



HAL
open science

Les directions des affaires juridiques des administrations centrales : contribution à l'étude de la fonction d'expertise juridique dans l'administration d'État

Louise Fort

► To cite this version:

Louise Fort. Les directions des affaires juridiques des administrations centrales : contribution à l'étude de la fonction d'expertise juridique dans l'administration d'État. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2023. Français. NNT : 2023PA01D029 . tel-04715059

HAL Id: tel-04715059

<https://theses.hal.science/tel-04715059v1>

Submitted on 30 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



École de Droit de la Sorbonne
École doctorale de Droit de la Sorbonne – Droit public et droit fiscal

Thèse de doctorat en droit public

Les directions des affaires juridiques des administrations centrales
Contribution à l'étude de la fonction d'expertise juridique dans l'administration d'État

Présentée par

Louise FORT

Dirigée par

Pascale GONOD

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Soutenue publiquement le 19 décembre 2023

Devant le jury composé de :

Isabelle BOUCOBZA

Professeure à l'Université Paris Nanterre

Nicolas CHIFFLOT

Professeur à l'Université de Strasbourg, *Rapporteur*

Serge LASVIGNES

Conseiller d'État honoraire, Président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement

Jacques PETIT

Professeur à l'Université de Rennes, *Rapporteur*

Olivier RENAUDIE

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les directions des affaires juridiques des administrations centrales

Contribution à l'étude de la fonction d'expertise juridique
dans l'administration d'État

Avertissement

L'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À mes parents,
À Marius, Élie et Joseph,
Pour Philippe.*

Remerciements

Je souhaite exprimer ma plus profonde et sincère reconnaissance à la professeure Pascale Gonod pour avoir accepté de diriger cette recherche et m'avoir guidée tout au long de ce travail. Je la remercie pour sa disponibilité, ses conseils, son soutien et pour tout ce qu'elle m'a appris.

Je tiens également à adresser mes plus sincères remerciements aux professeurs Isabelle Boucobza, Nicolas Chiffлот, Jacques Petit et Olivier Renaudie ainsi qu'au président Serge Lasvignes pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de lire et d'évaluer ce travail.

Cette recherche doit évidemment beaucoup à tous ceux, au sein de l'administration d'État, qui ont accepté de me faire part de leur expérience. Je les remercie vivement pour leur disponibilité.

Il me faut aussi exprimer toute ma gratitude aux membres du SERDEAUT pour leur accueil si attentionné lors des ultimes semaines de rédaction de cette thèse.

J'ai eu la chance durant toutes ces années d'être très bien entourée. Mille mercis à mes très chers compagnons de route : Arthur, Atagün, Benjamin, Brice, David, Fannie, Ioannis, Jean-Baptiste, Manon, Matthieu, Thibaut et Vivian. À Alexandre, Romain et Théo qui m'ont constamment épaulée. Je mesure ma chance de les avoir à mes côtés. À mes merveilleuses amies de toujours, Caroline, Claire, Inès, Marine et Solène qui ont su tout adoucir. À Julie, ma grande complice, avec qui j'ai partagé chaque tourment et chaque joie de cette aventure.

Je dédie ce travail à ma famille.

À mes parents, à mes grands-parents et à mes frères, pour leur confiance et leur soutien indéfectibles. À Philippe, dont la présence rend toute chose plus belle.

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE. L'organisation de la fonction d'expertise juridique ministérielle

CHAPITRE 1 : L'identification d'un besoin d'expertise juridique

CHAPITRE 2 : L'institution des directions des affaires juridiques

CHAPITRE 3 : L'organisation et le fonctionnement des directions des affaires juridiques

SECONDE PARTIE. L'apport des directions des affaires juridiques à l'action ministérielle

CHAPITRE 1 : Le concours à la sécurité juridique de l'action ministérielle

CHAPITRE 2 : La défense des intérêts de l'État devant les juridictions

CHAPITRE 3 : L'amélioration de la qualité du droit

Liste des abréviations

Abréviations des principales références

AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>AJCT</i>	Actualité juridique - Collectivités territoriales
<i>AJDA</i>	Actualité juridique - Droit administratif
CEVIPOF	Centre de recherches politiques de Science Po
<i>CJFI</i>	Courrier juridique des finances et de l'industrie
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction de
<i>EDCE</i>	Études et documents du Conseil d'État
<i>FNSP</i>	Fondation nationale des Sciences politiques
<i>GAJA</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem (dans l'ouvrage/article cité précédemment)
<i>in</i>	Dans
<i>Infra</i>	Plus bas, ci-dessous
<i>JCP A</i>	La Semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales
<i>JCP G</i>	La Semaine juridique – Édition générale
JORF	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
NBT	Nouvelle bibliothèque des thèses
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (ouvrage cité)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RFSP</i>	Revue française de science politique

Principales abréviations en langue française

§	Paragraphe
art.	Article(s)
Ass.	Assemblée
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	Confère
CJA	Code de justice administrative
coll.	Collection
comm.	Commentaire
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSC	Commission supérieure de codification
DAJ	Direction des affaires juridiques
DAJMS	Direction des affaires juridiques des ministères chargés des Affaires sociales
DC	Décision de conformité
déc.	Décision
DILA	Direction de l'information légale et administrative
DLPAJ	Direction des libertés publiques et des affaires juridiques
éd.	Édition
égal.	Également
ENA	École nationale d'administration
et al.	<i>Et alii</i> , et autres
ex.	Exemple
INSP	Institut national du service public
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française
L.	Décision de déclassé
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
n°	Numéro(s)
NOPN	Nouveaux outils de production normative
not.	Notamment
p.	Page(s)
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil
Rééd.	Rédition
Sect.	Section du Contentieux du Conseil d'État
SGAE	Secrétariat général aux affaires européennes

SGDSN	Secrétariat général de la Défense et de la Sécurité nationale
SGG	Secrétariat général du Gouvernement
SOLON	Système d'organisation en ligne des opérations normatives
<i>Supra</i>	Plus haut, ci-dessus
t.	Tome(s)
trad.	Traduction
V.	Voir
V°	Entrée dictionnaire/encyclopédie
vol.	Volume(s)

