rapport à la première.

En l'absence d'un tel contrôle, le problème de l'existence d'une relation de supériorité se complique. Cette relation peut être supposée et on considérera que la norme inférieure contraire est nulle, même si elle n'est pas annulable[336]. On peut aussi supposer que la norme supérieure permet, en fait, d'édicter des normes contraires. Il est enfin possible d'admettre que la règle inférieure est, par principe, réputée conforme à la norme supérieure, cette dernière étant interprétée par l'autorité qui pose la première[337].

Il apparaît ainsi incontestablement une relation de supériorité entre les principes généraux du droit et les règlements administratifs (et a fortiori les actes administratifs non règlementaires). Cette hiérarchie est sanctionnée, le cas échéant, par le juge administratif qui annule les actes administratifs contraires aux principes généreux du droit. La jurisprudence récente a sur ce point parfaitement confirmé les analyses de M.Chapus.

Mais il apparaît aussi que les relations entre les principes généraux du droit et les lois sont plus complexes. Certes, on ne peut déduire du défaut de contrôle des principes généraux du droit par rapport aux lois une absence de hiérarchie, mais la question mérite d'être examinée.

Une thèse sur les principes généraux du droit et la loi, est une thèse qui considère les principes généraux du droit et la loi, compte tenu des rapports entre la loi générale et la loi spéciale. Il nous paraît possible d'affirmer que la relation qui s'établit entre deux notions n'est pas un rapport de norme inférieure à norme supérieure.

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel ne permet pas d'affirmer qu'il existe une relation de supériorité entre la loi et le principe général du droit. Le Conseil d'Etat n'utilise la notion de principe général du droit qu'à défaut de loi applicable en la matière et que si le règlement administratif contesté n'a pas empiété sur le domaine législatif défini par la Constitution.

Mais le débat sur la hiérarchie de norme provoque une image de complexité du droit administratif. Pourtant, cette situation évolue progressivement. Ce débat est moins tendu dans l'ensemble de la juridiction administrative thaïlandaise, en raison de la primauté de la protection des droits. Nous envisagerons ce critère thaïlandais dans cette même sous-partie.

---

[336] Cette notion a été soutenue à propos de la supériorité de la Constitution de 1875 sur les lois, notamment par Duguit et pas Carré de Malberg

[337] M.Troper, *La théorie d'interprétation dans la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, cité par Alain – Serge MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA* 1976

Jusqu'en 1958, on considérait que les principes généraux du droit avaient une valeur législative. C'est-à-dire que le débat sur le pouvoir du droit jurisprudentiel est définitivement fini[338]. On accepte que les principes généraux du droit à valeur législative soient supérieurs à toutes les règles administratives.

Dans le vocabulaire juridique, l'application de l'expression « principes généraux du droit à valeur constitutionnelle »[339] et l'expression « principes généraux du droit à valeur législative » (ou plutôt infralégislative) sont parfois utilisées avec la même signification (y compris dans la jurisprudence administrative). Mais c'est l'expression « principes généraux du droit à valeur législative » qui nous paraît logiquement préférable. Si une loi peut déroger à un principe général, inversement, cette loi ne confère pas aux principes généraux une valeur nécessairement infralégislative. L'attribution d'une valeur législative pourrait signifier qu'un principe général du droit nouveau serait apte à faire pièce aux lois contraires antérieures.

Cette explication fait référence aux principes constitutionnels (ou de valeur constitutionnelle). Le juge constitutionnel s'interdit de créer des principes « généraux » du droit constitutionnel, et réserve l'expression « principe général du droit » à la seule sphère administrative. En ce sens, il y aurait lieu effectivement d'avancer que l'avènement contemporain d'une « constitutionnalité » qui se substitue à l'ancienne « légalité » (*lato sensu*), dans le contexte de l'Etat de droit, affaiblit, dans une certaine mesure, l'importance et l'intérêt de la théorie des principes généreux du droit[340], ne serait-ce qu'en l'amputant de sa partie constitutionnalisée.

Il reste que le juge administratif a aujourd'hui délibérément reporté son effort créateur sur les principes généraux du droit propres à certaines matières.

Pour les principes généraux du droit à valeur législative**,** cette idée résulte de l'arrêt CE 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils* qui soumet les règlements au respect des principes généraux du droit. Tous les actes administratifs sont soumis aux principes généraux du droit. Ceci est vrai, par exemple, pour les ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Cela est également exact pour les ordonnances référendaires de l'article 11 : CE 19 octobre 1962, *Canal*.

Ce point est acquis et ne génère pas de difficultés. Il demeure la raison d'être des principes généraux du droit, puisque le juge administratif y soumet l'ensemble de l'action administrative.

Dans l'affaire *Dame David*, au lieu de se situer au plan de la violation d'un principe général du droit, le juge aurait pu, comme l'y invitait également la requérante, juger que les dispositions de l'article 83 du décret du 20 juillet 1972 attaquées ne constituaient pas

---

[338] Nous avons déjà développé dans la sous-partie 1 de deuxième partie, section 2 (la jurisprudence : fondement inévitable des principes généraux du droit

[339] B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, cité par Franck Moderne , « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* mai-juin 1998, p.495

[340] L. Favoreu, *Légalité et constitutionnalité*, cité par Franck Moderne , précité

de simple règles de procédure mais représentaient une des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. D'ailleurs, le commissaire du gouvernement a reconnu que l'on pouvait avoir des hésitations à ce sujet.

Inversement, lorsque le Conseil d'Etat pense pouvoir annuler la disposition contestée en se référent au domaine de la loi, il s'abstient de poser un principe général du droit. Dans l'arrêt *Sieur Leroy*, il a préféré juger que la note du 12 avril 1972 du chef du service des renseignements de l'architecture et des arts plastiques, prévoyant que les avis d'un conseil de gestion composé pour moitié d'étudiants, méconnaissaient l'article 34 de la Constitution, devrait se référer à un principe général du droit, comme la possibilité en avait été évoquée par le commissaire du gouvernement.

Ainsi pour le Conseil d'Etat l'existence d'une loi applicable exclut celle des principes généraux du droit. Les principes généraux du droit suppléent à l'absence de la loi. On ne peut contester que, du point de vue fonctionnel, les deux catégories de normes jouent le même rôle.

L'arrêt *Aramu* ne prend pas parti sur la place des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes juridiques. Or, il est capital- ne serait-ce que pour déterminer les autorités auxquelles ces principes s'imposent- de les situer par rapport aux textes écrits que sont la Constitution, les lois, les actes administratifs, étant entendu que notre étude sera, ici, conduite en fonction des données résultant du système constitutionnel du 4 octobre 1958.

Pourtant, selon la Constitution de 1946, on considérait que les principes généraux du droit possédaient une valeur législative. Cette considération expliquait que le juge faisait quelquefois prévaloir les principes généraux du droit sur certaines lois. Postérieurement, à l'entrée en vigueur de la Constitution du 1958, le juge a volontairement refusé une valeur constitutionnelle aux principes généraux du droit.

En effet, dans la décision *Syndicat général des ingénieurs-conseils*[341], le Conseil d'Etat estime que les « principes généraux du Préambule de la Constitution s'imposent à toute autorité réglementaire en l'absence de dispositions législatives… ». Certains auteurs affirment qu'il n'est pas nécessaire de répéter la phrase du droit ayant la même valeur juridique que la Constitution. En même temps, il est hasardeux de reconnaître aux principes généraux du droit ayant valeur législative, la même valeur que la loi[342].

Après tout, lorsque le Conseil d'Etat fait allusion aux principes résultant « notamment du Préambule », cela implique seulement que d'autres principes ne dérivent pas nécessairement de la Constitution, de son Préambule et des textes qu'il vise, et rien ne permet au juge administratif de reconnaître, à ces derniers principes, une valeur constitutionnelle. Par ailleurs, souligner, comme le fait le juge administratif, que les principes généraux du droit s'imposent à l'autorité réglementaire, ne permet pas d'en déduire leur valeur législative. En effet, pour qu'ils s'imposent dans tous les cas à l'autorité réglementaire, il suffit de leur reconnaître une valeur juridique supérieure à celle du décret, et cette valeur serait suffisante

[341] CE, 26/06/59
[342] CE, 17/02/60, *Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*

pour assurer leur respect pour tous les actes normatifs des autorités administratives, y compris pour les règlements autonomes de l'article 37 de la Constitution du 1958[343], et même pour les ordonnances non ratifiées de l'article 38[344].

Le juge utilise les principes généraux du droit applicables comme s'il s'agissait de lois générales, à combiner avec les lois spéciales que sont les lois écrites. Selon le professeur Chapus, le principe général du droit ne prévaut par sur la loi écrite antérieure, contrairement au principe *lex posterior derogat priori* : c'est parce que l'abrogation tacite des lois qui règlent des matières spéciales ne saurait découler de la promulgation d'une loi générale postérieure : « *legi speciali per generalem non derogatur* », affirment les auteurs anciens. Tout comme « l'adoption d'une loi générale laisse survivre la loi spéciale antérieure qui fera alors exception au texte postérieur », le principe général du droit applicable postérieur s'écarte lorsqu'il existe une loi antérieure.

Le raisonnement suppose, pour être valable, que les lois écrites existant dans les matières dans lesquelles des principes généraux du droit ont été créés, puissent être considérées comme des lois spéciales. Or ces notions sont relatives, et s'apprécient l'une par rapport à l'autre. Traditionnellement on entend par lois spéciales celles qui donnent une règle particulière à une série de cas déterminés. On les oppose aux lois générales qui déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapport juridique[345].

S'agissant des principes généraux du droit utilisés par le Conseil d'Etat, on a déjà remarqué qu'en droit public il n'existait aucun Code mais seulement « des lois fragmentaires », selon l'expression de M. Letourneur. C'est précisément le manque de lois générales qui explique la création des principes généraux du droit applicables.

Au demeurant, la jurisprudence récente confirme cette analyse. Dans les arrêts *Sieurs Barre et Honnet* et *Dame David*, le Conseil d'Etat affirme qu'il n'appartient qu'au législateur « de délimiter et de restreindre les principes généreux du droit applicables ». Par rapport à cette jurisprudence, on se pose la question de savoir si la création de lois spéciales déterminées (qui déroge à la loi générale) ne peut pas supprimer le principe. Le fait de considérer les principes généraux du droit applicables comme des lois générales explique que le pouvoir réglementaire soit compétent pour le rappeler, l'administration pouvant toujours rappeler les dispositions de la loi[346]. Certaines conclusions du commissaire du gouvernement corroborent cette analyse des principes généraux du droit applicables.

Ainsi, il est tout à fait exact que la loi l'emporte sur le principe général du droit. Et ce n'est pas en raison de la supériorité de la loi sur le principe, mais parce que, soit la loi écrite, soit loi spéciale, l'emporte sur le principe général du droit pour les cas qu'elle régit. La loi générale (dont sa portée) devient à la limite supplétive.

---

[343] CE, 28/10/60, *Sieur de Laboulaye*
[344] CE, 04/11/96, *Assoc. De défense des sociétés de cours des hippodromes de province*
[345] R. CASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.*1961, chron. , p.91 cité par Alain –Serge MESCHERIAKOFF, *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente,* AJDA 1976
[346] C.E. *Sieurs Barre et Honnet*

En adoptant cette distinction, on réintroduit une disparité entre la valeur des principes généraux du droit et celle des autres normes jurisprudentielles, condamnée par M. Chapus. Pour ne pas entamer des développements sur les relations s'établissant entre le droit écrit et les règles jurisprudentielles qui sortiraient du cadre de cette étude, on peut se borner à quelques remarques. Selon M.Chapus, l'examen de la démarche du juge amène à penser qu'il crée des normes de valeur différente. Il faut déjà distinguer la norme individuelle qui tranche le cas d'espèce et qui constitue le dispositif de l'arrêt, de la norme jurisprudentielle proprement dite que forge le juge pour édicter la précédente et qui figure dans les motifs du jugement. La définition que nous avons donnée de la supériorité d'une norme sur une autre suggère déjà qu'une norme est supérieure à une autre.

En conclusion, nous pourrons retenir que la thèse de R.Chapus repose sur deux idées différentes

Première idée : Les principes généraux du droit, quelle que soit leur origine (texte, création), ne possèdent pas de valeur constitutionnelle. Ils s'imposent dans tous les actes administratifs, y compris les règlements autonomes.

En effet, selon l'auteur, l'analyse de l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils* a dégagé davantage de conséquences qu'il n'en proposait. Un règlement - autonome ou subordonné - reste un règlement. Croire que le règlement autonome, parce qu'il n'existe pas de loi au-dessus de lui, s'est hissé au niveau de la loi est totalement erroné. Il n'y a pas de hiérarchie (règlement subordonné, règlement autonome). Il n'y a donc aucune raison d'admettre que les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif ont, d'un seul coup, acquis un statut constitutionnel (thèse parfaitement logique qui s'est révélée exacte en ce qui concerne les règlements).

Deuxième idée : La valeur juridique des principes généraux du droit dépend de leur origine, c'est-à-dire de la place des normes auxquelles se réfère le juge qui les reconnaît.

Si les principes généraux du droit sont créés par le juge administratif, il nous faut aussi examiner de quelle mission est chargé ce juge. Et si le juge exerce cette mission pour le contrôle de la légalité des actes administratifs, cette position organique se situe donc entre la loi et le règlement, puisqu'il confronte l'acte administratif à la loi. En conséquence, les principes généraux du droit ont une valeur inférieure à celle de la loi, mais supérieure à celle du règlement. Cela permet de comprendre la signification de la phrase : les principes généraux du droit ont une valeur infra-législative et supra- décrétale.

De toute façon, la thèse de M.Chapus est critiquée par rapport à la pluralité des principes généraux du droit. En ce sens, il y a deux constats.

D'une part, avant l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs- conseils* de 1959, le Conseil d'Etat a parfois réussi à faire prédominer les principes généraux du droit sur la loi. Par exemple, dans l'arrêt de CE 17 février 1950, *Lamotte*, la loi avait exclu tout recours. Le juge administratif a estimé que le principe général du droit au recours permettait de considérer que cette conclusion n'englobait pas le recours en annulation. Il s'agissait certes, d'une

exception, mais elle existait.

D'autre part, l'analyse de R.Chapus se limite à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Or, depuis la décision 55 L. du 26 juin 1969 , *Protection des sites,* la jurisprudence du Conseil Constitutionnel est venue nuancer l'élaboration des principes généraux du droit par le Conseil d'Etat. Le Conseil Constitutionnel a alors constitutionnalisé certains principes généraux du droit reconnus pas le Conseil d'Etat : CC 25 juillet 1979 *Droit de grève Radio - TV*. Il a donc, à sa manière, élaboré (ou repris) des principes généreux du droit qui ont aujourd'hui valeur constitutionnelle. Il est vrai cependant que ces principes généreux du droit élaborés ou reconnus sans texte sont peu nombreux et qu'aujourd'hui on peut considérer qu'il s'agit d'une catégorie mort-née. De plus, le Conseil constitutionnel a aussi créé une nouvelle catégorie de principes : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République présentent certaines similitudes et différences avec les principes généraux du droit.

Par rapport au deuxième constat, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont accordé à ces principes une valeur constitutionnelle, mais ces principes ne reposent sur aucune norme précise. Le juge constitutionnel les déduit de l'ensemble de la législation existante qui a pu être édictée depuis la Révolution de 1789. C'est la permanence de ces principes, leur absence de contradiction, leur affirmation constante, qui permet au Conseil constitutionnel de leur reconnaître ce statut. Le mode de raisonnement utilisé par le juge constitutionnel est le même que celui qu'utilise le juge administratif pour les principes généraux du droit.

D'autre part, il existe un concept différent des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »[347] qui s'appuient sur une définition précise et qui nécessitent la réunion de trois conditions : (1) ils doivent être issus d'une « législation républicaine », (2) cette législation doit être antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, (3) ces principes ne doivent avoir connu aucune dérogation à travers les différentes lois qui les ont réaffirmés. Par ailleurs, le juge constitutionnel est extrêmement méfiant à l'égard de l'extension de ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. La tendance actuelle est à la réduction de ces principes, dès qu'une disposition textuelle peut servir de soutien à la protection de leur contenu (la liberté individuelle et la liberté de conscience reconnus au départ par le biais de tels principes trouvent aujourd'hui leur fondement dans les textes du bloc de constitutionalité). Le Conseil Constitutionnel a essayé de démontrer qu'il possédait sa propre théorie d'élaboration prétorienne des règles jurisprudentielles, même si cette théorie apparaît soumise à des conditions plus strictes.

En bref, la thèse de R.Chapus et les critiques que nous venons d'envisager ne sont peut-être pas aussi contradictoires. Il existerait plutôt une certaine complémentarité entre elles. La divergence repose sur le fait que dans les deux cas, on part de points de vue différents. M.Chapus raisonne au niveau du Conseil d'Etat et en déduit qu'il existe une division binaire des principes généraux du droit : les principes généraux du droit à valeur législative et les principes jurisprudentiels à valeur supplétive.

[347] Nous envisagerons dans section 2 de cette même sous-partie, section 2

La thèse de M.Chapus peut parfaitement s'insérer dans celle élaborée par ses opposants. En réalité, la thèse de la hiérarchie est venue compléter la précédente. Simplement, elle a eu l'avantage de se construire, alors que la jurisprudence du Conseil constitutionnel se développait.

De plus, ces thèses sont aussi confrontées à une nouvelle réalité qui repose sur la transformation du contenu des principes généraux du droit et sur leur remplacement progressif par des normes écrites. En France, le débat concernant les principes généraux du droit s'articule encore autour de la place qu'ils doivent occuper dans l'ordre juridique. Mais en Thaïlande, le débat concernant les principes généraux du droit englobe aussi la question de leur existence et de leur origine dans le système du droit administratif thaïlandais.

L'utilisation des principes généraux du droit en France est en cause et leur invocation comme fondement de la soumission de l'action administrative au droit est aujourd'hui à reconsidérer. Au regard de ces considérations relatives au droit français, certaines attitudes restent inexplicables : par exemple, (1) pourquoi le Conseil d'Etat continue-il dans certains cas à s'appuyer sur la théorie des principes généraux du droit, alors qu'il dispose de normes écrites qui sont directement applicables en droit positif?, (2) pourquoi le Conseil d'Etat accorde-t-il une valeur législative à un principe, alors que le Conseil constitutionnel a reconnu à ce même principe une valeur constitutionnelle ? (par exemple pour le droit de grève qui s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent. Le Conseil d'Etat continue d'admettre la légalité de l'intervention du pouvoir réglementaire).

Ces contradictions sont liées à une prise en compte incomplète de la hiérarchie des normes et, à la volonté du juge administratif de préserver une construction jurisprudentielle qui l'a posé en défenseur des libertés publiques. Le fait qu'aujourd'hui la protection des libertés fondamentales soit l'apanage de tous les juges devrait pourtant favoriser la référence directe aux normes ou principes, situés au sommet de la hiérarchie. Cela ne peut être que bénéfique pour la protection des libertés fondamentales.

(1.2) Les principes généraux à valeur constitutionnelle

Après avoir envisagé la valeur juridique des principes généraux du droit selon la thèse du professeur Chapus, dans ce paragraphe nous allons examiner la valeur des principes généraux du droit par rapport à la Constitution. On constate que la valeur juridique des principes généraux du droit doit être partiellement reconsidérée à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 qui a reconnu, sans ambiguïté, une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958 et aux textes auxquels ce Préambule se réfère : Préambule de la Constitution du 1946, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyens de 1789 et celle du 25 juillet 1979 qui a conféré la même valeur au principe de la continuité des services publics[348] ; la jurisprudence du Conseil constitutionnel

[348] CC, 25/07/79, *JORF*

et même le Conseil d'Etat[349] ont dégagé des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et dotés d'une valeur constitutionnelle.

On doit normalement déduire de ces jurisprudences que les principes généraux du droit correspondant à une règle ou à une notion énoncée ou contenue dans les textes précités possèdent une valeur constitutionnelle, et, en conséquence, s'imposent, non seulement aux autorités administratives, mais également au législateur.

Ces principes sont exprimés en termes suffisamment précis, par exemple dans l'arrêt *Tallagard*[350] concernant l'excès de pouvoir. Les principes généraux du droit respectent le passage du Préambule de 1946, suivant lequel « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a le droit d'asile sur les territoires de la République[351].

Par contre, si on revient à l'origine des principes généraux du droit, l'arrêt *Aramu*, appelle que les principes généraux du droit n'existent pas, et, surtout n'ont d'intérêt que dans la mesure où la règle qu'ils énoncent n'est pas consacrée précisément par un texte directement applicable à l'action administrative concernée. A ce point de vue, on se pose la question de l'existence des principes généraux des règles énoncées dans les Préambules précités ou a *fortiori* dans la Déclaration des droits de l'homme. Cette catégorie de principes généraux du droit a le support d'un texte et constitue donc des normes écrites, en quelque sorte.

Par rapport à cette question, on a reconnu une valeur constitutionnelle aux principes généraux du droit dans la mesure où existe une disposition contenue dans un texte (Préambules ou Déclaration de 1789) et ils ne devraient plus être considérés comme de véritables principes généraux du droit.

Pourtant le Conseil d'Etat se réfère expressément aux « principes généraux du droit garantis notamment par le Préambule de la Constitution de 1946 »[352]. De plus, le Conseil constitutionnel reconnaît une valeur constitutionnelle à la continuité des services publics, au droit de grève des agents publics, à l'égalité devant la loi, la justice etc., domaines traditionnels des principes généraux du droit. Le Conseil d'Etat admet aujourd'hui sans réticence[353] que les principes généraux du droit repris par le Conseil constitutionnel possèdent une valeur constitutionnelle. Le Conseil d'Etat conserve sa propre interprétation du contenu du principe et de sa portée, car le Conseil d'Etat n'a pas la même mission que le Conseil constitutionnel et le fait de contrôler l'administration ne pose pas les mêmes problèmes que celui de contrôler la loi.

Pour les autres principes généraux du droit qui ne trouvent pas un support direct dans les textes constitutionnels évoqués plus haut, et qui n'ont donc pas la même valeur dans la constitution, on doit continuer à leur reconnaître une valeur juridique permettant

---

[349] CE, 03/07/96, *Koné*
[350] CE, 20/11/68, *Tallagard*
[351] CE, 27/09/85, *France Terre d'Asile*
[352] CE, 28/10/60, *de Lavoulaye*
[353] CE, 29/05/92, *Assoc. amicale des professeurs du Museum national d'histoire naturelle*, précité sous CC, 16 juillet 1971

d'assurer leur respect pas les autorités administratives, notamment celles investies du pouvoir réglementaire ; à ce titre, il suffit de les placer au-dessus des décrets et en dessous de la loi, même si, après tout, certains de ces principes ont été inspirés au juge par une convention internationale[354] ou par une loi.

Mais en ce qui concerne cette dernière catégorie de principes, ces principes généraux du droit possèdent une valeur législative ou infra-législative, la seule certitude étant qu'ils s'imposent au pouvoir réglementaire et à tous les auteurs d'actes administratifs unilatéraux. Il résulte de cette situation que non seulement les décrets doivent respecter les principes généraux du droit, mais qu'ils sont également astreints à respecter les ordonnances prises au titre de l'article 38 de la Constitution et susceptibles de recours pour excès de pourvoir, tant qu'elles ne sont pas ratifiées[355]. De plus, la loi d'habilitation peut autoriser à transgresser les principes, dès lors qu'ils ne possèdent pas une valeur constitutionnelle[356], et les décisions prises par le Président de la République au titre de l'article 16 de la Constitution, dès lors qu'elles portent sur des matières relevant de la compétence réglementaire[357]. La soumission aux principes généraux du droit s'étend également aux ordonnances prises sur la base d'une loi acceptée par référendum[358], encore faut-il qu'une loi postérieure ne mette pas expressément les ordonnances à l'abri de tout recours juridictionnel.

En définitive, et malgré les controverses sur leur valeur juridique, la décision *Aramu*, en consacrant officiellement l'existence de principes généraux du droit, constitue une pièce décisive dans la construction de l'Etat de droit. Cette importance des principes généraux du droit est également attestée pas le fait que la Cour de cassation dégage, de son côté, des principes ayant une ressemblance accusée avec les principes généraux du droit[359] (par exemple, le principe fondamental du droit de travail, selon lequel la situation du salarié est régie, en cas de conflit de normes, par celle qui lui est la plus favorable)

C'est ainsi admettre que certains principes généraux du droit ont une force constitutionnelle ou tout du moins une source constitutionnelle.

Cette nécessité d'une promotion constitutionnelle des principes généraux du droit a été contestée. Dans les matières de l'article 37 de la Constitution où s'exerce le pouvoir réglementaire autonome, celui-ci n'est pas porté au niveau de la loi. Les règlements autonomes sont toujours des règlements. Ils sont donc tenus de se soumettre aux mesures situées au niveau de la loi. On examinera ce type des principes généraux du droit, en se référant à la théorie du professeur Chapus qui affirme la valeur infra-législative et supra-décrétale des principes généraux du droit.

L'analyse du professeur Chapus a le mérite de montrer le contexte du pouvoir réglementaire, surtout en ce qui concerne le pouvoir réglementaire d'exécution des lois et le

---

[354] CE, 21/05/97, *Sirzum*
[355] CE, 24/11/61, *Fédération nationale des syndicates de police*, CE 04/11/62, *Assoc. de défense des Sociétés de course des hippodromes de province*
[356] CE, 03/07/98, *Syndicat des médecins d'Aix*
[357] CE, 02/03/62, *Rubin de Servens*
[358] CE, 19/10/62, *Canal*
[359] Cass. soc., 17/07/96, *SNCF c./ Boj.*

pouvoir réglementaire autonome, qui sont tous deux soumis aux principes généraux du droit.

Ces principes généraux ne reposent, en général, sur aucun texte déterminé. Pour le juge, les principes sont issus de l'esprit d'une législation ou des nécessités de l'ordre public. C'est à ce niveau que se situent la plupart des principes généraux du droit, dégagés traditionnellement par le juge administratif. On peut admettre avec le professeur Chapus qu'ils ont une valeur infra-législative ou supra-décrétale. De plus, selon le commissaire du gouvernement Dondoux[360], ces principes ont valeur législative et ils s'imposent au pouvoir réglementaire dans toutes ses facettes : qu'il s'agisse du pouvoir réglementaire autonome[361], ou d'exécution des lois, ou des ordonnances prises en vertu d'une délégation législative en application de l'article 38 de la Constitution[362], ou en vertu d'une délégation donnée par une loi adoptée par référendum[363].

Ces principes généraux ne s'imposent cependant pas au législateur. Ainsi, le pouvoir réglementaire ne peut transgresser le principe de non rétroactivité[364], le législateur peut le violer. Mais le juge administratif est soumis, dans la mesure du possible, à l'interprétation de la loi, sans être autorisé à violer le principe général.

De plus, la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la valeur constitutionnelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République a en une importante influence sur la jurisprudence administrative. Là où il avait naguère créé des principes généraux du droit, il se réfère aujourd'hui au texte de la Constitution par exemple quand il affirme le principe de l'égalité pour l'accès aux emplois publics[365] ou le principe de la liberté religieuse. Il avalise également expressément la jurisprudence du Conseil constitutionnel lorsqu'il estime que ces principes résultent d'un principe fondamental constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1984[366].

Pour le Conseil constitutionnel, l'existence d'un principe général du droit dans une matière fondait la compétence du législateur dans le domaine couvert par le principe. C'est ce qui résulte de sa jurisprudence du 26 juin 1969 selon laquelle il ne peut être dérogé à un principe général du droit que par une loi[367]. En d'autres termes, les principes généraux du droit sont un élément de la définition de la compétence « horizontale »[368] du législateur. On doit examiner aussi la méthode de détermination de la compétence « horizontale » du législateur selon l'article 34 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a décidé que cette compétence se déterminait en fonction du critère de « l'état de la législation antérieure », aussi bien dans le domaine des principes fondamentaux[369], des garanties fondamentales[370] que

---

[360] CE, 08/12/78 *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, CFDT et CGT
[361] CE, 27/01/61, *Daunizeau*
[362] CE, 24/11/61, *Fédération nationale des syndicats de police*
[363] CE, 19/10/62, *Canal*, JCP 1963
[364] CE, 25/06/48, *Société du journal L'Aurore*
[365] CE, 02/03/88, *Blet*
[366] CC, 20/01/84, à propos de *l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur*
[367] Décision 69-55 L CC
[368] Selon R.CHAPUS
[369] Décision 59-1 FNR du 27 novembre 1959 CC
[370] Décision 64-27 DC du 18 décembre 1964 CC

dans celui des simples règles. La « technique de l'état de la législation antérieure »[371] joue pour le Conseil Constitutionnel le même rôle que la technique des principes généreux du droit. Par la première technique, il interprète l'article 34 de la Constitution en lui faisant dire que la compétence du législateur est déterminée par les lois antérieures intervenues en ce domaine ; grâce à la seconde, il pose une norme jurisprudentielle (de valeur constitutionnelle) selon laquelle l'existence de principes généreux délimite la compétence législative.

De plus, selon le Conseil constitutionnel, il est impossible de déduire logiquement de la proposition selon laquelle le législateur peut modifier les principes généraux du droit, celle affirmant que les lois sont supérieures aux principes généraux du droit. Le législateur peut modifier une loi antérieure sans pour autant établir une hiérarchie entre deux textes. M. Chapus a objecté que le principe général du droit est toujours *lex posterior* par rapport à la loi, et, s'il était situé au même niveau hiérarchique, il devrait prévaloir sur la loi[372]. Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne confirme pas ce point de vue, car dans chaque arrêt, le juge utilise un principe général du droit et « en réalise une nouvelle édiction ».

En réalité, M. Chapus ne tient pas compte de la spécificité de la règle jurisprudentielle par rapport à la norme écrite. M. Rivero a bien établi que la rétroactivité est essentielle. Et en cas de règle jurisprudentielle, le juge doit nécessairement régir des données antérieures[373]. Dès lors la notion de chronologie sur laquelle raisonne M. Chapus perd de sa netteté.

D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel juge sur l'exemple de l'appartenance au domaine législatif des dispositions d'une loi de 1967, en fonction d'un principe général du droit qu'il pose dans sa décision du 26 juin 1969[374]. Enfin, on peut opposer à M. Chapus que la loi générale postérieure laisse survivre la loi spéciale antérieure, qui sera alors considérée comme une exception, mais s'appliquera aux situations prévues par elle. En fait, les deux catégories de normes semblent bien situées au même niveau hiérarchique et leurs relations mutuelles relèvent de la combinaison entre les lois générales et les lois spéciales.

En réalisant le concept des principes généraux du droit comme « une extension considérable de la compétence législative, et cette fois en dehors de tout texte constitutionnel… »[375], le Conseil constitutionnel pose la question des rapports des principes généraux du droit et de la Constitution. Nous envisagerons ce contexte dans notre section 2 de cette sous-partie.

Quant au Conseil d'Etat, par sa fonction de censure sur les règlements administratifs par application des lois, il donne aux principes généraux du droit une valeur égale aux lois. L'intervention du Conseil Constitutionnel qui, depuis sa décision du 26 juin

---

[371] Selon l'expression de M. Favoreu
[372] D. 1966
[373] J. Rivero , *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, AJDA 1968, p. 15
[374] DC 69-55 L
[375] F. Luvhaire, « Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens » in *Mélanges M.Waline*, cité par Alain –Serge MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA* 1976

1969, affirme son pourvoir normatif, ne modifie pas les données anciennes quant à la valeur des principes généraux du droit.

En effet, le pouvoir que le juge constitutionnel s'est octroyé de créer lui-même des principes généraux du droit, n'implique pas qu'on puisse les confondre avec les principes de valeur constitutionnelle qu'il utilise, mais entraîne néanmoins une modification de la répartition des compétences établies par la Constitution.

2.La forme : la portée juridique des principes généraux du droit

Dans ce paragraphe, nous envisagerons les principes généraux du droit par rapport à son existence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel. Le juge administratif français admet les principes généraux du droit en distinguant deux portés différences : la portée générale (2.1) et la portée spécifique (2.2)

(2.1) La portée générale

La portée générale est la plus simple et il existe encore 3 catégories différentes. Premièrement, le Conseil d'Etat va examiner la validité d'un acte administratif sans subir la théorie de « loi-écran », et trancher une contestation selon le droit constitutionnel. Dans ces hypothèses, le Conseil constitutionnel a purement et simplement repris et confirmé la solution donnée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux. Les exemples de cette réception sont ; la concordance de la jurisprudence constitutionnelle et de la jurisprudence administrative concernant le contreseing des actes du Premier ministre.

Deuxièmement, ce qu'on appelle « la réception-transposition ». Cette deuxième forme de réception suggère la comparaison des deux jurisprudences, et c'est la raison pour laquelle on l'a ainsi nommée. Cette réception concerne des espèces dans lesquelles le Conseil d'Etat statue comme juge administratif au sens plein du terme. C'est-à-dire comme juge de la légalité *stricto sensu*, au niveau « supra-décrétal et infra-législatif », sans avoir à faire directement application d'une règle constitutionnelle prise en tant que telle et avec son rang. Les solutions données par le Conseil constitutionnel ne peuvent être dite « identiques », quoi qu'il en soit, à celles du Conseil d'Etat, parce qu'elles statuent peut-être sur la même matière mais non au même niveau.

Les exemples de cette réception sont les jurisprudences concernant des droits fondamentaux et des libertés publiques.

Le juge administratif a joué un rôle de premier plan dans la sauvegarde de ces droits et libertés. Mais il ne peut le faire qu'à son niveau, c'est-à-dire en censurant le gouvernement et l'Administration qui auraient méconnu des règles de valeur supra-décrétale sans avoir à distinguer ou même identifier comme telles celles qui ont valeur constitutionnelle. Le juge constitutionnel, au contraire, aura comme tâches essentielles, d'abord d'identifier telle liberté, tel droit comme ayant ou non valeur constitutionnelle, ensuite, dans l'affirmative, de dire si telle ou telle loi votée le respecte ou le méconnaît. On ne peut pas parler de comparaison entre deux jurisprudences qui ne répondent pas à la même question. Mais on ne peut pourrait pas davantage, et pour la même raison, parler de

contradiction, au moins d'un point de vue purement logique.

Le droit de grève offre une excellente illustration de ce cas. A propos de l'arrêt *Dehaene* en 1950, selon le commissaire du gouvernement, l'absence des lois qui auraient dû, aux termes de Préambule de 1946, réglementer l'exercice du droit de grève, obligeait l'Administration et le juge administratif à pallier cette carence. La jurisprudence administrative a remplacé les textes vainement attendus du législateur. Lorsque le Conseil constitutionnel a eu à connaître des textes législatifs concernant directement ou indirectement le droit de grève, il a très largement retrouvé les solutions du Conseil d'Etat, dont la transposition au niveau du contrôle de constitutionnalité se justifiait par la pertinence des raisons juridiques et pratiques retenues par le juge administratif.

Troisièmement, c'est la réception-partition. Ce terme a invité à se prononcer sur la possibilité pour le législateur de déroger au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. En ce sens, le Conseil constitutionnel a considéré que la loi des 16-24 août 1790 qui l'avait énoncé n'avait pas valeur constitutionnelle. Cette jurisprudence garde tout son poids sur le passé et toute sa liberté pour l'avenir. En effet, la décision du Conseil constitutionnel ne comporte aucune directive d'interprétation de la loi des 16-24 août 1790, qui conserve valeur législative, ni aucune réserve sur la jurisprudence qui l'a mise en œuvre. Bien au contraire, les termes employés pour définir les contours du « principe fondamental reconnus par les lois de la république » sont empruntés au vocabulaire courant employés par cette jurisprudence.

(2.2) La portée spécifique

Les « principes généraux du droit » sont l'une des sources reconnues du droit administratif français. Avant cette apparition, le juge administratif (c'est l'essentiel de l'arrêt *Blanco*) se reconnaissait le pouvoir de dégager les règles s'imposant à l'Administration, sans référence à un texte constitutionnel, législatif ou réglementaire.

Le développement de cette proposition serait plus long qu'on ne le voudrait, parce que les problèmes de fond sont compliqués par des problèmes de vocabulaire (par exemple, « principes généraux du droit » et « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ») et parce que leur mise au clair ne s'est faite que lentement.

En essayant de résumer l'évolution jurisprudentielle et doctrinale, malgré la contestation du Conseil constitutionnel, la théorie des principes généraux du droit était déjà bien établie dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Avec des nuances, les commissaires du gouvernement et les auteurs considéraient qu'il s'agissait de normes s'imposant à l'Administration, sans procéder d'une disposition écrite ayant force de droit positif ou applicable précisément au cas d'espèce. Ils étaient le produit du pouvoir normatif de la jurisprudence, encore que leur considération ne fût pas arbitraire. En effet, ils trouveraient leur fondement soit dans des textes n'ayant pas directement et par eux-mêmes forces juridiques (par exemple le Préambule de 1946 ou du moins certains de ses paragraphes), soit dans des textes législatifs visant des cas particuliers mais dont précisément l'appel aux « principes généraux » permettait l'extension à d'autre cas.

Cependant, une évolution lente et continue achevée avec la Constitution de 1958 a conduit à reconnaître à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946 pleine valeur de droit positif de rang constitutionnel, en même temps qu'une analyse plus fine faisait tomber nombre d'objections élevées contre la possibilité d'application directe de leurs formules taxées d'imprécision. Ceci provoque de nombreuses règles ou principes généraux, dans la théorie du droit administratif français. Il est logique que le juge administratif français fasse état de cette source, et parfois, y renonce.

En fait, la position du Conseil d'Etat est plus complexe. Dans certains cas, il maintient intégralement la pratique ancienne d'énonciation d'un principe général du droit, sans mentionner cette disposition de façon expresse, mais comme une source « matérielle » (comme une source d' « inspiration »), en maintenant la qualification de principe général du droit et donc implicitement, semble-t-il, l'autonomie de la source « formelle ». Enfin, dans la jurisprudence la plus récente, à propos de principes posés par le Préambule et qui n'avaient pas dans le passé donné lieu à une jurisprudence, il invoque directement et donc apparemment comme source formelle le texte constitutionnel.

Un problème essentiel se pose : parmi les règles de droit composant le « bloc de constitutionnalité » existe-il à ce niveau une catégorie autonome, identique ou analogue à celles que le Conseil d'Etat reconnaît comme « principes généraux du droit » ?

En ce cas, il est nécessaire d'examiner la reconnaissance du Conseil constitutionnel par rapport aux principes généraux du droit.

Le Conseil constitutionnel reçoit les principes généraux du droit en tant que normes de niveau législatif, constituant une source autonome du droit administratif du juge. Mais quand il élève leur contenu au niveau constitutionnel, ce n'est pas comme « principes généraux du droit », proclamés en vertu d'un pouvoir normatif du juge constitutionnel. C'est comme règle écrite dans un texte de valeur constitutionnelle ou comme principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, elles-mêmes normes de droit écrit.

Tout d'abord, cette règle empêche le juge constitutionnel de tomber dans le « gouvernement des juges ». Le gouvernement des juges commence lorsque le juge admet, au rang des sources du droit qu'il doit appliquer, des principes ou des règles déjà existants. Le juge les admet avec les justifications les plus nobles, par sa seule décision sans se référer à des sources du droit extérieures et de niveau constitutionnel.

La seconde observation concerne les lacunes du droit. Il en existe d'analogues à ce « silence » que l'article 4 du Code civil oblige le juge à combler et qui sont la justification du pouvoir normatif du juge. La Constitution lui attribue des compétences, puis elle lui en indique les limites.

Il ne peut exister de lacunes en ce qui concerne l'attribution des compétences. Sous l'empire des textes de la Constitution de 1875 et de 1946 une compétence normative générale était reconnue au législateur et ne pouvait comporter de vides. La Constitution de 1958 procède, on le sait, autrement mais la combinaison des articles 34 et 37 n'ouvre aucun

tiers parti à l'alternative loi-règlement. Cela provoque une conclusion : toute « lacune » peut être comblée.

Mais il ne peut davantage exister de lacunes dans les dispositions constitutionnelles limitant les organes de l'Etat dans l'exercice des compétences qui leur sont attribuées, dispositions au premier rang desquelles il faut placer celles énonçant des libertés et des droits au profit des individus ou des groupes. On peut certes parler à cet égard de « lacunes », en ce sens qu'il pourrait paraître souhaitable que tel droit ou telle liberté ne figure pas dans les textes constitutionnels de façon directe ou dérivée soit reconnu. Mais c'est une lacune politique. Juridiquement, la prétendue lacune correspond tout simplement à la liberté de l'organe qui, en vertu de la Constitution, est compétent pour poser une norme ou ne pas la poser. En « inventant » un principe général qui couvrirait la prétendue lacune, le juge constitutionnel n'empièterait pas seulement sur le pouvoir législatif (nécessairement compétent, s'agissant de droits et libertés en vertu de l'article 34 de la Constitution). Il empièterait surtout sur le pouvoir constituant qui ne lui appartient pas. Et c'est sa légitimité même qui, quelles que fussent ses bonnes intentions, serait alors contestable.

Il est paradoxal d'admettre l'existence d'un très large pouvoir normatif du juge administratif et de prétendre en priver le juge constitutionnel. Sinon l'arrêt *Blanco*, qui a donné au juge administratif non seulement le droit mais le devoir de suppléer à un vide juridique, n'aurait-il pas son pendant en droit constitutionnel.

La seule réponse possible à cette objection est que le juge constitutionnel n'est pas un juge comme les autres. Sa charge, surtout dans un système de contrôle abstrait et *a priori* comme le système français, n'est pas de trancher des *litiges* (qui doivent toujours être résolus) mais de préserver la cohérence, l'unité et la validité d'un ordre juridique, ce qui est toute autre chose et met en jeu une légitimité fondamentalement différente de celle qui procède de la nécessité d'éviter à des plaideurs un déni de justice. Il n'y a pas de déni de justice dans la constatation par le juge constitutionnel que tous les droits et libertés envisageables ne sont pas nécessairement consacrés par la Constitution et que certains d'entre eux (le droit au transport par exemple) demeurent au niveau législatif.

§2.L'origine et le modèle de la création thaïlandaise

Contrairement à la conception française, il n'existe pas de concept des principes généraux du droit dans le système du droit thaïlandais. Le droit administratif thaïlandais est influencé par le droit administratif français, comme nous l'avons envisagé dans le paragraphe précédent. Il est vrai que le concept des principes généraux du droit n'existe pas en Thaïlande, mais on ne peut pas nier l'existence *implicite* de principes généraux du droit. Donc, pour envisager mieux les principes généraux du droit en droit administratif thaïlandais, il est nécessaire d'étudier la théorie générale des principes généraux du droit (1) qui se compose de deux points : d'abord, l'origine des principes généraux du droit (1.1), ensuite, la valeur des principes généraux et leur place dans la hiérarchie des normes (1.2). De plus, dans la deuxième partie de ce paragraphe, nous envisagerons le fondement légal des principes

généraux du droit dans le système du droit thaïlandais (2), en deux remarques, la base textuelle concernant l'article 4 du code civil (2.1) et l'enrichissement de la source du droit administratif (2.2).

C'est uniquement le travail du juge administratif de veiller sur les principes généraux du droit. La Thaïlande est dépourvue de cohérence pour l'organisation du droit public. La Cour constitutionnelle et la juridiction administrative s'occupent de leur « propre » droit, c'est-à-dire, la Cour constitutionnelle joue son rôle concernant les textes constitutionnels (B 1.2) alors que la juridiction administrative a son devoir relatif au droit administratif (B 1.1). A propos du caractère tranché de ces deux juridictions, les principes généraux du droit thaïlandais sont peu riches mais autonomes. Le juge administratif thaïlandais doit avoir sa propre méthode pour créer ou accepter les principes généraux du droit (B 2.1), de plus, il est important pour lui de faire la différence entre l'élaboration et l'évolution de jurisprudence (B 2.2).

(A)L'origine

Nous envisagerons l'origine des principes généraux du droit administratif thaïlandais en deux points : la théorie générale des principes généraux du droit (1) et le fondement légal des principes généraux du droit (2).

(1)La théorie générale des principes généraux du droit

On peut faire deux remarques concernant la théorie générale des principes généraux du droit en Thaïlande : l'origine des principes généraux du droit (1.1) et la valeur des principes généraux du droit (1.2).

(1.1)L'origine des principes généraux du droit

Aucun texte (textes législatifs, revues, articles, etc.) n'acceptent l'existence explicite de ces principes, mais il existe implicitement des principes généraux du droit universels dans tous les systèmes du droit. En France, l'arrêt du Conseil d'Etat répond à cette question par une formule telle que « il résulte des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte ». Au contraire, le juge administratif thaïlandais n'a jamais cité l'existence de ce principe. Dans ce cas, nous pourrons analyser l'existence de ces principes en trois points.

Premièrement, avec une conception comme celle de la France, on peut dire que les principes généraux du droit régissent d'office toutes les situations juridiques où ils peuvent être évoqués, même s'il n'existe pas de lien formel direct pré-établi entre les principes et les cas considérés. Cette interprétation ne tranche pas le problème de l'origine des principes généraux, mais seulement celui de leur applicabilité.

Deuxièmement, cette formule peut être comprise comme voulant dire que les principes existent, même sans textes, et on estime qu'on doit statuer en s'y référant. Mais, si on l'entend de cette manière, il est bien difficile de ne pas reconnaître le juge comme celui qui crée des principes généraux. Et si l'on soutient l'analyse française selon le professeur Rivero, à savoir que « le Conseil ne crée par les principes, il s'agirait de règles objectives ne dépendant pas de sa volonté », il est nécessaire d'envisager la troisième hypothèse. Les principes généraux du droit, même s'ils ne sont pas tout inscrits « noir sur blanc » dans des textes déterminés, se déduisent des textes par des raisonnements. Ils régissent toutes les situations juridiques où ils peuvent être évoqués par le juge, dès l'instant où ils ne se heurtent pas à une règle expresse contraire de niveau égal à celui des textes d'où ils sont tirés.