Introduction générale

1. Les légistes de Philippe le Bel sont présentés comme les artisans de l'État moderne pour avoir œuvré à la centralisation du pouvoir royal¹. « Les “légistes de Philippe le Bel”, c'est avant tout une armée d'esprits formés à la rude discipline des “lois” et armés pour la défense des droits du roi. C'est la masse de ceux qui font marcher l'appareil administratif du royaume »². Bien que leurs profils soient multiples³, ces conseillers du Roi se distinguent par la formation qu'ils ont reçue au sein des Écoles de droit, dans lesquelles ils ont parfois enseigné⁴. C'est grâce à leur connaissance des lois et du droit romain, et à la reconnaissance de cette expertise par le Roi et ses conseils, que ces « chevaliers en droit »⁵ ont tenu des positions de pouvoir dans l'administration royale⁶. L'action des légistes témoigne autant de la valorisation d'un savoir portant sur le droit que de l'instrumentalisation de celui-ci au service d'un projet politique : l'extension du pouvoir royal. La figure du légiste est depuis devenue un lieu commun pour désigner le spécialiste du droit qui agit au service de l'État ou d'un projet politique⁷. Plus modestement, toutefois, le terme de légiste, qui se confond avec celui de jurisconsulte⁸, tend aussi à être employé pour nommer celui qui dispose

¹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835, rééd. Gallimard, 1961, t. I, p. 38 ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2015, p. 155 ; F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française : entre mythes et réalités. XIX^e – XX^e siècles*, CNRS éditions, « Biblis », 2022, p. 14 ; B. PLESSIX, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n° 38, 2003, p. 117.

² J. FAVIER, *Philippe le Bel*, Fayard, 1978, p. 24.

³ J. FAVIER, « Les légistes et le Gouvernement de Philippe le Bel », *Journal des savants*, 1969, n° 2, p. 92 ; E. LALOU, « Les légistes dans l'entourage de Philippe le Bel », in F. ATTAL, J. GARRIGUES et al. (dir.), *Les universités en Europe du XIII^e siècle à nos jours : espaces, modèles et fonctions*, Éditions de la Sorbonne, « Homme et société », 2005, p. 99.

⁴ H. PLATTELLE, « The lawyers of the last capetians », *Revue du Nord*, n° 178, 1963, p. 401.

⁵ J. MICHELET, *Histoire de France*, L. Hachette, 1837, t. I., p. 39.

⁶ La formation reçue et les fonctions occupées par les légistes varient. Les légistes « politiques », qui siègent au conseil royal, se distinguent des légistes « d'administration », auxquels sont confiées des fonctions administratives (E. LALOU, *op. cit.*, p. 100).

⁷ C'est ainsi que les professeurs de droit parisiens justifiant la forme républicaine de l'État ont pu être qualifiés (v. G. SACRISTE, *La République des constitutionnalistes*, Presses de Science Po, Collection académique, 2011, p. 249 ; N. FOULQUIER, « Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme. Question sur les effets institutionnels de la jurisprudence administrative », *Droits*, n° 44, 2006, p. 163).

⁸ Comme « son double le légiste », le jurisconsulte est « de ceux qui, dans le passé, firent profession, comme magistrat, avocats, professeurs, non seulement d'appliquer le droit mais aussi de participer à son élaboration théorique » (J.-L. THIREAU, « Le jurisconsulte », *Droits*, n° 20, 1994, p. 22, v. égal., du même auteur, « Jurisconsulte », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, « Quadrige », 2003, p. 877).

d'une connaissance du droit⁹, même si, dans le langage contemporain, le terme de juriste est plus couramment utilisé.

2. L'administration d'État fait perdurer, sous des formes nouvelles, la tradition des légistes. Les autorités politiques et administratives recherchent les analyses de ceux dont l'expertise en droit est reconnue. Le plus souvent, c'est aux membres du Conseil d'État, et à « leur savoir insurpassable de légistes français »¹⁰, qu'il est fait référence lorsque qu'il s'agit d'évoquer une incarnation contemporaine des légistes royaux¹¹. Toutefois, bien d'autres juristes conseillent le pouvoir exécutif. Auprès d'organes administratifs, tels que le Secrétariat général du Gouvernement ou le Secrétariat général aux affaires européennes, d'avocats ou encore d'enseignants-chercheurs, les autorités administratives et politiques consultent ceux qui peuvent leur assurer que leurs projets sont conformes au droit ou leur proposer les instruments juridiques pour les construire. Au plus près de l'élaboration quotidienne de l'action ministérielle, les ministres et leurs services sont assistés par les juristes placés au sein des administrations centrales et déconcentrées. Or, depuis une vingtaine d'années, l'organisation de l'expertise juridique s'est transformée. Des directions des affaires juridiques ont été instituées dans tous les ministères, auprès desquels elles assurent, selon les textes d'organisation des administrations centrales, une « fonction d'expertise, de conseil et d'assistance ». Cette étude est consacrée à cette évolution, récente au regard de l'histoire longue de l'appareil administratif d'État, de l'expertise juridique ministérielle. Dans cette perspective, il convient de présenter et de définir l'objet de cette recherche (**Section 1**), ses enjeux (**Section 2**) ainsi que la démarche retenue (**Section 3**).

SECTION 1. L'OBJET DE LA RECHERCHE : LES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES MINISTÉRIELLES

3. La recherche a pour objet l'étude, au sein des structures ministérielles françaises, des cellules administratives investies d'une fonction d'expertise juridique. À cette fin, il convient tout d'abord de définir et de délimiter les structures ministérielles considérées (**I**), puis de présenter les « directions des affaires juridiques » en tant que directions – ou sous-directions – ministérielles horizontales, placées sous l'autorité du ministre ou du secrétariat général de ministère et investies

⁹ V° « Légiste », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition.

¹⁰ O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. I, p. 245.

¹¹ Par ex., F. MELLERAY, *Le droit administratif de René Chapus*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2021, p. 41 ; S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, Dalloz, NBT, vol. 106, 2011, §. 64.

d'une fonction d'expertise juridique (II).