L'idée selon laquelle les principes généraux du droit doivent être recherchés dans les textes n'est pas condamnée par la plupart des auteurs français, et il est possible que cette idée évolue aussi dans la théorie du droit administratif thaïlandais. Il semble que, par rapport aux principes généraux du droit, il y ait deux hypothèses à envisager. D'une part, le juge doit « chercher » les principes généraux du droit pour combler des lacunes en cas d'absence de texte législatif. D'autre part, ces principes existent déjà, le juge ne fait rien que « confirmer » l'existence de tel ou tel principe.

A la base de la première hypothèse et par rapport aux divergences sur l'analyse du rôle du Conseil d'Etat français dans cette affaire[376], le professeur B. Jeanneau retient quatre processus d'élaboration des principes généraux du droit : premièrement, la généralisation à partir de textes ; deuxièmement, le principe dégagé de l'esprit d'un texte ou d'un ensemble de textes ; troisièmement, le principe dégagé de l'essence d'une institution (négligeons la valeur explicative de la « nature des choses » en l'incorporant à l'essence des institutions) ; et enfin, le principe comme le produit des aspirations latentes qui, sous les formes les plus diverses, se partagent la conscience nationale. Si l'on veut bien remarquer que l'auteur compose cette dernière catégorie de principes puisés dans les déclarations des droits – sur lesquelles nous reviendrons – on constate que la base textuelle ne manque dans aucun cas.

La thèse du professeur Jeanneau pourra évaluer dans la théorie du droit administratif thaïlandais, mais c'est une évolution limitée car les sources du droit administratif thaïlandais sont moins riches qu'en droit français. De plus, la Thaïlande a besoin encore de systématiser son droit administratif. La plupart des juges thaïlandais ne s'intéressent au concept des principes généraux du droit que pour combler des lacunes en cas d'absence de texte législatif. Cette attitude est influencée par l'article 4 du Code civil et commercial, selon lequel « la loi doit être appliquée selon le texte ou selon l'objectif » et l'article 4 alinéa 2 « S'il n'y a pas de loi applicable à un cas donné, on applique la coutume. S'il n'y a ni loi ni coutume applicable à un cas donné, le cas sera résolu par analogie avec la disposition légale la plus voisine, ou d'après les principes généraux du droit ». Par ailleurs, au niveau de la pédagogie, le concept des principes généraux du droit fait partie de la section de l'application de la loi, ils sont utiles pour le juge uniquement pour combler les lacunes en cas d'absence de textes législatifs.

---

[376] G. Morange, R.D.P., 1945, p. 248

C'est la raison pour laquelle, l'origine des principes généraux du droit en Thaïlande est issue de concepts purement juridiques, mais le juge oublie de confirmer les textes existant déjà. La plus grande partie du droit public thaïlandais est originaire des pays occidentaux, il est possible de dire que, les textes du droit public thaïlandais gardent la traduction mot à mot des textes d'origine. Envisageons un exemple comme la Constitution de la Thaïlande qui est très riche en terme de libertés et de droits, mais le juge n'a jamais pris la Constitution comme référence pour « confirmer » l'existence des telles ou telles libertés qui ont été considérées comme un des principes généraux du droit.

Si les principes généraux du droit sont uniquement là pour combler les lacunes en cas d'absence de textes législatifs, l'origine des principes généraux du droit issue des principes de justice qui sont supérieurs aux lois étatiques (c'est la raison pour laquelle nous étudierons l'équité (pour la partie française) et le droit naturel (pour la partie thaïlandaise) dans la section 2 de cette sous-partie). En ce cas, les principes généraux du droit seront différents de la coutume, car les principes généraux du droit sont relatifs à une situation et à un moment donné. Quant à la coutume, elle doit bénéficier d'une longue durée et de l'habitude du peuple, et parfois elle est influencée par les sentiments humains. Les juristes thaïlandais prennent le concept des principes généraux du droit comme la dernière méthode pour résoudre un cas donné.

Avant la modernisation du pays, sous le règne du Roi Rama V, il n'y avait aucune notion des principes généraux du droit car cette notion est d'origine occidentale. Mais ce constat ne veut pas dire qu'il n'existait pas de principes généraux du droit selon une définition matérielle, car il existe depuis longtemps la notion de « dharma », selon l'influence de la religion bouddhiste (voir l'influence bouddhiste sur la création de la décision et l'impartialité du juge sous la section 1 paragraphe 2 de sous-partie 1). Après avoir adopté le modèle de la codification comme dans les pays occidentaux, la Thaïlande commence à reconnaître le concept des principes du droit naturel, qui sont très peu nombreux. Les principes du droit naturel se réduisent à quelques notions élémentaires et pourraient expliquer la racine des droits étrangers mieux que le concept de « dharma ». Il s'agit, par exemple, d'assurer la vie et la liberté des hommes, de protéger leur travail et leurs biens, de réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, de reconnaître aux époux et aux parents des devoirs réciproques[377].

Par ailleurs, le « dharma » est un terme polymorphe et important dans les philosophies et religions indiennes. Le Dharma est l'ensemble des enseignements donnés par le Bouddha et ils forment le *Canon Pali*. Selon le contexte, la définition diffère et recouvre une grande variété de sens théoriquement dérivés de son sens premier basé sur cinq éléments : (1) ferme, établi, (2) loi naturelle ou juridique, coutume, devoir, droit, justice, (3) substance, essence, caractéristique, vérité, réalité, (4) vertu, religion, enseignement, doctrine, (5) phénomène, fait de conscience et même atome. Il semble que la définition de loi et celle de la vérité du dharma soit la même que le droit naturel occidental.

---

[377] J.BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Mélange Ripert*, 1950

En bref, pour combler des lacunes en cas d'absence de textes législatifs, le juge est obligé de chercher une loi applicable. Dans ce cas, le juge doit vieller sur le concept des principes généraux du droit. Ce constat paraît une première étape quand on parle des principes généraux du droit en Thaïlande, et cela veut dire que les principes généraux du droit à la base de ce constat viennent du « dharma », selon la religion bouddhiste, ainsi que le droit naturel ou l'équité, selon le droit occidental. Le juge thaïlandais est peu familier avec les textes existants, telle la Constitution pour faire référence à la notion des principes généraux du droit. En cas d'absence de textes, le juge administratif n'hésite pas à vérifier les lois étrangères comme la première référence, sans retourner dans le concept de « dharma ». A cet égard, on peut dire que le dharma a été considéré comme une notion abstraite par rapport à la loi occidentale, voire française, qui est textuellement nette et claire. De plus, l'influence française dans le droit administratif thaïlandais est uns des raisons qui incitent le juge à prendre le cas français comme seul exemple. Pour moderniser le pays, la Thaïlande doit changer ses droits anciens et prendre le modèle occidental pour élaborer son droit ; c'est la raison pour laquelle les juristes thaïlandais connaissent le droit naturel plus que le concept du « dharma ». Et c'est aussi la même raison pour laquelle les études concernant les principes généraux du droit ne peuvent pas évoluer, car le concept des principes généraux du droit a un lien fort avec son propre système du droit. Il est vrai que la légalité ou la justice sont la même notion partout dans le monde, mais il existe des détails importants qui empêchent l'évolution des notions des principes généraux du droit *à la française* dans le système du droit thaïlandais. Le juge thaïlandais peut prendre le droit français comme exemple et comme référence, mais il ne faut pas croire que l'exemple français puisse toujours s'adapter à un cas donné, sinon, on pourrait dire que l'origine des principes généraux du droit dans le système thaïlandais est sûrement le droit français.

(1.2) La valeur des principes généraux du droit

Si nous acceptons que l'origine des principes généraux du droit administratif thaïlandais soit issue du « dharma », notre réflexion ne sera pas éloignée de la loi et la religion. Toutes les religions ne connaissent pas de droit religieux, et lorsque c'est le cas, ce peut être avec des sens ou des portées très différentes. Ainsi, le statut "divin" ou "humain" de ces prescriptions, leur rapport à la conscience morale, à la "foi" ou encore à un "salut personnel" peuvent être éminemment dissemblables. Loi juive, loi islamique, droit canon sont de ce point de vue radicalement différents.

Certains pays possèdent une religion d'État, ce qui impliquera que l'État soit (dans des mesures variables) lié par la religion officielle et que, par conséquent, il existe un droit religieux d'État. Dans des États séculiers, peuvent exister des normes étatiques régissant certains aspects externes du fait religieux (gestion du temporel des cultes, police des cultes, etc.) : ce « droit des religions » n'est pas un « droit religieux », mais un droit d'État appliqué aux religions (parfois appelé « droit civil ecclésiastique » dans les pays séculiers de tradition chrétienne).

La loi juive établit une réglementation dans de très nombreux domaines. Toutes les lois sont basées sur les versets de la Torah. Elles sont regroupées dans la Mishna, puis expliquées dans le Talmud et de nombreux livres de commentateurs.

Voici quelques sujets réglementés par la loi juive :

-Commerce, agriculture, travail
-Droits civil, pénal
-Mariage, divorce, fidélité conjugale
-Éthique, morale, idolâtrie
-Prières et bénédictions
-Le Shabbat, les fêtes
-La pureté et l'impureté

Une compilation de ces lois a été réalisée par le rabbin Yossef Karo dans le Choulhan Aroukh. La loi juive, dans sa considération divine, ne prévoit pas uniquement des punitions pour des actions interdites. Elle sanctionne la transgression d'interdits, sanctionne également la non- exécution d'actions obligatoires, récompense l'exécution des devoirs et aussi la non-exécution des interdits.

Quant au christianisme, il existe le droit canon qui a été régie dans les églises catholique, orthodoxe et anglicane. Chaque fois spécifique, mais non pas toujours d'un accès aisé. Certain droit canon seulement a fait l'objet de codifications, d'ailleurs rarement exhaustives.

En outre, les musulmans considèrent traditionnellement le droit musulman comme un élément essentiel de la religion. La source traditionnelle du droit musulman est la Sharia. Le Coran est la première source de la jurisprudence islamique ; la seconde est la Sunnah, c'est-à-dire les pratiques du prophète, telles que relatées dans les récits de sa vie. La Sunnah n'est pas elle-même un texte comme le Coran, mais elle est extraite de l'analyse du Hadith, les textes qui contiennent les paroles du prophète, ou les récits des actes de ses compagnons.

Le droit religieux hindou est en grande partie basé sur les Smriti. Il a été découvert par le Royaume-Uni lors de l'occupation militaire de l'Inde, mais son influence a faibli au XXe siècle avec les politiques de sécularisation. Il demeure toutefois appliqué, en particulier en ce qui concerne le statut personnel, et continue à être une source du droit pour le système juridique indien. Il est vrai que le Code Manu du droit hindouiste était le droit dans le royaume Thaï ancien, mais il a perdu de son importance depuis la modernisation du pays, sous le règne du Roi Rama V. Les sources des principes généraux du droit comme le « dharma » n’ont aucune part dans le système du droit actuel, le dharma a été considéré uniquement comme une des sources morales du droit. La situation de ce type de sources du droit administratif sera élaborée si le juge accepte son existence en la citant dans sa jurisprudence. C’est la situation actuelle en Thaïlande car le juge ne connaît pas suffisamment

les principes généraux du droit, soit pour combler des lacunes en cas d'absence de textes législatifs, soit en cas de redécouverte de textes existants, comme la Constitution.

Dans la théorie du droit administratif français, si on étudie les principes généraux comme des normes édictés par le juge, il n'est d'autre solution que de les situer au niveau même des textes qui les formulent ou à partir desquels ils sont déduits. Si on néglige l'hypothèse que les principes généraux du droit peuvent découler de simples textes législatifs (même s'ils ne pourraient conditionner dans ce cas que la légalité des actes inférieurs), le choix de leur valeur reste encore limité à deux termes : valeur constitutionnelle ou valeur législative. Ils auront l'une ou l'autre, selon qu'ils seront énoncés ou déduits de textes constitutionnels ou législatifs. La valeur des principes généraux du droit sera compliquée par l'interférence des déclarations des droits ou des préambules reprenant certains principes généraux invoqués par le juge (la valeur attribuée à ces documents conditionnant celle des principes inclus), et aussi par le fait que le juge se dispense volontiers de dire où il a trouvé ces principes, restant pratiquement libre de les reconnaître ou non. Jusqu'à l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs conseils*[378], la théorie semble que le Conseil d'Etat reconnaissait aux principes généraux une valeur législative. Certains auteurs, tel Jeanneau, proposaient une solution intermédiaire qu'on ne peut qualifier de juste milieu : valeur supérieure aux lois, mais inférieure aux règles constitutionnelles. Cet échelon intermédiaire n'existe pas dans la hiérarchie formelle. Quant à la solution « valeur législative », à moins de considérer que l'absence d'intérêt marque la distinction constitution-loi et qu'il suffisait de reconnaître aux principes généraux une valeur législative pour leur permettre de jouer pleinement leur rôle, elle apparaît très discutable, avant 1946 et à plus forte raison après, en ce qui concerne les principes exprimés ou validés par le préambule.

Il résulte que la valeur des principes généraux du droit administratif thaïlandais dépend de l'origine de leur source. Les principes généraux du droit issus de la source « dharma » n'ont toujours aucune sanction et sont sans valeur positive, mais ces principes existent comme référence. Par contre, si le juge prend la liste des droits et libertés, qui sont équivalents aux principes généraux du droit français, ce type de principes a sûrement une valeur constitutionnelle (car ils viennent de la Constitution). Nous développerons ce point de recherche dans la sous-section B. Il paraît que les sources des principes généraux du droit (en dehors de la source extraite du dharma) sont moins compliquées que les sources des principes généraux du droit administratif français, car la France dispose de plusieurs éléments importants pour enrichir les sources du droit, par exemple, la Déclaration des droits de 1789. Avant 1946, il est manifeste que certains principes invoquées par le Conseil d'Etat se trouvaient dans la déclaration des droits de 1789. Les conclusions de M. Chenot dans l'affaire *Guieysse*[379] sont caractéristiques d'un raisonnement particulier. Il précise que « votre jurisprudence ne se fonde pas sur le texte de la déclaration des droits de 1789 pour donner une valeur juridique à cette règle (l'égalité devant l'impôt). Elle y voit néanmoins l'un de ces principes fondamentaux de notre organisation politique qui, sans être inscrits dans aucun texte, ont pénétré depuis cent cinquante ans toutes nos institutions et ont dominé notre

[378] CE., 16 juin 1959
[379] C.E., 4 février 1944, R.D.P 1944, p. 166

législation ». En fait, la Déclaration de 1789 ne contenait que des principes de droit naturel sans valeur positive[380], alors que ce texte avait bien valeur constitutionnelle[381]. Le dharma peut prendre la même place que la Déclaration des droits, c'est-à-dire aucune valeur positive mais une valeur constitutionnelle. Ce dernier constat parait difficile à concevoir, car les auteurs de la Constitution thaïlandaise ne prenne pas le « dharma » comme source du droit. Le dharma reste toujours la source morale sans valeur positive. Par ailleurs, si on admet que les principes généraux du droit peuvent être tirés des textes, il n'y a pas plus de raison de reconnaître au juge un pouvoir de créer des principes, lorsqu'il statue sur la légalité d'un acte, par référence à un texte quelconque dont l'imprécision laisse une large part à sa libre interprétation.

2.Le fondement légal des principes généraux du droit dans le système du droit thaïlandais

Aucun texte législatif n'explicite la notion des principes généraux du droit, sauf un seul article 4 du Code civil et commercial B.E 2538 qui parle des principes généraux du droit dans l'optique de l'application du droit. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de développer ce point de recherche dans la première partie de ce paragraphe (2.1). De plus, face aux diverses sources du droit administratif, le juge doit actuellement changer son rôle et son attitude. L'enrichissement de la source du droit administratif est un autre point de recherche dans ce paragraphe (2.2).

(2.1)La base textuelle concernant l'article 4 du code civil

Aucun texte législatif ne précise les principes généraux du droit administratif et c'est uniquement l'article 4 du Code civil et commercial B.E. qui prévoit l'application du juge au cas relatif des principes généraux du droit. Cet article précise que « la loi doit être appliquée selon le texte ou selon l'objectif » et l'alinéa 2 du même article affirme : « S'il n'y a pas de loi applicable à un cas donné, on applique la coutume. S'il n'y a ni loi ni coutume applicable à un cas donné, le cas sera résolu par analogie avec la disposition légale la plus voisine, ou d'après les principes généraux du droit ». Cet article 4 a été considéré comme une façon d'appliquer la loi. D'ailleurs, il existe aussi l'article 134 du Code de la procédure civile qui a aussi un lien fort avec l'application de la loi. Ce dernier article précise que « peu importe telle ou telle situation, le tribunal ne peut refuser de juger ou de rendre une décision, en raison de l'absence de textes de loi, ou du caractère incomplet des textes». Ces deux articles ont deux conséquences : premièrement, le tribunal doit juger tout cas proposé, deuxièmement, le juge doit chercher une loi applicable à un cas donné.

L'article 4 du Code civil et commercial thaïlandais a été influencé par le Code civil suisse. Une hypothèse importante montre que l'origine de cet article provient de l'article

---

[380] M. LETOURNER, « Les principes généraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1951 p. 20

[381] Morange, R.D.P., 1945, p.240

3 du Code civil italien et l'article 6 du Code civil espagnol. Il y a trois points intéressants concernant cette idée[382].

D'abord, outre du Code civil français et allemand, le Code civil suisse était très répandu à l'époque de la rédaction du Code civil et commercial thaïlandais. L'article 1 du Code civil suisse suscitait alors beaucoup de critiques concernant le concept de juge-législateur. La commission dirigeante croyait que cet article poserait le même problème en Thaïlande, donc elle préférait ne prendre que partiellement cet article.

Deuxièmement, suit à la première situation, c'est la raison pour laquelle la commission dirigeante devait trouver d'autres dispositions pour compléter cet article. Le résultat était clair, les Codes civils français et allemand ne faisaient aucune mention de source du droit, mais il existait le terme de « principes généraux du droit » paru dans les codes d'autres pays, par exemple, l'article 9 du Code civil du Pérou, l'article 3 du code civil d'Italie, l'article 16 du Code civil d'Argentine, etc.

Enfin, l'article 3 du Code civil italien (concernant la source du droit), l'article 6 du Code civil espagnol et l'article 1 du Code civil suisse précisent le même mode d'application en cas d'absence de texte : loi, coutume, disposition légale voisine et principes généraux du droit. C'est la raison pour laquelle la commission dirigeante a pris cette application dans l'article 4 du Code civil thaïlandais.

En fait, le terme «principes généraux du droit » ou *general principale of law* en anglais a été traduit en thaï comme « principe général à la justice du droit »[383], ou « principes du droit reconnu »[384], selon les différents auteurs. Enfin, le Code civil thaïlandais conserve le terme de « principes généraux du droit » en expliquant le mot « général » comme principe global utile pour maintenir la justice. Dans ce cas, le principe général du droit se définit comme tous les principes du droit (qui existent), y compris les lois coutumières et les principes issus de la jurisprudence (ou de « case law » du système Common law). De toute façon, la définition des principes généraux du droit est toujours nuancée. La plupart des auteurs préfèrent les expliquer par le concept du droit naturel ou la bonne conscience humaine alors que cette définition peut être critiquée car c'est une définition qui donne beaucoup plus d'importance au droit non écrit qu'au droit écrit. La meilleure solution doit être une position intermédiaire entre la définition qui rattache le concept du droit naturel à un côté, et, la recherche des principes généraux dans les textes écrits pour compléter la première remarque d'un autre côté.

Cette solution permettra une bonne analyse de la notion des principes généraux du droit en Thaïlande. Le juge ne sera pas obligé de trouver les pratiques ou les textes français, de même qu'il pourra librement étudier le concept du droit naturel. Le juge pourra

---

[382] P.NILSANIT, *Les principes généraux du droit : la source du droit selon l'article 4 du Code civil et commercial. Etude historique et comparative*, thèse matrîse en droit, Université de Thammasart, B.E. 2543, p.51

[383] "หลักยุติธรรมทั่วไปทางกฎหมาย" โดยการแปลของพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นวิวธวรรณปรีชา

[384] "หลักกฎหมายอันแพร่หลาย" โดยเป็นคำแปลขณะยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ.๒๔๖๖

développer les pratiques françaises pour enrichir ses jurisprudences, tandis qu'il jugera en préservant les principes généraux de la coutume thaïlandaise.

Dans la pratique, le juge judiciaire n'évoque pas souvent l'article 4 du Code civil thaïlandais, et parfois cela peut évoquer la question des principes généraux de droit international selon l'article 38 c) du statut de la Cour de Justice, qui vise les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées comme, constituant une source du droit national. En France, l'étude des principes généraux du droit est issue de la pensée juridique des Etats européens après les traités de Westphalie. Cette tentative d'élaborer un système fondé sur le modèle de droit interne fut un échec mais tout un corpus juridique est né à la suite de cette initiative. L'expression *des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées comme constituant une source de droit national* surprend par son caractère ambigu. La référence aux nations civilisées signifie que les principes en cause étaient ceux reconnus par les peuples jouissant de la civilisation européenne. Pour le reste, les relations internationales étaient régies par la force. Ainsi, on se pose la question de savoir si les principes généraux de droit sont une source du droit international public. Au contraire, la Thaïlande n'envisage ce fameux article 38c) qu'une explication précise pour le mot « les nations civilisées ». Les juristes thaïlandais essaient d'expliquer la définition des principes généraux du droit selon leur propre compréhension et refusent de suivre la théorie des principes généraux du droit international. Le terme « principes généraux du droit » n'est par conséquent qu'un mot technique sans valeur juridique et sans explication nette.

Avant l'entrée en vigueur du Code civil et commercial (au cours de l'année 1895), l'article 4 n'avait pas encore d'effet juridique. Le juge judiciaire avait donc trois solutions pour résoudre un problème en cas d'absence de textes (ni loi ni coutume). D'abord, le juge prenait les principes du droit anglais pour combler cette lacune, c'est-à-dire le principe d'estoppel dans la décision 65 d'année 121 ou également dans la décision 419 d'année 129. Deuxièmement, le juge justifiait sa décision par la formulation juridique citée dans la décision 118 de l'année 123. Troisièmement, le juge évoquait le droit étranger et la justice comme dans la décision de 419 de l'année 129.

Après l'année 1895, le tribunal judiciaire appliquait l'article 4 selon deux méthodes : l'application directe et l'application indirecte.

En ce qui concerne l'application directe, le juge écrivait noir sur blanc l'application de l'article 4 en tant que article important qui pou résoudre le problème de lacunes du droit. Les cas exemplaires sont la décision 408 de B.E.2478 qui évoquait l'importance de l'article 4 ; la décision 817 de B.E. 2478 relative aux trusts qui n'existait pas encore au Siam à ce moment-là, mais la Cour suprême a accepté l'existence des trusts en faisant référence au droit anglais ; pour la décision 863 de B.E. 2581 concernant le Crédit foncier, la Cour suprême donne la même raison que pour la décision précédente, ainsi que pour la décision 999/2496 relative au contrat d'assurance des marchandises du transport maritime et pour la décision 821/2536 au sujet de la non-conformité de loi.

Par d'ailleurs, la méthode de l'application indirecte est une méthode où le juge ne précisait pas directement l'application de l'article 4, par exemple, dans la décision 172/2488, 801-802/2492, 796/2495, 1460/2495, 791/2501, 1236/2501, 1627/2505, 245/2506, 1135/2506, etc. Toutes ces décisions concernent des contrats de location de longue durée. Ce type de contrat entraîne les droits et les devoirs de la part du propriétaire et de la part du locataire, beaucoup plus qu'un contrat de location normal. C'est la raison pour laquelle le juge devait appliquer le principe de bonne foi et le principe de loyauté, qui ont été reconnus comme principes généraux du droit, pour rendre la justice dans un cas donné, en l'absence de loi.

On peut constater, à propos des principes généraux du droit civil thaïlandais (concernant l'article 4 du Code civil et commercial B.E.2535), que le juge judiciaire thaïlandais était familier avec la méthodologie de la justice du système common law. C'est la raison pour laquelle, avant l'année 1895 (avant l'entrée en vigueur du Code civil et commercial premier amendement), l'apparition des principes généraux du droit n'était pas très répandue. Ensuite, après l'entrée en vigueur du Code civil et commercial, le juge a gardé encore l'habitude du common law et il a négligé de faire l'étude approfondie des principes généraux du droit. Jusqu'à présent, l'apparition du concept des principes généraux du droit est encore réduite car le juge thaïlandais préfère faire référence au droit étranger qui est considéré comme droit écrit existant déjà, pour l'appliquer à un cas donné. Le juge évite de faire référence au droit non-écrit, qui est plus abstrait et moins précis. De plus, le juge n'ose pas évoquer un nouveau contexte pour envisager un cas donné. Il veut préserver la stabilité de sa profession. C'est la raison pour laquelle le concept des principes généraux du droit ne se développe pas suffisamment en Thaïlande.

(2.2) Le juge administratif face à l'absence de texte et l'enrichissement des sources du droit administratif

En France, nous parlerons du développement des sources communautaires dans la juridiction nationale ; ce même constat paraît un peu éloigné de la situation thaïlandaise car la Thaïlande cherche plutôt comment enrichir la source nationale du droit administratif. Nous avons pris connaissance du système du droit administratif thaïlandais et cela nous pose une question de savoir quelle est la méthode du juge administratif thaïlandais pour enrichir son droit administratif.

Peu importe la différence de la source empruntée, le juge est obligé de prendre une bonne méthode pour analyser et de faire une référence correcte aux textes, pour mieux adapter sa jurisprudence. Il est nécessaire pour le juge de dynamiser sa méthode de travail par la voie de l'interprétation.

Cette recherche propose trois méthodes d'interprétation selon la Cour des Justices Communautaires : l'interprétation téléologique et finaliste, ensuite, l'interprétation utilitaire, et enfin, l'interprétation globale ou synthétique. En raison de la diversité des sources du droit (nationale, internationale) et aussi du problème de la mutabilité de la source (que nous évoquerons dans la section 2 de cette sous-partie), la juridiction administrative thaïlandaise a une situation difficile, comme celle de la Cour de Justice. C'est la raison pour

laquelle les trois méthodes proposées paraissent compatibles pour enrichir les sources du droit administratif thaïlandais.

La première méthode de l'interprétation concerne l'interprétation téléologique et finaliste. Se présentent alors deux remarques : l'interprétation téléologique consiste en une lecture permanente des dispositions du droit originaire et dérive de l'esprit du Traité ; ensuite, l'interprétation finaliste complète la première et fait référence aux objectifs du Traité. L'interprétation téléologique répond à trois nécessités : d'abord, elle permet de dépasser les problèmes linguistiques propres au droit communautaire. La diversité des langues européennes cède devant l'unité de l'esprit et des buts du Traité[385]. Ensuite, cette méthode permet tout à la fois de combler les lacunes du traité et de faire pression sur les institutions communautaires. Les textes communautaires se bornent, en effet, souvent à énoncer un certain nombre d'objectifs que le Conseil ou la Commission ont charge de réaliser. Enfin, l'interprétation téléologique autorise le juge communautaire à faire prévaloir une conception volontariste du droit dont il est le gardien, particulièrement à l'égard des résistances nationales. Il n'hésitera pas, si cela s'avère nécessaire à la progression du droit communautaire, à statuer *extra legem*, voire *contra legem*.

Cela peut s'appliquer à la situation thaïlandaise, à cause de l'influence des sources étrangères du droit administratif. Le juge a besoin d'une traduction exacte. Il arrive souvent que la traduction d'une langue ne soit pas compatible avec une autre langue. Cette remarque permet au juge de prêter plus attention à la finalité de telle ou telle théorie, plus qu'à la traduction mot à mot.

La deuxième méthode de l'interprétation est l'interprétation utilitaire. Cette interprétation consiste à assurer un plein développement des dispositions communautaires. Cette méthode prend corps dans la jurisprudence par les concepts « d'effet utile » ou « d'effet nécessaire ». Même si la Cour n'emploie pas ces termes, la référence implicite à l'effet utile est omniprésente. Cette méthode est la plus difficile pour le juge thaïlandais car le juge qui applique la théorie française doit d'abord avoir la connaissance linguistique. Et cela concerne normalement les juges qui étaient boursiers en France. Ce type de juge ne correspond pas à l'esprit de juge professionnel et cela entraîne une jurisprudence théoriquement correcte mais pratiquement inutile.

Enfin, l'interprétation globale ou synthétique se caractérise par la prise en compte des éléments téléologiques et utilitaires dans la méthode du juge. Cette méthode semble une méthode idéale pour la situation thaïlandaise, car c'est une méthode qui unit les deux procédés d'interprétation. Son utilité est ainsi une conséquence de l'esprit et des buts du Traité en même temps qu'une condition de réalisation de ceux-ci. Le juge communautaire dispose alors d'une méthode d'interprétation globale, cohérente et souple, très favorable à l'intégration du droit communautaire dans le droit des Etats membres. Plusieurs facteurs laissent d'ailleurs à la Cour de justice une grande liberté d'interprétation : le monopole d'interprétation que lui confèrent le Traité et les lacunes du droit communautaire écrit,

[385] Cf., C.J.C.E., 27 octobre 1977, *BOUCHEREAU*, aff. 30/77, Rec., CJCE, p.1999

résultant du caractère de « traité-cadre » de la convention instituant la Communauté économique européenne.

(B)Le modèle de la création

La jeunesse de l'ensemble de la juridiction administrative thaïlandais rend difficile cette partie de recherche, en raison de l'absence de cas ou d'hypothèses concrètes à comparer aux cas français. Donc, dans cette partie de recherche nous envisagerons la possibilité de l'amélioration des principes généraux du droit en Thaïlande. En France, les principes généraux du droit ont été également appliqués également par le Conseil constitutionnel, qui a précisé leur valeur. Les principes généraux du droit figurent ainsi, aux côté des principes du Préambule, parmi les normes fondamentales dont le respect s'impose à l'administration. Depuis longtemps, le Conseil d'Etat français applique les principes généraux du droit, règles non écrites dont il impose le respect à toutes les autorités administratives. Les principes généraux du droit sont moins créés que découverts par le juge, à partir d'un certain état de la conscience collective à un moment donné. La jurisprudence concernant les principes généraux du droit a précisé à la fois leur contenu et leur valeur.

Cela est différent en Thaïlande, car d'abord, il n'y a pas de jurisprudence concernant la théorie des principes généraux du droit ; c'est la raison pour laquelle l'intérêt de cette recherche est important pour la théorie du droit public thaïlandais. De plus, cette recherche peut donner au juge la possibilité et le courage d'envisager un concept nouveau pour enrichir le droit administratif. Ensuite, la même situation permet de vérifier la conception des sources du droit administratif en Thaïlande par rapport à la France. L'étude du droit comparé est toujours intéressante pour le système du droit administratif thaïlandais.

En France, les principes généraux du droit les plus traditionnels relèvent de la philosophie politique sur laquelle l'Etat républicain s'est construit : liberté, égalité, continuité du service public. D'autres relèvent davantage d'une conception du droit : droit de la défense, non-rétroactivité des actes administratifs, existence du recours pour excès de pouvoir contre toute décision juridictionnelle. Si le juge thaïlandais s'intéresse à tel ou tel principe à appliquer dans sa jurisprudence, il lui est nécessaire de vérifier le contenu des principes choisis, car la Thaïlande n'est pas attachée à la valeur républicaine comme la France. Prenons un principe comme la continuité de service public comme exemple. Ce principe devrait être pris en considération pour le bon fonctionnement du service public. Mais la Thaïlande n'arrive pas encore à résoudre ce dernier problème.

Par nature, les principes généraux du droit en France sont évolutifs. Tout en continuant d'appliquer les principes traditionnels, le Conseil d'Etat dégage des principes nouveaux, qui correspondent à des exigences plus récentes. Sans doute les bases sont déjà établies. Mais des principes supplémentaires apparaissent. D'une grande portée, l'arrêt *GISTI*[386] affirmait qu' « il résulte des principes généraux du droit, et notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 » que tout homme a le droit de mener une vie familiale normale ». Certains principes récents sont davantage limités à certaines branches du droit.

[386] CE, 8 décembre 1978

En ce qui concerne notre recherche dans ce paragraphe, nous examinerons la modèle de la création des principes généraux du droit en deux points intéressants : le fond (1) et la forme (2).

1.Le fond

Par rapport au fond au fond du modèle de la création des principes généraux du droit, nous pourront envisager deux points : la création par le juge administratif (1.1) et celle par le juge constitutionnel (1.2)

(1.1) La création par le juge administratif

L'attitude du juge administratif vis-à-vis des principes généraux du droit est emprunte de pragmatisme. Le juge français a d'une part renoncé à établir une hiérarchie officielle au sein des principes généraux du droit, et d'autre part, il a refusé de leur donner une place précise dans la hiérarchie des normes. Par contre, le juge administratif thaïlandais connaît peu cette notion. Peu importe le système juridique, le juge assigne aux principes une double fonction de contrôle : leur interprétation et leur régulation. Ils constituent par leurs propres moyens un outil commode et efficace qu'il utilisera en fonction de la question à résoudre. En d'autres termes, le juge ne s'interroge pas sur la valeur d'un principe, mais en fonction du rôle qu'il veut lui faire jouer, il assigne à chaque cas une place déterminée dans la hiérarchie.

En France, la théorie des principes généraux du droit est apparue comme des hésitations jurisprudentielles sur la valeur des principes. C'es-à-dire les principes généraux du droit ne forment pas un bloc homogène. En outre, ils ont une valeur juridique variable selon plusieurs facteurs. Dans la majeure partie des cas, la simple valeur « supra-décrétale » suffira. Le principe remplit alors sa fonction de contrôle et de censure de l'administration. C'est, en quelque sorte, l'aspect utilitaire des principes généraux, qu'a dégagé R.Chapus. En revanche, la décision « *Dame Lamotte* » offre l'illustration de l'obligation faite au juge d'accorder aux principes une valeur au moins égale à celle de la loi, sauf à céder sur une question de principe. En revanche, il nous semble impossible d'admettre que les principes généraux dégagés par le Conseil d'Etat puissent avoir valeur constitutionnelle.

En ce qui concerne ce constat, en premier lieu, une consécration constitutionnelle est parfaitement inutile du point du vue du juge administratif, car il ne souhaite pas être juge de la constitutionnalité des lois. Le juge français, au travers de la jurisprudence administrative, accorde une reconnaissance de la valeur constitutionnelle à certains principes. A l'inverse, le juge thaïlandais a peu connaissance de cette interrogation.

En deuxième lieu, l'argument tiré des références faites par le juge au préambule n'est pas convaincant. En effet, nous avons constaté que le juge français ne voyait pas dans le préambule un ensemble de dispositions normatives, mais une simple source d'inspiration. Enfin, l'argument fondé sur la jurisprudence *Syndicat des Ingénieurs Conseil* n'emporte pas non plus l'adhésion. En effet, les règlements en cause en l'espèce, s'ils ont

matériellement les caractères de la loi, restent du point de vue organique des actes administratifs émanant des décrets logiquement soumis au juge à propos de recours contre l'excès de pouvoir. Là aussi donc la valeur supra-décrétale du principe suffit à soumettre l'exécutif.

Par rapport à cette remarque, un point commun est que le préambule n'est pas non plus convaincant pour le juge thaïlandais en raison de l'absence du préambule de la Constitution. De plus, le juge administratif évoque rarement la Constitution et les textes constitutionnels comme une référence pour enrichir sa jurisprudence. Les textes constitutionnels ont une place secondaire par rapport à la loi concernant l'administration. Les principes généraux du droit en droit administratif thaïlandais auront probablement une valeur supra-décrétale mais infra-législative. Une valeur infra-législative d'abord, car, sans doute, c'est la loi du législateur qui est la plus haute dans la hiérarchie des normes, et la valeur supra-décrétale, car certains décrets ou règlements sont logiquement soumis au juge pour le recours contre l'excès de pouvoir. Ils auront une valeur constitutionnelle dès que le juge osera faire référence à tel ou tel principe édicté dans la Constitution.

Par d'ailleurs, l'attitude du juge administratif thaïlandais en matière des principes généraux du droit induit deux propositions.

Les principes généraux du droit français n'ont jamais valeur constitutionnelle, tandis que les principes généraux du droit en Thaïlande pourraient avoir une valeur constitutionnelle, si le juge thaïlandais prenait des textes constitutionnels comme références. Les principes généraux ont sûrement une valeur supra-décrétale et éventuellement un rang législatif, selon la fonction que le juge veut leur attribuer. Mais d'un point de vue organique, la juridiction administrative ne peut donner un rang législatif que selon la fonction que le juge veut leur attribuer.

Deuxièmement, le juge maintient, consciemment ou non, une certaine ambiguïté sur l'origine comme sur la valeur juridique des principes généraux. Il jouit ainsi d'une grande liberté possible dans leur utilisation. Il est possible d'affirmer que le juge choisit les principes généraux dans une vaste matière juridique et politique, qu'il les modèle en fonction du rôle qu'il veut leur voir jouer, et qu'il se refuse à leur donner une valeur définitive.

Comme nous l'avons développé dans l'introduction de ce paragraphe, certains principes récents sont davantage limités à certaines branches du droit. En fait, ce constat paraît semblable pour certains principes qui sont davantage limités à certains droits du pays. Par exemple, en matière de fonction publique française, les principes généraux du droit ont été l'intermédiaire permettant au Conseil d'Etat d'appliquer aux agents publics des règles du droit du travail qu'aucun texte n'étendait expressément à eux, comme l'interdiction de licencier une femme en état de grossesse. Ce même cas ne se pose jamais problème en Thaïlande car la loi relative à l'agent de l'état B.E. 2535 (1982) garantit la démission des fonctionnaires en cinq cas mentionnés : le décès, la fin des droits accordés par la loi relative à la mutuelle fonctionnaire, la démission avec un accord de démission, le licenciement en cas de faute légère (par exemple : ne pas passer la période d'essai de trois mois) et le licenciement

en cas de faute grave[387]. Il n'y avait pas de raison comparable à celle d'une femme en état de grossesse en Thaïlande. De plus, en ce qui concerne le cas d'une femme en état de grossesse, la loi thaïlandaise accorde quatre-vingt-dix jours pour le congé maternel et quarante-cinq jours pour le congé post-natal. C'est la raison pour laquelle ce même cas trouve rarement en Thaïlande. Le juge administratif thaïlandais doit veiller sur le but recherché par tel ou tel principe. Un autre exemple concerne les principes généraux du droit qui sont également venus enrichir le droit de l'extradition et celui des réfugiés. En France, ces principes font obstacle à l'extradition d'un étranger vers un pays dont le système judiciaire ne respecte pas les droits et libertés fondamentales de la personne[388], à l'extradition d'un réfugié vers son pays d'origine[389], et à une extradition qui aurait des conséquences d'une gravité excessive, eu égard à son état de santé[390]. En vertu du principe général du droit des réfugiés, l'octroi du statut de réfugié à une personne implique que la qualité de réfugié soit également reconnue à son conjoint et à ses enfants mineurs[391].

Le dernier exemple paraît très éloigné du cas thaïlandais, car la Thaïlande n'a été pas considérée comme une terre d'accueil comme la France. De plus, le problème des réfugiés est normalement un problème non reconnu par la loi. De plus, le droit des réfugiés a été considéré comme une branche du droit international et un droit humanitaire internationale, non un droit administratif.

Dans la hiérarchie des normes, le Conseil d'Etat français a donné aux principes généraux du droit une valeur supérieure à celle de tous les actes administratifs. Ils s'imposent au pouvoir réglementaire autonome défini par la Constitution de 1958[392]. Quelle que soit sa forme, un acte administratif doit les respecter. Ainsi une ordonnance du Président de la République, prise en vertu d'une loi d'habilitation adoptée par référendum, revêt le caractère d'une décision administrative et ne saurait donc s'affranchir du principe selon lequel un recours en cassation est ouvert à toute décision juridictionnelle[393].

La juridiction administrative thaïlandaise peut aussi profiter du même constat. En raison de l'absence de compétence concernant le contrôle de la constitutionnalité des lois, le débat concernant la valeur législative des principes généraux du droit thaïlandais ne sera pas fréquent. La valeur des principes généraux du droit sera sûrement considérée comme inférieure à la loi. Même sans aucune précision pour la valeur supra-décrétale, la valeur de certains principes généraux du droit pourra être « supra-décrétale » car l'article 11 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999) prévoit la compétence de la Cour suprême administrative concernant des recours à propos de la légalité des décrets royaux, des règlements pris en Conseil des ministres ou approuvés par le Conseil des ministres.

---

[387] Article 112 de la loi concernant la fonctionnaire d'état civil B.E. 2535
[388] CE, 26 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*
[389] CE, 1er avril 1988, *Bereciartua-Echarri*
[390] CE, 13 octobre 2000, *Kozirev*
[391] CE, 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*
[392] CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*
[393] CE, 19 octobre 1962, *Canal*

(1.2) La création par le juge constitutionnel

Le Conseil constitutionnel français a fait application de principes généraux du droit, auxquels il s'est pour la première fois référé dans une décision du 26 juin 1969. Compte tenu de la nature du contrôle qu'il exerce, il lui appartenait de préciser la valeur de ces principes par rapport à la loi. Il l'a fait en adoptant une distinction, certes sous-jacente dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, mais que ce dernier n'avait pas à expliciter.

Pour le Conseil constitutionnel, certains principes généraux du droit ont une valeur inférieure à la loi. Le législateur peut y déroger. Dans ce cas, l'existence d'un principe général du droit a pour effet d'étendre le domaine de la loi. Il existe ainsi un principe général du droit de non-rétroactivité des actes administratifs. Une loi peut en conséquence prévoir qu'une mesure aura une portée rétroactive. Mais il y a d'autres principes généraux du droit qui ont une valeur constitutionnelle. Il en va ainsi, d'abord, des principes généraux du droit qui sont en même temps énoncés dans le Préambule de la Constitution, par exemple le principe de liberté et le principe d'égalité, qui sont à la fois des principes généraux du droit parmi les plus traditionnels et des règles de la Déclaration des droits de l'homme. Sans être aussi expressément mentionnés dans le Préambule, certains principes généraux y trouvent directement leur source et donc leur valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle au principe des droits de la défense, qu'il regarde comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, par référence à la loi du 22 avril 1905 relative à la communication du dossier aux fonctionnaires. Des principes purement jurisprudentiels ont également été érigés su niveau constitutionnel, comme la continuité de service public dans la décision du 25 juillet 1979 et le droit au recours pour excès de pouvoir contre toute décision administrative (décision du 18 septembre 1986 et 17 janvier 1989).

Il apparaît que le Conseil constitutionnel français a fait référence à tel ou tel principe érigé dans la Préambule. Le Conseil constitutionnel n'invente pas les principes, mais affirme leur existence, tandis que la Cour constitutionnelle thaïlandaise se limite à une activité politique plus que juridique, et elle n'a jamais fait référence à des principes érigés dans la Constitution.

Le Conseil constitutionnel français s'en tient à l'expression des « principes à valeur constitutionnelle », pour se référer à un ensemble qui comprend à la fois les principes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes particulièrement nécessaires à notre temps et ceux des principes généraux du droit auxquels il reconnaît une valeur constitutionnelle. Cette même liste des principes n'existe pas dans la théorie du droit constitutionnel en Thaïlande. Même si la Constitution thaïlandaise mentionne certains principes et libertés, le juge y fait rarement référence.

Pour s'en tenir aux principes issus de la Constitution, ils sont d'usage courant en droit administratif, que le Conseil d'Etat applique un principe du Préambule ou qu'il retienne un principe général du droit qui y puise plus ou moins directement son origine. Exposé des conceptions largement partagées à un moment donné de l'évolution de la société, le Préambule de la Constitution est en effet un lieu privilégié de découverte de principes

généraux qui reflètent précisément ces conceptions. Au contraire, la juridiction administrative thaïlandaise fait rarement référence aux principes mentionnés dans la Constitution. Elle préfère prendre directement la théorie du droit administratif français pour l'appliquer dans sa jurisprudence. Nous envisagerons cette démarche dans la section 2 de cette sous-partie.

Reconnus par la jurisprudence, avant que la Déclaration des droits de l'homme ne retrouve sa valeur constitutionnelle en 1946, les principes de liberté et d'égalité sont la meilleure illustration des idéaux de 1789. On trouve le principe de liberté qui découle notamment de la règle selon laquelle une mesure de police ne doit pas imposer de contraintes excédant celles qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public[394]. L'égalité des citoyens doit être assurée devant les charges publiques, notamment devant l'impôt, pour l'accès à la fonction publique ou encore entre les usagers du service public. De façon générale, le principe d'égalité « régit le fonctionnement des services publics » et s'oppose à ce qu'un traitement différent soit appliqué à des administrés qui se trouveraient dans une situation identique[395]. Ces mêmes libertés sont bel et bien mentionnées dans la Constitution, mais jusqu'à maintenant, il n'a y pas de jurisprudence qui y fasse référence.

Même lorsqu'ils reposent sur une base constitutionnelle inchangée, les principes généraux dans la théorie du droit public français conservent leur caractère évolutif. Ainsi l'égalité est aujourd'hui conçue de manière à autoriser des mesures destinées à renforcer l'égalité des chances. Un conseil municipal peut en conséquence établir des droits d'inscription à un Conservatoire national de musique qui varient selon les ressources des familles, « eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce qu'un Conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction de leurs possibilités financières »[396]. De même l'Institut d'études politiques de Paris peut ouvrir une voie d'accès à des candidats originaires d'une zone d'éducation prioritaire : « l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction » est respectée dès lors que la procédure repose sur des critères objectifs de sélection, tenant au niveau et aux capacités des candidats[397].

Les principes de valeur constitutionnelle imposent parfois des exigences contradictoires qui impliquent une conciliation. Il en va ainsi du principe de continuité du service public, principe général du droit de valeur constitutionnelle, et du droit de grève, proclamé comme principe particulièrement nécessaire à notre temps par le Préambule de 1946. Il en résulte que seules peuvent être apportées au second les restrictions nécessaires pour ne pas compromettre l'autre, au terme d'un arbitrage délicat opéré sous le contrôle minutieux du juge administratif si, en l'absence de loi, les règles sont déterminées par voie réglementaire[398] ou par le juge constitutionnel lorsque la loi intervient[399].