I. LES MINISTÈRES

4. Classiquement, le ministre définit le ministère. Le ministère – aussi appelé département ministériel¹², instance ministérielle¹³, structure ministérielle¹⁴ ou encore administration ministérielle¹⁵ – désigne l'ensemble des services placés sous l'autorité hiérarchique du ministre¹⁶. Si les appareils administratifs varient, un ministère se compose, le plus souvent, du cabinet du ministre, des services centraux, des services à compétence nationale et des services déconcentrés. À l'exception de celles du cabinet¹⁷, les attributions de ces services sont réparties selon un principe de subsidiarité¹⁸. Il résulte de la charte de la déconcentration du 7 mai 2015 que les administrations centrales et les services à compétence nationale n'exercent que les « seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial. Les autres missions, notamment celles qui intéressent les relations entre l'État et les collectivités territoriales, sont confiées aux services déconcentrés »¹⁹. Les administrations centrales assument plus particulièrement « un rôle de conception, d'animation, d'appui des services déconcentrés, d'orientation, d'évaluation et de contrôle », dans le cadre duquel « elles participent à l'élaboration des projets de loi et de décret et préparent et mettent en œuvre les décisions du Gouvernement et de chacun des ministres »²⁰. Bien que les services déconcentrés bénéficient aussi

¹² P. GÉRARD, *L'administration de l'État*, LexisNexis, « Manuel », 5^e édition, 2022, §. 26.

¹³ J. FOURNIER, *Le travail gouvernemental*, Presses de la FNSP – Dalloz, « Amphithéâtre », 1987, p. 103.

¹⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, « Domat Droit public », 15^e édition, 2001, §. 284.

¹⁵ C. EISENMANN, « Les structures de l'Administration », in J.-M. AUBY et al., *Traité de Science administrative*, Mouton, 1966, p. 307.

¹⁶ B. CHENOT, « Le ministre, chef d'une administration », *Pouvoirs*, n° 36, 1986 p. 79.

¹⁷ Le cabinet est une cellule politique restreinte, dont les membres sont nommés de façon discrétionnaire par le ministre pour le conseiller et l'assister. Depuis le décret du 28 juillet 1948, la composition des cabinets a progressivement été encadrée. Le décret n° 017-1063 du 18 mai 2017, modifié par le décret n° 2022-825 du 1^{er} juin 2022, limite désormais les effectifs des cabinets des ministres à quinze membres. Les cabinets des ministres délégués et des secrétaires d'État sont respectivement limités à treize et huit membres. Sur les cabinets ministériels, v. not., O. SCHRAMECK, *Les cabinets ministériels*, Dalloz, « Connaissance du droit », 1995 ; J.-M. EYMERI-DOUZANS, X. BIOY, S. MOUTON (dir.), *Le règne des entourages : cabinets et conseillers de l'exécutif*, Presses de Science Po, 2015 ; « Dossier : Sociographie des cabinets ministériels », *RFAP*, n° 168, 2018.

¹⁸ Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration, JORF du 8 mai 2015, texte n° 23.

¹⁹ Art. 3 du décret n° 2015-510 précité.

²⁰ Selon l'article 3 de la charte de la déconcentration, les administrations centrales interviennent notamment dans : « 1° La définition et le financement des politiques nationales, le contrôle de leur application, l'évaluation de leurs effets ; 2° L'organisation générale des services de l'État et la fixation des règles applicables en matière de gestion des personnels ; 3° La détermination des objectifs de l'action des services à compétence nationale, des services déconcentrés et des organismes publics rattachés à l'État, auxquels elles fixent des directives pluriannuelles ; pour les services déconcentrés de l'État, ces directives sont déclinées au niveau des circonscriptions territoriales de l'État ; 4° L'apport des concours techniques qui sont nécessaires aux services déconcentrés et l'évaluation des résultats obtenus [...] Elles peuvent également se voir confier des missions opérationnelles qui présentent un caractère national ».

de l'expertise et de l'assistance des directions des affaires juridiques, la présente étude se concentre essentiellement sur les administrations centrales des ministères. En effet, c'est au niveau central que les directions ont été implantées, au plus près du ministre, de son cabinet et des directions sectorielles²¹ qui conçoivent et animent les politiques publiques.

5. La composition du Gouvernement et les attributions des ministres déterminent le nombre, le périmètre et les intitulés des ministères²². Or, le Président de la République et le Premier ministre jouissent d'une liberté presque totale en la matière²³. Ni la Constitution ni la loi ne fixe ou ne limite le nombre de membres du Gouvernement²⁴. Le chef de l'État et le chef du Gouvernement seraient seulement tenus de nommer un ministre de la Justice et un ministre des Finances, ces derniers étant explicitement mentionnés par le texte constitutionnel ou par des lois organiques²⁵. Pareille liberté se comprend au regard de l'importance politique de cette prérogative : constituer le Gouvernement est le premier des actes de gouvernement²⁶.

6. L'architecture ministérielle varie donc à la faveur des nominations gouvernementales qui traduisent les contingences et les priorités politiques affichées par le pouvoir exécutif. Si les ministères régaliens et les « grands ministères »²⁷ apparaissent comme des « zones de stabilité »²⁸,

²¹ Dans le jargon ministériel, ces directions d'administration centrale sont aussi appelées « directions verticales », « directions métiers », « directions fonctionnelles », « directions opérationnelles », ou encore « directions thématiques ».

²² L'article 8 de la Constitution dispose que « le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement. Sur la proposition du Premier ministre, il nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions ». Les attributions des membres du Gouvernement sont fixées par un décret du Président de la République, contresigné par le Premier ministre. Les décrets d'attribution des ministres sont pris après avis du Conseil d'État, ce qui n'est pas le cas des décrets d'attributions des ministres délégués et des secrétaires d'État ; v. M.-A. GRANGER, « Les décrets portant attributions des membres du Gouvernement », *RFDC*, n° 94, 2013, p. 335 ; F. TARLET, « Décrets d'attribution ministériels, les bornes posées par Mme Borne », *Droit administratif*, 2022, n° 7, p. 3.