---

[394] CE, 19 mai 1933, *Benjamin*
[395] CE, 25 juin 1948, S*té du Journal d'Aurore* ; 9 mars 1951, *Sté des concerts du conservatoire*
[396] CE, 29 décembre 1977, *commune de Gennevilliers*
[397] CC, 11 juillet 2001
[398] CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*
[399] CC, 25 juillet 1979

A la jonction du droit administratif et du droit constitutionnel, principes de valeur constitutionnelle et principes généraux du droit forment ainsi un ensemble varié de normes qui donnent aux droits fondamentaux des citoyens leur expression et leur garantie.

En bref, les principes généraux découverts par le Conseil constitutionnel présentent naturellement de nombreuse similitude par rapport à ceux du Conseil d'Etat. En effet, le premier s'est largement inspiré de l'expérience du second.

La situation en Thaïlande est à l'inverse car c'est la juridiction administrative qui s'attache au droit public plus que le Cour constitutionnelle qui subit toujours une influence politique. Chaque juridiction s'occupe de son propre travail : la protection des administrés, le renforcement de la théorie du droit administratif pour la juridiction administrative, et enfin la surveillance de la vie politique par la Cour constitutionnelle.

Si l'origine des principes est identique, il n'est pas interdit pour les deux juridictions de prendre les mêmes sources. La liste des principes relevant du Conseil constitutionnel français, par exemple, le principe d'égalité, de non rétroactivité des actes administratifs, de respect des droits de la défense, de liberté d'enseignement et de conscience, de continuité du service public, etc., nous prouve cette possibilité. Si certains de ces principes n'ont pas d'équivalent dans la jurisprudence administrative, ils procèdent cependant immanquablement de la même philosophie sociale. Et cette dernière remarque concerne aussi le cas thaïlandais.

Le Conseil d'Etat n'est plus le seul capable d'extraire des principes généraux des diverses données sociales ou juridiques. Cette situation est la même en Thaïlande. Mais en ce qui concerne la France, c'est le Conseil constitutionnel qui s'inspire essentiellement des diverses données sociales et politiques, mais pas exclusivement selon la tradition libérale et sociale, telle qu'elle est synthétisée dans le Préambule de la Constitution de 1958 et les différents textes auxquels elle renvoie : Déclaration des droit de l'homme et du citoyen, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et principes particulièrement nécessaires à notre temps.

Ensuite, le Conseil constitutionnel français affirme son pouvoir normatif dans des conditions proches, mais non identiques à celles du Conseil d'Etat. Dans le même ordre d'idées, on peut noter dans la jurisprudence constitutionnelle comme dans la jurisprudence administrative, une même tendance à la dilution des principes qui perdent leur degré de généralité ou ne trouvent à s'appliquer qu'à des situations particulières. Au contraire, la Thaïlande est moins riche au niveau des sources des principes, la Cour constitutionnelle thaïlandaise refuse d'envisager la théorie du droit administratif, que nous envisagerons dans la section suivante.

Les fonctions que le juge constitutionnel français assigne aux principes sont globalement identiques. Les principes servent à la fois de procédés de censure ou de contrôle, de normes facilitant l'interprétation, ou la régulation. Une différence capitale cependant réside dans le degré de contrôle qu'opère le juge. Le Conseil constitutionnel français a pour charge de censurer d'éventuels agissements fautifs du législateur. Dès lors, la valeur juridique des

principes généraux du droit s'en trouve affectée. Qu'il s'agisse du contrôle du législateur ou de l'interprétation de ses actes, le juge a besoin d'une norme de référence supérieure à la loi pour guider son raisonnement.

Par rapport à ce constat, le juge administratif thaïlandais pourra, en même temps, contrôler la valeur d'un principe. Les principes généraux du droit pourront aussi avoir une valeur constitutionnelle si le juge a besoin d'une norme de référence supérieure à la loi pour guider son raisonnement. Il reste que tous les principes ne bénéficient pas de ce statut. Les juges des deux juridictions peuvent, en fonction du rôle qu'ils destinent aux principes leur octroyer une valeur simplement législative. Mais cette hypothèse est très marginale.

Au total, si les principes généraux du droit des deux juridictions présentent de nombreuses similitudes, ils diffèrent très clairement quant à leur fonction et leur valeur juridique. La découverte des principes généraux du droit par le Conseil constitutionnel français a dès lors sur le droit administratif des incidences qu'il faut préciser. Mais pour le cas thaïlandais, la Cour constitutionnelle refuse implicitement d'envisager la théorie du droit administratif. Et si elle voulait l'évoquer, la source de ce type de principes ne serait que la liste des droits et libertés mentionnés dans la Constitution. Même si la Cour constitutionnelle peut ainsi donner une valeur aux principes, cette hypothèse est encore éloignée dans le système juridique thaïlandais.

2.La forme : l'acceptation du concept des principes généraux du droit en Thaïlande

Nous envisagerons deux points : le juge crée le droit (2.1) et l'avenir des principes généraux du droit en Thaïlande (2.2)

(2.1) Le juge est celui qui crée le droit

Si l'hypothèse selon laquelle « le juge est celui qui crée le droit » nous paraît vraie en Thaïlande, en France, cette affirmation est différente. En réalité, la situation du juge en Thaïlande, par rapport au processus de création du droit, est ambiguë ou masquée, avec trois hypothèses. Premièrement, l'interdiction faite au juge de proposer explicitement sa propre règle contre la règle contre la règle officielle, deuxièmement, la théorie traditionnelle qui réduit sa marge de création à presque rien, et enfin, la pratique qui lui donne un rôle non négligeable : le n'importe quoi est interdit ; le presque rien est théorisé et le quelque chose de non négligeable, voire d'important, est observé.

La position du juge par rapport à la création du droit est une conséquence du positivisme juridique dans l'Etat de droit, c'est-à-dire de l'application par un juge indépendant du pouvoir politique des règles démocratiquement adoptées. Le juge doit considérer que « la loi est la loi » et « le juge doit l'appliquer sauf dans certaines situations extrêmes (territoire occupé ou dominé par un ennemi, ordre légal démocratique et Etat de droit radicalement remis en cause) ». Tous les cas exceptionnels peuvent lui ouvrir un droit, ou un devoir, de désobéissance.

Dans le célèbre chapitre VI de l'*Esprit des lois* (De la Constitution d'Angleterre), Montesquieu a écrit, en ce que concerne le juge : « *Mais les juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ». Selon ce constat, le juge ne serait donc là que pour faire strictement appliquer le droit, en simple serviteur. Il ne serait qu'exécutant, sans marge de manœuvre, les jugements lui étant dictés.

Montesquieu a évoqué aussi le travail du juge dans le gouvernement républicain. Il précise que « *Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyens contre qui on puisse interpréter une loi quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie*[400] »

Même si certains auteurs, approfondissant la lecture de Montesquieu, découvrent de « sérieuses ambiguïtés » dans sa thèse sur l'absence totale de pouvoir normatif du juge[401], on doit reconnaître qu'elle fonde le raisonnement judiciaire, le syllogisme du juge, ainsi défini, en 1764 par Beccaria pour le domaine pénal.

Par rapport à l'hypothèse selon laquelle *le juge est «l' inventeur » de la loi*, cette logique, en France, avait eu la velléité d'introduire le référé législatif : en cas de difficulté d'application de la loi, le juge aurait dû demander au législateur, seul créateur, d'interpréter, de préciser sa pensée législative. L'article 4 du Code civil a consacré une solution réaliste, non paralysante, en donnant au contraire l'interprétation au juge : *Le juge qui refusera de juger, sous le prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

Tous les événements mentionnés peuvent expliquer le dynamisme et le rôle actif du juge dans la construction du droit, puisqu'il est autorisé, et même obligé de participer à la création du droit. Il doit en effet préciser la règle quand elle est ambiguë ou obscure, trouver une règle à appliquer quand elle est absente, muette ou lointaine, trancher ou chercher un compromis quand elle est contradictoire.

De plus, le juge doit se prononcer quand la loi manque ou présente des lacunes. A lui alors de trouver une règle ou un principe de base applicable, dans un texte régissant une situation voisine ou dans l'esprit de la législation en vigueur. Ainsi, dans l'affaire des nationalisations françaises de 1982, le Conseil constitutionnel applique-t-il les principes et règles posés dans l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme qui ne parle pas expressément des nationalisations.

Le même cas pourra s'appliquer au juge thaïlandais. En raison de l'absence de textes ou de théorie du droit administratif, le juge thaïlandais doit oser « inventer » telle ou telle théorie juridique qui n'existe pas dans le système du droit thaïlandais. Le juge doit aussi observer la vie quotidienne pour mieux faire le juste et la justice comme dit Aristote, pour donner à chacun sa part, en fonction des règles préétablies, en fonction du contexte, des

---

[400] Livre Vi, chapitre III

[401] Cf. Mauro Cappelleti, *Le pouvoir du juge*, Economica, 1990, p. 258-260, cité par Gérard Timsit, *Les Figures du jugement*, PUF, Les voies de droit, 1993, p. 27

urgences sociales, des demandes des parties, d'une mission d'apaisement social et d'une idée de justice. En ce cas, le juge a un rôle beaucoup plus important que celui de bouche de la loi. La société moderne, surtout celle qui connaît peu la protection du droit administratif comme en Thaïlande, demande au juge beaucoup plus que son rôle de « juger », mais aussi une fonction en matière de justice quantitativement et qualitativement inédite. Parfois, le juge doit se soumettre à une question délicate, comme le droit à l'accès au tribunal sans frais judiciaires ou *pauper's lawsuits*. Ce droit a été précisé dans le Code de la procédure civile, et il ouvre la possibilité pour les personnes défavorisées de prouver qu'elles n'ont pas les moyens de payer les frais judiciaires (2.5 % ou 200 000 bath pour le maximum). Ce droit a été ajouté dans la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse n°4 B.E. 2548. Au début la commission pensait que ce droit n'avait aucune importance. Mais en pratique, les requérants, dans les litiges concernant l'expropriation, sont parfois des gens défavorisés qui n'ont pas les moyens de payer les frais judiciaires, et le tribunal est alors obligé de rejeter ce litige. C'est la raison pour laquelle le tribunal a essayé de trouver une solution convenable pour être juste et justice à la fois.

(2.2) L'avenir de la théorie des principes généraux du droit administratif en Thaïlande

L'avenir de la théorie des principes généraux du droit administratif dépend globalement de deux facteurs. Il est d'abord lié aux évolutions que connaît le droit administratif en général. Il est également suspendu au devenir du juge administratif. Or, de tout temps, la structure du droit administratif comme les pouvoirs de son juge ont été mis en cause. Plus précisément, il y a aussi l'incertitude de la théorie des principes généraux du droit, d'une part, sur le renouveau des sources écrites du droit administratif (sources nationales, sources inspirées du droit administratif français et allemand), d'autre part, sur la permanence du caractère jurisprudentiel du droit administratif lié à l'attitude du juge.

En Thaïlande, le droit écrit a été considéré toujours comme une source du droit administratif. Des normes écrites en droit administratif sont notamment le fruit d'une conjonction entre l'accentuation des critiques portant sur les insuffisances du droit administratif jurisprudentiel et la multiplication des efforts de clarification des textes applicables. En France, ce même phénomène s'est traduit par la codification du droit administratif et l'élaboration du droit administratif au niveau communautaire (la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, par exemple). Mais le droit administratif thaïlandais n'atteint pas le même niveau car la stabilité des sources nationales n'est pas encore réelle. L'inflation normative thaïlandaise relève de l'instabilité du gouvernement et de la brièveté des séances parlementaires. Conséquence économique, au lieu de se basée sur une juste théorie du droit administratif général, le gouvernement s'intéresse plutôt à la modification du droit relatif au régime du droit économique. L'intervention de l'Etat en matière économique pose toujours un problème, concernant la compétence de la juridiction administrative, car c'est une des activités étatique, soumis à la compétence de la juridiction administrative. Mais comme la théorie du droit administratif général n'est pas suffisamment stable, (et elle en est même loin), au niveau de l'exécution, la jurisprudence de la juridiction administrative a été critiquée souvent sur le point de sa légitimité.

Une proposition a été ajoutée pour le juge thaïlandais afin de renforcer son rôle. Il devra être plus ouvert que le juge français en matière d'efforts de modernisation de la juridiction et du droit administratif. Le juge doit s'engager à une meilleure communication externe, par exemple, faire beaucoup plus de recherches. Le juge doit étudier en profondeur les principes empruntés à des sources étrangères. Le juge doit éviter le plus possible de donner un caractère obscur à sa jurisprudence. Le juge doit essayer de parler dans à la façon du « franc-parler occidental »[402] plutôt que suivant l'habitude de parler indirectement des choses comme dans la « pensée-chinoise ». Cela peut enrichir la jurisprudence et aussi augmenter la confiance de la société par rapport à la justice administrative.

Section 2 : Les principes généraux du droit : perspectives et innovations

§1 : Perspectives et innovations en droit administratif français

(A)Les principes généraux du droit et les autres catégories voisines

1.Les principes généraux du droit et l'équité

Héritage du droit romain, affirmé par Ciceron comme source obligatoire du droit[403], l'équité fait partie du l'intégralité du droit actuel. Le professeur Hauriou s'en faisait l'écho dans son *Précis du droit administratif*, en affirmant que le droit administratif est « un droit d'équité »[404]. M.Braibant procédait pour sa part à une synthèse entre les deux auteurs en affirmant en 1992, que « l'équité apparaît, depuis qu'il existe des systèmes juridiques, comme leur fondement commun »[405]. En bref, l'équité s'enracine dans les plus anciens systèmes juridiques ayant eu une influence sur l'ordre juridique contemporain. Elle est ainsi aux sources du droit romain et sa présence est demeurée jusqu'à l'ancien droit français.

L'équité intégrale est présente dans le droit romain, notamment dans le droit dont dispose le prêteur. Jusqu'au IIe siècle av.J.C., le droit roman ou *jus civile* se résume à la loi des XII Tables, élaborée à la demande des plébéiens, soucieux d'échapper à l'arbitraire des juges de la classe patricienne, jusqu'alors souverains. Par cette législation avait été instituée la magistrature des prêteurs, chargés d'administrer la justice par le biais d'un Edit, édicté lors de leur entrée en fonction.

Dans un premier temps, le prêteur ne peut que combler les lacunes du *jus civile,*et ne saurait aller *contra legem*. Or, à partir du IIe siècle av.JC., l'influence des philosophes grecs, en particulier de Platon et d'Aristote, pousse à la promotion d'une juste équité dans la mise en œuvre du droit, et cette influence va s'intégrer effectivement dans l'ordre juridique, au travers du droit prétorien, dont l'expansion est alors favorisée par les dispositions de la *Lex Aebutia*.

---

[402] F.JULIEN, *Le détour et l'accès, Grasset*, Le Collège international de philosophie, 1995, p.464, cité par J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit continuité et modernité*, thèse, Dalloz 2003

[403] « sans l'équité, le droit n'est pas le droit »

[404] M.Hauriou, *Précis de droit administratif*, 7e éd., 1911, p.98

[405] G. BRAIBANT, « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité » : *RF adm. Publ*. 1992 ; p.687

En effet, si ladite loi n'autorise pas directement le prêteur à abroger ou créer le jus civile, du moins l'autorise-t-elle, par le biais de l'organisation d'un procès, à introduire des dispositions nouvelles lors de la promulgation d'un édit, sous forme de nouveaux moyens de procédure susceptibles, dans les faits, de neutraliser le droit écrit.

Ce pouvoir réglementaire factuel dont va alors jouir le prêteur n'est pas perçu comme une ouverture sur un droit naturel abstrait : un édit en équité possède toujours un lien étroit avec la prise en compte de la spécificité du cas. En outre, les circonstances venant à se répéter, les dispositions d'équité acquerront un caractère de permanence, permettant à M. Schnerb dans sa thèse sur l'équité, en 1946, de désigner le droit prétorien comme un monument d'équité[406].

En définitive, l'équité romaine incarne une double recherche d'humanisation du droit et de la justice, qui trouve en particulier à s'exprimer dans les formules respectives de Papinien et d'Ulpien. A cet égard, elle encourra plus d'éloges que de critiques, étant considérée non seulement comme légitime, mais également comme indispensable au développement harmonieux du droit.

Le droit canonique, fondé sur les canons de l'Eglise romaine est issu de l'ensemble des normes qui, dans l'Eglise catholique, règlent la Constitution, l'organisation, les fonctions, de l'Eglise, le statut de ses membres et de ses biens temporels, etc….Toutes ces normes sont contenues dans le Code du Droit canonique issu de la révision du *corpus juris canonici* de 1971 et promulgé le 15 janvier 1983[407]. Le caractère du droit canonique se justifie par le fait que ce droit particulièrement empreint d'une philosophie, d'une mystique même, de la justice et du sentiment, a su édifier l'équité canonique en une véritable notion juridique à part entière, garantie ultime, paradoxalement, contre l'éventuel arbitraire interprétatif des juges[408]. M. Dessens dans son *Essai sur la notion d'équité* de 1934 évoque « l'introduction dans le droit positif, dans la pratique judiciaire, et l'œuvre doctrinale, d'un grand nombre de solutions et principes directement inspirés de l'équité »[409]. On peut considérer que les canonistes sont attachés au principe d'équité plus que les civilistes.

En droit français de l'Ancien Régime, l'équité participait à la décision de justice. Ce principe avait été bafoué pendant la période révolutionnaire et a été repris en tant que principe d'égalité par la justice contemporaine.

Dans l'Ancien Régime, la justice avait un lien fort avec le Roi. L'autorité judiciaire était comparable à celle des empereurs romains. Il était loisible au Roi, au nom de l'équité, de tempérer la rigueur de la loi par le biais des lettres de grâce (dispensant de l'application de la loi), des lettres de justice (dont certaines, les lettres de rémission, ont amorcé la prise en compte de l'intention dans le fait criminel), des lettres de commutation de

---

[406] J.M. SCHENER, *Une jurisprudence d'équité du Conseil d'Etat : le risque administratif*, thèse Strasbourg, 1946, p.13
[407] La définition du G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2003
[408] M.FOULETIER, *Recherche sur l'équité en droit public français*, coll. Bibliothèque du droit public, t. 229, L.G.D.J
[409] A.DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse Toulouse 1934, p.135

peine ou bien encore des lettres de répit (accordant un délai de paiement à un débiteur). En outre, arguant de sa capacité à statuer en équité, le roi se proposait comme médiateur lors de conflits entre personnage puissants.

Enfin, et surtout, par le biais de l'équité, le souverain se réservait la faculté de combler les lacunes du droit, ou du moins l'absence de précédents relatifs aux cas d'espèce qui lui étaient soumis.

Les jurisconsultes prônaient le recours à l'équité, et par suite la mise à l'écart des règles du droit romain, inspirant alors l'élaboration du droit français. Ainsi, selon Pothier[410], si le droit romain disposait de l'autorité de raison, il ne disposait en fait que de cette ratio scripta, et par conséquent, pouvait être écarté par l'appel à la raison, telle qu'elle s'exprime dans l'équité.

Sous la Révolution, à cause du rejet du caractère profondément inégalitaire de la justice, l'équité est devenue un caractère indispensable du principe d'égalité. L'apparition de l'équité se trouve, par exemple, dans le décret des 4 et 11 août 1789 qui proclame l'abolition des privilèges, ou, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme qui affirme que « les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit », et l'article de ce même texte dit que la loi « doit être la même pour tous ». Cette égalité est très directement influencée par les écrits de Jean-Jacques Rousseau, selon lequel la loi, expression de la volonté générale, doit être elle-même générale, sans différence dans son contenu ou dans son application.

Actuellement, l'équité a réussi à s'introduire de façon nette dans le système juridique contemporain, comme dans le droit communautaire public, le droit privé français et notamment, dans la conception des principes généraux du droit public.

Dans le droit international public, l'équité peut être considéré comme une source directe par la référence à l'article 7 de la Convention XII de La Haye du 18 octobre 1909 (non ratifié), prévoyant que « si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux du droit et de l'équité ». En outre, l'article 38§2 du Statut de la Cour internationale de justice (ci- après CIJ) donne au juge le droit de statuer lorsque les parties y consentent expressément, *ex aequo et bono*, autrement dit, selon M. Dupuy dans son manuel de droit international, « en fonction du sentiment qu'il a personnellement de l'égal et du bon ou, si l'on préfère, du juste »[411], quitte donc à écarter le droit positif, ou du moins à combler ses lacunes. Ce pouvoir exorbitant faisant du jugement, selon le même auteur, *un substitut du droit*, semble alors imposer, selon M. Daillet et M. Pallet, que le juge dispose d'une habilitation « d'une évidence aveuglante »[412] en accord avec les parties.

Cela nous convainc que l'hypothèse du jugement *ex aequo* et *bono* apparaît comme très exceptionnelle, et demeure par suite fort théorique. Sans doute est-ce dû au fait que les parties, quitte à recourir à l'équité, préfèrent s'en remettre à

[410] Cf. LAURENT, *Traité de droit civil*, 1876, t.I, p.34
[411] P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Précis Dalloz, 3e éd. 1995, p.272, §345.
[412] P.DAILIER et A.PELLET, *Droit international public*, 5e éd., LGDJ 1994, p.347

un arbitre, dont elle est l'outil de prédilection, plutôt qu'à un juge, censé en premier lieu appliquer le droit positif *stricto sensu*.

De plus, l'équité intervient aussi comme une source indirecte par l'application du droit international public ou bien par l'interprétation du juge et l'arbitre.

Selon M. Dupuy dans son ouvrage *Droit international public*[413], « le droit *[étant]* lié à la recherche de la justice, l'équité est inhérente à son application ». Par conséquent, non seulement la règle de droit doit être équitable, mais son application doit l'être également. Cette nécessité est particulièrement affirmée dans le cadre du droit conventionnel, renvoyant fréquemment à l'équité ou à des principes équitables, non pas à titre supplétif, mais bien comme une obligation juridique.

Ainsi, dans la Convention de Montego Bay de 1982, relative au droit de la mer, nombre d'articles renvoient expressément à l'équité : l'article 59, relatif à la zone économique exclusive, précise que tout conflit la concernant « devrait être résolu sur la base de l'équité » ; l'article 83 demande d'aboutir « à une solution équitable, en cas de conflit relatif à la délimitation du plateau continental » ; quant à l'exploitation des ressources halieutiques par les Etats sans littoral, elle doit être déterminée « selon une formule équitable ». (art. 69).

On retrouve les mêmes références à l'équité dans des textes plus anciens, telle la Convention de 1971 relative à la responsabilité pour les dommages causés par des engins spatiaux, qui prévoit que le montant de la réparation « sera déterminé conformément au droit international et aux principes de justice et d'équité ».

L'équité, conçue ici comme un moyen de justice, constitue un véritable guide de concrétisation du droit. Cette fonction du droit international, prévue et consentie par les pays, peut également se manifester dans le cadre de l'interprétation constructive pratiquée tant par le juge que par l'arbitre de droit international.

Au niveau de l'interprétation, il faut que le juge ou l'arbitre rende au moins une décision finale d'un caractère équitable. Autrement dit, le recours à l'équité ne serait pas l'expression d'un sentiment subjectif de justice, mais la traduction de *principes* juridiques de justice. Or, dans les deux cas où la décision relève d'un juge ou d'un arbitre, la fonction et le résultat ultime de l'équité sont les mêmes : il s'agit d'obtenir une solution juste (on pourrait dire acceptable) pour les deux parties, de sorte qu'en définitive, l'équité interprétative possède la même force créatrice de droit que l'équité officielle du jugement *ex aequo et bono.*

---

[413] P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Précis Dalloz, 3e éd. 1995, p.272, §345.

Le droit international public illustre très bien cette intégration réussie de l'équité dans l'ordre juridique. Nous qualifions cette intégration de réussie, parce que non seulement le recours à l'équité est accepté et pratiqué comme tel par les sujets de droit, mais que, en outre, le caractère juridique de ce recours à l'équité n'est pas contesté.

D'ailleurs, en droit privé français, l'équité est objet d'une suspicion dans le cadre du droit pénal. Car elle peut provoquer de la méfiance envers la sécurité juridique et une « jurisprudence purement sentimentale » selon le professeur Gény[414]. En outre, dans le droit civil, le débat sur l'équité a commencé relativement au projet de Code civil présenté le 24 Thermidor an VIII. Dans le Code civil actuel, l'article 4 condamne le juge pour un déni de justice. Cet article implique indirectement qu'en cas de lacunes ou d'absence de lois, le juge fasse appel à des considérations d'équité. De plus, le dernier alinéa de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile, en réservant la possibilité de faire du juge un référent amiable, ouvre également la porte des prétoires à l'équité, puisque dans cette hypothèse, le juge n'est plus tenu de se conformer aux règles de droit. En pratique, cette faculté demeure exceptionnelle, dans la mesure où elle requiert l'assentiment des parties, une fois le litige né, et alors même qu'elles pourraient, de façon plus classique, s'en remettre à l'arbitrage ou à la transaction.

En droit public, l'équité est une nouvelle légitimité, du fait des aspirations du droit public contemporain à restaurer un juste équilibre dans la prise en compte des intérêts publics et elle est présentée comme un complément juridique indispensable du respect réel du droit à l'égalité.

Le droit public se présente comme le droit de la puissance publique pour sauvegarder l'intérêt général par rapport à l'Etat. Le droit public est considéré comme un droit à finalité étatique. Dans ce cas, le système juridique garde la primauté sur la loi, de la conception de la justice qu'elle développe, à l'exclusion de toute adaptation particulière de la norme à l'individu.

Or, le droit public contemporain, sous la double poussée du libéralisme politique et de l'aspiration à la défense des droits de l'homme, semble désormais accenteur l'orientation (qui est déjà engagée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis la fin du XIXe siècle) vers une finalité plus individualiste, voire humaniste, étant

[414] F.GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, t.2, p.291 et s.

entendu que comme le relève le doyen Madiot, la Convention européenne des droits de l'homme fait figure à cet égard d' « accélérateur d'individualisme »[415].

Il s'agit de mettre l'accent sur la limitation de la toute puissance étatique, au profit de la protection des droits de l'individu par la garantie d'un traitement juste. A ce propos, M. Chapus souligne que « dans l'entreprise de conciliation [des droits de l'Etat et des droits privés], les droits et intérêts privés ne cessent de peser d'un poids plus lourd »[416]. Dans ce cas, l'équité pourrait être le moyen par excellence de répondre à ces aspirations humanistes. Elle pourrait être aussi l'incarnation de la justice du cas particulier, la garantie des droits du faible contre le fort.

C'est l'importance de l'équité en tant que source d'inspiration du droit public qui suscite notre intérêt dans cette recherche. L'équité a été pratiquée souvent mais sans être mise en évidence par le législateur dans les discours politiques qui sont emplis de références à l'équité. Cependant, si le législateur ne nomme pas explicitement l'équité, il poursuit une logique de justice sociale correspondant bien à l'équité, du moins telle qu'elle est définie par ses théoriciens contemporains.

Quelle que soit la réalité de ses apports à la justice sociale, l'équité, telle qu'elle est pratiquée par le législateur d'aujourd'hui, renouvelle en profondeur les concepts de liberté et surtout d'égalité ; égalité entre les individus d'une part, égalité entre les administrés, les citoyens et la puissance publique, l'Etat, d'autre part. A cet égard, nous ne saurions traiter l'ensemble des textes de loi qui, depuis plusieurs décennies, alimentent la quête d'une certaine forme d'équité. Par conséquent, les développements suivants ne constituent que des exemples, mais des exemples choisis pour leur caractère significatif, et même de plus en plus significatif, de l'emprise de l'équité perçue comme moyen de justice social justifiant l'élaboration de la norme.

En particulier, on observe que le législateur met en œuvre des politiques publiques revendiquant la satisfaction d'une double facette de l'équité, à la fois inspiratrice d'une définition solidariste de la justice sociale et promotrice d'une prise en compte effective des intérêts privés et des droits individuels de l'administré. D'une part, la loi impose aux droits individuels une définition susceptible de réaliser l'équité, au sens où ladite définition aura pour conséquences juridiques la reconnaissance d'un droit à jouir *effectivement* de ceux-ci, d'un droit à une justice individualisée.

---

[415] Y. MADIOT, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Mélanges* J.Savatier, PUF 1992, p.357

[416] R. CHAPUS, « L'administration et son juge : ce qui change », *EDCE* 1991, p.264-265

D'autre part les innovations législatives contemporaines tendent à assurer la défense équitable des droits individuels, tant dans le cadre d'un procès public qu'en dehors de toute relation litigieuse, en s'attachant à rétablir un juste équilibre entre le respect de l'intérêt public de l'administration et celui de l'intérêt privé des administrés.

Le concept d'équité selon le législateur est relatif aux droits individuels. Ces droits garantis par la Constitution sont acceptés d'une façon caractéristique, selon les législateurs[417]. Le législateur accepte et retient l'équité ainsi que les implications juridiques que le législateur souhaite en retirer. L'exemple dans ce cas est le droit à l'égalité devant la loi, qui offre aux pouvoirs publics un terrain d'expérimentation en matière d'équité. En effet, la mise en œuvre de ce principe constitutionnel découle très directement de la définition donnée en aval et qui peut varier du plus strict égalitarisme aux plus injustes discriminations.

En outre, l'apparition d'équité affichée par le législateur peut se traduire par une interprétation renouvelée de l'objectif d'égalité de tous les citoyens. Cette interprétation menace la cohésion sociale et la conception du principe d'égalité, notamment une conception équitable fondée sur la recherche de l'égalité des chances, voire de l'égalité des résultats, pour chaque membre de la société. Pour ce faire, le législateur a notamment entrepris d'établir des distinctions qualifiées de justes et équitables entre les citoyens, en fonction du profit réel, effectif, qu'ils tirent du principe d'égalité.

Comme nous l'avons développé dans les sections précédentes, le droit public français a été construit sur une abondante jurisprudence, plus que sur des textes législatifs traditionnels. A cet égard, M. Donnedieu de Vabres constate dans une étude de 1949 que « la jurisprudence administrative s'est développée au XIXe siècle à mesure qu'était consacrée et étendue l'idée que l'individu peut avoir des droits contre l'Etat, ces droits exigeant la sanction du juge ». Ceci permet d'interpréter les principes fondamentaux directement applicables par les juridictions. Le juge a usé de son pouvoir normatif *de facto* pour élaborer de véritables normes juridiques, afin de pallier les lacunes du droit positif, en lui imprimant une logique et un esprit juridique empreints du respect de la justice.

La question se pose de savoir sur quel fondement établir cette prise en compte des droits de l'individu, s'il n'y a pas d'équité. C'est bien sur la justice et le bon sens que se fonde le professeur Laferriere dans son *Traité de la juridiction administrative*, en affirmant que « la jurisprudence *[et]* elle seule peut faire la part entre les principes permanents, et les dispositions contingentes, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité, à leur insuffisance, en s'inspirant des principes généraux du droit et de l'*équité* ». Et cette mission normative, fondée (du moins en partie) sur l'équité, n'a en rien perdu de son

[417] L'expression de M.FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, coll. Bibliothèque de droit public, t.229, L.G.D.J.,2003

actualité, si l'on en juge par les écrits de M.Braibant qui, en 1982, affirmait que « lorsque le juge administratif doit suppléer aux carences, aux insuffisances, aux lacunes de la loi, il se réfère à cette à cette notion d'équité ».

Ainsi, non seulement le juge, ne se contentant pas d'appliquer le droit positif, crée des normes de droit, mais en outre il recourt à l'équité pour dégager lesdites normes. Le juge va mettre en évidence le fait que l'équité doit être considérée comme un moyen indispensable du système juridique. De plus, le juge se réfère naturellement et nécessairement à l'équité pour designer les principes généraux du droit. Certains des ces principes formant la théorie des principes généraux du droit, applicables même sans texte, sont issus d'une réflexion juridique sous l'équité.

A priori, on pourrait affirmer que l'équité ne peut ni se confondre, ni se fondre dans un principe général du droit. En effet, telle qu'on la conçoit traditionnellement, l'équité représente un accident, une exception au droit, dans la mesure où elle n'est censée intervenir (ou du moins être tolérée) qu'en raison de circonstances particulière, individuelles, et pour ainsi dire uniques, poussant le juge à faire appel à ses bons sentiments plutôt qu'à la rigueur de la loi.

De plus, l'équité est d'autant moins réductible à une justice du cas particulier que, selon M. Weil, elle « construit ces solutions en faisant appel à des valeurs et à des principes » qui sont directement à la source de la mise à jour des principes généraux du droit. En effet, ces principes étant, par définition, non écrits, en tant que tels, le juge les découvre certes « dans des dispositions législatives particulières mais convergentes (…) », et « il est également sensible aux exigences de la conscience juridique du temps et à celle de l'Etat de droit », ainsi qu'à « l'idéologie qui anime un préambule constitutionnel ou une déclaration des droits comme celle de 1789 ». Autrement dit, comme le souligne ce même auteur, par le biais des principes généraux du droit, le juge « *[sanctionne]* juridiquement des règles relevant jusque là de la morale ou de l'équité »[418]. On peut alors affirmer que, loin d'incarner une règle nouvelle dégagée *ex nihito*, les principes généraux du droit constituent une reconnaissance juridique du bien-fondé d'une norme donnée naturellement pour juste au regard de la nécessité de sauvegarder les libertés publiques. Le Président Bouffandeau, dans une allocution de 1951, désigne d'ailleurs lesdits principes généraux comme « une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée pour des motifs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens ».

Or, étant entendu par ailleurs que le juge ne dégage de principes généraux que lorsque le problème juridique dont il est saisi s'y prête, on ne saurait présenter une liste exhaustive des principes, alors même que de nouveaux principes sont susceptibles d'être mis à jour. Par conséquent, nous ne nous attacherons qu'aux principes généraux les plus empreints d'équité, les plus significatifs du recours du juge à l'équité, lorsque le droit positif fait défaut.

L'équité n'est pas la source unique d'émergence des principes généraux du droit. En outre, l'équité ne provoque pas systématiquement la consécration de principes

[418] P. WEIL, *Le droit administratif*, PUF Coll. « Que sais-je ? », 16e éd., 1995, p.87

généraux du droit lorsqu'elle peut être invoquée. M. Lachaume, dans son ouvrage de jurisprudence administrative, rappelle ainsi que « le juge n'entend pas consacrer toute règle ayant un rapport avec l'égalité comme principe général du droit »[419]. Pour autant, nombre des principes généraux qu'il a pu dégager trouvent manifestement leur source dans une recherche de justice, de répartition équitable des droits et obligations de chaque partie. Certains ont pour but, en particulier, de préserver l'égalité des droits et des obligations entre l'administration et l'individu, comme par exemple la théorie de l'imprévision ou le principe contradictoire, d'autres garantissent l'administré contre l'impunité potentielle de la puissance publique dans ses actes ou ses actions de service public, telle la responsabilité pour faute/sans faute de la puissance publique et l'égalité devant les charges publiques.

2. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République font partie des principes à valeur constitutionnelle (la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps). Ces principes ont été énoncés par les préambules et ont pris un relief particulier sous la Ve République, depuis que le Conseil constitutionnel oblige le législateur à les respecter. Ces principes s'imposent au niveau le plus élevé de la hiérarchie des règles du droit, aux autorités administratives. Ils figurent aussi au premier rang des bases constitutionnelles du droit administratif.

Les principes du Préambule, notamment les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, sont venus s'ajouter aux principes généraux du droit, et ils jouent un rôle important pour l'élaboration du droit administratif selon le Conseil d'Etat. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'envisager l'évolution des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Aucun davantage précis ne leur est attribué par le Préambule de la Constitution de 1946. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République trouvaient leur place dans les grandes lois de la IIIe République. Ces lois ont fixé le régime des principales libertés, telles la liberté de réunion selon la loi du 30 juin 1881, la liberté de la presse selon la loi du 29 juillet 1881, la liberté syndicale selon la loi du 21 mars 1884, la libre administration des communes selon la loi du 5 avril 1884, la liberté d'association selon la loi du 1er juillet 1901.

De plus, la confirmation du Conseil constitutionnel dans sa décision de juillet 1971 relative au contrôle par les lois par rapport au Préambule, et en particulier par rapport à des droits ou libertés qui n'étaient pas expressément formulés dans le texte de ce Préambule, nous donne une image du juge comme protecteur de la liberté. Ce rôle du juge constitutionnel n'apparaissait pas initialement, depuis la création du rôle du juge constitutionnel, car la mission première du Conseil constitutionnel, selon les commentateurs et les législateurs, était de soumettre les pouvoirs publics à des libertés exprimées au plus haut degré de la hiérarchie

[419] J.-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Droit administratif, Thémis, 1997, 11e éd., p.87

des normes et d'assurer le respect des grands principes libéraux. On peut dire que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont des moyens importants pour la protection des libertés selon le juge constitutionnel.

En ce sens, le Conseil constitutionnel a utilisé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République comme moyens à sa disposition pour affirmer la valeur constitutionnelle de tels principes, qui n'apparaissent expressivement ni dans la Déclaration de 1789, ni dans le Préambule de 1946.

La notion de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République s'est développée au début des années 1980. Pour S.Rials, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République constituent une « inépuisable ressource libérale »[420]. En offrant la possibilité d'élever au niveau constitutionnel des droits et libertés énoncés au niveau législatif et en renforçant ainsi leur degré de protection juridique, la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, augmentait les moyens du Conseil constitutionnel pour lutter contre les lois anti-libérales. Ces principes renforcent l'Etat de droit, en proposant un simple dispositif technique d'aménagement de l'ordre juridique, mais ils sont aussi, dans un sens substantiel, comme un ensemble de normes destinées à assurer le progrès dans la défense et la protection des droits de l'homme[421]. Selon le professeur Rivero, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République peuvent renforcer l'Etat de droit par la médiation du Conseil constitutionnel. La mention de la catégorie des ces principes dans le préambule de la Constitution de 1946, repris par la Constitution de 1958, doit permettre à certaines libertés d'acquérir « la dignité que les deux précédentes Républiques n'avaient su leur conférer, et que leur reconnaissent la plupart des Etats libéraux ». En 1971 le Conseil constitutionnel, gardien des droits fondamentaux, « a rendu aux libertés, dans la hiérarchie des normes, la place que les constituants de 1789 avaient voulue pour elles, la seule qui leur convienne dans un Etat libéral, tout au sommet de l'édifice »[422]. En ce sens, les membres du Conseil constitutionnel n'ont jamais démenti cette idée que l'extension des principes de valeur constitutionnelle œuvrait en faveur des progrès de l'Etat de droit[423].

Pour certains auteurs, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République se sont développés au début des années 1980. De plus, certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République avaient été formulés par le Conseil constitutionnel, sans référence à une loi républicaine. A ce sujet, il y a deux théories intéressantes : premièrement, la présence d'une loi votée sous une République (au sens formel de ces termes) n'est pas une condition *sine qua non* pour la formation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; deuxièmement, (l'extrême conclusion de la première théorie) une tradition juridique ou républicaine ne se manifeste qu'à partir de la

---

[420] S.RIALS, « L'incertitude de la notion de la Constitution sous la Ve République », op. cit., p.600, cité p. 233
[421] J.CHAVALIER, « L'Etat de droit », *RDP* 1988, p. 317
[422] J.RIVERO, note sous la décision du 23 novembre 1977, AJDA 1978, p.569 ; voir également J.RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », op. cit., p.268, cité par .. p.233
[423] Voir par exemple l'allocution de J.Robert, *L'Etat de droit en France. Ombres et Lumières*, Paris, La Documentation française, 1993, pp.51 et s.

IIIe République, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République s'analysant comme des principes coutumiers.

Cette première théorie estime que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne peuvent émaner que de valeurs républicaines, quelle que soit la façon dont les valeurs républicaines se sont manifestées dans le système et la pensée juridique postérieure à l'Ancien Régime. Cette théorie est assez rigide. Faute de pouvoir rattacher certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République à des lois précises, quelques commentateurs ont accepté que certaines doctrines, certaines traditions héritées de la pensé politique ou juridique républicaine puissent à elles seules donner naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Selon le professeur LE BOS[424], les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République peuvent trouver leur origine dans la « tradition républicaine ». Cette conception, semblable à la pensée du professeur Vedel en 1987[425], précise que « … le Préambule de 1946 incorpore au *corpus* constitutionnel les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », ce qui invite le Conseil constitutionnel à se référer à une sorte de « tradition républicaine » de nature coutumière, dont le contenu peut prêter à confusion ».

Il existe deux exemples pour définir cette conception : le texte de certaines saisines, et la décision n°89-224 du 23 janvier 1987 sur la loi relative aux compétences du Conseil de la concurrence. La référence à la tradition républicaine pour justifier l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République apparaît aussi parfois dans le texte de certaines saisines. C'est, en l'occurrence, sa citation expresse dans l'argumentaire complétant la saisine des députés à propos de la loi portant amnistie votée par l'Assemblée nationale le 8 juillet 1988, qui a pu donner lieu à ce qui est considéré comme la position de principe du Conseil constitutionnel en la matière. Le Conseil ne pouvait pas rejeter cette source en tant que telle, mais devait l'entourer de certaines conditions. D'une part, la tradition républicaine ne peut, si elle n'a pas donné naissance à un principe fondamental reconnus par les lois de la République, être invoquée pour soutenir qu'un texte législatif est contraire à la Constitution. D'autre part, pour engendrer un principe fondamental reconnu par les lois de la République, il ne faut pas qu'une loi républicaine ait contenu des dispositions contraires à la tradition. Cette seconde proposition est une généralisation du refus par le Conseil constitutionnel de consacrer la tradition invoquée par les auteurs de saisines, au motif que la loi du 12 juillet 1937 s'en était écartée. Si, à la lettre, cette décision ne semble ni exiger d'autres conditions (notamment la présence d'une inscription expresse du principe dans un texte législatif)[426], ni préciser quels sont les éléments constitutifs d'une tradition, la majorité des commentateurs néanmoins estime que, pour le Conseil constitutionnel, la tradition républicaine ne peut être source de principes fondamentaux reconnus par les lois de la

---

[424] A.-M. Le Bos, « principes généraux du droit », in O.DUHAMEL, Y.MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p.827

[425] G.VEDEL, « La précédent judiciaire en droit public français », *RIDC*, Journée de la Société de législation compérée, 1984, vol. 6, p. 285

[426] N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., p.559-560

République qu'à condition d'avoir fait l'objet d'une « positivation » dans une loi de la République (infra). Ceci explique, sans doute, l'embarras de certains commentateurs devant la décision du 25 juillet 1989 consacrant le principe fondamental reconnu par les lois de la République comme relevant de la compétence du juge judiciaire en matière de protection immobilière, principe qui ne semble pouvoir être justifié que par la seule « référence à la tradition que le Conseil avait précisément et fermement condamnée dans sa décision de 1988 »[427]. Finalement, à l'heure actuelle, la seule certitude est que le Conseil constitutionnel n'a pas clairement tranché toutes les questions relatives à la tradition républicaine ; ceci explique vraisemblablement que cette tradition républicaine soit encore invoquée à l'appui de certains recours.

D'autres exemples de l'origine non textuelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont émergé à l'occasion de la décision n°89-224 du 23 janvier 1987 sur la loi relative aux compétences du Conseil de la concurrence. Littéralement, le Conseil constitutionnel déclarait : « …conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui qui, à l'exception des domaines réservés par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif… ». Que cette conception française de la séparation des pouvoirs soit un « véritable mythe »[428] ou qu'elle constitue une réelle « tradition juridique française »[429], l'important ici est que certains aient perçu la « tradition juridique » ou « la doctrine constitutionnelle » comme une véritable source matérielle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

En considérant la coutume en tant qu'origine extratextuelle des principes fondamentaux, ils formeraient un point de rencontre entre le Droit et les lois posées par le législateur républicain. Selon V.Bouvier, si les principes fondamentaux sont reconnus et consacrés par des lois en tant que principe antérieurs et supérieurs[430], ces derniers ne proviennent pas véritablement d'un droit naturel, mais plutôt d'une longue tradition qui « se trouve ainsi réduite à celle de témoin non indispensable de la préexistence de principes qui traversent l'histoire du droit français ; les lois républicaines ne créeraient donc pas les principes fondamentaux, elles ne seraient pas constitutives, favorisant la découverte de la coutume », et même une « démonstration de l'*opinio juris* ». La consécration législative de certains principes fournirait, en effet, la preuve que ceux-ci ont progressivement acquis un caractère obligatoire. Cette thèse soutenue par V.Bouvier présente quelques similitudes avec celle de l'origine des « principes » proposées par R.Dworkin[431].

---

[427] M. VERPEAUX, « Les principe fondamentaux reconnus pas les lois de la République ou les principes énoncés par les lois de la République », *Les Petites Affiches*, 16 juillet 1993, n°85, p.7

[428] S.VELLEY, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP* 1989, p.767

[429] Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987

[430] V.BOUVIER, op. cit., p. 91

[431] R.DWORKIN, *Taking Right Seriously*, op. cit., pp.39-45. Sur l'origine des principles chez Dworkin, voir notamment R.GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, 1986, n°2, pp. 19-21

Si les principes trouvent leur origine dans la morale d'une communauté selon Dworkin, ces principes supposent donc, pour être connus du juriste, une étude des pratiques et des croyances considérées comme justes et obligatoires par une société donnée. Pour Dworkin, la reconnaissance institutionnelle de principes, dans des décisions de justice ou des lois, ne serait que le reflet d'un système de valeurs cohérent qui préexiste à tout texte de droit positif. Les principes dworkiniens comme les coutumes ont, par conséquent, une autorité propre qui s'impose aux acteurs du droit[432]. L'exercice de leur pouvoir se trouve donc fortement encadré. Ainsi, dans le cas des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le rôle du Conseil constitutionnel consisterait d'abord à constater « *à priori* qu'un principe s'impose comme une règle antérieure et supérieure » puis, éventuellement, à rechercher « *a posteriori* des lois dont on peut considérer qu'elles consacrent cette règle »[433]. Mais, à partir du moment où le juge constate que la coutume est constituée, et donc pourvue d'une force obligatoire, la référence aux textes dans lesquels elle se serait manifestée n'a pas besoin d'être précisée : la coutume est une source à part entière. En ce sens, le caractère des principes généraux du droit thaïlandais conserve cette théorie.