²³ Ils disposent, selon l'expression de Matthieu Caron, d'une quadruple autonomie de désignation, de numération, de hiérarchisation et de dénomination des ministres, M. CARON, *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement. Recherches sur le droit gouvernemental de la V^e République*, Institut universitaire Varenne, Collection des thèses, t. 109, 2015, p. 138.

²⁴ Le Conseil constitutionnel a rappelé que « la répartition des attributions entre les membres du Gouvernement relève du pouvoir réglementaire » (Cons. constit., déc. n° 69-56 L, 9 juillet 1969, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article premier de la loi du 19 décembre 1961 instituant un Centre national d'études spatiales et article premier de la loi du 3 janvier 1967 portant création d'organismes de recherche*, Rec. p. 31). D'autres solutions existent. Par exemple, l'article 95 de la Constitution italienne précise que « la loi [...] détermine le nombre, les attributions et l'organisation des ministères ».

²⁵ En effet, le ministre de la Justice est mentionné à l'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958. La loi organique relative aux lois de finances de 2001 et la loi organique relative à la modernisation de la gestion des finances publiques de 2021 mentionnent, à leur tour, le « ministre chargé des finances ».

²⁶ Les décrets de nomination du Premier ministre et de composition du Gouvernement relevant « des rapports d'ordre constitutionnel institués entre le Président de la République, le Premier ministre et les ministres », ils ne peuvent être contestés devant le juge administratif : CE, 16 septembre 2005, n° 282171, *Hoffer* ; CE, 12 avril 2007, n° 304709.

²⁷ O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *Institutions administratives*, LGDJ, « Manuel », 9^e édition, 2022, §. 374, p. 171.

²⁸ J. FOURNIER, *op. cit.*, p. 32. Ces ministères correspondent d'ailleurs, pour l'essentiel, aux principaux domaines que les ministères avaient vocation à couvrir lors de la Révolution française. L'article 4 du décret du 27 avril-25 mai 1791 relatif à l'organisation du ministère dispose que « les ministres exerceront, sous les ordres du roi, les fonctions déterminées

d'autres départements ministériels émergent et disparaissent selon les gouvernements²⁹. L'instabilité ministérielle qui en résulte est régulièrement critiquée³⁰. Elle générerait des difficultés pratiques tenant à la réorganisation et à la redistribution des services entre les ministres³¹, sans rendre l'action gouvernementale plus lisible ni plus efficace³². L'encadrement de la formation des gouvernements et de la création des ministères a ainsi pu être recommandé³³. Ici, il s'agit moins d'estimer les effets néfastes de la liberté du pouvoir exécutif dans la création des ministères que de se demander si l'instabilité ministérielle et administrative qui en découle constitue un obstacle sérieux à l'étude des directions des affaires juridiques instituées au sein des administrations centrales. En effet, la fluctuation du nombre et du périmètre des départements ministériels, couplée à l'évolution de leurs intitulés, pourrait empêcher de consacrer une recherche à des services administratifs dont l'existence serait menacée par les redécoupages ministériels incessants.

7. Au contraire, les directions des affaires juridiques reflètent la stabilité des structures administratives face à l'évolution des contingences politiques. Cette stabilité est principalement assurée par leur position au sein des organigrammes ministériels. En effet, les directions des affaires juridiques sont intégrées aux secrétariats généraux des ministères³⁴, lesquels regroupent les directions et les services administratifs assumant des « fonctions de soutien » au profit de l'ensemble des services centraux³⁵. L'apparition de ces secrétariats, généralisés durant les années 2010³⁶, répond à un enjeu de « bonne administration »³⁷. Elle permet « d'atténuer les inconvénients pour le fonctionnement de l'administration du changement fréquent des périmètres ministériels et de la déconnexion régulière entre, d'un côté, l'organisation gouvernementale et, de l'autre, l'organisation

ci-après, [et] seront au nombre de six : savoir, le ministre de la Justice, le ministre de l'Intérieur, le ministre des Contributions [et] revenus publics, le ministre de la Guerre, celui de la Marine [et] celui des Affaires étrangères ».

²⁹ Pour un recensement, v. M. CARON, *op. cit.*, p. 143.

³⁰ CONSEIL D'ÉTAT, « Structures gouvernementales et organisation administrative », *Notes et études documentaires*, n° 4818, La Documentation française, 1986, p. 5 ; J. PICQ, *L'État en France, servir une nation ouverte sur le monde*, Rapport au Premier ministre de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, La Documentation française, 1995, p. 99.

³¹ J. FOURNIER, *op. cit.*, p. 30 ; O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *op. cit.*, §. 373.

³² J. PICQ, *op. cit.*, 99.

³³ *Ibid.*

³⁴ À l'exception de la direction des affaires juridiques de Bercy, placée sous l'autorité directe du ministre chargé de l'Économie et des Finances, v. *infra* §. 260.

³⁵ Art. 2 du décret n° 2014-834 du 24 juillet 2014 relatif aux secrétaires généraux des ministères, JORF du 25 juillet 2014, texte n° 3.

³⁶ Sur l'histoire et la renaissance récente des secrétariats généraux de ministères, v., not. : H. PAULIAT, « Un Phénix administratif : le secrétaire général de ministère », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 265 ; L. ROUBAN, « Histoire d'une institution : les secrétariats généraux de ministère », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 258, 2006, p. 4 ; B. PÊCHEUR, « Le renouveau des secrétariats généraux de ministère », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 258, 2006, p. 7.

³⁷ CE, avis, 6 avril 2015, n° 390417, *Avis relatif au projet de décret modifiant le décret n° 2008-15 du 4 janvier 2008 relatif à la mobilité et au détachement des fonctionnaires des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration*.

administrative qui en est la conséquence»³⁸. De la sorte, les secrétariats généraux forment «l'ossature permanente de l'administration de l'État»³⁹, préservée des remaniements ministériels. En effet, l'observation de la pratique gouvernementale confirme qu'il n'est pas de l'intérêt du Gouvernement de toucher à ces piliers de la structure administrative centrale de l'État⁴⁰, chaque modification affectant potentiellement la continuité administrative qui «prolonge naturellement la continuité de l'État»⁴¹. Intégrées aux secrétariats généraux des ministères, les directions des affaires juridiques bénéficient de la stabilité de ces derniers.