Le Conseil constitutionnel a quatre techniques pour la production des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Le Conseil constitutionnel a pris, d'abord, les principes dworkiniens expliquant que les coutumes ont une autorité propre qui s'impose aux acteurs du droit[434], comme référence. Donc, dans ce cas, la reconnaissance institutionnelle de principes, dans des décisions de justice ou des lois, ne serait que le reflet d'un système de valeurs cohérent qui préexiste à tout texte de droit positif. L'exercice de leur pouvoir se trouve donc fortement encadré. Ainsi, dans le cas des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le rôle du Conseil constitutionnel consisterait d'abord à constater « *a priori* qu'un principe s'impose comme une règle antérieure et supérieure », puis, éventuellement, à rechercher « *a postériori* des lois dont on peut considérer qu'elles consacrent cette règle »[435]. Mais à partir du moment où le juge constate que la coutume est constituée, et donc pourvue d'une force obligatoire, la référence aux textes dans lesquels elle se serait manifestée n'a pas besoin d'être précisé : la coutume est une source à part entière.

La production des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République relève du Conseil constitutionnel et la consécration finale d'un principe dépend moins d'un raisonnement contraignant parti de textes législatifs que de conjectures sur la *ratio legis* c'est-à-dire sur les fins, intérêts ou valeurs visés par les dispositions législatives de

---

[432] J. RAZ, « Legal principales and the limits of law », The Yale Law Journal, 1972, vol. 81, n°5, p.848, cite par cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

[433] V. BOUVIER, op. cit., p.92

[434] J. RAZ, « Legal principales and the limits of law », *The Yale Law Journal*, 1972, vol. 81, n°5, p.848 cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2000

[435] V. BOUVIER, op. cit., p.92

départ (ou par leurs auteurs)[436]. Autrement dit, selon Véronique Champeil-Desplats[437], il y a deux éléments relatifs aux principes généraux du droit : l'élément objectif et l'élément subjectif. Le premier élément évoque la production des principes généraux du droit, c'est-à-dire la présence de textes législatifs républicains. Le premier élément joue un rôle secondaire face au deuxième élément : l'appréciation par l'interprète de ce qui aurait été un principe fondamental pour le législateur républicain.

Ce rôle prédominant de la *ratio legis* dans la production des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est implicitement admis par certains auteurs. G.Vedel a reconnu qu'il existait « un bel éventail de textes législatifs dérogeant au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ». Mais ces dérogations qui auraient pu interdire toute apparition des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans ce domaine ont été minimisées et supplantées par une analyse qualitative des lois de la République. Une telle analyse révèle, en effet, que « tout se passe comme si une barrière invisible avait interdit au législateur de remettre aux tribunaux judiciaires les contestations portant sur la validité dans lesquelles s'incarne la spécificité constitutionnelle du pouvoir exécutif »[438] . Pour un ancien membre du Conseil constitutionnel, la consécration de certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dépend moins de la signification des textes de lois que de « la conviction du législateur »[439], c'est-à-dire des raisons qui l'ont animé. Le principe fondamental reconnu par les lois de la République devient, dans ce cas, « un principe délibérément conçu comme fondamental par les législateurs républicains »[440] .

Dès la fin des années 1980, certains auteurs ont assuré que les lois de la République n'étaient que « des sources d'inspiration »[441] des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Cette thèse a été critiquée par des auteurs, estimant que la présence d'une loi de la République a un effet contraignant. En effet, admettre que les lois ne lient pas les juges mais leur procurent des motivations, mène « tout droit au gouvernement des juges »[442]. Cette conclusion n'est pas injustifiée. Toutefois, elle pousse à l'extrême les conséquences de cette conception de « source d'inspiration », car les lois ne sont que des sources d'inspiration et cela ne revient pas à nier toute espèce de lien entre les lois de départ et le principe d'arrivée. La formulation d'un principe n'exclut pas, dans sa genèse, toute référence à des lois ; en revanche, cette référence n'influe pas sur l'existence constitutionnelle du principe, car celle-ci ne dépend que de la décision de l'autorité qui

---

[436] R.GUASTINI, Le fonti del diritto e l'interpretazione, op. cit., pp. 454-455, cité par cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

[437] V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

[438] G.VEDEL, « la loi des 16-24 août 1790 …», op. cit., p.706

[439] précité

[440] Le concept été soutenue par S.RIALS , « les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République », op. cit., p.596

[441] L.PHILIP, « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-Marseille, PUAM, 1979, p.335

[442] F.LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p.180

tranche en dernier ressort[443]. S'il y a, par conséquent, quelque lien entre les lois et le principe, celui-ci est uniquement d'ordre moral ou psychologique. Les références de départ ne sont que des « représentation qui influent » de façon plus ou moins effective sur « les fonctions de création et d'application du droit »[444].

Le rapport entre les textes législatifs et le principe peut également être expliqué plus précisément en terme de circularité. A l'occasion d'une décision de conformité par rapport à la Constitution, les raisonnements évaluatifs d'interprétation et de sélection des prémisses s'effectuent en fonction d'un certain but, qui est justement la formulation (ou le refus de formulation) d'un nouveau principe. Les éventuelles recherches et interprétations des prémisses se trouvent par conséquent guidées par la signification préalable que l'interprète donne au principe. En d'autres termes, la recherche des lois républicaines intervient après la formulation, sans doute encore non définitive mais logiquement nécessaire, du principe auquel elles sont censées donner naissance. Entre les textes juridiques, les coutumes ou traditions, et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il n'existe pas seulement un rapport logique (ou pseudo-logique) de prémisses à conclusion, mais un rapport téléologique de conclusion à prémisse.

Bien plus, il est possible d'aller jusqu'à nier toute sorte d'influence entre les textes d'appui et le nouveau principe. Le juge constitutionnel, comme il est d'ailleurs apparu dans certaines décisions, n'a pas besoin de citer de loi, ni de réellement s'en inspirer pour énoncer un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Puisque le Conseil constitutionnel s'est donné la compétence de contrôler les lois par rapport à des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il lui suffit d'affirmer que ceux-ci existent, que ce sont des normes constitutionnelles et de leur faire ensuite produire les effets désirés. Il n'y aurait donc entre les supposés textes de référence et l'énoncé qui reçoit la signification de principe qu'une simple apposition *a posteriori*, ne pouvant s'expliquer qu'au terme d'une recherche de la fonction de cette apposition. Sur ce point, certaines théories positivistes et réalistes du droit sont sans ambages. L'argumentation visant à montrer le caractère implicite ou préexistant de nouveaux énoncés qui reçoivent leur signification de principes constitutionnels, n'est « qu'une façade, destinée à légitimer une décision purement subjective »[445]. Les justifications qui apparaissent dans les motivations, les efforts d'explication de l'énonciation d'un nouveau principe constitutionnel comme de toute décision, ne seraient « qu'un habillage, somme toute arbitraire, destiné à masquer les jugements de valeur décisifs »[446]. Les justifications auraient ainsi pour fonction principale de « faire illusion », de « dissimuler l'existence, la nature et le mode d'exercice » de plusieurs niveaux de pouvoirs décisionnels : l'adopter d'une décision de conformité à la Constitution, la volonté « de recréer, par l'interprétation, la norme supérieure que l'on prétend

---

[443] Pour une analyse semblable à propos des principes généraux du droit, voir A.-S. MESCHERIAKOFF, « La notion de principe généraux du droit dans la jurisprudence récente », op. cit., p. 602
[444] H.KELSEN, *La théorie du droit*, op. cit., p. 314
[445] Y.AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995, n°21, p.9
[446] P.PESCATORE, « Le problème de l'argumentation juridique », *Philosophie – Le Droit*, Paris, Beauchesne, 1984, p.155

appliquer »[447] et celle, enfin, de créer de nouveaux principes constitutionnels. Affirmer que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont des principes de droit naturel, coutumiers, ou qu'ils sont implicitement contenus dans un droit positif républicain revient donc à mettre en avant leur caractère hétéronome par rapport à l'acteur qui les invoque et les utilise. Pour le Conseil constitutionnel, comme pour tout acteur, affirmer l'inhérence d'un nouveau principe au système juridique « vise à prémunir l'acteur de l'éventuelle accusation de « gouvernement des juges » ». Mais ceci ne saurait masquer le fait que la découverte de l'inhérence relève de leur seul pouvoir discrétionnaire[448].

Néanmoins, l'analyse ne peut s'arrêter à ce constat. Reste encore à déterminer pourquoi les juristes, acteurs ou auteurs doctrinaux, s'appuient sur des raisonnements logiques et sur des textes pour justifier les décisions constitutionnelles. Pour certains, ce recours témoignerait « des aspirations à la rationalité de notre culture juridique »[449]. Il s'agirait, d'une part, de la manifestation d'une représentation idéale des raisonnements juridiques, et d'autre part, du produit des efforts effectués par les juristes pour tendre vers cet idéal. Pour d'autres commentateurs, la présentation des raisonnements sous des formes logiques ou quasi logiques s'expliquerait par la force argumentative qu'offrent de telles formes de raisonnement. Parce qu'ils sont censés aboutir à des conclusions contraignantes, les raisonnements logiques procureraient aux énoncés qu'ils produisent un caractère peu, voire non discutable. Affirmer qu'ils ont effectivement conduit à l'énonciation d'une nouvelle norme constitutionnelle, témoigne donc d'une visée immédiatement persuasive. Utilisés directement par les acteurs du droit ou établis *a posteriori* dans les commentaires doctrinaux, ils sont destinés à mettre entre parenthèses tout ce qui fait douter de l'objectivité de la décision. L'effort de réduction des raisonnements juridiques à des raisonnements formels est donc destiné à pourvoir les décisions juridiques du prestige de la pensée logique et à persuader que ces décisions sont fondées en droit et en raison, c'est-à-dire peu contestables[450].

On peut alors estimer que les limites encadrant la production de ces principes résident moins dans les contraintes du raisonnement logique que dans la nécessité de donner à cette production l'apparence d'un fait inéluctable. Pour une majorité de juristes, cette condition se trouve principalement remplie lorsque le nouveau principe paraît émaner d'un texte juridique et, plus accessoirement sans doute, être le résultat d'un raisonnement réputé produire des conclusions contraignantes. Insister sur la présence de ces éléments dans les décisions du Conseil constitutionnel atteste que celui-ci est pourvu de toutes les qualités attendues d'une véritable juridiction impartiale, soumise à des normes juridiques qui lui préexistent.

---

[447] M.TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », op. cit., p. 296

[448] F.SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1er juillet 1995, n°23, p. 363

[449] J.WROBLEWSKI, « La logique juridique et la théorie de l'argumentation de Ch.Perelman », *Justice et argumentation*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986, p.187 , cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

[450] Ch.PERELMAN, L.OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., pp.259-261, cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

Quant à la valeur de ces principes, la Constitution de 1958 affirme leur valeur constitutionnelle. On peut dire que la valeur constitutionnelle des principes auxquels renvoie le préambule est aujourd'hui unanimement admise. La valeur juridique particulière des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République apparaît dans quelques décisions d'ordre judiciaire et administratif.

C'est dans le jugement du 25 novembre 1950 du Tribunal civil de Versailles que la Cour a reconnu une valeur juridique à la notion des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République au travers du droit de propriété. La Cour a pris la formule de « principe fondamental consacré par les lois de la République » en évoquant la liberté du travail.

En ce qui concerne le tribunal administratif, l'arrêt du 11 juillet 1956 *Amicale des Annamites de Paris* annulait, pour excès de pouvoir, un arrêté du ministre de l'Intérieur a condamné une association en raison de sa méconnaissance de la liberté d'association, principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil d'Etat affirmait la valeur juridique de ces principes. En admettant que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République puissent servir de fondement à une décision relative à la validité d'un acte administratif, le Conseil d'Etat leur reconnaissait une valeur juridique certaine. Restait toutefois à déterminer quelle était exactement cette valeur. En effet, d'un côté, plusieurs arguments pouvaient laisser penser que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République de la liberté d'association n'avaient pas seulement une origine législative, mais que l'inscription de la notion générique des ces principes dans le préambule n'emportait pas automatiquement la constitutionnalisation des principes auxquels elle renvoie, ou que, pour l'invalidation d'un arrêté, une norme de valeur supradécrétale suffisait. La résolution du cas de l'arrêt du 11 juillet 1956 n'exigerait donc pas que le Conseil d'Etat confère au principe fondamental reconnu par les lois de la République à propos de la liberté d'association une valeur constitutionnelle.

Par ailleurs, on pouvait avancer que la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, puisqu'elle apparaissait directement dans le préambule de la Constitution, impliquait que les principes qu'elle contient, bien que d'origine législative, aient une valeur constitutionnelle. C'est, de toute évidence, l'opinion à laquelle s'est rallié le Conseil d'Etat puisque la valeur constitutionnelle de la liberté d'association allait être expressément affirmée, peu de temps après, dans un arrêt du 24 janvier 1958, *Associations des anciens combattants et victimes de la guerre du département d'Oran*[451]. Ces arrêts furent immédiatement interprétés par les quelques commentaires doctrinaux qui s'y arrêtèrent, comme la consécration de la valeur constitutionnelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Il ressort de l'examen des débats des constituants, et surtout des débats doctrinaux, que la question de la valeur juridique des énoncés qualifiés de principes dans les textes constitutionnels ne se résout juridiquement que lorsque les acteurs juridiques, qui reçoivent ou s'accordent la compétence de se référer à ces principes, leur donnent une

[451] CE, 24 janvier 1958, Rec. 38

signification de normes. Mais la simple référence aux principes du préambule dans un arrêt ou un jugement ne suffit pas à leur assurer une valeur juridique et une force obligatoire *erga omnes*. En présence de plusieurs acteurs compétents, il est nécessaire d'analyser le statut que leur confère chacun d'eux, ainsi que les destinataires à qui ils les imposent.

On peut, en suivant cette méthode, conclure que, jusqu'en 1971, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont eu explicitement une signification de normes, pour le Tribunal civil de Versailles depuis novembre 1950 et pour le Conseil d'Etat depuis juillet 1956. Ces autorités juridictionnelles ont respectivement imposé leur respect aux actes des particuliers (les justiciables du Tribunal de Versailles), et aux actes administratifs pris par le pouvoir exécutif. En revanche, cette force obligatoire ne concernait pas les actes du législateur. C'est ce que va changer la décision du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel.

L'application des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République renforce auprès du Conseil constitutionnel l'image d'un juge protecteur des libertés. Cette image apparaît pour la première fois dans la décision de juillet 1971 par le Conseil constitutionnel, en ce qui concerne le contrôle des lois par rapport au Préambule. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont été considérés comme une catégorie assez ouverte capable de reconnaître des droits et libertés des individus, ainsi que de favoriser par l'édiction de normes au plus haut niveau de la hiérarchie un meilleur fonctionnement des institutions. Ainsi, au cours de la première décennie de l'exercice du contrôle de constitutionnalité par rapport au Préambule, six de ces neuf principes ont été énoncés entre 1971 et 1981 : la liberté d'association en 1971, les droits de la défense en 1976, la liberté individuelle, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience en 1977, l'indépendance de la juridiction administrative en 1980. Si l'on prend en compte leur réutilisation (cela concerne principalement au cours de cette période, le principe des droits de la défense[452] et les usages génériques de cette notion[453], la référence à ces principes a servi une quinzaine de fois à fonder les décisions du Conseil constitutionnel. Leur énonciation a notamment permis de justifier trois décisions de non-conformité (décisions du 16 juillet 1971 et du 12 janvier 1977, décision des 19 et 20 janvier 1981) et une décision de conformité sous réserve du respect de ce principe nouvellement énoncé (décision du 2 décembre 1976). Comme l'observe L.Favoreu, « à la fin des années soixante-dix, s'est imposée l'idée selon laquelle le juge constitutionnel faisait surtout référence à des « principes » - de dénominations diverses et *a priori* à contenu assez vague – et que, parmi ces principes, il privilégiait les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » »[454]

---

[452] Décision n°77-83 DC du 20 juillet 1977, Rec. 30 ; n°77-92 DC du 18 janvier 1978, Rec. 21 ; n°80-117 DC du 22 juillet 1980, Rec. 42, et surtout décision n°80-127 des 19 et 20 janvier 1981, Rec., 15 dite « Sécurité et Liberté »

[453] Voir notamment la décision n°75-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. 19 et n°78-79 DC du 22 novembre 1978, Rec. 33

[454] L.FAVOREU, « Les normes de référence », in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 71, cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

En ce qui concerne son expression « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », on peut imaginer l'origine matérielle du principe comme la loi de la République. En pratique, nous pouvons admettre que le Conseil constitutionnel favorise aussi une utilisation générique de l'expression. Cette rareté des citations de textes législatifs à l'appui de l'énonciation d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République, conjuguée à la référence faite à des textes ne pouvant être qualifiés de « lois de la République » qu'au prix d'une interprétation très large de ces termes, a pu conduire à la conclusion qu'au cours des années 1970, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République étaient devenus une « catégorie générique aisément extensible qui ne ressemble plus guère au contenu imposé par sa propre appellation »[455].

Un tel usage des notions juridiques est facilité par un facteur temporel. Les premières applications des dispositions juridiques laissent, en effet, une grande marge d'appréciation aux acteurs. Le choix de donner tel ou tel sens aux dispositions qui justifient leurs décisions n'est pas encore, ou peu, soumis à la contrainte que représente l'exigence de cohérence de l'action jurisprudentielle. Cette situation peut d'ailleurs être entretenue par les acteurs. Il leur suffit de réduire au minimum la justification de l'usage des dispositions juridiques et de ne préciser ce qu'elles exigent et impliquent que dans la limite de ce que la décision d'espèce impose[456]. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, en utilisant souvent ces principes de façon laconique, sans apparemment s'attacher à une signification précise de la notion, a su « ménager l'incertitude »[457] et se conserver une marge d'action.

(B) La mise en œuvre des principes généraux du droit

Dans ce paragraphe, nous envisagerons les degrés de stabilité des principes généraux du droit. Il semble qu'il faille analyser les principes généraux du droit cas par cas.

1.Stabilité ou évolution

Plusieurs auteurs affirment la stabilité et la permanence des principes généraux du droit dans le droit public français, tel M. Charlier[458] (qui affirme leur caractère universaliste) et M.Rivero (qui affirme la stabilité des principes face à l'instabilité des lois). La situation est plus complexe si on se réfère à l'évolution des principes généraux du droit.

---

[455] B.MERCUZOT, op. cit., p.177, cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

[456] Voir L.HAMON, *Le juge de la loi*, op. cit., p.265, cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

[457] N.MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., p.554, cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Presse d'Aix, Economica, 2001

[458] « Les fins du droit public moderne », *RDP*, 1947, p.127

Selon l'auteur récent, M.Echappé[459], il y a deux points intéressants concernant l'évolution des principes généraux du droit : une évolution évidente et une évolution nuancée.

L'évolution évidente a été mise en évidence à propos du caractère évolutif de la catégorie des principes généraux du droit. L'auteur prend l'exemple des principes généraux applicables à la fonction publique pour appuyer son analyse. Auparavant, l'évolution de ce principe était rapide et constante[460], alors que l'évolution jurisprudentielle était lente[461]. L'évolution des principes généraux du droit doit être développée à propos de selon son adaptation à la situation réelle.

Selon M.Jeanneau, le caractère des principes laisse un champ ouvert à des interprétations et laisse aussi supposer des possibilités internes d'évolution. Pour lui, « c'est bien souvent dans l'imprécision même de leur contenu que réside une des causes de la permanence des principes du droit »[462]. Il est certain que cette possibilité d'évolution porte, par le caractère vague de sa définition, sur la catégorie des principes généraux du droit.

Le caractère évolutif des principes généraux du droit est donc évident ; et cette constatation est d'ailleurs en harmonie avec le résultat de notre réflexion sur le fondement de ces principes. Il est, en effet, dans la nature de la norme sociale d'être valable à un moment donné et pour une société donnée. C'est assez dire qu'elle ne saurait être universelle et stable, et que les principes généraux qui constituent son expression positive sont autant qu'elle susceptibles d'évolution.

De toute façon, le caractère évolutif des principes généraux du droit ne suffit pas pour expliquer ces principes dans l'ensemble du droit public, donc il nécessaire d'envisager l'évolution nuancée des principes généraux du droit.

Le caractère nuancé des principes généraux du droit est le résultat de l'utilisation qu'en fait le juge. Leur caractère évolutif laisse la place principale à l'habileté du juge et à la conscience qu'il a des fins qu'il poursuit[463]. Comme l'écrivait le président Bouffandeau : « le juge administratif (…) doit maintenir les principes généraux du droit ; en apportant avec prudence, si besoin est, à leur application les aménagements rendus nécessaires par l'évolution des circonstances, sans cependant, jamais en dénaturer la portée par des motifs de passagère opportunité »[464]. Un même rôle doit être reconnu, *mutatis mutandis*, au Conseil constitutionnel, investi en la matière d'un « très large pouvoir de contrôle »[465]. En ce sens, grâce à ce caractère des principes généraux du droit, le Conseil constitutionnel joue aussi un rôle évolutif pour établir ces principes, mais d'une façon plus

---

[459] O.ECHAPPE, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel* , thèse, Paris 1980

[460] CARCELLE, « Les principes généraux du droit applicables à la fonction publique », *R.A.*, 1985, p.606
[461] Selon Mlle Loschak, Op.cit., p.238
[462] précité,p.188
[463]Y.GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, 1972, p.267
[464] Cité par M. Braibant, art. cit., *E.D.C.E*, 1962, p.67
[465] M.M. Favoureu et Philip, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 67

politique que juridique. Le Conseil constitutionnel fournit, parfois, « une interprétation conservatrice trop restrictive des initiatives publiques »[466].

A côté de cette nuance apportée au rôle du juge dans l'évolution des principes généraux, il faut indiquer une autre nuance qui affecte cette fois la capacité même des principes généraux à évoluer, et cela en fonction de leur valeur. Il semble, en effet, que la capacité d'évolution des principes législatifs soit moins grande que celle des principes constitutionnels. Un exemple particulier en est le cas du principe de non-rétroactivité des actes administratifs[467]. Dans cette espèce le Conseil d'Etat a refusé les propositions du commissaire du gouvernement Chenot, tendant à laisser le juge apprécier quelle part raisonnable de rétroactivité pourrait être ouverte à l'administration. En fait, pour le Conseil d'Etat, lorsqu'un principe législatif ne correspond plus à l'état de notre civilisation, il disparaît ; à l'inverse, un nouveau principe peut apparaître quasiment *ex nihilo* : ainsi l'apparition soudaine, dans la décision du 26.6.1969, du principe « qui ne dit mot refuse » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Les principes généraux à valeur législative connaissent donc une évolution brutale qui n'enregistre guère que leur naissance et leur mort, sans grande évolution intérieure de la notion qu'ils expriment.

A l'inverse, les principes à valeur constitutionnelle paraissent, derrière la permanence de leur formulation, avoir une vie évolutive intérieure beaucoup plus intense. Melle Loschak estime que, le juge s'étant « longtemps appuyé sur les principes individualistes de 1789, (il) s'est souvent trouvé en retrait par rapport aux transformations politiques et sociales »[468] ; il n'en reste pas moins que la compréhension des grands principes de 1789, quelque sacralisés qu'ils soient, a singulièrement évolué derrière la permanence de la formule. A cet égard, l'égalité devant l'impôt, affirmée dans la Déclaration de 1789, se double aujourd'hui d'une compréhension tendant à privilégier l'égalité par l'impôt, à valeur d'exemple.

Le caractère évolutif de la catégorie des principes est donc certain, sous réserve d'une plus grande souplesse d'évolution des principes constitutionnels, souplesse qui n'est que la contrepartie du respect qui continue à entourer les formules hiérarchiques de 1789.

2.Conformité ou compatibilité

Ce paragraphe envisagera le degré de force obligatoire des principes généraux du droit, lors de leur utilisation dans les jurisprudences des deux Conseils.

La conformité et la compatibilité des principes généraux du droit dépend de leur caractère de principe. Il est donc nécessaire, d'abord, de distinguer les principes constitutionnels et les principes législatifs. On a vu que cette conception des principes constitutionnels exigerait un strict contrôle de leur conformité, alors que les principes législatifs se contenteraient d'un simple contrôle de compatibilité.

---

[466] M. Hamon, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *D.* 1974, p. 83
[467] C.E., 8.7.1949, *Delacommine*, D.S., 1949, p. 315 Conclusion Chenot
[468] précié., p.238

Les principes généraux du droit ont encore un caractère nuancé ; parfois nous constatons que les principes constitutionnels et les principes législatifs ne sont pas fondamentalement différents dans leur nature. Certains auteurs, comme le professeur Favoreu, par exemple, ont insisté sur cette différence en distinguant nettement les deux catégories. Il est évident qu'il existe sûrement une différence qui est à rechercher, non pas dans la nature des principes, mais dans leur aspect fonctionnel.

Le contrôle de constitutionnalité (dont les principes constitutionnels sont l'élément essentiel) semble supposer de façon particulièrement nette l'existence d'un rapport de conformité. Textuellement, l'article 61 de la Constitution de 1958, dans ses alinéas 1 et 2, précise, en effet, que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution des textes qui lui sont déférés. Cet article a pu être interprété comme n'exigeant la conformité des textes déférés au Conseil qu'aux articles de la Constitution. Le cas concerné est la décision du Conseil constitutionnel de 1966[469] qui s'est étendue à tous les autres éléments du bloc de la constitutionnalité, en précisant que « la conformité à la Constitution (…) doit s'apprécier au regard de la Constitution elle-même … ». La décision 16.7.1971 du même Conseil confirme cette idée, en annulant l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil, pour non-conformité aux principes contenus ou référencés dans le Préambule. Comme le notent les professeurs Favoreu et Philip, « le juge constitutionnel n'exige pas seulement que la règle inférieure ne soit pas en contradiction avec la règle supérieure, mais qu'au surplus la première découle de la seconde, qu'elle soit en quelque sorte la réalisation concrète du schéma ou modèle prévu dans la règle supérieure »[470].

Quant à la conformité selon le Conseil d'Etat, ce principe apparaît comme un simple rapport de compatibilité, même si une éventuelle contestation n'est pas susceptible de confirmation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme moyen d'annulation d'actes, mais comme simple moyen de délimitation des domaines législatifs réglementaires. La jurisprudence du Conseil d'Etat est très riche d'enseignements dans ce domaine. Selon M. Eisenmann, « si l'on entend le principe de légalité comme le principe de non contrariété, ou de compatibilité, il constitue certainement la règle très générale du droit administratif »[471].

En outre, le principe législatif de non-rétroactivité connaît certaines atténuations qui font du contrôle de son application un contrôle de compatibilité[472]. Il en va de même pour le principe d'égalité, tant que celui-ci est utilisé par le Conseil d'Etat, sans considération de sa valeur constitutionnelle, pour le contrôle de la légalité. Comme le remarque le Président Odent, « il n'est pas de principe absolu en droit public, plus exactement il n'est pas de principe dont la portée ne soit limitée par les effets d'un autre principe »[473].

Le principe de constitutionnalité et le principe de légalité semblent bien avoir un régime différent, au moins en première analyse. « Alors que le principe de légalité s'accommode d'un simple rapport de compatibilité, le principe de constitutionnalité exige un

---

[469] CC 08.01.1966, R.C.C, p.15
[470] Grandes décisions..
[471] « Le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, p. 25
[472] C.E., 21.1.1966, Lachassagne, R. p. 47 ; C.E. 22.3.1957 Rocher p. 204
[473] Op.cit., p. 1385

rapport de conformité au sens strict »[474]. Mais il importe de se demander si une certaine évolution ne n'est pas produite dans l'attitude du Conseil constitutionnel, venant modifier le bel équilibre noté plus haut.

Quant à la compatibilité, le professeur Favoreu et le professeur Philipe notent que les principes constitutionnels et législatifs peuvent devenir un seul et même principe, nouvel élément en faveur de l'unité fondamentale de cette catégorie. C'est exactement dans la mesure où la règle supérieure n'est pas forcement une règle écrite, mais peut être un principe dégagé par le juge lui-même, avec ce que cela suppose de subjectivité inévitable. L'exemple du texte de loi relatif à l'avortement[475] nous éclaire. Le Conseil constitutionnel constate que « les dispositions de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse déférées au Conseil constitutionnel, ne sont pas contraires à la Constitution ».

L'abandon de la référence explicite à la notion de conformité a suscité des hypothèses. Certains ont voulu y voir le refus de la part du Conseil de juger conforme à la Constitution une disposition qu'il aurait en conscience réprouvée, mais qu'il aurait été juridiquement contraint de valider. Or la plupart des auteurs ont insisté sur le changement de perspective que semblait opérer cette nouvelle formulation. On peut effectivement se demander s'il n'y a pas là altération du rapport de conformité, pourtant exigé par l'article 61 de la Constitution.

Cette formulation est d'ailleurs devenue depuis 1975 la formulation courante, et l'on peut dire que l'idée de non-conformité a disparu à cette date de la rédaction des décisions du Conseil Constitutionnel, remplacée par celle de non-contrariété, dont M. Eisenmann[476] a montré qu'elle s'analysait en non-compatibilité.

Le débat sur la conformité ou la compatibilité des principes généraux du droit concerne obligatoirement la valeur de ces principes. Il existe la valeur d'« unité » ou de « dualité » des principes qui peut provoquer la différence d'emploi de tels ou tels principes. L'exemple concernant ce cas est celui de la liberté du commerce et de l'industrie. Ce principe est proche des règles constitutionnelles car il existe un caractère semblable dans la proclamation des droits de l'Homme et de la liberté du commerce et de l'industrie ; pourtant, le dernier principe est malaisément dissociable du contexte philosophique des droits de l'homme de 1789. De plus, selon M. Braud, cette liberté appartenait bien à « l'ordre constitutionnel puisqu'elle continue le fondement de l'ordre économique français actuel »[477]. Pourtant, ce principe a aujourd'hui une valeur incertaine, car la valeur sociale (qui fait partie du contenu de ce principe) du libéralisme économique de 1789 n'a évidemment plus le même sens aujourd'hui. Il n'est pas possible de conserver un principe dans sa formulation originelle ; c'est la raison pour laquelle nous nous interrogeons sur l'unité ou la dualité de la catégorie des principes généraux du droit.

---

[474] M. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité », in *Mélanges* Eisenmann, Paris, Cujas, 1974, p. 33
[475] CC 15.1.1975
[476][476] Cf. note 23
[477] *La notion de libertés publiques en droit français,* Paris, L.G.D.J., 1986, p. 331

D'ailleurs, il existe aussi une nuance entre le principe constitutionnel et le principe législatif. On peut constater que ces deux principes ne sont pas fondamentalement différents dans leur nature. Pourtant de nombreux auteurs, notamment le professeur Favoreu dans son article *le principe de constitutionnalité*[478], ont insisté sur cette différence en distinguant nettement les deux catégories. Les principes constitutionnels exigeraient un strict contrôle de conformité, alors que les principes législatifs se contenteraient d'un simple contrôle de compatibilité, les derniers ne correspondant plus avec l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De plus, il n'est pas nécessaire de trouver une application distincte, selon le juge, des principes, car cette constatation ne tient pas compte du fait que le Conseil constitutionnel utilise aussi les principes législatifs car ce n'est pas la constatation d'une différence de nature, mais seulement d'utilisation.

L'utilisation par le Conseil constitutionnel du principe d'égalité, dans la décision du 27.12.1973 (expressément fondée sur la déclaration de 1789) est aussi reconnue par le Conseil d'Etat sous la dénomination de principe général. Le lien entre principes généraux et principes issus du Préambule a toujours été évident ; en ce sens, M. Rivero reconnaît que c'est grâce aux principes généraux que le Conseil d'Etat a pu « imposer au pouvoir exécutif le respect de quelque-uns des principes de 1789 », et ce « dans l'attente de la Constitution »[479].

L'unité de fondement des principes généraux est évidente, car les deux sortes de principes sont issues de la norme sociale, basée sur le consensus social. Cette origine commune des principes généraux interdit évidemment de considérer que leur nature est différente. Dans cette optique, la différence de valeur des principes provient d'une importante différence qualitative. A cet égard, le fait que certains principes soient écrits, et d'autres non, n'a guère d'importance. L'inscription des principes dans un texte fondamental précis ne créé pas un principe antérieur ; tout au plus, permet-elle de donner une valeur supérieure au principe ainsi solennellement écrit.

En bref, il résulte à l'évidence qu'il n'y a pas de différence intrinsèque entre les deux catégories de principes. Pour répondre à la question de savoir pourquoi la jurisprudence a pris tant de soin de séparer ces deux principes, il semble qu'il s'agisse d'une réponse concernant la différence fonctionnelle des principes.

En ce qui concerne la différence fonctionnelle des principes, c'est la conséquence de l'utilisation du juge : le Conseil d'Etat, qui a pour mission de servir les lois et de censurer les décrets, utilise ces principes de façon différente de ce qu'en fait le Conseil constitutionnel. Ce dernier, au contraire, utilise les principes constitutionnels comme éléments essentiels des principes de constitutionnalité, et les principes législatifs comme éléments permettant de déterminer de façon prétorienne les domaines respectifs de la loi et du règlement, en accroissant le domaine de la première. Il est évident que cette différence fonctionnelle peut justifier des études séparées de chacun de ces ensembles de principes, ce que nous envisagerons dans la sous-partie 3.

---

[478] Mélanges Eisenmann, p.33
[479] « Les garanties constitutionnelles des droits de l'Homme en droit français », *R.I.D.C.*, 1977, p. 9

§2.La perspective et l'innovation des principes généraux du droit en Thaïlande

Lors de la création de la juridiction administrative contemporaine en 1999, la Thaïlande a essayé de trouver de la stabilité dans le droit administratif. Nous avons envisagé dans la partie précédente l'originalité du droit administratif thaïlandais qui est encore jeune par rapport au droit administratif français. Le droit administratif thaïlandais pourrait être considéré comme une mutation du droit administratif franco-allemand car il est une composition de ces deux droits.

Les lacunes du droit administratif thaïlandais sont évidentes. Avant la création de la juridiction administrative en 1990, il existait un organe juridique, nommé *La Commission de pétition* qui fonctionnait par le régime de justice retenue, et faisait partie du département du contentieux du Conseil d'Etat. Cet organe était compétent dans le contentieux du droit administratif selon le droit administratif français. La commission de pétition s'est développée en adaptant le droit français à la façon thaïe.

La difficulté de l'application du droit français s'est manifestée encore jusqu'à la création de la juridiction administrative en 1999. Le droit administratif thaïlandais est à la fois autonome et inspiré de son modèle français.

L'autonomie du droit administratif s'explique par l'apparition d'un seul organe qui améliore le droit administratif : la juridiction administrative. En France, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel sont des collaborateurs parfaits pour renforcer la protection du droit et de la liberté. Mais la Cour constitutionnelle thaïlandaise s'occupe uniquement du droit « constitutionnel », c'est-à-dire de tous les matières concernant la Constitution. Elle est considérée comme la protection de la Constitution, par exemple dans les cas relatifs à la politique, aux élections, à la haute position d'hommes politiques, tel le premier ministre, etc. Il nous reste à préciser que le droit administratif thaïlandais concerne exclusivement le juge administratif. La cohérence entre la Constitution et le droit administratif existe implicitement, le juge administratif néglige d'enrichir sa jurisprudence en prenant des textes de la Constitution. Textuellement complète au niveau de la protection du droit et de la liberté (ainsi la création de plusieurs organes pour renforcer le concept de l'Etat de droit), La Constitution thaïlandaise reste muette par rapport à l'enseignement de la théorie du droit constitutionnel, notamment à propos de la valeur constitutionnelle de son texte. Le juge administratif thaïlandais fait rarement référence aux textes de la Constitution, en liaison avec ses affaires administratives, il garde toujours la même attitude : la Constitution est uniquement pour la Cour constitutionnelle.

La situation est claire : le juge administratif thaïlandais préfère prendre l'application du droit administratif français comme une référence (A 1), en évitant certains principes qui ne conviennent pas au concept du droit public et de la société thaïlandaise, par exemple le droit de grève (A 1.1). En même temps, certains principes ne posent pas le même problème, mais ne sont pas compatibles parfaitement avec le système du droit administratif thaïlandais, tel le contrat administratif (A 1.2). Le juge administratif thaïlandais néglige d'analyser certains concepts existants, tels le droit naturel (B 1.1) ou les principes déclarés dans la Constitution (B 1.2).

(A)La situation présente des principes généraux du droit en Thaïlande

(1)Le juge préfère prendre l'application du droit administratif français comme une référence

A l'origine de la création du Conseil d'Etat en 1874 sous le règne du Roi Rama V, dans le cadre de la modernisation du pays, le roi promulgua deux lois portant l'une sur la création d'un « Council of State » et l'autre sur celle d'un « Privy Council »[480]. Il est à remarquer que l'idée serait inspirée du « Conseil d'Etat » français car le terme même de « Council of State » n'est que la traduction anglaise du « Conseil d'Etat ». De plus, ses fonctions principales y furent comparables car ce conseil fut chargé de conseiller le roi dans les affaires générales du royaume, dans l'élaboration des lois et dans le règlement des litiges administratifs. Il fut finalement aboli en 1894 mais la raison en est ambiguë : soit parce qu'il était « prématuré » à l'époque d'avoir un tel organe, soit parce que, le charisme du roi étant important, il ne lui était plus nécessaire d'avoir un organe de conseil, soit parce que le roi fuit soucieux de conserver l'intégralité de son pouvoir face à l'influence grandissante de ce conseil.

L'idée de créer un organisme équivalent au Conseil d'Etat français renaquit de nouveau 48 ans plus tard. En effet, la Thaïlande créa en 1923, sous l'impulsion de la France, la Direction Générale d'Elaboration Législative, présidée par le ministre de la Justice et composée de huit juristes dont quatre thaïlandais et quatre français. Après la Révolution de 1932, Pridi, le leader du Parti du Peuple, désirait instituer en 1933[481] un organe à l'image du Conseil d'Etat français pour protéger les administrés contre les abus de l'Administration. Pour y parvenir, il suffisait de réorganiser la Direction Générale de l'Elaboration Législative, assumant déjà une partie de la fonction de cet organe. C'est ainsi que Pridi fit adopter en 1933 la loi portant « Kanakamkarn Krisdika » (qui veut « les conseillers juridiques »), en transférant la fonction de la Direction Générale en question à ce nouvel organisme et en y ajoutant la fonction de juridiction administrative. Il convient de noter que si l'intitulé de ce nouvel organisme n'est plus « le Conseil d'Etat », c'est parce que la Thaïlande à l'époque était encore sous le régime de l'exterritorialité. En créant cet organisme, Pridi ne voulait donc pas attirer l'attention des étrangers[482].

Cependant, une fois la loi adoptée, le Conseil d'Etat ne pouvait pas fonctionner aussitôt. En effet, pour que le Conseil d'Etat puisse fonctionner en tant que juridiction administrative, la loi de 1933 sur le Conseil d'Etat prévoyait une condition préalable : il fallait des lois qui auraient déterminé quels genres de litiges relèveraient de sa compétence ainsi que

---

[480] C.SAWANGSAKDI, *Le Conseil d'Etat en Thaïlande : du Conseil du Roi vers la juridiction administrative suprême*, Division du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat, Bangkok, 1995, p.2

[481] En fait, peu avant cette date un certain René GUYON, alors conseiller juridique, avait rédigé des projets de loi pour créer le Conseil d'Etat en Thaïlande, tels que le projet du 6 décembre 1932 et celui du 27 décembre 1032, ce dernier allant jusqu'à créer également un Tribunal des Conflits.

[482] Discours devant l'Assemblée Nationale, Séance (extraordinaire) n°39/1933, le 6 décembre 1933

la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat (article 5 (3) de la loi de 1933). De tels projets de lois furent déposés à plusieurs reprises devant l'Assemblée Nationale, mais n'aboutirent jamais à l'adoption définitive. L'obstacle était que la plupart des juristes thaïlandais de l'époque étaient encore habitués à l'idée qu'il ne pouvait y avoir qu'un seul ordre de juridiction , c'est-à-dire les juridictions judiciaires. En conséquence, les dispositions de la loi de 1933 concernant la fonction contentieuse du Conseil d'Etat restèrent lettre morte.

L'idée de la dualité de la juridiction n'a été revendiquée de nouveau qu'à la suite des événements politiques de 1973. A ce moment là, le vent de la démocratie semblait souffler partout dans le pays et être favorable à toutes les idées réformatrices. Evidemment, parmi celles-ci, s'imposait l'idée de la création d'une juridiction administrative pour protéger des administrés contre l'Administration. C'était précisément lors de l'élaboration de la Constitution que cette idée a été évoquée. Néanmoins, la question restait de savoir quel modèle pour une telle juridiction serait retenu. Il semblait que la victoire, même modérée, était du côté de la dualité de la juridiction. Car la Constitution prescrivait particulièrement et explicitement, pour la première fois dans l'histoire, la création de « la juridiction administrative », dans un article qui n'est pas inclus dans ceux relatifs à la juridiction judiciaire. Malgré cela, le débat sur ce modèle n'était pas une affaire classée. En effet, certains soutinrent la création d'un « tribunal » administratif de première instance au sein de l'ordre judiciaire, tandis que d'autres préconisèrent la création d'une véritable juridiction administrative autonome. De 1981 jusqu'en 1999, de nombreux projets ou propositions de loi, destinés à créer un « tribunal » administratif, ont été déposés devant l'Assemblée Nationale, tantôt par le ministère de la Justice tantôt par les députés. Quant au Conseil d'Etat, il a été réformé par la loi de 1979, actuellement en vigueur. Cette réforme lui octroie la fonction de contentieux administratif sous le système de « la justice retenue ». Parallèlement, la juridiction judiciaire continue à juger les litiges administratifs, bien que la plupart soient déclarés irrecevables ou soit débutés, du fait qu'il n'y a pas de juridiction administrative.

Il n'est pas douteux que le droit administratif thaïlandais soubisse l'influence française. Le juge a l'habitude de prendre l'application du droit administratif français comme référence. C'est la raison pour laquelle la Thaïlande expédie nombre de boursiers en France. Mais l'application du droit administratif français selon le juge thaïlandais est encore limitée. D'abord au niveau linguistique, car la Thaïlande est un pays anglophone. De plus, le caractère du droit thaïlandais est un mélange du droit administratif français et allemand. Certains concepts du droit français ne peuvent être adoptés dans le système thaïlandais. Deux points intéressants concernant le droit de manifestation (1.1) et le droit du contrat administratif (1.2).

(1.1)Le droit de manifestation

Le droit de manifestation est un droit présent dans les droits et libertés des pays démocratiques. Ce droit est considéré comme un contre-pouvoir de l'état. Selon Guy Groux et Jean-Marie Pernot, « le rôle de la manifestation tient en peu de mots. Partie prenante de l'expression démocratique, notamment de la démocratie directe, la manifestation vise à influer sur l'opinion et le pouvoir politique, et, ce faisant, à contribuer à la naissance de politiques

publiques menant à la satisfaction des revendications qu'elle exprime »[483]. En France, les associations qui souhaitent manifester doivent demander une autorisation préalable, en indiquant notamment le parcours précis et les horaires de convocation et de dispersion de la manifestation. Les autorités peuvent interdire une manifestation, si elles la jugent propre à troubler l'ordre public ou si ses mots d'ordre sont contraires à la loi.

On peut faire deux remarques sur le texte législatif concernant les manifestations. D'abord ; l'article 431-3 du Code pénal prévoit que « tout attroupement ou rassemblement sur la voie publique ou dans un lieu public qui pourrait porter atteinte à l'ordre public peut être dispersé par la force, après les sommations d'usage. Appeler à une manifestation non autorisée est considéré comme un délit ». Ensuite, en vertu de l'article 1 du décret-loi du 23 octobre 1935, les réunions sur la voie publique sont et demeurent interdites dans les conditions prévues par la loi du 30 juin 1881, article 6. De plus, conformément de l'article 2 de ce même décret-loi, la déclaration de la manifestation sera faite à la mairie de la commune ou aux mairies des différentes communes sur le territoire desquelles la manifestation doit avoir lieu.

Il existe, en France, le droit de grève qui est un droit reconnu et garanti par la Constitution à tout salarié de cesser le travail (faire grève) pour manifester un désaccord ou revendiquer des améliorations d'ordre professionnel. On peut dire en résumé que le droit de grève est un type de manifestation concernant la vie professionnelle, tandis que le droit de manifestation peut se rapporter à différents problèmes. Pour être licite et pour que les employés grévistes soient protégés, une grève doit remplir certaines conditions. Premièrement, le mouvement de grève doit être collectif, c'est-à-dire qu'il faut réunir au moins deux personnes dans une entreprise quand cette dernière est seule concernée, ou une personne dans le cadre d'un mouvement dépassant le seule entreprise. Deuxièmement, le salarié en grève doit cesser totalement le travail, et, troisièmement, des revendications d'ordre professionnel doivent être posées, par exemple l'amélioration des conditions de travail ou de salaire.

Par ailleurs, dans la fonction publique, un préavis de grève précis doit être envoyé cinq jours francs (hors fêtes et week-end) auparavant aux autorités hiérarchiques. Il en va de même dans les services publics (article L. 521-2 à L.521-6 du code du travail), qu'ils soient assurés par des entreprises tant publiques que privées (les transports urbains, par exemple). Aucun préavis n'est requis pour les autres entreprises du privé. La grève n'a pas de durée légale, elle peut se tenir sur moins d'une journée comme sur plusieurs mois.

En France, la grève implique, en premier lieu, l'arrêt de travail. Elle peut par ailleurs se concrétiser par le blocage de l'outil de production, par des mesures destinées à gagner l'opinion publique, par des manifestations, et, dans certains cas par des actions illégales, voire pénalement répréhensibles, comme le chantage environnemental ou la séquestration de membres de la direction. La grève ne prend pas nécessairement une tournure aussi spectaculaire, il peut s'agir tout simplement d'un arrêt de travail de quelques heures, par exemple pour faire remonter à la direction un conflit avec l'encadrement.

---

[483] G.GROUX et J.-M. PERNOT, *La grève*, Presses de science politique, 2008

La grève en France a longtemps été interdite, conséquence de l'abolition des corporations et de la contractualisation du droit du travail. Au cours de la première moitié du XIXe siècle, l'Etat monarchique réprimait les grèves et emprisonnait souvent les grévistes[484]. A partir de 1864, sous l'Empire libéral, la grève a été progressivement légalisée. Les grèves ont été encore plus longtemps interdites aux fonctionnaires. Cependant, à la suite de la Libération en 1944, et en réaction contre tous les interdits imposées par l'occupation nazie et le régime de Vichy, la Constitution de 1946 autorisa la grève des fonctionnaires, à l'exception de certains agents d'autorité, « dans le cadre des loirs qui la règlement », d'où l'obligation du préavis de grève.