8. L'institution des secrétariats généraux des ministères change profondément l'organisation de l'appareil administratif central de l'État. Le découpage de celui-ci en ministères s'accompagne peu à peu d'un découpage en «pôles ministériels»⁴² puisqu'il est fréquent que plusieurs ministres partagent une partie de leurs services. Les secrétariats généraux et les directions des affaires juridiques qu'ils comprennent peuvent être placés sous l'autorité conjointe de plusieurs ministres dont les domaines d'attributions sont connexes. Ils sont également à la disposition des ministres délégués et des secrétaires d'État placés auprès du Premier ministre et des ministres, dans les limites de leurs attributions⁴³. La répartition des dix secrétariats généraux ministériels dessine alors une constellation de dix pôles autour desquels gravitent l'ensemble des administrations ministérielles centrales. Ces pôles ministériels correspondent aux principaux domaines de l'action de l'État et des ministères les plus stables. Il s'agit des affaires étrangères⁴⁴, de l'intérieur et des outre-mer⁴⁵, de la défense⁴⁶, de la justice, de la culture, de l'agriculture, de l'éducation nationale et de l'enseignement

³⁸ COUR DES COMPTES, *Référé n° 70554 relatif aux secrétaires généraux et secrétariats généraux de ministères*, 25 juillet 2014.

³⁹ P. GÉRARD, *op. cit.*, §. 93.

⁴⁰ Toute modification apportée à l'architecture administrative est susceptible de rencontrer une multitude d'obstacles : J. CHEVALLIER, «La reconfiguration de l'administration centrale», *RFAP*, n° 116, 2005, p. 715 ; J.-M. EYMERI-DOUZANS, «Les fusions de directions d'administration centrale dans les ministères français», *Notes de l'Institut de la Gestion Publique et du Développement Économique*, 2007, n° 1, p. 3.

⁴¹ H. OBERDORFF, N. KADA, *Les institutions administratives*, Dalloz, «Sirey Université», 10^e édition, 2023, §. 33.

⁴² O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *op. cit.*, §. 370.

⁴³ Par exemple, au sein du Gouvernement d'Élisabeth Borne, tel qu'il résulte du remaniement du 20 juillet 2023, le secrétaire d'État à la mer, placé auprès de la Première ministre, dispose du secrétariat général du ministère de l'Agriculture, qui comprend une direction des affaires juridiques.

⁴⁴ Le pôle ministériel des affaires étrangères regroupe les services placés sous l'autorité de la ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, du ministre délégué chargé du Commerce extérieur, de l'Attractivité et des Français de l'étranger, de la secrétaire d'État chargée de l'Europe et de la secrétaire d'État chargée du Développement, de la Francophonie et des Partenariats internationaux.

⁴⁵ Le pôle ministériel de l'intérieur et des Outre-mer regroupe les services placés sous l'autorité du ministre de l'Intérieur et des Outre-mer, de la ministre déléguée chargée des Collectivités territoriales et de la Ruralité, du ministre délégué chargé des Outre-mer et de la secrétaire d'État chargée de la ville.

⁴⁶ Le pôle ministériel des Armées regroupe les services placés sous l'autorité du ministre des Armées, de la secrétaire d'État chargée de la Jeunesse et du Service national universel et du secrétaire d'État chargé des Anciens combattants et de la Mémoire.

supérieur⁴⁷, de l'économie et des finances⁴⁸, des affaires sociales⁴⁹ et de l'écologie⁵⁰. Par le truchement des secrétariats généraux des ministères au sein desquels elles sont implantées, les dix directions – ou sous-directions⁵¹ – des affaires juridiques accompagnent ainsi l'ensemble des membres du Gouvernement, indépendamment des recompositions gouvernementales. Les éventuelles variations ministérielles ne constituent donc pas un obstacle à l'entreprise d'étudier les directions des affaires juridiques des ministères. Au contraire, cette étude permet aussi d'apprécier, sous un jour nouveau, la façon dont s'incarne concrètement la continuité administrative et l'idée ancienne selon laquelle les ministres passent et les bureaux restent.

9. Le problème de l'intitulé des ministères demeure. Même si la stabilité des ministères auprès desquels les directions des affaires juridiques ont été instituées s'accompagne d'une certaine constance dans le choix de leurs appellations, quelques fluctuations, même marginales, subsistent⁵². Dans cette étude, afin de ne pas perdre de vue la continuité des structures administratives malgré les changements d'intitulés ministériels, il convient de choisir, par convention, pour chaque ministère – ou pôles ministériels, lorsque le secrétariat général est commun à plusieurs ministres – un intitulé fixe. Lorsqu'il s'agit de l'élaboration de textes législatifs et réglementaires, le *Guide de légistique*, rédigé par le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État, préconise ne pas se référer à l'appellation « qui a été donnée au ministre en fonctions au moment où le texte est élaboré, mais, de manière intemporelle, au domaine de compétence qui justifie l'attribution d'un tel

⁴⁷ Lequel regroupe les services placés sous l'autorité du ministre de l'Éducation nationale et de la Jeunesse, de la ministre déléguée chargée de l'Enseignement et de la Formation professionnels et de la secrétaire d'État chargée de la Jeunesse et du Service national universel, de la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, mais aussi de la ministre des Sports et des Jeux olympiques et paralympiques.

⁴⁸ Les « ministères économiques et financiers » regroupent les services placés sous l'autorité du ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, du ministre délégué chargé de l'Industrie, du ministre délégué chargé du Numérique, de la ministre déléguée chargée des Petites et moyennes entreprises, du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme et du ministre délégué chargé des Comptes publics.