En France, les grandes grèves ont généré la production de droits nouveaux[485] qualifiés de « conquêtes » ou « d'avancées » sociales : la grève générale de juin 1936 permit l'obtention des congés payés, ainsi que la reconnaissance des conventions collectives et des délégués du personnel. La réduction du temps de travail a été une étape importante du mouvement ouvrier depuis le XIXe siècle. La création en 1889 du 1er mai comme journée annuelle de grève a eu pour but la réduction de la journée de travail à 8 heures.

La grève en France peut aussi être un outil pour défendre la démocratie : grève du 12 février 1934 contre le fascisme, grève pendant l'occupation, grèves en 1961 contre les militaires putschistes, etc. La grève n'est alors « plus simplement l'un des produits de la démocratie moderne ; elle est aussi garante de la démocratie politique »[486].

Avec les manifestations et les pétitions, les grèves sont un des moyens privilégiés par les syndicats français et les salariés pour défendre les acquis sociaux, tels que les conditions de retraite, la sécurité sociale ou le système éducatif public, ainsi que pour obtenir des hausses de salaires et des améliorations des conditions de travail. Les grèves de non salariés se développent dans tous les domaines : médecins, routiers, etc. Ces actions diffèrent des grèves classiques dans la mesure où ces professions libérales ou ces artisans sont leur propos employeur. Le conflit les oppose, dans ce cas, au législateur. Il existe également le phénomène des grèves étudiantes, mobilisations collectives au cours desquelles les étudiants votent la grève en Assemblée générale, et cessent donc d'aller en cours (comme les autres grèves, ces mouvements s'accompagnent parfois de la mise en place de piquets de grève). Il ne s'agit pas de grève au sens traditionnel ni au sens juridique du terme, puisqu'étudier n'est pas une activité salariée ni productrice. Cependant, les syndicats étudiants considèrent les étudiants comme des travailleurs en formation, donc leur grève serait un moyen de pression sur leurs futurs employeurs.

La grève en droit thaïlandais a été prévue par la loi concernant la relation des salariés B.E. 2518[487]. En fait, en ce qui concerne les salariés et le syndicat, il y a une autre loi,

---

[484] précité, p.22
[485] précité, p.24
[486] précité, p.10
[487] พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.๒๕๑๘

appelée la loi portant la protection des salariés B.E.2541[488], les deux lois sont équivalentes du droit des syndicats français.

Par ailleurs, à part la grève selon le droit syndical, les manifestations ont été globalement prévues par la Constitution. En vertu de l'article 63 de la Constitution actuelle, les manifestations doivent respecter deux conditions : être paisibles et sans armes. Selon la Constitution thaïlandaise, le droit de manifestation doit être sous le contrôle de l'Etat mais pas totalement interdite. En réalité, l'état Thaïlandais a essayé de limiter ce droit. Il y a eu l'interdiction de la manifestation dans le jardin public Lumpini (la manifestation contre le gouvernement birman pour la liberté d'Aung San Suu Kyi) en 2003 ou plus récemment, l'interdiction de manifestation durant la réunion de la commission économique d'Asie-Pacifique en 2003. Les manifestations en Thaïlande sont considérées plutôt comme un obstacle dans la vie quotidienne que comme un acte normal dans un pays démocratique. En vertu de l'article 63 alinéa 2 de cette Constitution, l'Etat peut limiter le droit de manifestation sous l'autorisation de la loi, concernant la voie publique et les lieux publics, ou pour la paix durant la guerre ou l'état d'urgence du pays. Par rapport à cet article, il arrive que le gouvernement thaïlandais prenne telle ou telle loi pour limiter le contrôle des manifestations. L'exemple le plus concret est la dispersion de la manifestation en vertu de la loi de propreté B.E. 2535. Il s'agissait de la manifestation concernant la construction d'un barrage Pak Moon ; le gouvernement de Samak Suthonrawaat a fait appel à une loi d'hygiène publique comme référence pour interdire la manifestation. Dans ce cas, le gouvernement ne fait rien contre la manifestation, mais ce n'est pas exactement la même attitude du point de vue du juriste du droit public.

Nous pourrons donc dire que la Constitution et la loi en Thaïlande ne sont pas compatibles en ce qui concerne le droit de manifestation. La Constitution est mise à jour et assez claire par rapport à ce droit, tandis que la loi ne reconnaît pas la manifestation et ne prend pas la manifestation comme une simple gêne dans la vie quotidienne. La loi est donc en conflit avec la Constitution et le gouvernement essaie de prendre telle ou telle loi pour légitimer la dispersion de la manifestation. Le résultat est clair : les manifestations en Thaïlande sont toujours illégales.

De plus, le pouvoir de la police en Thaïlande est réservé uniquement aux délits selon le Code pénal ou plus précisément, il relève de la police judiciaire mais pas de la police administrative. En visant les activités pour préserver l'ordre public, en France, cette activité est réservée à la police administrative, qui est distincte de la police judiciaire. Cette distinction fonctionnelle répond à la distinction entre prévention des crimes et des délits et répression de ces derniers ; ceci est néanmoins mis à mal dans de nombreux cas. La gendarmerie nationale française a des missions à la fois de police administrative (prévention) et de police judiciaire (répression). De même, un contrôle d'identité peut être effectué sous l'angle d'une mission de police administrative, ou sous l'angle d'une mission de police judiciaire, selon les situations. Au contraire, le concept de police administrative n'est pas familier dans la théorie du droit

[488] พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. ๒๕๑๘

thaïlandais ; par conséquent, il n'y a pas de distinction entre les deux pouvoirs de police et tous les actes concernant la police seront considérés comme délits pénaux.

Un projet provisoire concernant le droit de manifestation a vu le jour. Appelé « la loi des règlements de la manifestation sur la voie publique B.E. … », ce projet provisoire garde les mêmes conditions pour les manifestations légales : être paisibles et sans armes. Dans son article 5, ce projet prévoit l'interdiction des manifestations sur la voie publique, par exemple, (1) sur une voie de circulation, (2) dans les réunions publiques qui posent un problème pour la circulation des voitures ou le passage des piétons, (3) à propos de l'utilisation de l'équipement pour diffuser la manifestation, (4) ou l'utilisation d'un transport, (5)ou dans le cas d'une manifestation mouvementée. Pour toute manifestation relevant de l'article 5 de ce projet provisoire, on doit demander l'autorisation d'une commission prévue par l'article 8. Cette commission a le chef de la police nationale comme président. Les autres membres sont les mandataires du ministre des Affaires intérieures, du centre de l'information nationale, du centre des informations armées, de l'office de la police royale, de l'office de la police métropolitaine responsable de lieu de la manifestation, de l'office du département d'investigation spécial de la police nationale etc. Le président de cette commission a le droit d'interdire la manifestation en cours pour trois raisons : (1) l'absence de surveillance de la part du groupe manifestant, (2) si la manifestation nuit au peuple ou peut causer du trouble social, (3) si la manifestation non-conforme à la loi. Jusqu'à maintenant, ce projet de loi est toujours provisoire en raison de l'instabilité parlementaire. Donc, en ce qui concerne les manifestations, l'état thaïlandais va les envisager cas par cas, et en fonction du chef du gouvernement. De toute façon, il semble que la Thaïlande essaie de contenir les manifestations légales par une limitation maximum des lois.

Le droit de manifestation montre un conflit juridique dans le système du droit thaïlandais. Dans ce cas, on voit bien qu'on peut noter certains obstacles, comme le concept de la police administrative. Si l'état thaïlandais prend la pratique et les textes français comme référence, cela posera sûrement d'autres problèmes, car il y a plusieurs manquements concernant l'organisation étatique pour aboutir à cette loi. En bref, le juge doit être prudent en prenant la pratique et les textes français comme référence.

(1.2) Le droit de contrat administratif

La théorie du droit des contrats administratifs a été acceptée comme la théorie la plus vivante du droit administratif thaïlandais. Nous avons parlé de cette théorie (relative à l'arbitrage administratif) dans le paragraphe précédent : *l'état actuel de l'organe de juridiction administrative et la nouvelle mode de régulation*. Ce paragraphe nous permet de connaître la théorie pure du droit des contrats administratif.

L'article 3 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E 2542 définit le contrat administratif ; c'est « un contrat dans lequel l'administration ou un des ses représentants est partie et qui revêt le caractère d'un contrat de concession, de service public, de prestation de service ou d'exploitation de ressources naturelles ». A ce propos, nous pouvons imaginer que cette définition laisse une grande liberté au juge pour définir son « propre » contrat administratif.

Car, avant l'apparition de la juridiction administrative, tous les contrats concernant les achats publics étaient de la compétence du tribunal judiciaire.

Après avoir rencontré différents problèmes concernant la définition du contrat administratif, la juridiction administrative a modifié la loi concernant ce critère. Il s'agit de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E.2551 (2008) qui ajoute la définition de « l'intérêt public » (l'article 3 de la loi de 2542) pour en faciliter l'interprétation par le juge.

A la fin du texte de la loi de B.E. 2551, nous pouvons trouver la raison de cette actualité du contrat administratif. Cette loi mentionne que l'apparition de la juridiction administrative est la conséquence de l'absence de la compétence judiciaire dans le domaine du contrat administratif ; de plus, il y a plusieurs contrats dans lesquels l'administration ou un des ses représentants est partie, et ce type de contrat est encore problématique pour le juge qui doit en donner l'interprétation. C'est la raison pour laquelle la loi de B.E. 2551 doit ajouter la notion de « l'intérêt public » comme « l'intérêt concernant le public ou l'intérêt qui résulte de la gestion de l'Etat en cas pour la service public, de la prestation de service public, ou d'autres intérêts concernent la gestion, la subvention par l'état, dans laquelle le peuple peut profiter de cette gestion ». Cette définition permet au juge d'encadrer plus facilement la définition du contrat administratif car le problème le plus difficile est le partage clair et net entre le contrat des droits administratifs et le contrat concernant l'achat public.

Dans la théorie du droit français, l'achat public est soumis au décret du 7 janvier 2004 (portant nouveau Code des marchés publics). Ce décret conduit nécessairement à réévaluer la réglementation au regard des principes qui l'animent, ainsi que des défis politiques et économiques. En bref, nous pourrons expliquer le caractère de l'achat public en France en trois points. D'abord, l'achat public français tient aux pressions internationales et européennes destinées à ouvrir à la concurrence des activités, jusque-là, le plus souvent exploitées dans le giron du secteur public (transport, télécommunications, électricité et etc.). Deuxièmement, l'achat public rencontre le problème de l'insuffisance des moyens matériels et humains de l'administration, et enfin, un troisième point, l'achat public doit s'adapter à l'adhésion croissante de l'administration au mouvement général de l'externalisation, et de la spécialisation des tâches, sur le modèle déjà largement pratiqué par les entreprises. Le droit des marchés publics français regroupe la réglementaire relative aux commandes publiques : ils sont soumis à des règles, qui figurent dans le code des marchés publics. Ce code indique comment les marchés publics doivent être préparés, et notamment la détermination des besoins à satisfaire (article 5 du code), qui doit prendre en compte des objectifs de développement durable (article 14). La réglementation relative à la commande publique est analysée et élaborée par la Direction des Affaires juridiques, commune au ministère du budget et au ministère de l'économie.

Ce sont l'Etat, ses établissements publics, les établissements publics à caractère industriel et commerciaux (EPIC), et les collectivités territoriales et leurs établissements publics qui sont soumis au Code des marchés publics. Les organismes de sécurité sociale sont également concernés. Les personnes publiques ou privées, quand elles

agissent en tant que mandataires d'une personne publique, doivent aussi se soumettre au Code des marchés publics.

Depuis la loi du 11 décembre 2001 portant sur les mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite « loi MURCEF »), les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs, soumis au contrôle du seul juge administratif.

Les marchés publics thaïlandais ont été longtemps sous la compétence du tribunal judiciaire. Avant la loi de 2551 (concernant la définition de « l'intérêt public), les contrats des marchés publics standards, c'est-à-dire l'achat standard des fournitures, étaient considérés comme des contrats de droit civil selon le juge administratif. « Le contrat administratif » est un mot signifiant un contrat de l'Etat pour les travaux concernant l'objectif principal de tel ou tel établissement (par exemple, les équipements médicaux pour les hôpitaux ou les ordinateurs pour les universités, mais ne définissant pas les besoins d'un établissement pour ses activités secondaires (exorbitants), comme les achats des timbres au bureau de poste, etc.). La définition de la loi de 2551 ne précise pas encore cette nuance, il résulte encore la possibilité pour le juge administratif de définir son « propre » contrat.

La théorie du droit des contrats administratifs est un des exemples concernant l'application partielle du droit administratif français dans le système du droit administratif thaïlandais. Le juge thaïlandais doit connaitre, non seulement la définition ou les arrêts français qui indiquent la définition finale du contrat administratif, mais aussi l'ensemble du système du droit des contrats administratifs français, surtout les organismes variées concernés. Il est pratique que le juge thaïlandais préfère prendre le droit français comme référence, mais il doit faire une étude approfondie de telle ou telle théorie plutôt que d'envisager la définition finale. Le travail du juge n'est pas seulement de juger et de résoudre en cas de litige, mais aussi d'enrichir le droit administratif thaïlandais.

2. Le juge néglige certains principes généraux établis dans le droit thaïlandais

Sous réserve de l'hypothèse que le juge administratif doit respecter les principes généraux du droit pour renforcer l'existence de tel ou tel principe dans le système du droit, il est nécessaire d'examiner les principes concernant le droit naturel (2.1) et les listes de principes déclarés dans la Constitution (2.2).

(2.1) Le droit naturel

La théorie du droit naturel est une notion héritée de courants philosophiques divers mais elle est historiquement ancienne. Cette notion a pu paraître un fondement important pour les principes généraux du droit. La théorie du droit naturel exprime la valeur positive du droit auquel le juge se conforme dans sa formulation et son utilisation. Le droit naturel englobe aussi un ensemble de valeurs antérieures et extérieures au juge et à la société. Faire appel au droit naturel peut expliquer la théorie des principes généraux du droit, ce qui oblige à s'interroger sur les caractères du droit naturel.

Selon le professeur Geny[489], « Les principes généraux du droit représentent un idéal de raison et de justice conforme au fond permanent de la nature humaine ». Cette idée semble signifie que les principes sont définis, pas universels mais dépendant de la représentation que s'en fait la société. De toute façon, les principes semblent bien se rattacher à la théorie d'un droit naturel.

Sur la base de ces affirmations, les principes généraux du droit peuvent être examinés dans l'activité juridictionnelle. Cette idée renforce l'idée du droit naturel constituant le fondement de ces principes. Le professeur Weil appel ce phénomène « le point de passage privilégié de la morale au droit »[490].

En France, cette théorie a été systématisée dès 1950 par M. Roubier[491] pour qui, dans l'étude des principes généraux du droit « seul l'idéalisme nous sert ici de guide, et le droit se rapproche ainsi de la morale ». Cet auteur poursuit en affirmant que le développement de ces principes tendra forcément à une certaine unification du droit « car les principes généraux qu'il place à sa base ont une valeur très étendue et, on peut bien le dire, universelle »[492]. C'est donc ici tout le droit positif qui, immédiatement, trouve son fondement dans le droit naturel, par l'intermédiaire des principes généraux, fondés sur ce dernier et se trouvant à la base de tout le droit positif. On comprend dès lors que le Président Cassin, commentateur autorisé de la jurisprudence du Conseil d'Etat ait pu affirmer : « grâce à ces principes généraux, l'ensemble de la vie publique française est soumis à une éthique »[493]. Quel que soit le débat sur le contenu du droit naturel et sa définition, le professeur Rivero n'hésite pas à déclarer son importance. Selon lui, « si l'on remarque que les principes dont le Conseil d'Etat constitue le gardien se rattachent étroitement soit au respect de la personne humains et de sa dignité, soit à la nature des choses, on ne peut guère ne pas invoquer à leur sujet les lois non écrites qui transcendent les activités du pouvoir, c'est-à-dire d'un mot, le droit naturel ».

Selon Max Weber, le droit naturel est une « création stoïcienne que le christianisme reçut ensuite pour jeter un pont entre sa propre éthique et les normes du monde »[494]. La théorie du droit naturel a été présentée de façon plus juridique par M. Venezis soutenant l'existence, au-dessus du droit positif, d'un ensemble de normes ayant comme source la nature de l'homme, de la société ou un principe divin[495].

En fait les tenants du droit naturel ne font que répéter l'éternelle protestation d'Antigone : « il y a des lois au-dessus des lois » de la cité et l'on comprend dès lors que l'on ait pu entendre dire à la tribune de la Seconde Assemblée Constituante : « il y a des droits inaliénables auxquels la loi civile ne peut porter atteinte ».

---

[489] « Les principes généraux du droit et le droit positif », in *Mélange Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p.55
[490] M. Weil. *Le droit administratif français*, Paris, P.U.E, coll. Que-sais je, 1978, p. 86 et sqq.
[491] « Ordres juridiques et sources du droit », in *Mélanges Ripert*, op. cit., p.9
[492] précité
[493] *E.D.C.E.* 1951, p. 11
[494] Max Weber, *Rechtsoziologie*, cité par J. Freund, *Sociologie de Max Weber*, PUF,1966, p. 27
[495] R.D.P., 1966, p. 919

Ces affirmations permettent de comprendre que le droit naturel constitue, selon l'expression de Levi-Strauss « un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif, et lui est supérieur : un étalon grâce auquel nous sommes capable de juger le droit positif »[496]. Le droit naturel prend un tout autre sens et une toute autre fonction que Max Weber a défini en ces termes : « le droit naturel constitue la substance des normes indépendantes de tout droit positif et supérieures à lui qui tirent leur dignité non point des règlements arbitraires par investiture, mais qui en légitiment précisément la force obligatoire. Il s'agit donc de normes qui sont légitimes non point en vertu d'une origine qui réside dans un législateur légitime mais en vertu de leur qualité immanentes, ce qui constituera la forme spécifique et seule conséquente de la légitimité du droit »[497].

C'est dans cette optique que le droit naturel a pu être conçu comme fondement des principes généraux du droit utilisés par le juge et applicables même en l'absence de textes.

Prenons le concept du droit naturel pour envisager les principes généraux du droit dans le système juridique thaïlandais : en effet, même si la jurisprudence administrative, voire la loi le concernant restent muettes sur la question du fondement du droit naturel, l'existence du droit naturel n'est pas douteuse. Des exemples clairs sont dans l'esprit français, comme le principe d'égalité et liberté qui est un principe fondamental du droit naturel. Il est possible que certains principes généraux semblent d'une importance trop limitée pour se rattacher à tel moment ou telle occasion, par exemple le principe interdisant à l'administration de disposer de ses biens à titre gratuit[498] ou le principe de la spécialité des établissements publics[499]. Il y a encore de nombreux principes auxquels le droit public français hésite à reconnaître une valeur éternelle, indépendante de toute institution humaine. Il semble bien que, en France, l'application du droit naturel soit modestement adaptée aux principes généraux du droit.

En Thaïlande, l'enseignement du droit public, surtout dans la cours de philosophie de droit du professeur Pridi KASEMSARP depuis 1983, est une base importante pour l'étude du droit naturel. Dans son cours, le professeur Pridi KASEMSARP enseigne la philosophie du droit à travers certaines pensées juridiques diverses des auteurs antiques comme Platon, Socrate, Aristote et Cicéron. Dans son chapitre cinq, le professeur évoque la pensée de St. Augustin et St.Thomas d'Aquin, *lex divina* et *lex humana* avant de finir son ouvrage par la théorie positiviste et la problématique du droit thaïlandais contemporain. L'enseignement de la philosophie du droit est obligatoire en licence. Il n'est pas douteux que les juristes thaïlandais connaissent la définition du droit naturel, de plus, il est certain que cette conception sera facilement appliquée pour l'amélioration des fondements des principes généraux du droit en Thaïlande.

Comme nous l'avons évoqué depuis le début de ce paragraphe, le droit naturel, malgré son fondement inacceptable théoriquement selon le positivisme, est considéré comme

---

[496] *Droit naturel et histoire*, Paris, Plon, 1954, p.14
[497] précité, p. 28
[498] C.E., 19.3.1971, *Mergui* A.J.D.A, 1974, p. 303
[499] C.E. 4.6.1954, E.N.A, R. p. 338

une des sources des principes généraux du droit. Mais en même temps, ce n'est pas le droit naturel qui en fonde le principe.

Le Conseil constitutionnel français a bien montré implicitement ce constat. Dans sa décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel n'a pas pris en compte le fondement des dispositions du Préambule garantissant à l'enfant la protection de la santé, et les conditions nécessaires à son développement[500]. Le Conseil constitutionnel a estimé que ces dispositions ne rendent pas la loi sur l'interruption volontaire de grossesse inconstitutionnelle. Il est significatif à cet égard que le Conseil constitutionnel utilise dans son argumentation l'expression « respect de la vie », sans sembler y voir autre chose qu'une référence morale[501], et ne s'interroge pas sur le point de savoir si cette disposition morale sous-tend les principes visés du Préambule. C'est que, à l'évidence, pour le Conseil constitutionnel les principes généraux ne sont pas à apprécier en fonction d'un fondement éternel et immuable, mais d'autre chose, autre chose qui est peut être à rechercher dans un fait social, variable donc suivant les sociétés, et non éternel.

Le concept du droit naturel existe dans le droit thaïlandais, par exemple, dans la théorie de *conservatio sui*, dans le droit criminel[502], ou plus précisément, dans le devoir pour les enfants de prendre soin de leurs parents âgés selon le droit de la famille (une des parties du Code civil et commercial). Ce dernier constat est influencé par la pensée sociologique thaïlandaise du « retour » aux gens qui nous aident. Selon la mentalité thaïlandaise, les parents donnent l'éducation et les soins aux enfants par bonté et parce qu'ils ont envie de les donner, mais ce n'est pas une obligation. Les enfants donc doivent « en retour » soigner leurs parents quand ils sont vieux. Il y a encore beaucoup d'exemples de plaintes adressées au tribunal contre des parents. C'est le procureur général qui prend la place des enfants car il est vraiment grave pour l'ordre public et les bonnes mœurs de porter plaine contre ses propres parents. Sinon, le vol des biens des parents ou le vol entre la couple mariée peuvent être une affaire conciliable selon l'article 71 de Code du droit pénal. La société thaïlandaise a son caractère particulier au niveau des relations familiales.

Cela signifie que le droit naturel s'enracine dans le droit thaïlandais depuis longtemps, soit par l'enseignement de la philosophie du droit, soit par les articles du Code civil. Le juge administratif thaïlandais doit oser prendre cette conception comme référence pour l'amélioration des principes généraux du droit, pour combler des lacunes du droit administratif et plus précisément, pour résoudre des problèmes en cas d'absence de texte, en complétant la référence au droit administratif français.

(2.2) Les principes déclarés dans la Constitution

La plupart des Constitutions françaises ont été précédées d'un préambule. La première d'entre elles a été celle l'Assemblée Constituante, comportant le texte de la

---

[500] 11ème et 10éme alinéa du Préambule de la Constitution du 1946
[501] Contra MM. Favoreu et Philip, Grandes décisions, p. 373
[502] การป้องกันตัวเอง

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'elle avait adoptée le 26 août 1789, en tête de la Constitution du 3 septembre 1791.

Enoncés par les préambules, les principes à valeur constitutionnelle ont pris un caractère particulier sous la Ve République. Au niveau le plus élevé de la hiérarchie des règles du droit, et celles des autorités administratives, le préambule figure au premier rang des bases constitutionnelles du droit administratif.

En France, les principes du Préambule sont venus s'ajouter aux principes généraux du droit, dont la jurisprudence du Conseil d'Etat exige depuis longtemps le respect par l'ensemble des autorités administratives : principes du Préambule et principes généraux du droit se complètent et se combinent.

Cette même situation ne se trouve pas en Thaïlande. Deux raisons l'expliquent : d'une part, il n'existe pas de préambule à la Constitution thaïlandaise, avec son caractère particulier dans le système du droit thaïlandais. D'autre part, le juge administratif thaïlandais n'est pas familier des textes constitutionnels, il laisse la Constitution exclusivement au juge constitutionnel. La Thaïlande ne dispose pas de ces trois séries de principes à valeur constitutionnelle : les principes énoncés par la Déclarations des droits de l'homme, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (auxquels se réfère le Préambule de 1946) et les principes particulièrement nécessaires à notre temps. Les principes selon lesquels les principes généraux du droit peuvent se compléter et se combiner sont moins nombreux que dans le système du droit français. Par conséquent, on trouve rarement cette composition des principes généraux du droit et des principes du Préambules. Les principes généraux du droit en Thaïlande restent autonomes.

Il est nécessaire d'évoquer les trois principes à valeur constitutionnelle, pour mieux envisager l'actualité du système du droit public thaïlandais.

Premièrement, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle, avait reçu valeur constitutionnelle de la Constitution de 1791. A partir de 1793, elle n'a plus été qu'un texte historique, sans portée juridique précise, même si ses principes continuaient d'inspirer les régimes ultérieurs. Dans ses conclusions sur l'affaire *Baldy*, jugée par le Conseil d'Etat le 17 août 1917, le commissaire du gouvernement Corneille déclarait qu'il faut se rappeler que « *la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement, au frontispice des constitutions républicaines* ».

Depuis la Constitution de 1946, les dix-sept articles adoptés le 26 août 1789 par l'Assemblée constituante ont retrouvé leur place, au premier rang des règles de valeur constitutionnelle. Leur impact sur l'administration est fort. Les trois droits fondamentaux garantis trouvant leur importance en droit administratif sont la liberté individuelle, l'égalité des citoyens et le droit de propriété. On trouve le concept de ces droits au travers notamment du contrôle des mesures de police, de l'affirmation du principe d'égalité, du régime de l'expropriation et des nationalisations. La Déclaration de 1789 proclame également les libertés d'opinion et de communication et le principe d'égal accès des citoyens aux emplois publics. Les derniers principes sont le fondement de l'arrêt du Conseil d'Etat *Burel* du 28 mai

1954, qui interdit d'écarter un candidat du concours d'entrée à l'Ecole nationale d'administration en raison de ses opinions politiques. Elle pose également le principe de la responsabilité des fonctionnaires, en affirmant que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

Deuxièmement, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne sont pas davantage précisés par le Préambule de la Constitution de 1946. Son expression a aussi laissé une grande liberté d'interprétation car elle renvoie sans conteste aux grandes lois de la IIIe République, qui ont fixé le régime des principales libertés : liberté de réunion (loi du 30 juin 1881), liberté de la presse (loi du 29 juillet 1881), liberté syndicale (loi du 21 mars 1884), libre administration des communes (loi du 5 avril 1884), liberté d'association (loi du 1er juillet 1901). Mais l'interprétation a aussi une portée plus large car elle couvre les principes appliqués avec une constance suffisante par la législation républicaine, c'est-à-dire le Conseil constitutionnel antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946.

Dès la IV République, le Conseil d'Etat s'était référé aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en déclarant la liberté d'association[503]. Cette jurisprudence anticipait sur la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971. La cohérence entre les deux jurisprudences s'est affirmée sous la Ve République : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, dégagés par le Conseil constitutionnel, étaient des principes déjà appliqués par le Conseil d'Etat, ou, le Conseil d'Etat a suivi le Conseil constitutionnel pour inclure dans cette catégorie des principes nouvellement affirmés, comme l'indépendance des professeurs d'université[504] . Mais il arrive aussi au Conseil d'Etat d'admettre pour la première fois un principe fondamental reconnu par les lois de la République, sur lequel le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer, c'est-à-dire le cas du principe qui interdit l'extradition demandée dans un but politique, dans sa décision *Koné*[505]. De plus, le Conseil d'Etat a qualifié le principe de laïcité de principe fondamental reconnu par les lois de la République[506]. Le Conseil d'Etat français applique la Constitution en s'y engageant.

Une troisième catégorie de principe concerne les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Ces principes définissent les fondements de la construction sociale à édifier au lendemain de la Libération. Ils traduisent les projets élaborés au sein du Conseil national de la Résistance et surtout la volonté de justice qui inspire « les peuples libres » après leur victoire sur « les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine ».

Ce sont ces principes datant de 1946 est concernant les droits des travailleurs : droit au travail, droit de grève, liberté syndicale, droit de participer par l'intermédiaire de délégués, à la détermination des conditions de travail et à la gestion des entreprises.

---

[503] CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*
[504] Avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1990 et décision du 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs du Muséum d'histoire naturelle*
[505] Avis du 9 novembre 1995 et arrêt du 10 juillet 1996, Koné
[506] CE, 6 avril 2001, *syndicat national des enseignements du second degré*

Ils proclament aussi l'égalité des hommes et des femmes et affirment les droits sociaux à la santé, à l'éducation, à la solidarité, à la protection de la famille, aux loisirs. Cette liste de principes à valeur constitutionnelle entraîne de nombreuses implications administratives. En particulier, ils mentionnent certaines activités du service public. C'est aussi la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a pris la décision *Winkell* du 7 août 1909 selon laquelle « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Ce principe est élargi pour reconnaître le droit de grève des agents publics, sous les seules limitations qu'impose la continuité minimale du service public[507].

Au contraire, la Constitution thaïlandaise n'a aucun texte (revues, articles des professeurs de droit) pour garantir explicitement sa valeur constitutionnelle. Cette Constitution B.E. 2550 se partage en 16 parties et a été composé de 309 articles. La partie trois concernant les droits et les libertés du citoyen thaïlandais commence par l'article 26 et continue jusqu'à l'article 52. Les principes de cette Constitution garantissent, par exemple, la dignité humaine, le droit d'accès au tribunal, l'égalité pour bénéficier de la protection du droit, l'égalité des sexes, la non-discrimination, le droit et la liberté de la vie, la liberté d'aller et de venir, la protection de la vie privée, la liberté de la communication et de la presse, la liberté de religion, le droit de propriété, la libre concurrence, etc.

Cette liste de droits et de libertés mentionnés dans la Constitution est inspirée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française. Le juge administratif thaïlandais la connaît textuellement mais pratiquement la néglige, l'utilisant rarement pour enrichir sa jurisprudence. Il considère toujours que « La constitution est pour le juge constitutionnel ». C'est un des obstacles à l'amélioration des principes généraux du droit en Thaïlande.

L'attitude tranchée du juge administratif dans ce cas peut nuire à l'enrichissement du sa jurisprudence. Par exemple, dans le cas de l'expropriation, l'article 42 de cette Constitution précise brièvement les conditions de l'expropriation autorisée par la loi. Ces conditions sont, par exemple (1) l'autorisation par la loi, (2) l'intérêt pour le management du service public, la défense nationale, l'urbanisme ou l'environnement, etc., (3) l'Etat doit payer des dommages et intérêts au juste prix selon le cours de marché. Cet article a été ignoré et le juge administratif n'a jamais reconnu tel ou tel principe comme un principe général ou un principe à valeur constitutionnelle. Pour les cas d'expropriation, le juge administratif thaïlandais ne se réfère pas directement et uniquement à loi, sans tenir compte des autres principes existants.

Si le Conseil d'Etat français a toujours eu une certaine idée de la valeur des principes généraux du droit, la juridiction administrative thaïlandaise a une attitude contraire : elle n'a jamais accepté même la valeur des principes déclarés dans la Constitution. Pourtant, ces principes déclarés dans la Constitution auraient une valeur constitutionnelle et les principes généraux du droit de ce type auraient aussi une valeur constitutionnelle car « les principes généraux du droit doivent leur valeur à leur origine », selon le professeur Chapus.

---

[507] CE, 7juillet 1950, *Dehaene*

Il est nécessaire de s'interroger sur la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit. En fait, l'affirmation de la valeur constitutionnelle de certains principes généraux, du droit dans la théorie du droit public français n'est pas étonnante. La valeur constitutionnelle, reconnue implicitement par le Conseil d'Etat à certains de ses principes, s'inscrit parfaitement dans cette perspective, même si elle est bien plus ancienne. L'utilité de cette reconnaissance ne saurait non plus être sous-estimée. « Ce serait simplifier la réalité que de nier toute portée pratique à la constitutionnalisation de certains principes généraux du droit, sous prétexte que le juge administratif ne peut contrôler la constitutionnalité des lois », affirme ainsi Benoît Jeanneau[508] .

Lorsque le Conseil d'Etat français applique un principe général du droit contenu dans le Préambule de la Constitution auquel il fait expressément référence, il désigne la source matérielle de ce principe, c'est-à-dire la Constitution et, dans ce cas, le principe général en question a valeur constitutionnelle. De fait, si le principe « se déduit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme c'est le cas pour le principe d'égalité, il se situe nécessairement à un rang constitutionnel »[509] . Formulé différemment et plus globalement, cela signifie que « dans le cas où un principe général se déduit d'une interprétation d'un texte, il peut être soutenu que sa valeur juridique est identique à celle du texte interprété »[510]. On retrouve alors l'hypothèse soutenue pour justifier la valeur, au minimum législative, des principes généraux du droit.

En outre, le Conseil constitutionnel a son propre fonctionnement. Il préfère s'appuyer explicitement sur un texte parce que ce soutien textuel lui permet d'éviter la critique de « gouvernement des juges ». Cette attitude ressort de ce qu'il est convenu de nommer la « Doctrine Vedel », selon laquelle le Conseil constitutionnel ne doit faire respecter que des normes tirées de la Constitution de 1958, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946, ou les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Pour cet auteur, il importe d'éviter la « confusion entre les « principes » (…) invoqués par le Conseil constitutionnel et les « principes généraux du droit » posés par le Conseil d'Etat »[511]. Alors que ces derniers sont « de véritable normes d'origine jurisprudentielle constituant une source du droit spécifique », les premiers ne sont « qu'un terme de vocabulaire désignant des normes dont la source est toujours un texte constitutionnel ». Au total, pour Georges Vedel, il n'existe pas « au sens « administrativiste » du terme de « principes généraux du droit » en droit constitutionnel »[512].

Au contraire, le Conseil d'Etat ne se trouve pas dans cette situation parce qu'il n'a pas à sanctionner le législateur. Dès lors, l'absence de rattachement formel ne devrait pas être un obstacle à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de certains principes

---

[508] B.JEANNEAU, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE*, 1981-1982, p.33
[509] B.GENEVOIS, Encyclopédie Dalloz – *Contentieux administratif*, Rubrique « Principes généraux du droit », octobre 2000, n°973
[510] M.LONG, P.WEIL, G.BRAIBANT, P.DEVOLVE et B.GENEVOIS, Commentaire de l'arrêt « Koné », GAJA, 13e ed., Dalloz, 2001, n°109, spéc. 281
[511] G.VEDEL, « La place de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p.51
[512] précité

généraux en raison de leurs sources. De plus, Dominique Rousseau constate l'utilisation des normes constitutionnelles sans rattachement textuel. Il précise qu' « il faut admettre, quitte à le regretter, comme l'affirme François Luchaire, que les principes, objectifs, exigences de valeur constitutionnelle ne trouvent pas leur siège dans un texte écrit mais sont dégagés, déduits, par le Conseil constitutionnel de l'esprit général des dispositions diverses ou d'une réflexion sur la nécessité de la chose publique, selon le même raisonnement que celui par lequel le Conseil d'Etat crée les principes généraux du droit »[513]. Par ailleurs, s'il n'avait pas été contraint de s'engager dans la voie définie par la « Doctrine Vedel », le Conseil constitutionnel n'aurait-il pas persévéré dans celle tracée par ses décisions du 23 mai et du 25 juillet 1979, consacrant, sans rattachement textuel, les principes de la séparation des pouvoirs[514] et de la continuité du service public[515] . L'importance de la valeur des principes généraux du droit aurait alors été tout à fait différente.

Par conséquent, à partir du moment où l'on considère que les principes constitutionnels dégagés par le Conseil constitutionnel sont finalement les mêmes que les principes généraux du droit proclamé par le Conseil d'Etat, que les uns et les autres ont des sources d'inspiration identique, qu'ils se nourrissent du texte mais n'en sont pas dépendants, alors rien n'empêche de leur reconnaître une seule et même valeur, une valeur constitutionnelle.

Il arrive parfois que le Conseil d'Etat français rattache un principe général du droit à un texte dont le principe ne tire pas directement son autorité mais qui justifie la création du juge. Il s'agit, en général, de principes discutés, menacés à un moment donné et que la Haute Assemblée s'efforce de préserver. Ainsi, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur la norme écrite pour fonder la liberté du commerce et de l'industrie[516].

S'il est possible de se référer indirectement à la portée constitutionnelle d'un principe général du droit, au vu de la jurisprudence du Conseil d'Etat ou des sources supérieures de ce principe, la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet, quant à elle, d'octroyer une valeur constitutionnelle directe à un principe général.

De toute façon, l'affirmation de la valeur constitutionnelle de certains principes généraux du droit est fréquente. A propos de l'application des principes généraux du droit dans les Territoires d'outre-mer, les Conseillers Denoix de Saint-Marc et Labetoulle estimaient déjà en 1970 que, « peut-être, la Haute assemblée sera-t-elle amenée à distinguer plus nettement entre les principes qui ont valeur constitutionnelle et ceux qui ne l'ont pas »[517]. Par ce constat, il est probablement exprimée nettement l'idée selon laquelle il existait, déjà à l'époque, des principes généraux du droit auxquels il était possible de reconnaître une valeur

---

[513] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 5e éd., Montchrestien, 1999, p.107

[514] CC, décision n°79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'assemblée territoriale et du conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat*, Rec., p.27 ; RJCI, p.69

[515] précité

[516] CE, 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie*, Leb., p.308 ; CE, Ass., 20 décembre 1935, Etablissement Vézia, Leb., p.212 ; RDP 1936, p.119, concl. Latournerie

[517] R.DENOIX DE SAINR MARC et D.LABETOULLE, note, sous CE, Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui*, AJDA, 1970, p.220

constitutionnelle. De la même manière, MM.Jacques-Henri Stahl et Didier Chauvaux expliquent que les délibérations des assemblées territoriales des T.O.M. doivent « respecter les normes supérieures parmi lesquelles figurent, à côté de la Constitution, des traités et de la loi, les principes généraux du droit, qu'ils soient de valeur constitutionnelle ou législative »[518].

Selon la même logique, la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit dans la Constitution thaïlandaise devrait être accepté par le juge administratif dans ses décisions.

Dans le deuxième paragraphe du règlement de la Cour suprême administrative n°286/2542 « Mabtabuth », la Cour suprême administrative assure la protection du droit de la personne malgré l'absence de loi édictée. La Cour ajoute aussi que l'application et l'interprétation de la Constitution qui est considérée comme l'esprit de droit du pays, sera effectuée dès le jour de l'interprétation ou de l'application de tel ou tel article de la Constitution. Par rapport à ce règlement, la Cour suprême administrative n'a pas fait par hasard référence à la Constitution, elle a agit en se référant à la décision antérieure de la Cour constitutionnelle n°7/2542 concernant la loi sur la protection environnementale B.E. 2535[519]. Il semble que le juge administratif commence à appliquer la Constitution dans sa jurisprudence, même s'il a encore pris cette décision concernant de la Cour constitutionnelle comme référence. Le juge administratif thaïlandais hésite moins à prendre ses propres décisions en prenant en compte les textes constitutionnels, après une longue période de silence et après avoir laissé depuis longtemps le droit français exercer une grande influence sur le droit administratif thaïlandais.

(B)L'intervention du juge au niveau de l'élaboration des principes généraux du droit

Pour élaborer les principes généraux du droit, le juge administratif thaïlandais doit intervenir d'abord au niveau des règles jurisprudentielles. Deux points intéressants sont à développer : la mutabilité de la règle jurisprudentielle (1) et la légitimité des principes généraux du droit (2).

(1)Le juge face à la mutabilité des règles jurisprudentielles

Le juge administratif est considéré comme l'origine immédiate de la connaissance de nouvelles règles. C'est lui qui connaît la portée et la limite des règles jurisprudentielles. De plus, le juge doit s'engager à conserver la règle nouvelle en modifiant son contenu.

---

[518] J.-H. STAHL et D.CHAUVAUX, chron. sous CE, Ass., 30 juin 1995, *Gouvernement du territoire de la Polynésie française*, AJDA, 1995, p.688

[519] พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

L'attitude du juge est différente suivant la catégorie de règles jurisprudentielles concernées. Le juge acceptera aisément de modifier le contenu de certaines règles, mais il sera très rigide pour certaines autres règles.

Par rapport à la diversité des règles jurisprudentielles, il est nécessaire d'envisager les méthodes que le juge administratif utilise pour assurer ces règles. On doit distinguer deux points dans cette étude : la nature des règles jurisprudentielles (1.1) et les méthodes utilisées par le juge pour assurer les règles jurisprudentielles (1.2).

(1.1)La nature des règles jurisprudentielles

Le droit administratif thaïlandais est un droit nouveau, ses racines ne sont pas vraiment nationales. C'est la théorie du droit public français et allemand qui l'enrichit. En même temps, le mélange de trois catégories de sources (la source nationale, la source française et la source allemande) provoque la mutabilité des règles jurisprudentielles dans le système du droit administratif thaïlandais. Les règles jurisprudentielles pourraient être considérées comme secondaires, étant donné la différence de leur origine. Elles bénéficient de l'attachement porté aux valeurs traditionnelles, elles s'explique par les termes utilisés.

Cette analyse a été reconnue en France, le professeur Hauriou a noté à ce sujet qu' « il arrive souvent que le Conseil d'Etat aille jusqu'au bout de certaines jurisprudences où il s'est engagé, mais, à mesure qu'il s'y enfonce, il réfléchit à leurs inconvénients »[520]. Prenons l'arrêt du *Gaz de Deville-les-Rouen* comme exemple. Cette jurisprudence décidait que le monopole concédé par les villes en matière d'éclairage urbain devait être interprété largement, et s'étendait en particulier à l'éclairage électrique ; par là même, les villes qui autorisaient les compagnies d'électricité à établir une canalisation ou à poser des fils aériens sur les voies publiques, engageaient gravement leur responsabilité ; cette solution, dont pourtant les inconvénients étaient patents, et qui surtout allait à l'encontre de l'évolution technique, s'est perpétuée pendant plus de dix années, sans rien perdre de sa sévérité[521]. Par rapport à cette jurisprudence, on hésite à penser que le Conseil d'Etat n'ait pas pu pleinement avoir conscience des faiblesses de cette jurisprudence ; le Conseil a pourtant maintenu le règlement initialement adopté. Ce même type de règle (qui est adopté sans tenir compte de ses inconvénients) se trouvait aussi dans la décision préalable et dans la permanence de voies contentieuses distinctes, obéissant à des règles différentes.

La construction jurisprudentielle en Thaïlande semble bien être la marque d'un attachement intuitif du juge. D'abord, parce que c'est le juge administratif qui applique les règles à ses décisions, ensuite, parce que c'est le moyen le plus simple et le plus rapide d'élaborer le droit administratif, sans attende le travail législatif. La jurisprudence sera élaborée progressivement de cette façon. Le juge administratif thaïlandais s'attache inévitablement aux règles jurisprudentielles. Ses arrêts ne disparaissent pas avec la formulation de la règle, ils suivent l'arrêt de principe et conservent leur place dans le domaine

[520] Note Hauriou, C.E., 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du Gaz de Deveille-lès-Roeun*, S., 1902, 3, 17
[521] Cf. par exemple, C.E., 25 novembre 1898, Compagnie du Gaz de Saint-Etienne, Leb., p.724

où le juge intervient. Et comme les arrêts jouent un rôle essentiel, ils garantissent la souplesse et la sûreté du système du droit.

Il est important que la règle ne soit pas trop facilement et trop fréquemment modifiée, mais cette conception paraît difficile à appliquer car le juge ne tient pas compte de ce phénomène. Pour le juge, la règle est maintenue dans sa généralité et plutôt que de prétendre à sa modification constante, il choisit simplement de ne pas l'appliquer dans un cas particulier.

Quand le juge a créé la règle jurisprudentielle, rien ne lui interdit par la suite d'en écarter l'application. La méthode du juge à cet égard est facilitée par le particularisme que présente chacun des litiges qui lui sont soumis. Il est bien rare qu'un dossier ne soit que la pure répétition d'une première question ; dans ces conditions, l'adoption d'une solution propre à cette question pourra parfois s'abriter derrière certaines considérations propres à ladite affaire. Les décisions sont uniquement et directement motivées par le souci de donner satisfaction. La très grande majorité des règles jurisprudentielles permettrait de noter la permanence d'arrêts portant sur des cas particuliers, en marge et aux côtés de décisions constituant l'application de la règle jurisprudentielle. Toutefois il faut reconnaître que toute recherche sur ce point prouve nécessairement la discrétion volontaire qui accompagne toute décision du juge.

L'exemple français dans la décision *Ginière*[522] nous éclaire. Cette décision est intervenue une année à peu près avant la décision de principe dans la décision *Tomasco Greco*[523], et elle semble consacrer une solution rigoureusement inverse à cette seconde décision, ce qui s'explique principalement par les circonstances particulières de la cause : le recours intervenait dans une affaire de police des mœurs et était motivé par une détention prétendûment arbitraire. Cette décision ne prétend pas à l'affirmation d'une règle de portée générale ; au contraire, elle affirme le maintien de solutions concernant des cas particuliers, en marge de la règle nouvelle qui interviendra une année plus tard.

Comment le juge fait-il pour assurer la mutabilité de la règle ? Nous envisagerons cette question dans le paragraphe suivant.

(1.2)Les méthodes utilisées par le juge pour assurer la mutabilité de la règle jurisprudentielle

Dans ces conditions, il est nécessaire pour le juge d'assurer cette mutabilité. Cela lui permet de garder la maîtrise de son contenu. Le danger serait une contradiction trop fréquente qui perturberait l'activité du juge. A cet égard, deux points intéressants peuvent être examinés : la reconnaissance d'une règle existante et déjà adoptée (a) et l'adoption d'une règle jurisprudentielle ouverte (b).