⁴⁹ Les ministères des Affaires sociales, ou « ministères sociaux », désignent les services placés sous l'autorité du ministre du Travail, du Plein emploi et de l'Insertion et de la ministre déléguée chargée de l'Enseignement et de la Formation professionnels, du ministre de la Santé et de la Prévention et de la ministre déléguée chargée de l'Organisation territoriale et des Professions de santé, de la ministre des Solidarités et des Familles et de la ministre déléguée chargée des Personnes handicapées.

⁵⁰ Le pôle ministériel de l'écologie regroupe les services placés sous l'autorité de la ministre de la Transition écologique, du ministre de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires, de la ministre déléguée chargée de la Ruralité, du ministre délégué chargé des Transports, du ministre délégué chargé du Logement, de la secrétaire d'État chargée de la Ville et de la secrétaire d'État chargée de la Biodiversité.

⁵¹ V. *infra* §. 17.

⁵² Il existe ainsi un « jeu d'intitulé » consistant « à modifier seulement l'intitulé traditionnel du ministère [...] affichant alors clairement la politique gouvernementale à privilégier dans le cadre de tel ou tel ministère classique », O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *op. cit.*, §. 366. Par exemple, le ministère chargé de l'Écologie a été rebaptisé deux fois durant le dernier mandat présidentiel. Il successivement été intitulé « ministère de la Transition écologique et solidaire », puis « ministère de la Transition écologique ».

pouvoir»⁵³. Une règle équivalente est posée par le *Guide de légistique* rédigé par la Direction de la Séance du Sénat⁵⁴. Cette solution peut être transposée aux structures administratives dont disposent les ministres. Les ministères dont relèvent les directions des affaires juridiques seront donc désignés à partir de leur principal domaine d'attributions. Il s'agit donc d'étudier l'organisation de l'expertise juridique du ministère des Affaires étrangères, du ministère de l'Agriculture, du ministère de la Culture, du ministère de la Défense, des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, du ministère de l'Environnement, des ministères de l'Économie et des Finances (ou « ministères économiques et financiers »), du ministère de l'Intérieur, du ministère de la Justice et des ministères des Affaires sociales (ou « ministères sociaux »)⁵⁵. Chacun de ces ministères, ou pôles ministériels, dispose aujourd'hui d'un service dédié aux « affaires juridiques ».

II. LES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES

10. Les principaux ministères français disposent aujourd'hui d'une cellule administrative dédiée à l'exercice d'une fonction d'expertise juridique (A.). Malgré les exceptions et les cas particuliers, cette cellule correspond le plus souvent à une « direction des affaires juridiques », placée sous l'autorité du Secrétaire général du ministère (B.).

A. Une unité fonctionnelle : l'exercice d'une fonction d'expertise juridique

11. Les dispositions réglementaires fixant les attributions des directions des affaires juridiques débutent systématiquement par une même formule : « la direction des affaires juridiques exerce une fonction d'expertise, de conseil et d'assistance » auprès des services centraux et déconcentrés relevant de l'autorité du ministre et des établissements publics placés sous sa tutelle. Les directions sont plus précisément chargées de traiter les contentieux et de représenter le ministre devant les juridictions, de répondre aux demandes de consultation juridique, d'instruire les demandes de

⁵³ SGG, *Guide de légistique*, La Documentation française, 3^e édition, 2017, p. 298.

⁵⁴ SÉNAT, Direction de la Séance, *Guide légistique. Conseils méthodologiques pour une bonne écriture de la loi*, 2020, disponible en ligne, p. 48 : « Sauf pour les ministres dits « régaliens » que sont le garde des Sceaux, ministre de la Justice, le ministre des Affaires étrangères, le ministre de l'Intérieur ou le ministre de la Défense, les autres ministres, dont les intitulés sont fluctuants, sont désignés de la façon suivante : ministre chargé de l'environnement, ministre chargé de l'économie (et non ministre de l'Économie et des Finances), ministre chargé des sports (plutôt qu'« en charge de ») ». Cette spécificité supposée des ministères régaliens ne se retrouve pas en pratique, les ministères de la Défense et des Affaires étrangères ayant été renommés, sous la présidence d'Emmanuel Macron, ministère des Armées et ministère de l'Europe et des Affaires étrangères.

⁵⁵ La formule « ministère de » a été privilégiée à celle de « ministère chargé de » afin de ne pas alourdir le texte.

protection fonctionnelle et de participer à la préparation des projets de texte. Ce socle d'attributions communes constitue l'essence de la fonction des directions des affaires juridiques au sein des ministères. En effet, si l'on adopte de la notion de fonction une acceptation matérielle, et non finaliste⁵⁶, la fonction d'un organe correspond à son activité, à ce qu'il fait. En ce sens, l'énumération des attributions réglementaires des directions des affaires juridiques peut suffire à définir leur fonction. Qu'il s'agisse de dispenser des conseils juridiques, de participer à l'élaboration des projets de loi ou de règlement, d'assurer la diffusion des connaissances juridiques au sein du ministère, ou de suivre et de traiter le contentieux auquel celui-ci est partie, les attributions des directions des affaires juridiques consistent à mobiliser une expertise juridique, c'est-à-dire un savoir spécialisé portant sur la technique juridique.

12. Le concept de technique juridique a été introduit dans la pensée juridique française au début du XX^e siècle par les juristes de droit privé⁵⁷. L'activité juridique peut être représentée comme la mise en œuvre d'une technique particulière visant à permettre la « réalisabilité » du droit⁵⁸, c'est-à-dire sa « pénétration efficace dans la vie sociale »⁵⁹. La définition de la technique juridique est construite à partir de la notion générale de technique qui consiste en un « ensemble de procédés propres à une activité et permettant d'obtenir un résultat concret »⁶⁰ ; c'est l'agencement de moyens spécifiques en vue d'une fin. La technique juridique désigne alors « l'ensemble des moyens et procédures imaginés en vue d'assurer la réalisation effective des buts généraux ou particuliers du

⁵⁶ La notion de fonction souffre d'une grande ambiguïté au point d'être « impossible à définir sans équivoque et à formaliser » (R. BOUDON, *La crise de la sociologie*, Genève, Droz, 1971, p. 205). Les incertitudes liées à son usage s'illustrent en droit administratif, lorsqu'il s'agit d'identifier les fonctions de l'administration : tantôt les juristes se réfèrent aux activités de l'administration, tantôt ils évoquent les buts de ces dernières. C'est en constatant déjà cette ambiguïté que Charles Eisenmann propose de distinguer, de façon systématique, le sens matériel et le sens finaliste de la notion de fonction. En effet, l'analyse de la fonction d'un organe correspond, toujours, à l'étude de son action. Cependant, cette étude porte alternativement sur l'objet de cette action, donc ce en quoi elle consiste, ou sur son but, c'est-à-dire l'objectif qu'elle poursuit. Aussi, pour rendre compte de cette double signification, des difficultés de ce « fait de langage », Charles Eisenmann propose de distinguer la « fonction-objet » de l'organe, de ses « fonctions-fin » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif de 1953-1954*, Les cours du droit, p. 65 et « Les fonctions de l'État », in *Encyclopédie française. Tome X : L'État*, Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, p. 292, v. égal., N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, NBT, 2009, vol. 83, §. 918). Cette distinction est depuis été régulièrement reprises par les juristes aux prises avec la notion de fonction (par ex., G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public », 1963, t. 54, p. 10 ; J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 276 ; T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, NBT, vol. 127, 2013, §. 40).

⁵⁷ V° « Technique juridique », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 605 ; J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruylant et Sirey, 1935, p. 2.

⁵⁸ J. DABIN, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁹ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, 1924, t. III, p. 35.

⁶⁰ V° « Technique », *Trésor historique de la langue française informatisé*.

droit»⁶¹. Ainsi, « les notions, le langage, les fictions, les présomptions, les catégories juridiques, les constructions juridiques, les raisonnements juridiques, dont l'analyse constitue l'archétype, représentent autant de moyens à partir desquels le jurisconsulte transforme et schématise la réalité »⁶². La création, la suppression et la modification du droit reposent alors sur la mise en œuvre de la technique juridique, tout comme son interprétation, dès lors qu'une règle juridique imprécise serait inapplicable, et donc inefficace. La technique juridique présente aussi une dimension intellectuelle. Les procédés et les méthodes qu'elle propose sont « bien définis et transmissibles »⁶³. La technique juridique est ainsi un objet de connaissance et d'enseignement. Elle constitue un savoir-faire spécifique que l'enseignement du droit a vocation à transmettre. « Former un juriste, c'est d'ailleurs l'initier à la compréhension et au maniement de techniques juridiques au sein d'une société donnée »⁶⁴. Le juriste, détenteur d'une connaissance particulière du droit, c'est-à-dire des règles,⁶⁵ mais aussi des concepts juridiques, est réputé maîtriser la technique juridique et être apte à mener un raisonnement juridique nécessaire à l'application, l'interprétation ou la création du droit.

13. En conseillant juridiquement les ministres et leurs services, en veillant à ce qu'ils disposent de l'information relative à l'évolution des règles juridiques ainsi qu'en assurant la gestion des contentieux du ministère, les directions des affaires juridiques mettent en œuvre la technique juridique afin d'appliquer le droit existant. Dans le cas particulier où elles sont associées à l'élaboration des textes, elles emploient également la technique juridique afin de participer à la création de nouvelles règles de droit. La mise en œuvre de la technique juridique semble être le dénominateur commun à toutes les « affaires juridiques » dont les directions sont chargées. C'est au titre d'une maîtrise de la technique juridique que les directions des affaires juridiques interviennent au sein du ministère : leurs attributions consistent en effet à mettre à la disposition des services ministériels leurs compétences spécialisées, leur connaissance du droit, afin de les éclairer dans la

⁶¹ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 71.

⁶² A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, NBT, vol. 124, 2013, §. 34 ; v. dans le même sens : C. GIVERDON, « L'outillage juridique » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF-Dalloz, « Éditions du Juris-Classeur », 1999, p. 275.

⁶³ V° « Technique » in A. LALANDE (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, « Quadrige », 3^e édition, 2010, p. 1105.

⁶⁴ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *Dalloz*, 2014, p. 711.

⁶⁵ Dans le cadre de cette étude, les termes « règle », « règle de droit », « règle juridique », « norme » et « norme juridique » sont utilisés de façon équivalente. La règle juridique est entendue comme la règle appartenant à l'ordre juridique car émanant d'une autorité habilitée par celui-ci. V., en ce sens, G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, NBT, vol. 60, 2006, §. 156 ; B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2015, §. 437 : « un acte est juridique dès lors qu'il émane d'une autorité habilitée par l'ordre juridique à agir par cette voie ». Une définition de la juridicité de la règle fondée sur l'habilitation de son auteur permet de qualifier de règles juridiques des énoncés non impératifs et non sanctionnés, au premier rang desquels se situent les règles dites de « droit souple ».

réalisation de leur activité⁶⁶. À ce stade, il ne s'agit pas encore d'apprécier la réalité de ce savoir ni d'anticiper sur l'étude des conditions qui permettent d'assurer que les agents des directions disposent d'une formation juridique suffisante. Il est possible, pour l'instant, de s'en tenir à une première lecture des textes réglementaires qui disposent que les directions des affaires juridiques exercent une fonction de conseil, d'expertise et d'assistance en droit grâce à leur maîtrise reconnue de la technique juridique.

14. Dès lors, les directions des affaires juridiques exercent une *fonction d'expertise juridique*, définie dans le cadre de cette recherche comme la fonction consistant à mobiliser une connaissance portant sur la technique juridique afin d'assister les ministères à appliquer, interpréter ou créer des règles de droit. L'identification de cette fonction permet de faire abstraction des différences institutionnelles pouvant exister entre les ministères et d'analyser conjointement les « directions » et les « sous-directions » des affaires juridiques.