---

[522] C.E., 5 février 1904, *Ginière*, Leb., p.88
[523] C.E., 10 février 1905, *Tomasco-Greco*,S., 1905, 3, p. 113, note Hauriou

(a)La reconnaissance d'une règle existante et déjà adoptée

Au niveau du vocabulaire, la jurisprudence d'une règle existante est considérée comme une règle jurisprudentielle fixe qui s'accompagne d'une définition exacte et précise selon les termes qui l'expriment.

La seconde catégorie des règles jurisprudentielles est plus favorable, car elle permet une modification discrète, sans changement dans le vocabulaire employé. Son évolution est assurée car elle semble ne concerner que le champ d'application de la règle et non pas son contenu. Ceci explique que la majorité des règles jurisprudentielles, quelle que soit leur autorité, appartiennent à la catégorie des jurisprudences souples. L'exception étant constituée par les règles fixatives qui proposent elles-mêmes leur propre définition.

Par contre, il est beaucoup plus exceptionnel que le juge adopte une jurisprudence fixative. Le professeur Latournerie a noté à ce sujet qu' « il est rare que le Conseil d'Etat hasarde une définition. Il ne s'y résout – encore ne le fait-il qu'avec une circonspection extrême, et de façon plutôt implicite – que quand des épreuves suffisantes ont réduit le risque toujours inhérent à un tel énoncé jusqu'à le supprimer pratiquement »[524]. Ce constat signifie que l'évolution ultérieure de la règle jurisprudentielle est ainsi beaucoup plus difficile. D'ailleurs, l'œuvre contentieuse du juge accorde donc la préférence aux règles jurisprudentielles souples plutôt qu'aux jurisprudences fixatives.

Dans la théorie française, c'est le professeur Latournerie qui expliquait ce phénomène dans son ouvrage *Les méthodes du juge juridictionnelles du Conseil d'Etat.* Pour lui, *un* exemple de jurisprudence fixative peut être cherché dans la notion de voie de faits, car cette notion est définie par le juge. Si on prend la théorie du professeur Latournerie, s'adaptant au régime du droit administratif thaïlandais, la jurisprudence thaïlandaise sera progressivement élaborée car la jeunesse de la juridiction administrative ouvre au juge une voie pour l'amélioration des règles jurisprudentielles.

(b)L'adoption de règles jurisprudentielles ouvertes

La jurisprudence ouverte est relative à la règle de principe dont elle ne précise généralement par le contenu. Au contraire, une jurisprudence « fermée » se limite à la formulation d'une règle de principe à vocation universelle.

La faveur du juge ira naturellement au premier type de règles jurisprudentielles qui permettent en effet de réserver doublement l'avenir : d'abord, expressément par le jeu des exceptions que la règle prévoit, ensuite implicitement par le silence qu'elle garde sur le

[524] R. LATOURNERIE, « Essaie sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, p.221

contenu exact de ces dernières. La mutabilité de la règle jurisprudentielle se trouve ainsi largement assurée.

Il faut d'ailleurs ajouter que cette démarche du juge peut parfaitement se combiner avec celle précédemment décrite, de l'adoption de règles jurisprudentielles souples. On doit aussi noter la similitude avec la démarche du juge anglais que nous examinerons dans la sous-partie trois.

Grâce à ces deux démarche, il serait simple pour le juge d'assurer la mutabilité des règles jurisprudentielles. La démarche du juge administratif ajoute parfois aux exceptions propres à chaque principe jurisprudentiel le jeu d'une sorte d'exception générale qui concerne toutes les règles jurisprudentielles.

2. Le juge face à la légitimité des principes généraux du droit

Le concept des principes généraux du droit fait partie de la théorie du droit moderne, c'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'abord d'examiner la définition du « droit moderne ». Selon le professeur Franck Moderne, dans son article paru dans La revue française de droit administratif en 199525, l'expression « droit moderne » est aujourd'hui couramment utilisée pour définir l'état du droit dans les sociétés contemporaines à partir du XVIIIe siècle. Cette expression est liée d'une certaine manière à la prise de conscience d'une « crise de la modernité » qui s'est développés sur plusieurs terrains et dont toute une littérature philosophique, sociologique, politique ou juridique rend compte quasiment en permanence.

La légitimité du « droit moderne » est fondée, dans une large mesure, sur l'idée de rationalité formelle et/ou matérielle, mise en exergue par Max Weber dans des écrits célèbres[526], et elle est historiquement rattachée à l'influence des « Lumières ». La domination de la loi est perçue comme légitime car elle correspond à un processus historique de rationalisation du droit, dans un état libéral et démocratique, bientôt promu au rang d' Etat de droit. Le droit moderne est « rationnel à la fois dans ses règles – rigueur déductive- et dans sa procédure – qui connaît une technicité croissante »[527], c'est ce qui lui a permis de fournir le terreau nécessaire à l'expansion du capitalisme et de la bureaucratie d'état. L'identification de la rationalité à la légalité formelle dans le cadre étatique conduit à renforcer la croyance selon laquelle l'ordre juridique étatique bénéfice d'une légitimité historique ; la domination légale s'identifie « à la soumission à des règles objectives et impersonnelles, formellement valides, qui ne commandent l'obéissance qu'au regard d'un domaine d'application rationnellement délimité »[528]. Le droit formellement rationnel se caractérise par sa « naturalité axiologique », le refus de tout impératif d'ordre étatique, utilitaire ou politique[529] extérieur à la sphère juridique, au profit de l'interprétation logique de règles abstraites.

---

[525] F.MODERNE, « Les principes de permanence et de nouveauté », *RFDA*, juillet-août 1999, p. 722
[526] M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1995, p.249 et s.
[527527] Ph. RAYNAUD, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, PUF, coll. Quadrige, 1996, p.167
[528] M. COURU, « Rationalité juridique et légitimité du droit chez Max Weber », in *Actulité de Max Weber pour la sociologie du droit*, 1995, LGDJ, coll. Droit et Société (sous la direction de P. Lascoumes), p. 199
[529] Op., cité, p. 167

Pour envisager les principes généraux du droit en Thaïlande, il est donc nécessaire au juge d'en envisager la légitimité. En raison de l'absence de principes généraux du droit en Thaïlande, le juge devra veiller à la légitimité de sa démarche, sans tenir compte du contexte actuel. Dans ce cas, il y a deux remarques importantes concernant, d'abord, la légitimité fonctionnelle des principes généraux du droit (2.1) et ensuite, la légitimité organique des principes généraux du droit (2.2).

(2.1)La légitimité fonctionnelle des principes généraux du droit

Ce type de légitimité est important car les principes généraux du droit jouent un rôle éminent dans le processus de rationalisation des droits étatiques contemporains. Ils contribuent à forger la cohérence de l'ordre juridique normatif et ils servent à combler les lacunes du droit. Les principes généraux doivent à la fois favoriser la cohérence de l'ensemble du système juridique thaïlandais et renforcer la croyance à la légalité. Il est nécessaire que l'application de principes ou de règles de portée générale y figure en bonne place, aux côtés de l'interprétation logique ou du raisonnement déductif sous la forme de syllogisme.

En ce cas, il est nécessaire d'évoquer la théorie de Kelsen. Selon lui, les traits essentiels de la rationalité juridique formelle font apparaître « l'unité logique » de l'ordre juridique par la mise en relation de toutes les prescriptions juridiques élaborées par l'analyse et par l'élimination des contradictions internes qui y seraient éventuellement détectées. Le rejet des procédés analogiques[530], le dépassement de la méthode purement analytique, l'élaboration d'une spécificité méthodologique apte à séparer la science du droit des sciences non juridiques (« l'interprétation logique du sens »[531] présenterait à cet égard, selon Weber, la démarche la plus rigoureuse) , le refus des considérations idéologiques et des jugements de valeur et la recherche du fondement du droit moderne dans le principe de légalité et dans la régularité procédurale constituent autant de conditions d'une mise en forme, à la fois logique et systématique au droit.

Les principes généraux du droit participent aussi à la réalisation d'un système juridique cohérent. Ils peuvent remplir une fonction d'explication et de justification.

De toute façon, la légitimité fonctionnelle du recours aux principes généraux du droit dans les ordres juridiques contemporains, au nom du besoin de cohérence inhérent à la rationalité même du droit moderne, a été défendue, notamment par N. Mac Cormick dans *Legal Reasoning and Legal Theory*. Il convient, écrit l'auteur, « d'accorder une attention plus soutenue au rôle joué par les arguments tirés des principes généraux du droit dans le raisonnement juridique… Le rôle joué par ces arguments dépend de l'exigence, posée au départ, de cohérence en matière juridique : cohérence au sens où les nombreuses règles d'un système juridique élaboré doivent avoir un sens lorsqu'on les considère dans leur ensemble ».

(2.2) La légitimité organique des principes généraux du droit

Au point de vue de la légitimité organique, les principes généraux du droit relèvent de l'intervention pure du juge, ce que paraît nous ramener à la question du pouvoir normatif du juge. Il est souvent rappelé que l'intervention constructive des cours et tribunaux

---

[530] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1er éd., Neuchâtel, éd. De la Baconnière, 1988, p. 249 cité par F.MODERNE, « Les principes permanences et nouveauté », RFDA, juillet-août 1999, p. 722

[531] précité, p. 397

se manifeste non seulement dans l'interprétation du droit écrit et au premier chef du droit légiféré, mais aussi et surtout dans l'élaboration et la mise en œuvre des principes généraux du droit[532]. D'ailleurs, la discussion reste ouverte à propos de la délimitation exacte et des modes d'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel, ou de la marge de manœuvre dont dispose le juge ou qu'il s'attribue par rapport aux textes qu'il est chargé d'interpréter et d'appliquer. De toute façon, il apparaît difficile de lui contester un tel pouvoir, puisqu'il est investi d'une responsabilité majeure dans les sociétés étatiques : celle de « dire », de « régler » avec autorité les litiges sans pouvoir opposer aux justiciables le silence de la loi ou son inadéquation aux données du problème à traiter. Si ces principes sont le reflet ou le support de valeurs (comme nous les trouvons dans la situation du droit écrit ordinaire), la rationalité du droit peut être, comme l'avait observé Weber, une rationalité « en valeur » et pas seulement une rationalité « en finalité »[533].

Par contre, le juge des pays de common law se différencie sur ce point. Malgré l'influence française au niveau de la codification du droit en général et de celle du droit public, le système common law est toujours intéressant à examiner en ce qui concerne la Thaïlande. Dans un état comme la Grande-Bretagne, on note que « l'énonciation des grands principes du droit est effectuée ainsi dans une plus large mesure par les juridictions »[534]. Parmi les normes jurisprudentielles figurent, outre les normes techniques, des règles fondamentales qui gouvernent les relations entre le citoyen et le pouvoir (principe des droits de la défense, de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance de la justice, de la justice naturelle ou *natural justice*, etc.). Plus importante encore, le célèbre principe de « *Rule of Law* » est parfois interprété comme formant le soubassement constitutionnel essentiel du système juridique britannique, une sorte de *Common Law Constitution.* Nous envisagerons en détail la démarche du juge d'un pays de common law, par rapport aux principes généraux du droit, à travers différents exemples dans notre sous-partie 3.

---

[532] « Véritable création prétorienne fondée sur l'idéologie dominante et l'appréciation des rapports sociaux », selon certains (Ph. Gérard, Droit, égalité et idéologie, Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, op., cit., p. 13

[533] Ph. RAYNAUD, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, coll. Quadrige, PUF, 1996, p. 127 et s.

[534] P. DOOKEY et R. DOOKEY, « Le développement du contentieux de la loi en Angleterre », *RFDA* 1999, p. 159 et s.

III - Les exemples divers

§1.Les exemples divers français

(A)Les principes généraux du droit distingués selon leur valeur

Selon M. Oden, les principes généraux du droit peuvent se définir en deux catégories concernant leur valeur : les principes constitutionnels (1) et les principes législatifs (2).

1.Les principes constitutionnels

Les principes constitutionnels sont pour l'essentiel, inscrits dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre1958 et dans les textes auxquels celui-ci renvoie. Cependant il est possible, ainsi que le remarque M. Le Mire[535], de déceler l'expression de certains principes dans des articles même de la Constitution, stricto sensu. Dans ce cas, nous pourrons aussi partager les principes constitutionnels en deux catégories : les principes inscrits dans le Préambule et les textes auxquels ils renvoient (1.1) et les principes résultant du texte même de la Constitution (1.2).

(1.1) Les principes inscrits dans le Préambule et les textes auxquels ils renvoient

[535] Le Mire, *La protection constitutionnelle des libertés en droit public français*, thèse, Paris, 1975

La théorie des bases constitutionnelles a été formulée dès 1954 par le doyen Georges Vedel, mais uniquement pour le droit administratif et à partir d'un raisonnement d'ordre logique. Aujourd'hui, l'idée peut être reprise pour l'ensemble du droit, soit public soit privé, et elle se fonde désormais sur l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel est logiquement conduit à poser, définir ou préciser les principes constitutionnels et aussi les principes généraux du droit. Par rapport aux principes généraux du droit, ils ont obtenu une reconnaissance constitutionnelle et ses caractères constitutionnels. Dans ce cas, nous pourrons envisager trois points : les principes inscrits dans la Déclaration de 1789, les principes particulièrement nécessaires à notre temps, et enfin les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

Premièrement, les principes inscrits dans la Déclaration de 1789 sont les principes reconnus par la conscience commune comme nécessaires selon George Scelle[536], dans son ouvrage en 1948. Les principes affirmés dans la Déclaration de 1789 sont cinq grands principes : la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété et le droit de résistance à l'oppression. Tous les principes mentionnés sont considérés comme la base textuelle de référence pour les principes généraux du droit.

Les articles 1 et 2 de la Déclaration envisage le problème de l'égalité. Ce principe est envisagé ensuite sous ses formes plus spécifiques d'égalité devant la loi (article 6) et d'égalité devant l'impôt et devant les charges publiques (article 13), celles-ci étant apparemment limitées à l'entretien de la force publique et aux dépenses de l'administration, et soumises à une procédure et un contrôle stricts (article 14). On retrouve là tout simplement les diverses branches du principe général d'égalité, abondamment utilisé par le Conseil d'Etat, sans référence spécifique à la Déclaration de 1789, et que le Conseil constitutionnel a rendu prévalant sur la loi par sa décision du 23.7.1975[537], sans pour autant le qualifier expressément de principe général du droit, mais en affirmant qu'il trouve sa source dans les dispositions correspondantes de la Déclaration. Pour certains auteurs, le principe d'égalité a été considéré comme une des deux catégories des principes généraux du droit parmi les autres principes (le principe de justice social, le principe de sécurité juridique, le principe de morale juridique, le principe applicable aux réfugies et le principe du respect de la personne humaine). Nous envisagerons cette hypothèse dans le paragraphe suivant.

L'article 2 de la Déclaration pose le principe général de la liberté, complété par la définition de l'article 4 incluant dans celle-ci « tout ce qui ne nuit pas à autrui » et réservant à la loi de déterminer les limites de la liberté. L'article 5, en précisant que la loi elle-même ne peut interdire que « les actions nuisibles à la société », semble bien faire de la liberté la règle, les limitations n'étant que l'exception.

La Déclaration définit et organise le principe de sûreté d'une façon diffuse et d'une façon expresse ; d'une façon diffuse, en manifestant plus de confiance à l'égard du législateur qu'à l'égard du gouvernement et en affirmant ainsi la compétence législative pour tous les actes généraux (ce qui ne manque pas de poser des problèmes avec l'apparition et le

---

[536] G.SCELLE, *Manuel du droit international public*, Paris, 1948
[537] R.C.C p. 22

développement d'un pouvoir réglementaire autonome depuis le début du siècle) ; de façon expresse d'autre part, en affirmant la compétence législative pour les mesures privatives de liberté (article 7)[538] , en posant le principe de la présomption d'innocence (article 9), celui de la non-rétroactivité de la loi pénale (article 8)[539], et la séparation des pouvoirs (article 16).

Les articles 2 et 17 de la Déclaration font de la propriété un droit inviolable et sacré qui doit être apprécié à la lumière des transferts de propriété du Préambule de 1946 et du caractère social de la République affirmé par l'article 2 de la Constitution.

La conjonction des articles 2 et 7 de la Déclaration fait de la résistance à l'oppression un droit dans une société sans fondement démocratique. Ce dernier principe reste cependant d'intérêt pratique plus limité que les précédents.

La deuxième catégorie des principes constitutionnels concerne les principes particulièrement nécessaires à notre temps. Ces principes sont le fruit de la constatation de l'évolution politique et sociale survenue depuis 1789 dans la société française[540], qui devait conduire les Constituants de 1946 à adjoindre aux droits de l'individu définis en 1789, ceux de l'homme « situé » dans sa société. Il en résulte une « véritable innovation »[541] dans le Préambule de 1946, les principes particulièrement nécessaires à notre temps répondant à cet objectif.

Les principes particulièrement nécessaires à notre temps se divisent en deux catégories : les principes élargis par rapport aux principes proclamés en 1789 et les principes nouveaux. Les principes qui ont fait partie dans du premier groupe sont, par exemple, le principe d'égalité, la liberté syndicale, le droit à la sûreté. Ces principes ont déjà été proclamés en 1789 et furent enrichies par les textes ultérieurs, tel le droit à la sûreté qui est précisé par le droit d'asile, ou le principe de l'égalité et celui de l'égalité de sexe, dans les conditions de travail, dans les opinions et les croyances.

Par ailleurs, il semble que les principes nouveaux proclamés en 1946 se réduisent à des principes affirmant la nécessité en certains cas, de l'appropriation publique des biens, à la fixation d'un statut des travailleurs, et à la détermination du statut social de l'individu. Ces principes concernent, par exemple, la nécessité de l'appropriation de certains biens, la fixation du statut d'un travailleur, la détermination du statut social de l'individu.

Enfin, la troisième catégorie des principes comprend des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces principes ont été méconnus jusqu'au 1971 par tous les commentateurs des Constitutions françaises[542] . Le Conseil d'Etat devait les utiliser explicitement à propos de la liberté d'association, sans que cette jurisprudence fût réellement remarquée et surtout très développée. L'entrée en vigueur de la

---

[538] Que le Conseil constitutionnel a expressément utilisé dans sa décision du 22 novembre 1973

[539] Ce qui laisse planer de sérieux doutes juridiques, sinon moraux, sur la constitutionnalité de l'application rétroactive par le juge répressif de la *lex poenalis in nitius*.

[540] M. Girard, *La IIe République*, Paris, Calmann Lévy, 1968, p. 10

[541] Selon l'expression de M. Le Mire, op. cit., p. 201

[542] M. L'Huillier, note sous C.E. 26.6.1959 *Syndicat des Ingénieurs Conseils*, D. 1959, p. 541

Constitution de 1958 pouvait même laisser supposer que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République avaient disparu de l'ordre constitutionnel français[543].

C'est dans cette obscurité que le Conseil Constitutionnel est venu tirer les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour ne faire qu'une catégorie fondamentale du contrôle de la constitutionnalité. Cette irruption, critiquée par M. Foyer qui y voit la fixation de la législation de la IIIe République, ne peut cependant qu'être prise en compte comme une donnée ; mais cette prise en compte n'entraîne pas l'occultation de certains problèmes.

Malgré le débat sur son fondement juridique et surtout sur la précision de sa dénomination « République », M. Rivero en a tiré une réponse restrictive, puisqu'elle conduit à ne retirer que les lois de la IIIe République postérieures à 1880 et se rattachant aux droits et libertés consacrés par la Déclaration de 1789. Cette interprétation semble trop limitative. En effet, comme le note M. Luchaire[544] il n'y a aucune raison de se limiter aux lois de la IIIe République pour découvrir les principes fondamentaux. La IIe République elle-même en a posé un certain nombre, telle l'abolition de l'esclavage et de la peine de mort en matière politique. Quelques auteurs estiment même que certaines lois de la IVe République peuvent être prises en compte pour dégager des principes fondamentaux. Par ailleurs, rien ne limite les principes fondamentaux aux droits de l'homme : ils peuvent en effet fort bien s'étendre au statut positif de l'individu, comme le montre M. Le Mire[545] en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la Constitution de 1946. Enfin il faut noter que la formule du Préambule ne constitutionnalise pas l'ensemble des lois en question, mais seulement leurs principes essentiels.

Depuis 1971 un certain nombre de principes fondamentaux ont été proclamés : liberté d'association, respect de l'être humain dès le commencement de la vie, liberté individuelle, droits de la défense, liberté d'enseignement, et l'on peut dire que cette catégorie augument rapidement.

(1.2) Les principes résultant du texte même de la Constitution

Il est possible de prendre en compte dans le corps même de la Constitution de 1951 deux sortes de principes : ceux régissant l'organisation des pouvoirs publics et ceux fixant le statut du citoyen et les garanties juridiques.

Les principes régissant l'organisation des pouvoirs publics sont prévus dans les articles 34, 37 et accessoirement 38 de la Constitution. D'autres articles posent également des principes concernant le Parlement : les garanties accordées au parlementaire par l'article 26, et la prohibition du mandat impératif de l'article 27[546]. L'article 72, par ailleurs, pose le principe de la libre administration des collectivités locales[547].

---

[543] M. Berlia, « *Le texte de la Constitution du 4.10.1058* », *RDP*, 1958, p. 931
[544] Op. cit., p. 46
[545] précit., p. 213-214
[546] Consacré comme principe par la décision précitée du Conseil constitutionnel du 22.12.1961
[547] Consacré en tant que principe par la décision du Conseil constitutionnel du 12.5.1964, R.C.C., p. 37

Par rapport aux principes régissant le statut du citoyen et ses garanties judiciaires, c'est d'abord l'égalité de droit entre citoyens de la Communauté selon l'article 77, le principe du maintien du statut personnel pour les nouveaux citoyens français des D.O.M, principe un peu désuet depuis le dépérissement de la Communauté et la sécession des départements algériens.

L'article 53 pose également le principe du consentement de la population, nécessaire pour l'adjonction d'échange ou la cession de territoire, principe qui a fait l'objet d'une exégèse sérieuse de la part du Conseil constitutionnel dans les décisions relatives à l'indépendance des Comores et au statut de Mayotte en 1978. (cf. R.C.C., 1978)

L'important article 2 pose les principes d'égalité de laïcité, de liberté de conscience et d'opinion, complété par l'article 4 sur la libre formation des partis.

Enfin, l'article 64 pose le double principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire[548] et de l'inamovibilité des magistrats du siège[549]., tandis que l'article 66 pose celui de la prohibition de la détention arbitraire et de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle[550].

A côté des dispositions du Préambule, la Constitution comporte donc l'énoncé d'un certain nombre de principes à valeur évidemment constitutionnelle, auxquels le Conseil constitutionnel s'est maintes fois référé.

2. Les principes à valeur législative

L'ampleur de la catégorie des principes constitutionnels semble laisser peu de place et peu de matière à celles des principes législatifs. La jurisprudence du Conseil constitutionnel nous indique bien un certain nombre de principes législatifs. Mais le caractère fragmentaire de cette jurisprudence ne permet pas une catégorisation satisfaisante.

Selon M. Oden, les principes généraux se forment dans la ligne de la norme sociale, ce qui a pour conséquence que les principes « ont deux sources principales : l'une est écrite, mais leur formulation est plus philosophie que juridique, dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, et dans le Préambule de la Constitution de 1946 ; l'autre n'est pas écrites mais elle est impliquée par l'existence d'une organisation politique »[551]. Il existe donc, outre les principes constitutionnels, des principes à valeur législative se rattachant à la philosophie politique (2.1), et d'autres, qui se bornent à poser des règles de bonne technique juridique [552] (2.2).

(2.1) Les principes législatifs se rattachant à la philosophie politique

[548] C.C. 9 novembre 1970 R.C.C., p.25
[549] C.C., 26 janvier 1967, R.C.C., p. 20
[550] C.C., 12.1.1977, R.C.C., p. 33
[551] Contentieux administratif, op. cit., p. 1348
[552] précité, p. 1350

Parmi les principes de philosophie politique, dont M. Odent a dressé un catalogue très complet[553], quelques-uns demeurent dans la catégorie des principes législatifs, tandis que la plupart passent dans la catégorie des principes constitutionnels.

Ces principes se rattachent essentiellement à l'idée de continuité et de régularité des services publics. Au sein de cette catégorie, M. Odent mentionne tout spécialement les principes selon lesquels les décisions administratives sont exécutoires[554] : le principe de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge même administratif[555], et le principe selon lequel l'autorité administrative possède par nature certains pouvoirs pour accomplir sa mission[556].

Il faut noter aussi que la liberté de l'activité professionnelle tant dans le commerce que dans l'industrie, et l'interdiction faite aux personnes publiques de concurrencer les personnes privées, n'a pas rejoint l'ensemble des autres libertés dans le bloc constitutionnel. Cette liberté, sur laquelle nous reviendrons plus loin, constitue donc un principe à valeur purement législative.

Contrairement à l'opinion de M. Odent[557], c'est également à cette catégorie que se rattacheraient, pour autant qu'ils n'aient que valeur législative, les droits de la défense.

(2.2) Les principes de technique juridique

Dans cette catégorie, les principes sont plus nombreux et ils relèvent manifestement de deux principes généraux mis en évidence par le Conseil constitutionnel dans les décisions des 26.6.1969 et 24.10.1969 : le silence vaut refus, et la non rétroactivité des actes administratifs.

Cependant cette sous catégorie est potentiellement plus étendue. Il faut en effet y inclure un certain nombre d'autres principes, non encore utilisés par le Conseil constitutionnel, mais déjà repérables dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Au nombre de ceux-ci, figurent à l'évidence le principe de la spécialité des établissements publics que le Conseil d'Etat a plusieurs fois affirmé[558], ainsi que le principe de l'existence d'un contentieux de légalité des décisions juridictionnelles, même à l'égard de celles dont un texte législatif précise qu'elles sont insusceptibles de recours, et enfin la règle du double degré de juridiction.

La catégorie des principes généraux du droit à valeur simplement législative semble assez restreinte. On y retrouve un certain nombre de principes, mais la majeure partie de l'ancienne catégorie indifférenciée semble bien, derrière les grandes principes de liberté et d'égalité, avoir rejoint le groupe des principes constitutionnels : et ceci explique peut être que

---

[553] précité, pp. 1350-1378
[554] T.C., 2.12.1902, *Société Civile Immobilière de St. Just* ; R. p. 713
[555] C.E., 17.4.1963 *Ministre des Anciens Combattans c/ France*, D. 1963, p. 688
[556] C.E., Ass. 7.7.1950, *Dehaene*, R. p. 419
[557] précité, p. 1379
[558] C.E. 31 janvier 1964, *Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, D. 1964

le Conseil constitutionnel ne s'y réfère que très rarement. Toutefois la catégorie des principes législatifs n'est pas aussi fermée qu'il y parait. Le rôle utilitaire que le Conseil constitutionnel leur a assigné – modifier la répartition des compétences législatives et réglementaires – peut amener celui-ci à découvrir des principes inattendus, élevés à la dignité de principes généraux du droit dans un but purement pratique et circonstanciel. Et ceci conduit à ne fixer qu'avec prudence et réserve le point final de l'inventaire des principes généraux du droit à valeur législative.

(B)Les principes généraux du droit distingués selon leur fonction

Afin de classifier les principes généraux du droit selon leur valeur, dans ce paragraphe, nous proposerons de présenter les principes selon leur fonction. La première catégorie, la plus importante, comprend les principes qui proclament directement les droits des administrés (1). Dans la seconde, se trouvent les principes concernant l'organisation et le fonctionnement de l'Administration (2). Mais au fond, tous les principes ayant pour objet d'énoncer des droits et garanties générales pour les administrés, cette distinction est plus une commodité d'analyse que le signe d'une réelle référence de nature.

(1) Les droits des administrés

Ils sont, par exemples : les libertés fondamentales, le principe d'égalité, les droits de la défense, l'existent des recours, et enfin, le principe de non- retroactivité.

Les libertés fondamentales sont proclamées dans la Constitution, règlementées dans des textes législatifs. Leur respect se trouve ainsi imposé à l'Administration. Toutefois, en l'absence de disposition écrite, le juge s'appuie parfois sur un principe général du droit pour sanctionner une atteinte à la liberté. Par exemple, la liberté du commerce et de l'industrie peut être rattachée au célèbre décret d'*Allarde*[559]. Mais cette suppression des corporations ne constitue évidemment qu'un fondement ténu et contestable pour une jurisprudence abondante sur la liberté professionnelle et sur l'interdiction pour les personnes publiques de concurrencer les activités privées. Aussi le Conseil d'Etat préfère-t-il, dans certains cas, invoquer un principe général du droit. Un autre exemple en est, la liberté d'opinion dans l'arrêt *Barel* du 28 mai 1953 et la liberté individuelle dans l'arrêt *Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables* du 29 juillet 1950.

Dans l'arrêt *Barel,* il s'agit d'un candidat au concours d'entrée à l'E.N.A qui se voit interdire l'accès à ce concours sans motifs (il existait un motif officieux : le père du candidat était député du Parti communiste). Le CE affirme que le respect de la liberté d'opinion interdit à l'administration de refuser l'accès à ce concours pour un tel motif : le refus est en conséquence annulé.

Par rapport à la liberté individuelle, le Conseil d'Etat affirme, dans son arrêt du 29 juillet 1950, que le règlement de l'ordre des experts-comptables interdisant aux membres de cette profession de faire paraître par voie écrite ou orale toute déclaration, sans en avoir

[559] Cité par Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien, *Droit administratif*, 7e édition, Armand Colin

préalablement soumis le texte aux instances compétentes de l'Ordre, et cette disposition portant atteinte à la liberté individuelle doit être annulée.

Quant au principe d'égalité, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirme que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ». En dehors même des applications de ce principe, qui sont explicitement prévues dans différents textes, comme l'égale admissibilité de tous aux emplois publics, le juge impose l'égalité de façon générale. Cette égalité concerne, par exemple, les usages d'un service public. Dans l'arrêt *Soc. des journal d'Aurore* du 25 juin 1948, il s'agit de l'égalité entre les usagers du service public. Le Conseil d'Etat affirme que la rétroactivité d'une mesure d'augmentation des tarifs de l'électricité sans prise en considération de la date de relevé des compteurs, est une rupture de l'égalité entre les usagers du service public. Quant à l'arrêt du 9 mars 1951 *Soc. des concerts du conservatoire*, le Conseil d'Etat y déclare l'égalité devant le service public par l'annulation d'interdiction et il accorde une indemnité à la société pour l'interdiction faite à la Radiodiffusion française de retransmettre sur ses antennes des concerts de cette société, parce que deux des musiciens de cette société avaient été sanctionnés pour avoir précédemment prêté leur concours à cet organisme sans autorisation.

Ainsi, dans le droit français actuel, l'enseignement public est nécessairement laïc, faute de quoi il romprait l'égalité aux dépens des élèves qui ne croiraient pas à une religion officiellement enseignée. Doit être aussi respectée l'égalité devant l'impôt, laquelle se prolonge par une égalité devant les charges publiques : si une décision administrative, même parfaitement régulière, a créé un préjudice suffisamment grave et spécial au détriment de tel ou tel administré, celui-ci a droit à réparation.

Quant aux droits de la défense, ils sont concernés lorsqu'une autorité administrative prend une décision qui est défavorable à l'égard d'un administré et lorsqu'elle s'appuie, pour agir ainsi, sur des considérations relatives à la personne même de la victime : elle doit alors mettre celle-ci en état de se défendre. Généralement, les textes statuent en ce sens : ainsi une sanction disciplinaire ne saurait être prononcée contre un agent public, sans que lui soit communiqué préalablement son dossier. Mais le principe vaut aussi en l'absence de toute disposition écrite. Avant d'arrêter définitivement sa position, l'Administration doit faire connaître à l'intéressé ses intentions ainsi que les raisons de fait ou de droit qui expliquent et justifient ses projets. Elle doit laisser à son partenaire un délai suffisant pour qu'il puisse consulter le dossier, saisi les griefs articulés contre lui, préparer ses observations et les présenter à qui de droit. Il lui faut aussi prendre elle-même le temps d'examiner cette réponse avant de trancher : une décision qui suivrait de trop près la défense ne respecterait pas les conditions d'exercice du principe du contradictoire.

Quant au recours pour excès de pouvoir, sauf texte contraire, il est possible contre tout acte administratif et le recours en cassation est recevable contre tous les actes juridictionnels qui ne sont pas contestables par la voie de l'appel. Ce sont là les garanties minimales dont disposent les administrés. Ce droit de recours est le corollaire du principe global de légalité, ou du principe de juridicité, qui s'impose à l'Administration. Il en va de même du principe dégagé par le Conseil d'Etat en 1989, selon lequel « l'autorité compétente,

saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer »[560]

Enfin, le principe de non-rétroactivité a été affirmé dans l'article 2 du Code civil, à savoir que la loi ne prend pas effet pour l'avenir. Le juge administratif étend cette absence de rétroactivité aux règlements et aux actes administratifs individuels. De plus, lorsque ces derniers ont créé des droits, ils sont caractérisés par une véritable intangibilité : l'autorité administrative ne peut pas en principe les retirer, car elle reviendrait ainsi sur une situation juridique et agirait rétroactivitement.

Les exceptions n'en sont pas moins nombreuses. D'abord, l'effet rétroactif est souvent prévu par la loi. Ensuite, il peut s'avérer nécessaire pour procéder au retrait d'une décision irrégulière, ou encore pour tirer les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir. Si un acte est annulé à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, il est censé n'avoir jamais existé et, parmi les mesures qui s'imposent pour que tout soit comme si l'acte annulé n'avait pas été accompli, certaines mesures sont évidemment rétroactives. Elles se justifient parce que ce sont des instruments au service de l'autorité de la chose jugée et du principe de juridicité.

On pourrait classer schématiquement ces trois principes en une catégorie des « principes généraux du droit relatifs à la sécurité juridique » qui composent d'aspect plus diversifié, comme, par exemple, le principe de la non-rétroactivité des actes juridiques, le droit au recours, la garantie des droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure devant les juridictions.

C'est le même arrêt que celui de l'égalité entre les usagers du service public, *Soc. des journal d'Aurore* du 25 juin 1948. Le Conseil d'Etat affirme que la rétroactivité d'une mesure d'augmentation des tarifs de l'électricité, sans prise en considération de la date de relevé des compteurs, est une rupture d'égalité entre les usagers du service public.

Quant au droit au recours, l'arrêt du 7 février 1947, *D'Aillières*, a été rendu à propos de l'interdiction de recours contre les décisions d'un « jury » chargé de relever l'inéligibilité des anciens parlementaires ayant participé en 1940 à l'investiture du Maréchal Pétain. Le Conseil d'Etat considère qu'il existe, malgré cette interdiction, un droit au recours en cassation.

Pour la garantie des droits de la défense, ces sont les arrêts *Trompier-Gravier* du 5 mai 1944 et *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris* du 13 mai 1981.

Pour le caractère contradictoire de la procédure devant les juridictions, c'est l'arrêt du 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France.*

(2) L'organisation et le fonctionnement de l'administration

Il s'agit de trois principes : le principe de continuité des services publics, le principe de hiérarchie et le principe d'autonomie.

---

[560] CE 3 février 1989 , *Compagnie Alitalia* cité par Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien, *Droit administratif*, 7e édition, Armand Colin

Puisqu'un service public est une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général, il ne saurait être interrompu. Un état à éclipses est assurément un Etat qui fait faillite. La nécessité de cette continuité est illustrée, notamment, par les limites apportées à l'exercice du droit de grève reconnu aux agents publics : un service minimal doit être assuré en toutes circonstances. De même, le principe de continuité est le fondement de la jurisprudence quand il n'y a pas de prévision en matière contractuelle.

Quant au principe de hiérarchie, il est relatif à l'intérieur d'une unité administrative qui s'exerce selon l'autorité hiérarchique, même si aucun texte ne l'a prévu explicitement. Le chef de service peut donner des ordres à ses subordonnés par des instructions ou des circulaires. Il est aussi compétent pour modifier ou annuler leurs décisions, sous réserve de respecter diverses conditions (très restrictives). Il intervient parfois sur un recours des administrés. Il est alors tenu de répondre et, sauf exceptions, son silence prolongé pendant deux mois est considéré comme une décision implicite de rejet, contre laquelle un recours juridictionnel est alors recevable

Enfin, le principe d'autonomie concerne les autorités administratives dites décentralisées. En effet, celles-ci bénéficient d'une autonomie qui ne peut être limitée que par des contrôles différents de l'exercice d'une autorité hiérarchique (antinomique à la décentralisation). Cette tutelle, étant l'exception, n'existe que si elle est prévue par des textes d'interprétation stricte. Un adage résume cette situation : « pas de tutelle sans texte, ni au-delà des textes ». Il vaut pour toutes les modalités de contrôle du pouvoir central sur les administrations autonomes (collectivités territoriales ou établissements publics) et conserve toute sa valeur après la suppression en 1982 de la tutelle proprement dite sur la commune, le département et la région.

Parmi les principes relatifs à l'organisation et au fonctionnement de l'Administration, il en est un qui présente une originalité dans la mesure où il a été affirmé par la Cour de cassation. Dans un arrêt de 1987, la Cour énonce dans ses références « le principe général du droit suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables ». Et elle précise dans sa motivation que ce principe « ne permet pas de recourir aux voies d'exécution du droit privé ».

D'ailleurs, il y a des principes plus spécialisés. Un commissaire du gouvernement soulignait ainsi en 1996 que, si les grands principes généraux ont été dégagés, « la créativité du juge administratif ne s'est pas pour autant éteinte en ce domaine ». Constatant que les principes dégagés depuis quinze ans ont été nombreux, il ajoutait : « La différence essentielle est que les principes que vous consacrez dorénavant sont plus spécialisés : ils concernent plutôt le droit des étrangers ou la matière sociale que les règles générales de l'action administrative ». Précisément, dans l'affaire concernée, le Conseil d'Etat, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, a consacré l'un de ces nouveaux principes : « le principe général de l'indépendance des inspecteurs du travail ».

De fait, en matière sociale, divers principes ont été dégagés, par exemple, en 1973, l'interdiction faite à un employeur de licencier une salariée en état de grossesse ; en 1982, l'obligation d'attribuer aux agents non-titulaire une rémunération au moins égale au

SMIC ; ou encore, en 1986, « le principe général en vertu duquel la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle ».

La jurisprudence relative aux étrangers s'est aussi remarquablement développée dans le souci d'assurer une relative protection face à la précarité aggravée de certaines situations. En 1978, un arrêt GISTI consacrait le droit, pour tout étranger résidant régulièrement en France « de mener une vie familiale normale ». Depuis lors, nombreux ont été les arrêts consacrant des règles protectrices, et particulièrement des « principes généraux du droit applicables aux réfugiés », résultant notamment de la Convention de Genève. Le Conseil d'Etat a énoncé, en 1988, que ces principes font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis aux autorités de son pays d'origine. En 1994, il ajoute que ces principes imposent que la qualité de réfugié « soit reconnue à la personne de même nationalité qui était unie par le mariage à un réfugié à la date à laquelle celui-ci a demandé son admission au statut, ainsi qu'aux enfants mineurs de ce réfugié ».

§2. Les exemples des principes généraux du droit thaïlandais à travers des études comparatives

En raison de l'absence de principes généraux du droit en droit administratif thaïlandais, cette recherche ne peut aboutir à une analyse fructueuse, comme précédemment. Il est nécessaire d'évoquer les principes généraux du droit d'autres pays étrangers pour mieux comprendre, analyser et surtout envisager l'évolution des principes généraux du droit en Thaïlande.

Cette recherche proposera deux cas distincts. D'un part des exemples concernant le droit anglo-américain, d'autre part des exemples relatifs aux pays européens, notamment néerlandais et luxembourgeois. A travers ces exemples, nous analyserons enfin la possibilité des principes généraux du droit en Thaïlande.

(A)Les exemples anglo-américains

Les exemples tirés du système du droit anglo-américain nous permettent de mieux comprendre la souplesse de cette jurisprudence. Comme le droit privé thaïlandais est influencé par le droit anglo-américain, il sera nécessaire d'envisager deux points intéressants : l'exemple anglais (1) et l'exemple américain (2).

(1)L'exemple anglais

La théorie des « torts » ou délits civils est une création des Cours de Common Law pour combler l'absence totale des textes législatifs. La théorie de la « négligence » qui contribue pour une bonne part à la formation du principe de la responsabilité civile, est une création moderne des juges, dégagée au cours du XIXe siècle. La définition devenue depuis classique, fut donnée en 1856 dans le cas *Blyth v. Birmingham Waterworks Co* jugé par la Cour de l'Echiquier : « La négligence consiste dans une omission ou une action indigne d'un homme raisonnable et prudent guidé par les considérations qui règlent la conduite ordinaire de la vie ».

La théorie de la « contributory negligence », spéciale au Droit anglais, est l'un des aspects principaux de la théorie de la négligence. Le sens de cette expression est assez difficile à rendre en français. On peut la traduire approximativement par faute commune. Il y a « contributory negligence » lorsque la victime du préjudice a commis une imprudence, cause décisive de l'accident et, par suite, de nature à lui enlever son recours en indemnité.

Par ailleurs, quand une décision fixant un point de droit dans le silence des textes ou contrairement au statut, est rendue par une Cour de Justice, le principe qu'elle contient doit être obligatoirement appliqué, pour tous les cas semblables, par les tribunaux inférieurs et par la Cour elle-même, auteur de cette décision. On dit alors qu'il y a un précédent ou, selon les expressions du Droit anglo-américain, un « *leading case* » ou « *stare decisis* ».

(2)L'exemple américain

Les Etats-Unis disposent de deux catégories de tribunaux : les tribunaux fédéraux et les tribunaux de chaque état. Les tribunaux fédéraux sont, par ordre décroissant d'importance : la Cour suprême, les Cours de Circuit, les Cours de District, les Cours d'Appel créées depuis 1891. Dans chaque état, il existe trois degrés de tribunaux : au bas de l'échelle, la Cour de Comté, au-dessus la Cour de Plaids Communs, enfin, au sommet, la Cour suprême.

Dans chacune des deux catégories de tribunaux, les tribunaux inférieurs sont soumis aux décisions précises de la Cour Supérieure. La règle du précédent, ou « *stare decisis* », s'applique de la façon la plus étroite. C'est ainsi que la décision de principe d'une Cour Suprême (Cour Suprême fédérale ou Cour Suprême d'Etat) s'impose à tous les tribunaux qui lui sont subordonnés et ne laisse à ceux-ci aucune indépendance pour leur jugement.

L'autorité de la jurisprudence précédente reste forte importante. Les modifications de cette jurisprudence sont rares selon la Cour supérieure, sauf dans le cas d'extrême nécessité. Dans l'affaire *Johnson v. Cadillac Motor Car Company*, jugée le 12 novembre 1919, la Cour d'appel fédérale du Second Circuit revient sur une de ses précédentes décisions, et l'arrêt déclare : « Nous admettons pleinement la doctrine du *stare decisis* et la règle que la Cour ne doit pas considérer à nouveau la question qui a été tranchée déjà dans un premier appel. Ce n'est pas là une simple règle de pratique héritée d'une époque plus asservie aux questions de forme que la nôtre. C'est une règle d'intérêt public et de paix entre les particuliers qui doit être suivie avec empressement partout où elle peut légitimement s'appliquer. Mais elle n'est pas intangible et on ne doit pas s'y attacher aveuglément, si la Cour a commis une erreur, cause d'injustice, ou si elle a posé, pour l'avenir, un principe de droit inexact et contraire aux intérêts de la collectivité. Nous estimons que l'espèce présente rentre dans l'exception ci-dessus mentionnée ».

Dans le célèbre arrêt *Malbury V.Madison* de 1803, relatif au contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par la Cour suprême, M. Jacques Lambert a donné son opinion concernant cet arrêt, à savoir que « le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois est en Amérique une création du Président de la Cour Suprême Marshall siégeant en 1803 dans l'affaire Marbury v. Madison »[561]. Le contrôle de constitutionnalité des Etats-Unis est décentralisé car exercé par l'ensemble des tribunaux ordinaires du pays et exercé à

[561] Rendu 24 février 1983

posteriori dans la mesure où il porte sur une loi déjà promulguée. Ce contrôle peut également être qualifié de concret, dans la mesure où le juge va être amené à statuer par voie d'exception à l'occasion d'un litige particulier portant sur un objet distinct (recours d'incident). C'est donc un modèle de justice constitutionnelle totalement différente de celui constaté en Europe qui est ici observé et qui permet d'effectuer une distinction nette et précise entre les différentes formes de justice constitutionnelle.

En vertu d'une règle traditionnellement admise, pour trouver sa place en tant que nouveau statut, c'est-à-dire comme acte législatif qui vient d'être créé, dans l'ensemble du droit préexistant, les Cours ont à rapprocher cette règle, non pas comme dans le Droit continental, des actes législatifs antérieurs, mais de leur propre tradition jurisprudentielle. Cette divergence entre le Droit continental et le Droit anglo-américain est relevée par un auteur américain : « Dans les pays de Common Law, la loi coutumière, définie et développée par les Cours, est la fondation sur laquelle l'édifie légal est élevé. Tous les statuts ne sont que des modifications à la loi coutumière qui doivent être interprétées avec un constant regard à cette fondation qui les soutient… Dans les pays de Civil Law, la relation entre les statuts et les autres formes de la loi est précisément l'opposé »[562].

Une conséquence forte importante de cette règle est qu'il est plus facile au juge anglo-américain qu'au juge continental de restreindre les dispositions d'un statut ou même de les corriger, en un mot de « construire » le statut. Aussi n'est-il pas étonnant de constater que cette méthode d'une construction du statut, « terme technique venu du français juridique de l'Angleterre médiévale », est fort appliquée notamment aux Etats-Unis. Elle y joue actuellement le rôle, selon l'expression de M. Ed. Lambert, de « substitut du contrôle de la constitutionnalité des lois ». Avant de recourir à la déclaration d'inconstitutionnalité, les Cours préfèrent corriger le statut, car ce procédé, plus direct que le premier, aboutit pratiquement au même résultat.

Un autre exemple du droit américain concerne l'élimination des lois contre les trusts en 1890. En raison d'aggravation croissante de la vie chère et sous la pression de l'opinion publique, le Congrès a voté en 1890 la loi Sherman, qui interdisait de manière absolue la formation de tous les trusts. La Cour Suprême fédérale n'hésitait pas à reconnaître que la loi Sherman frappait tous les trusts sans exception. En 1897, dans le cas *Transmissouri Freight Association*, elle proclamait que « le Sherman Act frappait ces ententes en raison des dangers sociaux résultant de leur puissance, sans qu'il y eût à rechercher les buts dans lesquels elles avaient constitué cette puissance ni les usages qu'elles avaient pu en faire ». Mais dans le monde des affaires, se dessine une réaction vigoureuse contre cette prohibition absolue. La Cour Suprême fédérale sent le besoin de rassurer le commerce et l'industrie.

En 1911, dans le fameux *Standart Oil Case*, elle affirme, par une décision soutenue par huit juges sur nerf, que la loi Sherman prohibe uniquement les mauvais trusts, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été créés pour sauvegarder raisonnablement un intérêt personnel légitime, mais dans l'intention de créer un préjudice public, en provoquant, par exemple, la hausse des prix. Et pour distinguer les bons trusts des mauvais, il faut recourir, dit la Cour Suprême fédérale « à la règle de raison guidée par la loi établie ».

Par cette décision de principe, la Cour Suprême fédérale a voulu établir un précédent très net. « Ce n'était pas une appréciation incidente et purement persuasive que les

[562] J.LAMBERT, « Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. Marbury v.Madison », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t.38, 1931, p.1-69

juges entendaient émettre, mais bien un « *judical dictum* », comparable par sa portée pratique à nos anciens arrêts de règlement… En effet, il y avait simplement l'occasion, mais nullement la nécessité de reprendre l'examen du problème, car elle relevait, à la charge du trust du pétrole, des manœuvres qui, en dehors de toute intervention du Sherman Act, le faisaient tomber sous le coup de la répression »[563].

On pourrait penser que ce précédent n'a pas grande valeur, puisque, pour l'établir, la Cour Suprême fédérale reniait un autre précédent établi une quinzaine d'années auparavant et qu'ainsi elle allait à l'encontre de la doctrine du « *stare decisis* » traditionnellement considérée comme le fondement, étant donné que le *Standard Oil Case* a établi une règle même vis-à-vis de la Cour Suprême fédérale. Tout d'abord, la décision de 1897 avait été rendue au nom d'une Cour très divisée.

Ensuite, on a démontré que le *Standard Oil Case* ne faisait que prohiber ce qui était déjà interdit par la Common Law, constituée uniquement par les décisions juridictionnelles. Par conséquent, en se conformant à nouveau à la Common Law, la Cour Suprême fédérale ne faisait qu'appliquer la doctrine du « *stare decisis* » selon laquelle les cours de justice obéissent aux plus anciens précédents.

(B)Les exemples européens

Nous envisagerons les exemples européens selon deux pays : le cas luxembourgeois (1) et le cas néerlandais (2).

1.Les exemples luxembourgeois

La définition des principes généraux du droit, selon le Conseil d'Etat luxembourgeois, est assez difficile car le Conseil et les juridictions administratives basent leurs avis et leurs arrêts sur des textes écrits. Le fait est que le Conseil d'Etat et les juridictions administratives ont régulièrement recours aux principes généraux qui servent d'orientation à l'application et au développement de l'ordre juridique, même s'ils n'ont pas le caractère précis et concret des règles du droit positif. Si les règles du droit positif donnent des solutions précises à des problèmes bien définis, les principes généraux fournissent des orientations plus générales et plus flexibles.

Pierre Pescatore a écrit dans son Introduction à la science du droit n°71[564] que « certains principes généraux ne représentent rien d'autre que des idées, c'est-à-dire des convictions juridiques, politiques ou philosophiques qui servent d'orientation à l'activité des juristes, tel, par exemple, le grand principe de l'autonomie de la volonté privée qui n'est rien d'autre que la traduction, dans le droit privé, de nos conceptions de la liberté individuelle et du respect dû à la personne humaine, tel encore le principe de la légalité, c'est-à-dire l'idée de la soumission de l'Etat de droit ».

Il nous semble que parmi les principes généraux, il existe des principes qu'on pourrait appeler les principes de structure, c'est-à-dire, des idées directrices, qui sans être énoncées particulièrement dans des normes juridiques supérieures, trouvent leur reflet dans la structure des institutions juridiques et politiques. Ce type de principes est, par exemple, le

[563] précité
[564] Cité dans « Les principes de droit non écrits dans les avis du Conseil d'Etat et la jurisprudence administrative luxembourgeois », *RFDA* numéro spéciale 4-1999

principe de la séparation des pouvoirs inscrits dans la Constitution luxembourgeoise. Il en est ainsi encore du principe que les traités internationaux sont d'une essence supérieure, du principe du double degré de juridiction et surtout des principes de la cohérence des textes législatifs et de la proportionnalité.

L'énumération des principes généraux du droit dans l'avis du Conseil d'Etat luxembourgeois est, par exemple, le principe de proportionnalité, le principe de la sécurité juridique, le principe de la non-rétroactivité, le principe de la séparation des pouvoirs, le principe d'Etat de droit, le principe d'orthodoxie budgétaire. Chaque principe a sa propre place selon son importance.

Quant au principe de proportionnalité, il se trouve souvent en filigrane dans les avis du Conseil d'Etat luxembourgeois, dans le contexte de l'examen portant sur l'opportunité des projets soumis, où il n'est cependant énoncé de façon expresse qu'à titre tout à fait exceptionnel. Par ailleurs, le principe de non-rétroactivité est certainement un des aspects caractéristiques de la sécurité juridique, eu égard au fait que le non-respect de ce principe met les citoyens dans l'impossibilité absolue de connaître les textes qui s'appliquent à une situation juridique. Il existe, bel et bien, l'article 2 du Code civil et l'article 2 du Code pénal prévus dans ce cas. Toutefois, le Conseil d'Etat luxembourgeois estime que le principe de la non-rétroactivité est un principe de sagesse législative qui répond à une préoccupation de sécurité juridique, auquel il ne convient de déroger qu'exceptionnellement, lorsque la rétroactivité peut servir dans certains cas à rétablir la justice ou à consolider des situations précaires.

Par rapport au principe de la séparation des pouvoirs, le Conseil d'Etat luxembourgeois affirme dans son avis du 10 juillet 1956 que ce principe n'est pas formulé *expressis verbis* dans la Constitution luxembourgeoise. Le Conseil d'Etat cite ce principe souvent en cas de la vérification d'un projet de loi. De plus, par rapport au principe de l'Etat de droit, le Conseil d'Etat doit invoquer parfois la notion d'Etat de droit, en faisant ses observations à propos de différents projets de loi. Le Conseil d'Etat a avancé, dans ce cas, que le principe d'Etat de droit s'opposait à un tel projet, lequel fut d'ailleurs modifié pour recevoir finalement l'aval du Conseil d'Etat.

Enfin, les principes d'orthodoxie budgétaire sont pour la plupart des principes communément admis au Grand-Duché, bien que non écrits. Il en est ainsi du principe de la spécialité budgétaire, de celui d'une bonne gestion des finances publiques, de la sincérité budgétaire ou encore de la non-affection des recettes, de l'annualité du budget (selon lequel les dépenses de l'Etat sont à soumettre chaque année au vote de la Chambre des députés et le budget doit contenir les recettes et les dépenses applicables à une période de douze mois).

Pour les jurisprudences, les principes non écrits ont une vocation tout autre auprès des juridictions et auprès des organes consultatifs. Ces derniers y ont plus facilement recours afin de donner une cohérence à un ensemble législatif. Le juge, au contraire, doit donner une solution à un litige qu'on lui soumet et sa démarche normale est d'appliquer la loi. Ce n'est qu'au cas où la loi est muette, qu'il doit avoir recours à des règles générales communément admises. En d'autres termes, le recours du juge administratif aux principes généraux du droit n'est que subsidiaire. Les principes généraux du droit dans ce cas sont, par exemple, la contradictoire ou l'obligation que tout acte administratif repose sur un motif, le principe que la confiance légitime de l'administré de bonne foi doit être protégée contre les

changements brusques et imprévisibles de l'attitude de l'administration et le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs etc.

2.Les exemples néerlandais et le principe de bonne administration selon le droit thaïlandais

Le Conseil d'Etat néerlandais a deux missions principales : rendre en assemblée générale des avis sur les projets de loi et les projets d'arrêt royal (avis législatif) et statuer au contentieux administratif pour la Section de juridiction administrative du Conseil. Dans le cadre du contrôle juridique des projets de loi et de règlement d'administration publique, le Conseil d'Etat vérifie la légalité et la conformité aux principes de droit ainsi que la possibilité d'intégrer le projet dans le droit existant. Dans ce cas, le Conseil doit soumettre des conventions en matière des droits de l'homme qui lient les Pays-Bas. La conformité au droit communautaire est examinée dans un second temps, sans oublier la conformité au Statut du Royaume qui incarne les liens particuliers entre les Pays-Bas, les Antilles néerlandaises et Aruba, à la Constitution et aux lois générales auxquelles il ne peut pas être dérogé en principe par des lois particulières, comme le code général de droit administratif, la loi provinciale et la loi communale.

Le droit constitutionnel néerlandais est fondé sur le principe qu'aucun organe de l'état ne peut détenir un pouvoir non dérivé de la Constitution ou de la loi. Il résulte de ce principe que les citoyens et les organes administratifs ne peuvent être liés qu'à des règles arrêtées par la loi, sauf si le législateur ou le constituant ont attribué ce pouvoir expressément à un autre organe. C'est ce que l'on appelle le principe de légalité. L'application de ce principe provoque des tensions dans la pratique d'une intervention publique en forte expansion qui doit, en outre, s'adapter souvent rapidement à des circonstances changeantes et à des évolutions. Le choix doit se faire entre, d'une part, la loi, difficile à modifier, et d'autre part, la nécessité de la flexibilité qui peut être rencontrée par la délégation du pouvoir réglementaire au gouvernement ou par la (sous-) délégation à un ministre. Le choix doit se faire à l'intersection entre la nécessité de la flexibilité, d'une part, et des valeurs juridiques telles que la légalité et la sécurité juridique, d'autre part.

En ce qui concerne les principes de droit non écrits dans la jurisprudence du Conseil d'Etat néerlandais, le fondement de la censure des décisions administratives se fondait sur ces principes par la Section contentieux du Conseil d'Etat à l'époque où le Conseil ne disposait encore que de la justice retenue. Il existe une liste de principes, par exemple, le principe de légalité, le principe d'égalité, le principe de sécurité juridique, le principe de légitime confiance, l'interdiction du détournement du pouvoir, l'exigence d'une préparation soigneuse des décisions, les exigences de fondement des faits etc. Après la deuxième guerre mondiale, les principes de droit non écrits régissant la censure du juge administratif ont été appelés principes généraux de bonne administration. Les principes généraux de bonne administration ont été distingués en deux catégories : les principes formels (la préparation minutieuse des décisions, le fair-play, l'interdiction du détournement de procédure, le principe de motivation, la sécurité juridique clarté et univocité), et les principes matériels (la sécurité juridique matérielle tels, le respect des droit acquis, l'interdiction du détournement de pouvoir, la rigueur matérielle la mise en balance raisonnable des intérêt ou le principe de proportionnalité).

Dans les avis en matière législative, les normes juridiques non écrites jouent parfois le rôle d'un critère de conformité qui peut entraîner un *quasi veto*, un peu comparable à l'annulation d'une décision par le juge administratif. D'autre part, elles ont aussi valeur d'encouragement : le Conseil d'Etat les invoque parfois pour encourager à l'amélioration de la qualité juridique de la loi ou du règlement d'administration publique examiné. Sur le plan juridictionnel, le droit non écrit intervient dans l'appréciation de l'acte administratif attaqué. Les principes du droit non écrits aussi remplissent les deux modes de contrôle assignés au Conseil d'Etat (contrôle législatif et contrôle juridictionnel), cela peut être montrer en examinant si une règle légale a donné lieu à des observations dans l'avis du Conseil d'Etat en ce qui concerne sa compatibilité avec une norme non écrite.

Les quatre exemples permettent une comparaison avec le cas thaïlandais. La nature du système anglais selon lequel le silence du texte n'aura été appliqué par la Cour qu'au cas de toutes les cas semblables, par les tribunaux inférieurs et par la Cour elle-même, auteur de cette décision. On dit alors qu'il y a un précédent ou, selon les expressions du Droit anglo-américain, un « *leading case* » ou « stare decisis ». Ce phénomène apparaît dans le système du droit civil thaïlandais et en raison du refus du système anglais par la création de la juridiction administrative, symbolisant le système de dualisme juridictionnel, et la juridiction administrative pourra refuser l'importance de *leading-case*. Une autre raison ajoute que tout est nouveau pour la juridiction administrative et qu'il n'a y pas les « case » précédents à « leading ». Au contraire, la juridiction administrative thaïlandaise a la possibilité de créer tel ou tel droit pour combler les lacunes comme les cas de tort en droit anglais. Mais la création selon la Cour ne conclut pas au contrôle de constitutionnalité comme précité dans le célèbre arrêt *Malbury V.Madison* de 1803, car la Cour constitutionnelle thaïlandaise s'y engage dans ce cas. Mais l'arrêt *Malbury V. Madison* sera une bonne référence pour la création des règles de droit en l'absence de texte.

Du côté européen, le plus intéressant est le cas concernant le principe de bonne administration selon le Conseil d'Etat néerlandais. Ce principe a été introduit en Thaïlande par la création de l'office du développement du management du pouvoir public[565]selon le décret relatif à la bonne administration B.E. 2546 (2003)[566]. Ce décret se compose de cinquante-trois articles et de neuf parties, attribuant aux organisations un pouvoir étatique classique, ainsi qu'aux organismes quasi-privatisés. Une bonne administration, selon ce décret, est une administration qui agit en respectant la qualité de vie du peuple, la paix, la sécurité de la société et aussi l'intérêt suprême du pays (l'article 7). Toutes les démarches qui concernent l'administration étatique doivent être transparentes et en accord avec la légalité. Les démarches d'une bonne administration sont, par exemple, la préparation du projet et sa déclaration budgétaire concernant le travail quotidien de l'agent étatique (l'article 20) ; l'achat public doit être légal et transparent, en tenant compte de l'intérêt social et du devoir du peuple (l'article 23) ; l'organisme étatique doit partager le pouvoir discrétionnaire concernant la commande, l'autorisation, ou l'action du chef du bureau en raison de la nécessité de convivialité et de rapidité pour le public (l'article 27) ; La modification ou la suppression des organismes étatiques serait possible en cas de nécessité (l'article 33) ; les organismes étatiques doivent préparer un système informatique convenable pour que le peuple puisse prendre contact ou vérifier son travail (l'article 40), etc. En bref, ce principe de légalité joue un grand rôle en ce qui concerne le concept de la bonne administration. Dans ce cas, on pourrait dire que le principe général du droit, tel le principe de légalité, est compris

---

[565] En thaï, สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.)

[566] En thaï, พระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖

intégralement et implicitement dans l'administration thaïlandaise, sans avoir l'acception du côté de la théorie juridique. Dans le cadre de la mission juridictionnelle de la juridiction administrative, il a notamment, voire principalement, pour vocation d'imposer à l'administration la discipline de la légalité. C'est à l'occasion de l'exercice de cette mission, depuis qu'elle est affirmée, qu'il a été amené à dégager des principes généraux du droit constituant avec la loi et le règlement, l'un des éléments du système des normes qu'il incombe à l'administration de respecter, sous peine d'être censurée pour excès de pouvoir.

Dans le cadre de la mission consultative du Conseil d'Etat thaïlandais (avant la création de la juridiction administrative actuelle), le Conseil est appelé à se prononcer sur la régularité des dispositions juridiques envisagées, qu'il s'agisse de projets de lois ou d'ordonnances, de projets de textes réglementaires ou de mesures individuelles. C'est à l'occasion de l'exercice de la mission consultative, c'est-à-dire en fonction de la légalité de projet de textes réglementaires, mais aussi de la conformité à la Constitution. Les cas exceptionnels sont traités relativement à leur conformité aux traités internationaux, car la Thaïlande s'attache au système moniste qui compte la souveraineté nationale comme le premier élément. Les principes auxquels le Conseil fait fréquemment appel, pour attester de la conformité des textes, sont nécessairement des principes de valeur constitutionnelle, ce qui n'est pas le cas de l'ensemble des principes invoqués au contentieux. S'il arrive également au Conseil d'Etat de disjoindre certaines des dispositions de projets de loi qui lui sont soumis pour des motifs autres que la constitutionnalité, c'est alors essentiellement sur le terrain de la cohérence intrinsèque du projet, de la cohérence de l'ensemble du système normatif au sein duquel on ne peut admettre que soient appelées à coexister des normes en contradiction avec la bonne administration que se situe la motivation de ce choix. En réalité, la notion de principes généraux du droit, de principes applicables même en l'absence de textes, ou, moins fréquemment, de principes juridiques non écrits est apparue en même temps que le droit administratif. De plus, ce concept a contribué à fonder le développement des principes généraux du droit ; cette tendance se dessine aujourd'hui, même au contentieux, visant à rattacher les solutions retenues, plus que par le passé, aux normes écrites disponibles. Cette attitude tient pour partie au changement du contexte constitutionnel, et plus généralement juridique. Au contraire, elle ne traduit pas une rupture fondamentale avec une tradition jurisprudentielle où les principes non écrits ont toujours été dégagés à partir de normes écrites. La complexification des situations juridictionnelles en Thaïlande a laissé d'ailleurs un large champ ouvert à la créativité jurisprudentielle.

Conclusion

Ce n'est pas faux de dire que le juge est l'autorité la plus naturelle et la plus vivante pour donner naissance à une véritable règle jurisprudentielle. C'est la raison pour laquelle cette recherche s'est centrée sur le juge et son entourage. Nous avons commencé l'étude par l'ensemble de la juridiction administrative en France et en Thaïlande. Nous avons envisagé ensuite le juge au travers de l'indépendance de l'ensemble de la juridiction administrative, de son travail concernant la jurisprudence, de son rôle relatif aux principes généraux du droit, et enfin au travers des exemples de ces principes dans le droit de plusieurs pays.

Le droit administratif français est généralement présenté son existence comme une conséquence de la Révolution de 1789. Plus précisément, c'est une conséquence de la proclamation, par l'Assemblée nationale constituante, du principe de la séparation des pouvoirs, selon Montesquieu. L'adoption de ce principe comme fondement de l'ordre constitutionnel, en remplacement des conceptions absolutistes de la monarchie d'Ancien Régime, avait entraîné la séparation des autorités administratives et judiciaires, et l'établissement en l'an VIII, sous le Consulat, d'une juridiction purement administrative, chargée de statuer exclusivement sur les litiges opposant l'administration aux particuliers ; cette juridiction avait entrepris l'élaboration d'un droit nouveau, le droit administratif, constitué par un ensemble de règles détachées du droit civil, ou comme on l'appelle du « droit commun » - et faisant bénéficier l'administration de privilèges plus ou moins exorbitants.

On ne peut contester la constatation de R.Dareste en 1885, à savoir que, pour étudier le droit administratif, on a besoin aussi d'envisager son histoire, car la juridiction administrative française peut rendre compte des institutions. De plus, l'histoire du droit

administratif français est une création toute récente, dont l'origine remonte seulement à la loi du an VIII, ou tout au plus aux décrets de l'Assemblée constituante. Il semble qu'avant 1789, l'administration tout entière était livrée à l'arbitraire des Parlements, et qu'il a fallu une révolution pour arracher à la tutelle judiciaire et lui donner, avec l'indépendance, des règles fixes et une organisation complète. On pourrait dire que le droit administratif français est démenti par les faits. Il n'est peut-être pas un seul principe, une seule règle de droit administratif français qui ne trouve son équivalent, son origine dans l'ancien droit ; les lois du gouvernement consulaire n'ont été qu'une restauration intelligente, mais à peu près complète de l'Ancien Régime, et finalement, la Révolution de 1789 a laissé des traces plus profondes dans le droit civil que dans le droit administratif.

La création du Conseil d'Etat en vertu de la loi du 24 mai 1872, modifie profondément la conception du droit administratif. Sous la III République, se réalise véritablement l'assimilation du droit administratif à la jurisprudence du Conseil. C'est aussi l'époque où la conception des principes généraux du droit apparaît pour la première fois par la décision *Aramu*. Le droit administratif apparaît comme un droit essentiellement prétorien, qui s'élabore désormais et se perfectionne de décision en décision. Les sources législatives et règlementaires passent au second plan, ce qui a pour conséquent de restreindre encore plus la référence à des dispositions remontant à l'Ancien Régime, que la législation ultérieure avait tacitement, voire expressément, maintenues en vigueur.

Sous l'Ancien Régime, il s'est élaboré un véritable corps de règles relatives à l'administration. L'autonomie de ce corps de règles n'a pas été proclamée de façon absolument formelle. Certes, ces règles provenaient d'origines diverses, et n'étaient pas reliées entre elles de façon systématique. Mais, elles dotaient l'administration d'un régime juridique d'ensemble, qui établissait une sorte d'équilibre entre les exigences de l'intérêt général et le respect des droits des administrés. L'autonomie du droit de l'administration avait une finalité propre. Et il arrivait déjà, comme nous le verrons, que des juristes-consultes prennent vraiment conscience de la spécificité des dispositions du « droit commun ».

Restituer l'intégralité de son passé au droit administratif français présente un autre intérêt fondamental, d'ordre social et politique, et non plus simplement juridique : celui d'attester de l'ancienneté des limitations apportées à l'arbitraire des détenteurs de la puissance publique. En affirmant qu'il avait fallu attendre la Révolution 1789, voire la IIIe République, pour que l'action des administrateurs ait été insérée dans un cadre légal garantissant le respect des droits des administrés, on a laissé croire que les Français avaient longtemps vécu sans cette protection et ne s'étaient émancipés que depuis quelques générations. En réalité, la lutte contre arbitraire des titulaires de la puissance publique s'est engagée dès la fin du XI siècle à travers les premières manifestations du mouvement communal.

L'élaboration du droit administratif français est le fait d'une longe évolution, et non un phénomène récent, ce qui conduit à poser de façon nouvelle le problème des rapports de ce droit avec ses homologues des autre pays d'Europe. Les recherches comparatives doivent prendre en considération l'ensemble des perspectives historiques. Certes, elles deviendront encore plus complexes, mais elles gagneront en force, car elles expliqueront des

similitudes ou des divergences surprenantes *à priori*, car elles révéleront des filiations inconnues. Le rôle qu'a joué l'influence du droit administratif français dans le développement des autres droits administratifs européens,(et même en Thaïlande, avec le système du droit public inspiré du droit français et du droit allemand, et en revanche du système du droit privé et criminel inspiré du droit anglo-saxon). De plus, le rôle que les juristes français se plaisent à exalter sera perçu sans doute de façon plus nuancée. Mais l'on comprendra peut-être mieux, en contrepartie, pourquoi ce droit a pu, à certaines époques, être considéré comme un « modèle ». En tout cas, de telles études devraient permettre, en s'appuyant sur les données du passé, de mieux connaître les éléments essentiels des droits administratifs des divers Etats européens, de mieux apprécier les moyens de les rapprocher, et de favoriser « le développement d'un droit européen commun », selon la formule de J.Rivero.

La juridiction administrative française se développe jusqu'à l'époque contemporaine, où nous insistons sur le principe de l'Etat de droit. Il est nécessaire d'envisager la juridiction administrative par rapport à la Constitution, et cela nous permet aussi de connaître un des principes importants du droit public français : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Dans sa décision du 22 juillet 1980, le Conseil constitutionnel a tenu à affirmer la valeur constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction administrative, en même temps que celle de la juridiction judiciaire, mais sur un fondement juridique assez sensiblement différent : pour la juridiction judiciaire, c'est le texte de la Constitution qui, dans son article 64, devait fournir une source suffisante de constitutionnalité ; mais s'agissant de l'indépendance de la juridiction administrative, selon une formulation ici négative, ainsi que du « caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement », il a fait référence, en revanche, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, plus exactement par la loi du 24 mai 1872 en tant que cette législation a conduit au démantèlement de la justice administrative retenue

Il est possible de faire quatre observations concernant la juridiction administrative française : (1)l'occultation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires est maintenue au profit de celui de la séparation des pouvoirs, la décision de 1987 procédant à une unification du droit processuel par son inscription dans la continuité de la décision de 1980 ; (2) la référence à « la conception française de la séparation des pouvoirs » renvoie implicitement à la tradition constitutionnelle, systématisée en France à la fin du XIX siècle, laquelle, sur le fondement d'une lecture abusive de Montesquieu, refuse en principe la connaissance de l'action administrative par l'autorité judiciaire au profit d'une juridiction administrative indépendante ; (3) la loi de la République reconnaissant le principe fondamental d'une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative n'est pas mentionnée de façon expresse, encore que l'on puisse et que l'on doive s'appuyer sur la loi du 24 mai 1872 déjà retenue par la décision précitée du Conseil constitutionnel en date du 22 juillet 1980 ; (4) il résulte de la motivation précitée de la décision du 23 janvier 1987 que la constitutionnalisation de la compétence de la juridiction administrative ne vaut que dans l'hypothèse de principe de recours objectifs formés contre les actes administratifs, dans le cadre d'un contentieux soit d'excès de pouvoir, soit de pleine juridiction.

L'histoire de la juridiction administrative thaïlandaise est à la fois paradoxale et différente de celle de la France, car elle ne s'est dotée que depuis que 10 ans d'un Tribunal administratif. Pourtant, avant la loi portant création des juridictions administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E.2542 (1999), existait déjà le système de la procédure administrative non contentieuse menée par un organisme inspiré du modèle français, comme le Conseil d'Etat. On peut dire que la France possède une institution juridictionnelle administrative célèbre, « le Conseil d'Etat », dont le rôle est incontestablement remarquable dans la formation de ce droit et de la protection des droits des administrés, représentant un « modèle type » du contrôle juridictionnel de l'administration pour bien d'autres pays. La France dispose surtout d'une grande richesse intellectuelle, à travers des littératures juridiques tant classiques que contemporaines, œuvres de la doctrine française. Au contraire, la Thaïlande a connu un développement démocratique beaucoup plus tardif et beaucoup plus mouvementé que la France, d'où le développement très tardif du droit administratif. Contraste et paradoxe aussi, la Thaïlande s'est considérablement inspirée du droit français, dans le choix d'un système juridique, à l'époque de la modernisation du pays sous le règne du roi Rama V, ainsi que dans ses grandes codifications et dans la création même d'un « Conseil d'Etat ».

Pour les études du contentieux administratif englobant les règles juridiques concernant l'émission des actes administratifs unilatéraux, qui reste toujours une action majeure dans le rapport entre l'administration et l'administré, les études rendant le travail administratif plus efficace et plus démocratique en ce sens que les règles de la matière conduisent l'administration à prendre une décision dans les meilleurs conditions et permettent aussi à l'administré de prendre part au processus d'émission des actes qui le concernant. Ces études sont également bénéfiques pour le travail du juge parce que, les actes étant plus compréhensibles aux yeux des administrés, elles diminuent le nombre de litiges portés devant lui. Tout du moins, elles facilitent le contrôle juridictionnel, dans le mesure où le juge dispose d'éléments plus clairs et plus certains dans son examen de la légalité des actes attaqués.

Pourtant, le projet de faire une telle étude comparative du contentieux administratif pourrait paraître audacieuse. Audacieuse d'abord parce que la portée de la matière du contentieux administratif est très large : elle englobe de nombreuses règles juridiques, d'ailleurs souvent très techniques, non seulement celles qui régissent le stade de l'émission des actes mais aussi celles qui gouvernent la préparation et même la révision des actes, alors que l'étude d'une de ces règles représente déjà un travail difficile.

L'intérêt de cette étude est donc clair. Elle consiste à apporter des éclaircissements sur le droit des deux pays en matière de contentieux administratif, l'un par rapport à l'autre. Nous connaîtrons mieux non seulement les règles juridiques applicables dans la matière en droit français et thaïlandais mais aussi des points positifs et des défauts dans le droit des deux pays. Grâce au niveau élevé du droit administratif français, notamment à l'abondance des solutions jurisprudentielles et à la richesse doctrinale, le droit thaïlandais, qui est encore embryonnaire dans la matière, bénéficiera de remarques intéressantes. Par ailleurs, le droit français bénéficiera de l'expérience d'un pays qui s'est doté d'un tribunal

administratif stable et aussi de remarques non moins intéressantes concernant le contenu des règles imposées par la loi thaïlandaise.

Personne ne conteste l'importance du système de garantie juridictionnelle dans la protection des droits des administrés. La confiance inspirée par le système de garantie juridictionnelle est d'autant plus nette en France où la justice administrative, au sommet de laquelle se trouve le Conseil d'Etat, est reconnue efficace, malgré des critiques. Il suffit d'évoquer le respect qu'on lui porte depuis longtemps. Par exemple, lorsque Jèze parlait du recours pour excès de pouvoir, il y voyait « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés »[567].

Pourtant on ne peut avoir la même estime pour le système de garantie juridictionnelle en Thaïlande. Car il se heurte à un problème fondamental : l'absence d'une véritable juridiction administrative. En fait, à l'instar de la France, la Thaïlande s'est dotée d'un Conseil d'Etat, mais ce dernier fonctionne encore sous le régime de « la justice retenue ». Avant la naissance des juridictions administratives en 2002, la seule juridiction principale qui existait était la juridiction judiciaire. Mais cette dernière semblait parfois hésiter à jouer le rôle de la justice administrative. De nombreux efforts ont été faits pour la création d'une véritable juridiction administrative mais n'ont jamais abouti. Finalement, la solution a été proposée par l'actuelle Constitution et la loi sur la juridiction administrative promulguée en octobre 1999 et amendée par la loi (n°2) de B.E. 2545 (2002).

C'est la raison pour laquelle nous pourrons affirmer que les matières concernant le juge administratif français sont beaucoup plus évolutives que pour le juge administratif thaïlandais. En France, il existe la loi des 16-24 août 1790 qui est présentée comme ayant pour base initiale le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Le contenu de cette loi se compose de deux propositions : l'interdiction pour les juges de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs », et l'obligation de respecter la conception française de la séparation des pouvoirs.

Cette loi est aussi, en effet, appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi dérogeant à la loi des 16-24 août 1790 et à son interprétation communément reçue, si le juge s'était borné à rechercher sa compatibilité avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, il aurait omis de se référer à l'une des sources des règles constitutionnelles dont il est gardien : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. De plus, le passage de la justice retenue à la justice déléguée pour le contentieux administratif par la loi du 24 mai 1872 et sa mise en œuvre par les lois postérieures témoignent du principe fondamental exigé par l'idéal républicain, selon lequel le pouvoir exécutif doit relever de juges indépendants[568].

---

[567] Geston JEZE, « Rapport à l'institut International de droit Public », Annuaire de l'Institut, 1929, p.162, ouvrage cité dans G.ISAAC, La procédure administrative non contentieuse, thèse , Toulouse, L.G.D.J, 1968

[568] CC, 22 juill. 1980, n° 89-119 DC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9e éd., n° 31, V. la note et références aux commentaires

Pour la Thaïlande, le rôle du juge administratif consiste à présenter dans un premier temps la création de la juridiction administrative en vertu de la loi portant création de la juridiction administrative et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542. Auparavant, il existait la commission de pétition dans le cadre de la section contentieuse du Conseil d'Etat.La société thaïlandaise demande au juge administratif d'avoir « des connaissances approfondies et de l'expérience en droit, science politique, administration publique, sciences économiques, sciences sociales ainsi qu'en administration de l'Etat », selon l'article 13 (3) de la loi de B.E. 2542. Mais en réalité, le nombre de saisines administratives à la Cour administrative Suprême et aussi au tribunal de la grande instance est 90% de cas de litiges, vu la complexité de la compétence de l'ensemble juridictions administratives. Soit pour des raisons géographiques, selon la compétence pour trancher le litige (concernant son article 9, précité), le plus souvent la saisine administrative doit obligatoirement répondre d'abord à cette question. Nous constatons que le juge approfondie rarement le litige est 90% de litige de saisine aux juridictions administratives concernent des litiges qui nécessite la précision et la compétence de la cour : pour la forme, non pour le fond. La cause de ce phénomène, est-t-elle la faiblesse de la connaissance du droit administratif par le peuple ?

La société thaïlandaise apparaît comme un pays bouddhiste au premier regard. Cela s'explique par le grand nombre de la population thaïlandaise qui pratique la religion du Bouddha depuis plus de 700 ans, disons avant l'époque du premier royaume de la Thaïlande (l'époque Sukothaï entre 1257-1378). Mais c'est pendant le règne du roi Ramkamheang, 3e roi du royaume Sukhothaï que l'apparition du bouddhiste de Petit Véhicule fut introduite au cœur de son royaume. A partir de cela, nous appelons le royaume Sukhothaï comme « un royaume du bouddhisme », le bouddhisme de Petit Véhicule a pris son importance et devient prépondérant jusqu'à nos jours.

Du point de vue juridique, le rapport entre la religion bouddhiste et la nation en Thaïlande trouve sa place importante dans l'article 9 de l'actuelle Constitution, prévoit que « le Roi est bouddhiste, plus, il soutient toutes les religions ». Ce fait nous provoque deux significations principales : d'abord, le fait que le Roi – chef de l'Etat – soit tenu obligatoirement sa position comme le meilleur bouddhiste du pays, ainsi, ce fait signifie l'importance de cette religion. Deuxièmement et diplomatiquement, cela considère que la Thaïlande reconnaît et assure l'existence et la coexistence des autres religions. Par rapport de notre deuxième signification, même au niveau de la religion, d'auteur de la Constitution présent clairement le caractère « compromissoire » qui est le fruit de la société bouddhiste thaïlandais.

La religion bouddhiste n'est qu'une religion en Thaïlande, mais elle est ainsi une de valeur de Royaume conçu par le Roi. Le monastère bouddhiste considère comme le corps de la religion, est un élément capital du Bouddhisme. Dans le passé, le monastère bouddhiste occupait une place très importante dans la société thaïlandaise comme l'école ou le centre de distractions par l'organisation de fête religieuse, l'hôpital, la maison des gens défavorisé, la clinique psychologique, le centre de rencontre et les activités villageoises, le lieu de résolution des conflits et ainsi la source de l'art et la culture. Même si de nos jours,

l'attachement entre le monastère et la société est beaucoup moins qu'avant, à cause de la réforme du pays et de la société. L'Etat s'occupe quasiment tous les domaines qui avait été s'occupait par le monastère. Et ainsi la nouvelle mode de vie s'attache beaucoup à l'économique. N'importe de quelle circonstance, le monastère bouddhiste tient encore l'influence dans la moralité thaïlandais.

L'apport du bouddhiste Théravada appuie fortement l'esprit de « soi », l'individualisme, ne favorisent pas l'esprit collectif et la solidarité ou ne s'intéressent pas aux affaires d'autrui. Mais, en même temps, le Bouddhiste met aussi l'accent sur l'individu et d'autre, par conséquent, l'authentique bouddhiste garde l'esprit comme « chacun est maitre de sa vie » et ainsi tenir compte l'accent de la relation propre avec d'autre. Cela reflet la mentalité du base de la société thaïlandais et cela provoque le caractère « n'aime pas conflit » ou « éviter le conflit le mieux possible ». Ainsi l'enseignement du Bouddha sur Karmaapporte les thaïlandais sur la pensée de l'autocorrection, tout doit déterminer par Karma, sans avoir rien faire, que attendre de son jour.

C'est la raison pour laquelle, nous pourrons conclure que l'influence religion suscite le caractère pacifique, conciliant et non agressive aux peuples thaïlandais. Ces caractères favorisent la passivité du domaine de la demande de la protection du droit. De plus, le litige administratif est un litige entre l'individu et l'Etat ou ses représentants – dit fonctionnaires- qui considèrent comme la servitude du Roi, qui tient la position intouchable et haute respectueuse de son peuple. Le résultat est clair : le peuple thaïlandais évite le mieux possible les conflits et l'affaire tribunal.

Comme les peuples ne veulent pas vraiment porter atteinte au tribunal ou plus précisément, porter atteinte contre les agents du Roi, il est nécessaire d'avoir un système juridictionnel qui aide et affaiblie ce problème. Le système du droit administratif français, avec le rôle du juge actif convient favorablement de la société thaïlandaise. L'activisme du juge explique par l'article 65 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (B.E. 1999), prévoit que le tribunal peut procéder lui-même le recherche de la preuve sans être limité par les pièces présentées par les parties, dès lors que les parties en ont été informées et ont ou le contester. De plus, la situation parait-il moins délicat après l'entrée en vigueur de la loi l'accès du document public B.E. 2540, qui apparemment garantir en plus le droit d'accès du document public pour les particuliers.

C'est ainsi la raison pourquoi le système du tribunal administratif thaïlandais a besoin d'adjoint du juge administratif, pour communiquer entre le juge et les parties, et aussi pour être documentariste pour le juge administratif.

Outre le bouddhisme et avant l'époque de Sukhothai, la religion brahmane hindouisme a tenu une place importante à la Cour Royale depuis l'époque Ayuthia, comme les conseillers concernant les mœurs, les cultes, les rites et ainsi les cérémonies royales jusqu'à nos jours. L'hypothèse pour l'intégralité de la religion brahmane hindouisme parait-t-il la non-contestation avec la croyance bouddhiste, ainsi le brahmane hindouisme renforce la croyance bouddhiste au travers ses cérémonies explicites que nous ne trouvons pas dans la

religion bouddhiste. Force de la civilisation indienne, le système juridique thaïlandais semble influencé par la culture indienne et se composant de quatre éléments : le Thammasart, le Rajasaat, le Code Manu et le Sakdi na. Ce système a influencé la Thaïlande jusqu'aux guerres coloniales du XIXe siècle.

C'est le Sakdi Na qui était le moins attaché à la culture bouddhiste car c'était un système d'inégalité des classes résultant du privilège de la noblesse. Ce système était quasiment semblable à la féodalité médiévale en Europe, mais le Sakdi Na a une différence importante : le droit de posséder n'était pas héréditaire comme en Europe. Chaque nouvel échelon de fonctionnaires reçut des terres suivant son rang dans la hiérarchie. Le Sakdi Na était aussi un des éléments pour calculer le dommage-intérêt d'un tort dans le système juridique.

Le système juridique du Code Manu était un bon exemple de la civilisation indienne emprunté par les Môns. Il en résulte que le Thammasart était une sorte de droit naturel dont les dispositions étaient sacrées et éternelles. Le Thammasart définit les rapports entre l'Etat et l'individu, et selon le Thammasart, le monarque idéal est défini par les dix vertus du Roi, par cinq préceptes bouddhistes, et pendant les jours sacrés, par huit préceptes. De plus, selon le Thammasart, le Roi doit aussi observer les quatre préceptes de la justice, c'est-à-dire : récompenser un service rendu, soutenir des hommes justes et honnêtes, n'acquérir sa richesse que par des moyens justes, ne maintenir la prospérité du royaume que par des moyens justes.

Le Thammasart guide le Roi et limite son pouvoir car le pouvoir absolu du Roi est tempéré par cette loi. De plus, le Thammasart limite les actions du Roi, le Roi est considéré comme un administrateur plus que comme un législateur.

Quant à Rajasat, son nom vient du mot « raja » ou « roi » dans la langue thaï. Le Rajasat est un ensemble de décisions et d'ordres du Roi dans l'administration du royaume. Il englobe aussi les règles de la bureaucratie, les règles du Palais ainsi que celles relatives à la terre et au statut social. A la différence du Thammasart, le Rajasat a sa source dans la personne du Roi et devient ainsi un élément important dans le système juridique qui renforce considérablement le pouvoir absolu du roi.

Issu du droit hindou et sous l'influence de la culture kmhère, le Code de Manu avait un rôle important dans le système juridique de la Thaïlande depuis l'époque Sukhothaï. Le Code de Manu renforçait le pouvoir du monarque et est resté un élément majeur du système juridique thaï jusqu'à XIXe siècle. La dureté de ce droit était tempérée par la tolérance et la bienveillance du Bouddhisme, mais les Rois thaïs demeurent profondément attachés à la tradition brahmane de maintenir un gouvernement autoritaire.

Sous l'influence de la culture forte et de la religion, le Roi et l'ensemble du système de l'Administration thaï sont attachés à une certaine bienveillance guidée par les préceptes de Bouddha pour gouverner le pays. Malgré l'absence de « code » à la manière des pays occidentaux, le concept de justice est présent en Thaïlande. Un exemple en est *l'impartialité du juge* ; sans la présence d'un code explicite, ce concept fait partie du système

thaïlandais depuis l'époque Sukhothaï sous le règne du Roi Ramkamhaeng. Moins formel à l'époque Ayuthai, ce concept était intégré dans le Thammasart.

C'est la raison pour laquelle il est difficile d'envisager la conception des principes généraux du droit thaïlandais à la façon française. Le droit administratif thaïlandais a un caractère particulier, c'est-à-dire, moins riche de textes explicites, mais se composant d'éléments sociaux intéressants. Jusqu'à présent, il n'existe pas de textes (revues, articles, opinions de professeurs) confirmant l'existence des principes généraux du droit. Mais ce n'est pas faux de mentionner que ces principes existaient déjà, mais que le juge n'y faissait pas référence. Prenons la Constitution de la Thaïlande comme exemple. L'acceptation de la Constitution comme source du droit administratif en Thaïlande n'est pas très claire. Cette ambiguïté vient du développement politique du pays. La Constitution a été longtemps considérée comme un corps de règles établies par les détenteurs du pouvoir. De plus, il semble que l'acceptation de la Constitution en tant que source du droit en Thaïlande est uniquement due à sa conformité au principe de la suprématie de la Constitution dans la hiérarchie des normes. C'est la raison pour laquelle, cette acceptation paraît dangereuse pour la démocratie du pays. Il est risqué d'accepter la Constitution purement formelle établies selon la volonté des détenteurs du pouvoir, sans aucune participation du peuple. La Constitution thaïlandaise a commencé à avoir sa propre valeur, c'est-à-dire une valeur constitutionnelle, à partir de 1991. Et surtout en 1997, il y a eu des événements politiques qui ont activé la prise de conscience du peuple au plan politique. Ces événements ont conduit à la réforme de la Constitution qui a débuté en 1991, et a continué jusqu'à l'élaboration de la Constitution actuelle.

La Constitution thaïlandaise est un symbole du droit public dans le pays. L'apparition de la Cour constitutionnelle et l'ensemble de la juridiction administrative suscitent l'étude du droit public en Thaïlande. Cette étude n'est pas facile car il y a peu d'ouvrages par rapport à la France. Une autre considération conclut à l'échec politique et au retard de l'idée de démocratie en Thaïlande. C'est la raison pour laquelle la source constitutionnelle en droit administratif thaïlandais a un rôle moins important qu'en France.

D'ailleurs, à propos de l'ensemble des sources constitutionnelles, nous intéressons quelques points de détail.

Premièrement, concernant le contrôle juridictionnel. Ce type du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (au nom du contrôle de la constitutionnalité) est un contrôle actif en France. Quant au juge administratif français, le Conseil d'Etat a toujours accepté de sanctionner un acte administratif contraire directement et par lui-même à la Constitution. Parfois, le Conseil d'Etat français élargit son pouvoir en faisant référence aux dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Mais, la Thaïlande n'a connu aucune annulation d'acte administratif au motif d'inconstitutionnalité, ni par la juridiction judiciaire, ni par la juridiction administrative, ni par la Cour constitutionnelle.

Deuxièmement, les normes de référence sont plus larges en droit français qu'en droit thaïlandais. En effet, le Cour constitutionnelle et la Cour de cassation thaïlandaise se contentent d'invoquer directement et uniquement la Constitution, c'est-à-dire les dispositions

contenues dans la Constitution, tandis qu'en France, on sait que les normes de référence qui constituent « le bloc de constitutionalité » comprennent non seulement les articles contenus dans la Constitution de 1958, mais aussi le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Les détails de ce bloc de constitutionalité ne seront pas étudiés ici et relèvent plutôt du droit constitutionnel. Par contre, il convient de noter que l'incorporation du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dans le bloc de constitutionalité est unique en France, et en tout cas, ne peut pas être généralisée, parce que, dans une certaine mesure, il faut que les textes de référence existent pour que l'organe de contrôle puisse s'y référer. Or, tel n'est pas le cas en Thaïlande, car si la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation thaïlandaises ne faisaient jamais référence au Préambule des Constitutions thaïlandaises, c'est parce que ce dernier était très général et l'est encore aujourd'hui, le Préambule se contentant de déclarer de manière concise l'origine et le processus d'élaboration de la Constitution.

Si l'origine des principes généraux du droit provient des normes écrites, cette synthèse paraît difficile pour le développement des principes généraux du droit en Thaïlande, car les normes écrites en droit thaïlandais sont compliquées, et manquent d'autonomie par rapport à l'organe édicté.

De plus comme la Cour de cassation thaïlandais était la réponse à toute question concernant l'absence d'une véritable juridiction jusqu'à la création de la juridiction administrative par la loi de B.E. 2542, il y a toujours le malentendu du système du droit administratif national. Même si le droit administratif français garde le droit administratif français comme modèle mais il résulte souvent que le droit français ne peut pas appliquer à la situation thaïlandaise, par exemple le droit de la manifestation ou le droit du contrat administratif. Jusqu'à présent, la jurisprudence administrative est peu riche et moins important que la jurisprudence judiciaire.

De plus, le droit administratif thaïlandais manque d'autonomie : le contrôle du contentieux des actes de l'Administration existe, bien qu'il ne fonctionne pas comme une véritable juridiction administrative. De plus, les programmes universitaires d'enseignement comportent également des matières de droit public. Or, l'existence du contrôle des actes administratifs et de l'enseignement des matières du droit public ne signifient guère l'autonomie du droit administratif en Thaïlande. Et c'est même dans ceux-ci que l'on trouve des obstacles à l'autonomie du droit administratif.

En effet, le contrôle juridictionnel des actes administratifs en Thaïlande ne contribue pas véritablement à l'autonomie du droit administratif. Obligé de s'appuyer sur des textes écrits, le juge judiciaire ne peut qu'utiliser l'article 55 du Code de procédure civile comme critère de recevabilité des litiges de nature administrative qui lui sont soumis. Or, de par sa nature, on sait que cet article est destiné à s'appliquer aux procès relevant du droit civil. Ainsi, le juge judiciaire se trouve d'emblée conduit à une impasse pour créer un régime juridique autonome applicable à l'administration. Dans le même ordre d'idées, le juge judiciaire recourt aux dispositions du Code civil pour statuer sur les litiges en matière de

responsabilité publique dans les solutions retenues par le juge judiciaire, ce qui illustre bien la difficulté de créer un régime autonome du droit administratif. Quant au Conseil d'Etat, ses limites que nous avons déjà évoquées sont trop importantes pour lui permettre de créer un régime autonome de droit administratif. De plus, jusqu'à une époque récente, une partie importante des conseillers du contentieux était issue du système antérieur d'enseignement du droit qui n'était pas approprié pour la formation des spécialistes du droit public.

Le juge administratif thaïlandais a été aussi critiqué pour son lien avec la politique. Le juge exerce un pouvoir juridictionnel qui en principe, appartient au peuple. Pour pouvoir exercer légitimement son pouvoir, il convient qu'il soit investi par le peuple. Selon la Constitution, ce rôle est dévolu au Sénat qui sera élu au suffrage universel direct. C'est pourquoi la nomination des conseillers de la Cour suprême administrative et de son président, avant l'accord du Roi, doit être approuvée auparavant par le Sénat[569]. En outre, il est prévu que dans le Conseil supérieur de la magistrature administrative, deux membres sont désignés par le Sénat en vertu du même principe.

Ainsi, à la demande des juges spécialisée et qualifiés, il est une exigence majeure, vu le spécificité du litige administratif. La loi, dans ses articles 13 et 18, a prévu de très hautes qualifications pour ceux qui peuvent être nommés conseillers à la Cour suprême administrative et au tribunal administratif. Ils doivent être en principe des spécialistes de droit, sciences politiques, économiques et sociales ou de l'administration publique, des juges judiciaires ou des fonctionnaires très expérimentés. Par conséquent, ceux qui sont qualifiés pour le recrutement de juges administratifs sont, parfois, déjà dans une haute position dans l'institution de l'Etat, par exemple : le secrétaire général de l'office de la commission des fonctionnaires, le doyen honoraire de la faculté du droit, le secrétaire du l'office de la juridiction administrative, le secrétaire du ministre des affaires intérieures, le préfet, le juge de la Cour suprême au tribunal judiciaire, le secrétaire du ministre de la justice etc. Parfois, les gens expérimentés viennent de l'institution nationale, concernant les litiges administratifs, par exemple : dans le bien public ou la disciplinaire administrative.

D'ailleurs, le système de recrutement du juge administratif pour la Cour suprême administrative prévu par l'article 227 de la Constitution et par l'article 15 et 19 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse est un système ouvert. C'est-à-dire que, sans avoir passé l'examen ou le concours, la personne ayant les qualifications prévues par la loi peut être nommée, elle devient un magistrat professionnel et ne quitte la fonction que lors de son départ à la retraite.

La justice administrative constitue un démembrement de l'Exécutif, auquel elle reste étroitement soumise. Elle représente donc un privilège, plutôt qu'une réelle limitation de ses pouvoirs. L'évolution ultérieure dans le sens d'une libération progressive de la justice administrative, n'a pas entièrement effacé ses traits originels. L'extension et l'approfondissement du contrôle juridictionnel sur l'Administration se traduisaient inévitablement par une emprise du juge sur l'action de l'Exécutif. Nous expliquons ce

[569] Article 15 de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E.2542 (1999)

phénomène parce que le juge est suffisamment proche de l'Exécutif pour qu'il ne se sente pas menacé par le contrôle.

La juridiction administrative, notamment les juges de la Cour suprême, apparaît comme un démembrement de l'Exécutif. La Cour suprême administrative est un des grands corps de l'Etat composé de hauts fonctionnaires et non des magistrats de carrière. De cette façon, nous nous demandons si les juges administratifs suprêmes ne connaissent pas suffisamment la pratique de la procédure administrative contentieuse. De plus, les juges administratifs suprêmes sont toujours confrontés à un contexte politique et restent liées par du multiples attaches au milieu politique.

L'influence politique pour le juge peut se poser encore une fois, si nous acceptons la théorie du pouvoir normatif par le juge (nous l'envisagerons dans la section 2 de ce chapitre), nous savons bien que le juge administratif dégage les principes d'un ordre juridique et politique donné, ne se comporte pas de façon fondamentalement différente du législateur. Le juge remplit une fonction aussi bien législative que politique. Par ailleurs, nous pourrons supporter cette explication contenue dans la thèse du professeur Waline[570], citant que le juge constitue ses principes par la traduction d'une « éthique », d' « une certaine conception de l'homme dans ses relations avec le pouvoir, auxquelles le juge entend « soumettre l'ensemble de la vie politique française ». En conclusion, nous voyons clairement que sa portée n'est donc pas seulement juridique, mais aussi politique.

L'autre hypothèse est que le juge administratif thaïlandais aurait peut-être tendance à minimiser son rôle dans le domaine du pouvoir normatif. La raison de cette modestie s'explique aisément si l'on considère que le pouvoir normatif du juge est la conséquence d'un état de fait, et non d'une habilitation légale. S'il paraît peu conforme au fait de dénier au juge tout pouvoir normatif, en comparant avec la théorie des principes du droit public français qui exclut le juge des autorités compétentes pour édicter des pouvoirs sociaux ou un pouvoir de fait, ses décisions qui sont à la base de cette critique, se fondent peut-être sur la liberté du juge, et non pas sur l'intérêt étroit du requérant.

La juge administratif peut exercer une influence politique. Sa mission est de soumettre à l'Exécutif le respect du droit, en contrôlant la légalité de l'action administrative et la nature de ce contrôle qui est marqué par son origine hiérarchique. Ainsi, sa mission qui confine souvent au jugement d'opportunité est basée sur des éléments qui donnent au juge la possibilité d'infléchir des décisions administratives. Au sein de l'Exécutif, les rapports relativement étroits qu'elle entretient avec l'Administration active, rapprochent le juge administratif des centres de décision politique et aggravent l'influence politique dans ses décisions. A ce propos, le souci de son indépendance est lié au pouvoir politique, mais c'est aussi le pouvoir qui accepte d'être soumis à un contrôle, d'autant plus étroit que l'organe qui exerce ce contrôle, et ainsi, la dernière constatation, c'est l'exercice du contrôle le plus proche du juge administratif.

---

[570] Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mélanges Scelle*, 1950

Mais l'influence du juge administratif connaît certaines limites. Ce sont les limitations qui tiennent même si tout un organe juridictionnel est subordonné au pouvoir politique. Cette subordination se traduit sur le plan organique par la dépendance de la juridiction administrative vis-à-vis de l'Exécutif, dont elle constitue un démembrement. Ces rapports ambivalents ont pour conséquence une autolimitation du juge pour qu'il soit conscient de la réalité de son pouvoir, et aussi de sa capacité de faire preuve de modération.

L'idée que le juge joue un rôle politique implique que le juge utilise son influence en vue de la réalisation de certaines fins. Le juge reste maître de la déterminer. En Thaïlande, en attendant les œuvres jurisprudentielles du juge administratif pour mieux critiquer l'influence politique dans son rôle, la Cour administrative continue à travailler et lancer la jurisprudence majeure pour éviter tous les mauvais commentaires.

Dix ans après la création de la juridiction administrative thaïlandaise en 1999, elle a plusieurs domaines évolutifs, par exemple, l'amendement de la loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse n°5 B.E2551 en ce qui concerne la définition du contrat administratif, pour mieux englober la protection des droits et libertés. Pourtant l'attitude du juge administratif concernant le droit administratif et son travail « prétorien » est très peu changée. Il n'existe, jusqu'à présent, qu'une seule décision mentionnant implicitement les principes selon lesquels les principes existent sans texte selon la décision Mabtabuth du 2 décembre 2009. De plus, en cas de lacune du droit, le juge administratif thaïlandais préfère prendre directement le droit français comme référence, sans respecter les textes existant déjà dans son propre système du droit. Il arrive souvent que le cas français ne puisse pas être compatible avec la situation thaïlandaise, comme nous l'avons envisagé dans le cas du droit de manifestation. Jusqu'à présent, le juge administratif thaïlandais a été obligé de travailler avec les différentes sources du droit : la source du droit public français, la source du droit civil thaïlandais, la Constitution de la Thaïlande et aussi les règles juridiques non écrites. Le juge administratif thaïlandais est obligé de comprendre approfondir sa connaissance de la source choisie et aussi de prendre une méthode d'interprétation parfaite pour élaborer sa justice.

Bibliographie

I. Documents en langue français

1.Ouvrages

A.ECHAPPE Olivier, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris,1980

ARVON Henri, *Le bouddhisme*, 6e édition, PUF, coll. Que sais-je ?, 1969

AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité des recours en matière administrative,* Paris : Litec,1992

BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966

BEIGNIER Bernard et BLERY Corinne, *Manuel d'introduction du droit*, PUF, 2004

BELAID S, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, 1974

BENOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz 1968, p.10-12

CHABONAL Daniel, *Le juge administratif*, LGDJ, 1993

CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Thémis-PUF, 1978

CARBONNIER Jean, *Flexible Droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1979

CARRE DE MALBERG R., *Théorie générale de l'Etat*, tome1, Sirey, 1920

CHAPUS René, *L'administration et son juge*, PUF, 1990

CHAPUS René, *Droit administratif*, tome 1, 14é édition, Montchrestien, 2000

CHRETIEN Maxime, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, thèse, Lille, 1939

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF 2003

COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, bibliothèque du droit public, tome 210, LGDJ, 2000

CUBERTAFOND Bernard, *Le droit en question : La création du droit*, Ellipes, 1999

DARCY Gilles et PAILLET Michel, *Contentieux administratif*, Armand Collin, 2000

DAVID, *Le droit français*, Paris, 1960

DEBBASH Charles, *Droit administratif*, 6e édition, Economica, 2002

DELVOLVE Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, thèse, Paris, LGDJ, 1969

DEPUIS Georges, GUEDON Marie-José et CHRETIEN Patrice, *Droit administratif*, 7e édition, Armand Colin

DESHAYES Laurent, *Découverte du Bouddhisme*, PLON, 2006

DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse Toulouse 1934

DUPUY P.-M., *Droit international public*, Précis Dalloz, 3e éd. 1995, p.272

DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux* (trad. ang : Taking Right seriously), PUF, 1995

FRANCIS- PAUL Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968

FRANCK Cl., *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, Paris, 1974

FOULETIER Marjolaine, *Recherche sur l'équité en droit public français*, bibliothèque de droit public t. 229, L.G.D.J.

GALLAND Xavier, *L'histoire de la Thaïlande*, coll. Que-sais je ?, 1er édition, 1998, PUF,

GARDAVAUD Guy, OBERDOFF Henri (sous la direction), Le juge administratif à l'aube de XXIe Siècle : Actes du colloque de 40 universitaires et les tribunaux administratifs, Presse Universitaires de Grenoble, 1995

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1972

GENEVOIS Bruno, *Encyclopédie Dalloz-Contentieux administratif, Rubrique « principes généraux du droit »*,2000

GENEVOIS Bruno, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, Paris, 1988

GENEVOIS Bruno, Encyclopédia Dalloz – *Contentieux administratif*, Rubrique « Principes généraux du droit », octobre 2000, n°973

GENY Frank, *Méthodes d'interprétation et source en droit positif privé*, tome 2, LGDJ, Paris

GONOD Pascal et CADIET Loïc (sous direction), *Le Tribunal des Conflits Bilan et Persepectives*, Dalloz 2009

GOLDENBERG, *Le Conseil d'Etat, juge de fait*, Paris, Dalloz, 1933, p.366

GROUX Guy et PERNOT Jean-Marie, *La grève*, Presse de Sciences Po, 2008

HAENEL Hubert et FRISON-ROCHE Anne-Marie, *Le juge et le politique*, PUF, 1998

HAURIOU Maurice, *Précis du droit constitutionnel*, Siery, 1929

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, librairie Bloud&Guy, Paris, 1933

HUFTEAU Y.-L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Préf. J.Boulanger, Coll. Travaux et recherches Fac. Droit de Paris, PUF, 1965

ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse , Toulouse, L.G.D.J, 1968

JEANNEAU Benoît, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954

KELSEN Hans, *Théorie pure de droit*, 1e édition, Neuchâtel, éd. De Baconnière, 1988

LACHAUME Jean-François, *Le droit administratif*, 13e édition, PUF, 2002

LARZUL Tanneguy, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermès, Paris, 1994

LE MIRE, *La protection constitutionnelle des libertés en droit public français*, thèse, Paris, 1975

LEVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962, p.32

LINDITCH Florian, *Le droit des marchés publics*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2004

LOCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, thèse, Paris, 1970

LONG WEIL et BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 15e édition

LATOURNERIE Dominique, *Le Conseil d'Etat*, Dalloz connaissance du droit, 2005,

LUCHAIRE François, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, 1980

MAILLOT Jean-Marc, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité*, coll.nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003

MASSOT Jean et GIRARDOT Thiérry, *Le Conseil d'Etat*, notes et études documentaires, n°5086-87, janvier 1999

MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, thèse, Montpellier, 1988

MELLERAY Fabrice, *Le présidence du Tribunal des conflits*, Dalloz, 2009

MIGNON Maxime, *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public*, thèse, lille, 1938

OVERT Stéphane et MADINIER Rémy (sous direction), *Les musulmans d'Asie du Sud-Est face au vertige de la radicalisation*, Les Indes Savantes, 2003

PACTEAU Bernard, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, 2003

PEREMAN Charles, *Logique juridique*, Paris, 1979

PERELMAN Charles et FORIES Pierre, *La motivation des décisions de justice*,Bruxelle,1978

PETIT, *La présidence du tribunal des conflits*, thèse, Paris, 1909

PHILIPPE Xavier, *Droit administratif général*, 2e édition, PUAM, 1996

PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, édition

Panthéon-Assas, Paris, LGDJ, 2003

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 4e édition, 2004

RIPERT George, *Le déclin du droit :étude sur la législation contemporain*, Paris, LGDJ,1949

RIPERT George, *Les forces créations du droit*, LGDJ, 1955

RIVERO Jean, *Les libertés publiques sous la Ive République*, Paris, LGDJ, 1978

RIVERO Jean et WALINE Jean, *Droit administratif*, 19e édition, Dalloz, Sirey, 2002

ROUSSEAU Dominique, *Droit de contentieux constitutionnels*,8éme édition, Montchretien,

2008

RAYNAUD Ph., *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, PUF, coll. Quadrige,1996

SAINT-JAMES Virginie, *La conciliation des droits de l'Homme et des libertés en droit public français*, PUF

SCHENER J.-M., *Une jurisprudence d'équité du Conseil d'Etat : le risque administratif*, thèse Strasbourg, 1946

SRIPHIROMYA Sukontha, *L'exécution des décisions des juridictions administratives : étude comparative en droit français et en droit thaïlandais*, thèse, Toulouse, 2005

SELLIER Jean, *Atlas des peuples d'Asie méridionale et orientale*, La découverte, 2004

SOUTIF Michel, *Fondements des civilisations de l'Asie : science et culture*, EDP science, 2009

STIRN Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, 1995

STIRN Bernard, *Le conseil d'Etat, son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, 1999

SAWANGSAKDI Charnchai, *Le Conseil d'Etat français et son équivalent thaïlandais*, thèse, Aix Marseille, 1978

SAWANGSAKDI Charnchai, *Le Conseil d'Etat de la Thaïlande : du Conseil du Roi vers la juridiction administrative suprême*, document du Conseil d'Etat thaïlandais, mars 1995

TIMSIT Gérard, *Les figures du jugement*, PUF, les voies de droit, 1993

THUILLIER Guy, *L'art de juger*, Economica, 2001

TURPIN Dominique, *mémentos : Les libertés publiques*, 5é édition, Gaulino éditeur, 2000

VAN LANG Agathe, *Juge judiciaire et droit administratif*, thèse, Rennes 1, 1992, Paris LGDJ, coll.Bibliothèque de droit public, t.183, 1996

VERPEAUX Michel et JANICOT Laetitia, *Droit public*, coll.major, PUF, 2009

VEDEL George et DELVOLVE Pierre, *Droit administratif*, 7e édition, PUF, 1980

WANNAPANIT Boonanan, *Etude comparative de la procédure administrative non contentieuse en France et en Thaïlande*, thèse, Toulouse, 2000

ZENATI Frédéric, *Méthodes du droit, la jurisprudence*, Dalloz, 1991

2.Articles

A.de LAUBADERE, « Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité », *EDCE*, 1979-80

AMSELEK, « L'évolution générale de la technique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982

AUBY M., « L'évolution des sources de la fonction publique », *AJDA*, 1984bv

BATTIFFOL, « Sur la positivité du droit », *Mélanges Dabin*, t.3, Paris 1979

BENOIT Francis-Paul, « Les fondements de la justice administrative », Mélanges Macel Waline

BELORGEY Jean-Michel, « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'Etat français », *RA*, numéro spéciale 4-1999

BENHAMOU Yves, « Réflexion sur l'évolution de la fonction de juger dans l'état de droit », *RA*, n° 311

BORE J., « Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation », *D*, 1979

BOULANGER Jean, « Principes généraux du droit et droit positif », *Mélanges Ripert, 1950*

BRAIBANT Guy, « L'arrêt syndicat général des ingénieurs-conseils et la théorie des principes généraux du droit », *EDCE*, 1962

BRAIBANT Guy, « Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit », *Mélanges René Chapus*, Montchretien, 1992

G. BRAIBANT, « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité » : *RF adm. Publ*. 1992

BRAIBANT Guy et ZARADNY Aude, « L'action de la Commission supérieur de codification », AJDA, 2004

BURDEAU François, « Les crises du principe de dualité de juridictions », RDA, sept-oct., 1990

CASSIN René, « L'introduction », EDCE, 1947

CHALIER, « La Constitution et le juge de l'Administration », in *Mélanges* Stassinopoulos, Paris, L.G.D.J., 1974

CHAPUS René, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D*, 1960

CHAPUS René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D*, 1966

CHAPUS René, « L'administration et son juge : ce qui change », *EDCE* 1991

CHAVALLIER Fr., « L'exception d'inconstitutionnalité l'Etat de droit et la construction de la communauté européenne », *D*, 1989

CHEVALLIERS Jacques, « Décision du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 1987

CHAVALIER Jacques, « L'Etat de droit », *RDP* 1988

CHEVALLIER Jacques, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RDA*, sept.-oct. 1990

J.P.COSTA, « L'image du Conseil d'Etat dans la société de demain », *RDA* 1998, n°301,

COSTA Jean-Paul, « L'effectivité de la justice administrative en France »,*RDA* numéro spécial 6-1999

COSTA Jean-Paul, « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnel »,

DEBBASCH Charles, « Les sources de droit administratif, permanence et novation », *D.S*, 1971

DEBBASHE Charles, « Les sources du droit administratif : Permanence et novation », *D.* 1971

DEBBASCH Charles, « Déclin du contentieux administratif ? », *D.*, 1967

DE BECHILLON Denys, « Le juge et son œuvre un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Mélange Michel Troper*, Economica, 2006

DE BECHILLON Denys, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », *Mélanges Philippe Jestaz* : «Libre propos sur les sources du droit », Dalloz, 2006

DEBOUY Charles, « Le droit administratif français : tendance récentes », *Les Petites Affiches*, dec. 1997, n°146

DELPEREE Francis, « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des Conseils d'Etat », *R A*, numéro spécial 4-1999, p. 122

DELVOLVE Pierre, « Paradoxes du (paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *Mélange René Chapus*, Montchrestien, 1992, n°16, p.145

DELVOLVE Pierre, « Le Conseil d'Etat français : compétence », *RA*, numéro spécial 5-1999,

DELVOLVE Guillaume, « Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée », *RDA*, sept-oct. 1990

DENOIX DE SAINT MARC Renaud, « L'indifférence du juge administratif », *RA*, n°301

DONNEDIEU DE VARBES Jacques, « La protection des droits de l'Homme par les juridictions administratives en France », *EDCE*, 1949

DRAGO Roland, « La réforme du Conseil d'Etat », *AJDA*, 1963

DRAGO Roland, « Les cours administratives d'appel », *RFDA*, 1988

DRUENE, « La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la Ve République », *RDP*,1974

DUBOUIS Louis, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? », *Mélange Benoit Jeanneau*, Dolloz, 2002

DUPEYROUX Olivier, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury*, 1960

DUPEYROUX Olivier, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mélange Marty*

DUPEYROUX Olivier, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *RDP*,1983

EISENMANN Charles, « La théorie des « bases constitutionnelles de droit administratif », *RDP*,1972

EISENMANN Charles, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Sirey, 1952

FAVOUREU, « Le principe de constitutionnalité », in *Mélanges* Eisenmann, Paris, Cujas, 1974

FAVOREU Louis, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoir* n°13, 1980

FAVOREU Louis, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1980 », *RDP*, 1980

FAVOREU Louis, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? »,

FAVOREU Louis, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution », *D*, 1986

FAVOREU Louis, « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *RDA*, mars-avr. 1987

FAVOREU Louis, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge des conflits : vers une harmonisation des jurisprudences », *RFDA*, 1987

FAVOREU Louis, « Le principe de constitutionnalité essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélange Eissenmann*

FAVOREU Louis, « L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif (nouveaux développement) », *RFDA*, 1989

FAVOUREU Louis, « Droit administratif et droit constitutionnel », *RDA*, juill.-août 1989

FUKASE Tadakazu, « « Les principes généraux du droit » en France et l'exemple du « principe fondamental du droit » au Japon », *Mélange Benoit Jeanneau*, Dolloz, 2002

GABAR Christian-Albert, « Principes généraux du droit du travail : une nouvelle étape vers la banalisation du droit applicable aux personnels des entreprises à statut ? (Quelques remarques sur l'arrêt *Berton*)», *Mélange Benoit Jeanneau*, Dolloz, 2002

GAUDEMET Yves, « Remarques sur l'évolution des sources du droit au contentieux administratif »,

GAUDEMET Yves, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RDA*, 1990

GAZIER, « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », *RFDA*,1990

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'Etat et l'ordre juridique communautaire », *EDCE*, 1979-80

GENEVOIS Bruno, « Le conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *RDA*, mars-avr. 1987

GENEVOIS Bruno, « Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Mélanges Réné Chapus*, Montchestien, 1992

GENEVOIS Bruno et MODERNE Franck, « Principes fondamentaux, principes généraux », RFDA, mai-juin 1998

GENY, « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif »,*Livre jubilaire du Conseil d'Etat*

GUIHEUX Gilles, « L'impact de l'arrêt *Koné* sur la hiérarchie des normes », *Les petites affiches*, 27 décembre 1996

HABRAUD Pierre, « le juge et la jurisprudence », *Mélange Couzinet*, Toulouse, 1974

HAURIOU Maurice, « Les éléments du contentieux *», Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905

HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif depuis l'an VIII », *Mélanges Garsonnet*, Paris, 1993

HEUMANN Cl., « Dix ans de jurisprudence du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1976

JEANNEAU B., « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE*, 1987

JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D*, 1987

JEZE Gaston, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP*, 1914

JEZE Gaston, « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français »,*Livre jubilaire du Conseil d'Etat*

JOYAU Marc, « Liberté médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 février 1988 *section locale du Pacifique sur de l'Ordre des médicine*) », *RFDA*, 1999

JULIEN-LAFERRIER, « note de la jurisprudence Koné », *D*, 1996

KHAIR Antoine, « Le Conseil d'Etat : Histoire et évolution », *RA*, numéro spécial 5-1999

KORTMANN Constantin, « Les principes généraux du droit dans le droit public néerlandais », *Mélanges Jeanneau*, Dalloz, 2000

KONIJNENBELT M., « Le Conseil d'Etat néerlandais et l'importance des principes de droit non écrits dans les avis et la jurisprudence », *RA* numéro spécial 4-1999

LABETOULLE Daniel, « Le juge administratif et la jurisprudence », *RA*, numéro spéciale 5-1999

LACHAUME Jean-François, « Les non-principes généraux du droit », *Mélanges Jeanneau*, Dalloz 2000

LAMBERT J., « Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. Marbury v.Madison », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t.38, 1931

LATOURNERIE R., « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Le Conseil d'Etat livre jubilaire*, Paris, Sirey, 1952

LATOURNERIE R., « Les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*

LATOURNEUR, « Les principes généraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1951

LATOURNEUR, « L'évolution récente de la jurisprudence administrative pour la protection des droits de citoyens », *RISA*, 1965

Le Bos A.-M., « principes généraux du droit », in O.DUHAMEL, Y.MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p.827

LEVY, *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel*, Paris, Mélanges Waline, L.G..D.J., 1924, tome 1

LEWALLE Paul, « Les règles non écrites dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir. Les principes généraux du droit », *RA* numéro spécial 4-1999

LEVY Denis, « Les sources du droit constitutionnel », *Mélanges Jeanneau*, Dalloz 2000

LINOTTE Didier, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980

LINOTTE Didier et RIALS Stéphane, Conclusion d'une controverse, AJDA 20 avril 1981

L'HUILLIER Jean, « Défense positivisme juridique », *RDP*, 1954

LUCHAIRE Frank, « introduction », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque 21-22 janvier 1988

LOCHAK Danièle, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs 1986*, n° 13, 2e édition

LONG Marcel, « Une réforme pour préparer l'avenir », *AJDA*, 1988

LONG Marcel, « L'état actuel de la dualité de juridictions », *RDA*, sept-oct. 1990

MADIOT Yves, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Mélanges* J.Savatier, PUF 1992

MARTY G., « Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le tribunal suprême », *Mélanges Lambert*

MALAURIE Philippe, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélange Savatier* , Dalloz, 1964

MATHIEU Bernard, VERPEUX Michel, « La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt *Koné* du Conseil d'Etat à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droit fondamentaux », *D.*, 1997

MAURY, « observation sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Mélange Ripert*, 1950

MASSOT Jean, « Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit : avis consultatif et proposition », *RA*, numéro spécial 5-1999, p.151-177

MELLERAY Fabrice, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1964

MELLERAY Fabrice, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA*, mars 2005

MESCHERIAROFF Alain-Serge, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA*, 1976

MIGNON Maxime, « La valeur juridique de Préambule de la Constitution selon la Doctrine et la Jurisprudence », *D.*, 1951

MODERNE Franck, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992

MODERNE Frank, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1998

MODERNE Frank, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999

MONNIER François, « L'innovation au Conseil d'Etat », *RA*, numéro spécial 5-1999

MORANGE George, « Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits », *RDP*, 1945

MORANGE George, « note sous C.E. 26 octobre 1945, *Aramu* », *D.*, 1946

MORANGE George, « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *D*, 1959

MORANGE George, « Les principes généraux du droit sous la Ve République », *RDP*, 1960

MORANGE George, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *RDP*, 1977

ODENT Bruno, « La jurisprudence du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit vue par un avocat aux Conseils », *RA*, Numéro spécial 5-1999, p.89-93

PACTEAU Bernard, « La jurisprudence, une chance du droit administratif », *RA*, numéro spécial 6-1999

PEISER Gustave, « Le développement de l'application du principe de l'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992

L.PHILIP, « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-Marseille, PUAM, 1979

POULIQUEN Patricia, « L'équilibre entre les textes de 1789 et 1946 », *Les Petites Affiches*, fév. 1995, n°21

RIALS Stéphane, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin : à propos d'un récente article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981

RIVERO Jean, « Le juge administratif : un juge qui gouverne », *D.*1951

RIVERO Jean, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955

RIVERO Jean, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968

RIVERO Jean, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D*, 1972

RIVERO Jean, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité », *Mélange Waline*, tome2, Paris, LGDJ, 1974

RIVERO Jean, « Décision du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 1976

RIVERO Jean, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *RIDC*, 1977

RIVERO « Jean, Dualité de juridictions et protection des libertés », *RDA*, sept-oct., 1990

ROBERT Jacques, « Le juge administratif et la bioéthique », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992

ROLIN Frédéric, « Les principes généraux gouvernant l'élaboration des volumes de *mélanges »*, Mélanges Jeanneau, Dalloz 2000

ROCH Jean, « Réflexion sur le pouvoir normatif de la jurisprudence (A propos de la soumission au droit des règlements autonomes) », *AJDA*, 1962

RODEVILLE-HERMANN Jeannine, « L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugé dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des communautés européennes », *RDP*, 1989

ROUBIER Paul, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Mélange Gény*

SCHRAMECK, « Décisions du Conseil constitutionnel relatives au statut de la Polynésie français », *AJDA* 1996

SCHWARTZ, « Le décret du 29 mai 1997 ne porte atteinte ni au principe du contradictoire aux droits de la défense », *AJDA*, 1998

STIRN Bernard, « Juridiction et jurisprudence administratives : le temps du mouvement », *Mélange Michel Troper*, Economica, 2006

SRIRN Bernard, « La juridiction administrative : Problèmes actuels et réformes », *RFDA nupéro spéciale*, 1999

TABER Michel, « Le juge administratif et la légalité », *RA*, numéro spécial 5-1999, p.67-88

TIMSIT Gérard, « M. Le Maudit : Relire Montesquieu », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992

TEBOUL Gérard, « A propos de la coutume dans la jurisprudence administrative : Dialogue intérieur », *Mélanges Réné Chapus*, Montchrestien, 1992

THERON Sophie, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA*, mars-avril 2004, p. 230

THIBIERGE Catherine, « Sources du droit, source de droit : une cartographie », *Mélanges Jeztaz*, Dalloz, 2006

VERPEAUX Michel, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République », *LPA*, 16 juillet 1993, n°85,

VEDEL George, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP*, 1948

VEDEL George, « Les basses constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954

VEDEL George, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *Mélange Waline*, tome 2, LGDJ, 1974

VEDEL George, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, n°31

VEDEL George, « Le précédent judiciaire en droit public français », *RDP*, 1990

VEDEL George, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RDA*, sept-oct. 1990

VEDEL Georges, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Montchestien, 1992

VELLEY Serge, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989

VERPEAUX Michel, « Les perspectives de la codification : La codification devant le Conseil constitutionnel », *AJDA* 2004

VERPEAUX Michel, « La codification devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2004

VIVIEN Dominique, « Essai sur l'art de juger », *RA*, n°310 p. 358 et n°311, p. 458

WALINE Jean, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mélange Scelle*, 1950

WALINE Jean, « Recherche sur l'application du droit privé par le juge administratif »

ZOOLER Elisabeth, « Due process of law et principes généraux du droit », *Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau*, Coordonné par Christian-Albert Garbar « Les mutations contemporains du droit public », Dalloz, 2002

« Les principes de droit non écrits dans les avis du Conseil d'Etat et la jurisprudence administrative luxembourgeoise », *RA* numéro spécial 4-1999

II. Documents en langue thaïlandaise

1.Ouvrages

BOONMEE Teerayuth, *La révision du pouvoir judiciaire*, Winyuchon, Bangkok, 2006

BORAMANANT Nantawat, *Introduction du droit administratif français*, Winyuchon, 2004

JANTARANANGSU Thongtong, *L'amélioration du système de travail de la mission de travail de la commission parlementaire*, Etude pour la formation des propositions reformes politique thaïlandaise rendue à la Commission du développement de la démocratie, Office de la fondation pour la contribution à ka recherche, 1995

KASEMSARP Preedi, *La philosophie du droit*, 5e édition, Presse de l'Université Thammasart, Deuntula, 2000

LA DIVISION DE DEVELLOPEMENT JURIDIQUE DU CONSEIL D'ETAT, *L'assemblé l'office de la juridiction administrative*, 2004

LERDPAITOON Somkid, *Les juges constitutionnelles*, Nithitham, Bangok, 2002

NILSANIT Pacharit, Les principes généraux du droit selon l'article 4 du Code civil : étude comparative et historique, thèse maîtrise en droit, université Thammasart, 2543

publique, journal du développement juridique, n°14-4 avril 2004

OFFICE DE LA COUR CONSTITUTIONELLE, *L'introduction des juges constitutionnelles*, P.Presse, Bangkok, 2007

OFFICE DE LA COUR CONSTITUTIONELLE, *La Cour constitutionnelle*, P.Presse, Bangkok, 2008

OFFICE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE, *10 ans de la Cour constitutionnelle : son rôle dans l'Etat de droit*, P.Presse, Bangkok, 2008

OFFICE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, *3 ans de la juridiction administrative*,

PRAPATTONG Wattanawan, *La prérogative royale relative au recours devant le Roi en Thaïlande*, thèse pour la maîtrise en droit, Université Chulalongkorn, 1997

SAENG-UTHIA Yudd, *L'introduction général du droit*, 9e édition, Winyoochon, 2003

UWANNO Bawornsak, *Droit public*, tome 3, Nithitham, 1995

WONGWATTANASARN Chaiwat, *Le principe général du droit de la procedure administrative non contentieuse*, SEUPANYA, 1988

Colloque : La liberté de manifestation et la dispersion, l'Université de Thammasart, 2 mars 2004

2.Articles

AKARAPHIMANN Buppa, « Les principes généraux du droit »,*Revue juridique de la juridiction administrative*, n°1 jan-avr.2005

DITHAPICHAI Jarann, « Les droits de l'Homme : le droit de manifestation », http://fpps.or.th

EIMEPRAYOON Panome, « Les principes généraux du droit », Livre à l'hommage de Panome EIMEPRAYOON,

PIWAWATTANAPANICH Prasit, « Remarques sur la droit de manifestation et la liberté d'opinion selon la Constitution », *Journal Matichon*, 5 juin 2008

WONGWATTANASARN Chaiwat, « L'élaboration du droit », *Revue du droit administrative*, Le Conseil d'Etat, n°7, volume 1, 1998

III.Source internet

MEKHANTAR Joël, Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques, www.rajf.org/imprimer.php3?id_article29

MENNA Domenico, *La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle*, www.u-picardie.fr/labo

Discours du président de la Cour suprême administrative, décembre 2009, www.pub-law.net

La compétence du juge judiciaire en dehors des textes, http:// playmendroit.free.fr

Tables des matières

Introduction…….. 1

Première partie……..3

I.La place de la juridiction administrative dans l'ensemble juridiction

Section1 : Une originalité.....3

§1.Une originalité française : la coexistence de deux ordres juridiction……... 3

(A) L'histoire de la juridiction administrative ……...4

1. L'historique de la juridiction administrative
à travers la dépendance du contentieux administratif…… 4

(1.1) L'affirmation de la séparation des autorités
administratives et judiciaires sous l'Ancien Régime……. 4

(1.2) La réaffirmation de la séparation des autorités
administratives et judiciaires sous la Révolution……5

2. Le passage de justice retenue à la justice déléguée……6

(2.1) La loi de 1872 et la jurisprudence complémentaire *Cadot*……7

(2.2) L'occultation du principe de séparation des autorités
administratives et judiciaires et le principe de séparations des pouvoirs……7

(B) La juridiction administrative française contemporaine……9

1. La constitutionnalisation de la juridiction administrative
par l'autonomie du contentieux administratif……9

(1.1) La constitutionnalisation de l'indépendance de la juridiction administrative……9

(1.2) La constitutionnalisation de la compétence de la juridiction administrative……...10

2. La limitation et délimitation du contentieux administratif……11

(2.1) Le contentieux administratif dans le système de dualisme juridictionnel……11

(2.2) La délimitation du contentieux administratif……...12

§2.Une originalité thaï : l'absence d'une véritable juridictionnelle administrative……..13

(A)Les problèmes de la garantie juridictionnelle……..14

1. L'absence d'une véritable juridiction administrative……...14

(1.1) L'idée de la dualité de la juridiction à la française……...14

(1.2) Les compétences de la juridiction judiciaire et du Conseil d'Etat……...16

2. Les obstacles à la création d'une véritable juridiction administrative……..17

(2.1) La détermination des hommes politiques…….17

(2.2) Les propositions du juge judiciaire……..20

(B) Le choix d'après l'actuelle Constitution…….22

Section 2 : Un garde frontière : le tribunal des conflits

§1. Le Tribunal des conflits français…….23

§2. Le commission des conflits juridictionnels thaïlandais……..29

<u>II. L'ensemble des juridictions administratives</u>

Section 1 : Les juridictions administratives spécialisées

§1. Les juridictions administratives spécialisées françaises…….33

§2. Les juridictions administratives spécialisées thaïlandaises…….34

Section 2 : Les juridictions administratives à compétence générale

§1. Les juridictions administratives à compétence général en France……..34

(A) Les compétences des juridictions……...36

(B) Le procédure dans le Tribunal administratif……...39

1.Contentieux administratif au sens strict…….40

(1.1) Contentieux et litige…….40

(1.2) Contentieux et juridiction…….41

2. Contentieux de l'action administrative au sens large……42

(2.1) Le contentieux juridictionnel de l'administration
en dehors de la compétence de la juridiction administrative……42

(2.2) Le contentieux non juridictionnel de l'administration……44

§2. Les juridictions administratives à compétence générales thaïlandaise……..47

(A) Les compétences des juridictions……...47

(B) La procédure administrative……...48

1. Le tribunal administratif de première instance……..48

2. La Cour administrative suprême……...53

III. La juridiction administrative et la recherche de la protection optimale des droits

Section 1 : Le recours

§1. Le recours français……..57

(A)La compétence classique……57

1. Le contentieux de l'excès de pouvoir……57

(1.1) Le contentieux de l'excès de pouvoir ordinaire……...57

(1.2) Le juge administratif substitué à l'Etat
à l'égard des actes collectivités territoriales……..59

2. Le recours de pleine juridiction……59

(B) Les nouvelles compétences……60

1. En matière économique et financière……60

2. Le juge répressif……....61

(2.1) La protection du domaine public……..61

(2.2) La protection des fonds publics……61

§2. Le recours thaïlandais……62

(A) Le recours contentieux……...62

(B) Le recours non contentieux…….....67

(1.1) Le recours royal……68

(1.2) Les commissions parlementaires……..69

(1.3) Le recours administratif……70

Section 2 : Le Conseil d'Etat et la création du droit

§1. La « création » et la « découvert » en droit français……...71

(A) « création » de normes nouvelles : l'invention d'une responsabilité sans faute…….71

(B) « découvert » de normes nouvelles : les principes généraux du droit……72

§2.La « création » et « la découvert » en droit thaïlandais……...73

Deuxième Partie……..……76

I.Le juge

Section 1 : L'indépendance de l'ensemble de la juridiction administrative

§1.L'indépendance, son organe et son juge de la juridiction administrative……76

(A) L'indépendance organique…….76

1. L'indépendance organique par la loi…….76

(1.1) La loi 16-24 août 1790 et le passage de la justice retenue et la justice déléguée…….76

(1.2) L'état actuel de l'ordre juridiction et nouveau mode de régulation…….84

2. L'indépendance organique par la société……..86

(2.1) Le Conseil d'Etat lutte contre la lenteur
à rendre une décision et à exécuter les décisions……..86

(2.2) L'indépendance par rapport à la fonction publique : un juge qui gouverne ?.....92

§2. L'indépendance, son organe et son rôle de la juridiction administrative thaïlandaise……98

(A) L'indépendance organique…….98

1. L'indépendance organique par la loi…….98

(1.1) La loi portant création des juridictions administratives B.E. 2542 (1999)……...98

(1.2) L'état actuel
de l'organisme de juridiction administrative et le nouveau mode de régulation……103

2. L'indépendance organique par la société……108

(2.1) Les critères politiques du juge administratif……..108

(2.2) Les critères sociaux du juge administratif……..110

(B) L'indépendance personnelle…….116

1. L'indépendance concernant ses collaborateurs dans le système juridique…….116

(1.1) Le juge judiciaire……116

(1.2) Le juge constitutionnel……...119

2. L'indépendance personnelle sous l'influence de la religion bouddhiste……121

(2.1) L'activisme du juge administratif……...121

(2.2) L'imparité du juge administratif…….128

Section 2 : La jurisprudence : fondement inévitable des principes généraux du droit

§1. L'effet et le produit jurisprudentiel en droit administratif français……...132

(A) L'effet jurisprudentiel……...132

1. Le pouvoir normatif de la jurisprudence…….133

(1.1) Le pouvoir normatif de la jurisprudence :
un caractère affirmé lais sans texte démontré…….133

(1.2) La jurisprudence : un pouvoir existant du système juridique…….…136

2. La place de droit jurisprudentiel dans le droit positif…….141

(2.1) Le juge reste soumis à la loi dans son activité de création…….142

(2.2) L'empiétement des juges sur le législateur……146

(B) Le produit jurisprudentiel…….148

1. L'autorité de la règle jurisprudentielle……148

(1.1) L'autorité d'interprétation du juge :
une interprétation non générale mais individuelle……..148

(1.2) Le juge crée des normes par l'énoncé des principes généraux du droit…….150

2. L'apparence de règle jurisprudentielle administrative au système de droit……153

(2.1) Les règles d'origine jurisprudentielle
face aux règles créées par l'acte législatif……...153

(2.2) Les règles d'origine jurisprudentielle
dégagées de la masse des actes juridictionnels……...155

§2. L'effet et le produit jurisprudentiel en droit administratif thaïlandais……..160

(A)L'effet jurisprudentiel……159

1. Remarques concernant les différences entre les deux juridictions……..166

(1.1) L'état de la jurisprudence judiciaire……...166

(1.2) L'état de la jurisprudence administrative……...169

2. L'intervention du juge au niveau de l'élaboration de la jurisprudence……...172

(2.1) L'intervention du juge : un rôle nécessaire
dans le système du droit administratif thaïlandais ……172

(2.2) L'intervention du juge face à l'évolution de la jurisprudence……173

(B) Le produit jurisprudentiel : l'actualité de la jurisprudence
par rapport à l'ensemble de la juridiction administrative……174

1. Au point de vue intérieur……....175

(1.1) L'attitude du juge administratif……..175

(1.2) La difficulté contentieuse concernant la jurisprudence……..178

2. Au point de vue extérieur……182

(2.1) L'influence du droit civil……182

(2.2) L'adhésion de la Thaïlande aux communautaires internationales……..189

II. Le synthèse des principes généraux du droit

Section 1 : Les principes généraux du droit : l'origine et le modèle de leur création

§1.L'origine et le modèle de la création française……..191

(A) L'origine……...191

1. La protection des administrés face au vide juridique……..191

(1.1) La volonté manifeste de combler les lacunes du droit administratif……..193

(1.2) La protection des administrés : un engagement du Conseil d'Etat……194

2. Les fondements légaux de la création des principes généraux du droit……..195

(2.1) La base textuelle……196

(2.2) La force active des principes généraux du droit……201

(B) Modèle de création……...205

1. Le fond : la valeur juridique des principes généraux du droit……205

(1.1) La consécration de la thèse du professeur Chapus……207

(1.2) Les principes généraux à valeur constitutionnelle……..215

2. La forme : la portée juridique des principes généraux du droit……..219

(2.1) La portée générale……..219

(2.2) La portée spécifique……...221

§2. L'origine et le modèle de la création thaïlandaise……224

(A) L'origine……...224

1. La théorie générale des principes généraux du droit……...224

(1.1) L'origine des principes généraux du droit……..224

(1.2) La valeur des principes généraux du droit……..227

2. Le fondement légal des principes généraux du droit
dans le système du droit thaïlandais……230

(2.1) La base textuelle concernant l'article 4 du code civil……230

(2.2) Le juge administratif face à l'absence de texte
de l'enrichissement des sources du droit administratif……...233

(B) Le modèle de la création……...234

1. Le fond……235

(1.1) La création par le juge administratif……...236

(1.2) La création par le juge constitutionnel……...238

2. La forme : l'acceptation du concept des principes généraux du droit en Thaïlande……...242

(2.1) Le juge est celui qui crée le droit……242

(2.2) L'avenir de la théorie des principes généraux du droit administratif en Thaïlande…...244

Section 2 : Les principes généraux du droit : perspectives et innovations

§1. Perspectives et innovations en droit administratif français……...245

(A) Les principes généraux du droit et les autres catégories voisines……245

1. Les principes généraux du droit et l'équité……245

2. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République……..252

(B) La mise en œuvre des principes généraux du droit……...263

1. Stabilité ou évolution……..263

2. Conformité ou compatibilité……...265

§2. La perspective et l'innovation des principes généraux du droit en Thaïlande……..268

(A) La situation présente des principes généraux du droit en Thaïlande……268

1. Le juge préfère prendre l'application
du droit administratif français comme une référence……..270

(1.1) Le droit de manifestation ……...271

(1.2) Le droit de contrat administratif…….275

2. Le juge néglige certains principes généraux établis dans le droit thaïlandais…….277

(2.1) Le droit naturel……...277

(2.2) Les principes déclarés dans la Constitution……...281

(B)L'intervention du juge au niveau de l'élaboration des principes généraux du droit…….287

1. Le juge face à la mutabilité des règles jurisprudentielles……...287

(1.1) La nature des règles jurisprudentielles……...287

(1.2) Les méthodes utilisées par le juge
pour assurer la mutabilité de la règle jurisprudentielle……...289

2. Le juge face à la légitimité des principes généraux du droit……...290

(2.1) La légitimité fonctionnelle des principes généraux du droit……..291

(2.2) La légitimité organique des principes généraux du droit……...292

<u>III. Les exemples divers</u>

§1. Les exemples divers français……294

(A) Les principes généraux du droit distingués selon leur valeur……...294

1. Les principes constitutionnels…….294

(1.1) Les principes inscrits dans le Préambule et les textes auxquels ils renvoient……294

(1.2) Les principes résultant du texte même de la Constitution……..297

2. Les principes à valeur législatives……..298

(2.1) Les principes législatifs se rattachant à la philosophie politique……...298

(2.2) Les principes de technique juridique……..299

(B) Les principes généraux du droit distingués selon leur fonction……299

1. Les droits des administrés……...300

2. L'organisation et le fonctionnement de l'administration……302

§2. Les exemples des principes généraux du droit thaïlandais
à travers des études comparatives……...304

(A) Les exemples anglo-américains……304

1. L'exemple anglais……...304

2. L'exemple américain……...304

(B) Les exemples européens……...307

1. Les exemples luxembourgeois……307

2. Les exemples néerlandais
et le principe de bonne administration selon le droit thaïlandais……309

Conclusion……..313

Bibliographie…….326