B. Une diversité organique : les « directions » et les « sous-directions » des affaires juridiques

15. Jusqu'à présent, les directions des affaires juridiques ont été présentées comme une catégorie homogène de services administratifs centraux, généralisés au sein des ministères à partir des années 1990. Il s'agit toutefois d'une traduction simplifiée de la diversité des organisations des administrations centrales dont le but est de permettre d'analyser, selon une perspective d'ensemble, la fonction d'expertise juridique des ministères. Les configurations ministérielles sont pourtant multiples et plusieurs cas particuliers doivent être mentionnés.

16. Premièrement, la direction d'administration centrale assumant une fonction d'expertise juridique n'est pas toujours dénommée « direction des affaires juridiques ». La nuance semble minime s'agissant de la « direction des libertés publiques et des affaires juridiques » (DLPAJ) du ministère de l'Intérieur. Cette appellation particulière traduit les attributions propres de la direction qui « prépare et met en œuvre la législation relative aux libertés publiques et aux polices administratives »⁶⁷. Comme d'autres directions des affaires juridiques ministérielles⁶⁸, la DLPAJ est

⁶⁶ O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 443, 2005, §. 3.

⁶⁷ Art. 13 du décret n° 2013-728 du 12 août 2013 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur et du ministère des outre-mer, JORF du 14 août 2013, texte n° 19.

⁶⁸ V. *infra* §. 214.

aussi une direction « verticale », compétente sur certains domaines de fond relevant des attributions du ministre. Toutefois, lorsqu'elle exerce sa « fonction de conception, de conseil, d'expertise et d'assistance » juridique auprès de l'administration centrale et des services déconcentrés du ministère⁶⁹, la direction peut être regardée comme une direction des affaires juridiques ministérielle comme les autres. Plus généralement, le choix de baptiser la cellule d'expertise juridique « service » ou « direction » des affaires juridiques n'a pas toujours d'incidence sur sa place dans la structure ministérielle. Ainsi, avant même qu'il ne soit rebaptisé *direction* des affaires juridiques en 2021⁷⁰, les attributions et la place du *service* des affaires juridiques du ministère de l'Agriculture étaient déjà en tous points comparables à celles des directions des affaires juridiques instituées à la même période, le chef du service ayant, par ailleurs, le statut de directeur d'administration centrale⁷¹.

17. Deuxièmement, les administrations centrales des ministères de la Culture et de la Justice ne disposent que d'une *sous-direction* des affaires juridiques, intégrée à l'un des services du secrétariat général du ministère. Au ministère de la Culture, la sous-direction relève du service des affaires juridiques et internationales. Au ministère de la Justice, elle est intégrée au service de la modernisation et de l'expertise. Ces deux cas particuliers peuvent être expliqués par les conditions dans lesquelles l'expertise juridique ministérielle a été pensée et organisée. La sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Culture est le produit d'une structuration relativement précoce de l'expertise juridique ministérielle, anticipant l'institution des directions des affaires juridiques des autres ministères⁷². Cette organisation n'a pas été remise en cause par la suite, la sous-direction demeurant la principale cellule d'expertise juridique de l'administration centrale de la Culture. La situation du ministère de la Justice est encore différente puisque la culture juridique y est omniprésente. D'une part, les directions ministérielles bénéficient d'une longue tradition d'écriture des projets de textes et disposent d'une expertise légistique reconnue. D'autre part, les magistrats judiciaires sont largement représentés parmi les agents de l'administration centrale. La nécessité de structurer l'expertise juridique au sein du ministère s'est donc moins ressentie que dans les autres administrations centrales. Malgré tout, les attributions des sous-directions des affaires juridiques des ministères de la Justice et de la Culture sont comparables à celles des directions des affaires

⁶⁹ Art. 13 du décret n° 2013-728 du 12 août 2013 précité.

⁷⁰ Art. 1^{er} du 22 mars 2021 modifiant l'arrêté du 30 juin 2008 portant organisation et attributions du secrétariat général du ministère chargé de l'agriculture, JORF du 23 mars 2021, texte n° 21. Le choix initial de l'intitulé de « service » des affaires juridiques correspond aux intitulés alors donnés aux cellules administratives transversales du ministère.

⁷¹ Art. 10 du décret n° 99-555 du 2 juillet 1999 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'agriculture et de la pêche, JORF du 4 juillet 1999.

⁷² V. *infra* §. 229.

juridiques ministérielles. Elles exercent une « fonction d'expertise et d'assistance »⁷³ et de « conseil juridique »⁷⁴ auprès de l'ensemble des administrations centrales des ministères de la Culture et de la Justice.

18. En dépit de ces cas particuliers, et dans la mesure où leur fonction est la même, il est possible lorsqu'il s'agit d'évoquer l'ensemble des ministères, de désigner ces différentes cellules ministérielles par l'appellation générique de « directions des affaires juridiques »⁷⁵. Loin d'entraver le projet d'étudier l'ensemble des administrations centrales, la diversité des configurations ministérielles permet au contraire de souligner l'essentiel : l'attribution d'une fonction d'expertise juridique à une direction, ou à une sous-direction, d'administration centrale doit permettre d'apporter aux ministres et à leurs services l'éclairage et l'assistance juridiques indispensables à la réalisation de l'activité ministérielle.

SECTION 2. L'ENJEU DE LA RECHERCHE : L'ÉVOLUTION DU RAPPORT DE L'ADMINISTRATION AU DROIT

19. L'institution des directions des affaires a vocation à changer, pour l'améliorer, l'organisation et l'exercice de l'expertise juridique au sein des ministères. Mais, avant même de mesurer les conséquences, les apports et les limites de l'institution des directions, il importe d'abord de comprendre en quoi l'expertise juridique est fondamentale pour l'action ministérielle. En effet, il est possible de supposer que cette réorganisation n'est pas une simple adaptation administrative. Le droit est au cœur de l'action de l'administration, dans la mesure où il participe à fonder la légitimité de celle-ci (I). La création des directions des affaires juridiques est également l'expression d'une évolution plus profonde de la manière dont l'administration d'État pense son rapport au droit (II).

I. LE DROIT : FONDEMENT DE LA LÉGITIMITÉ DE L'ACTION MINISTÉRIELLE

20. L'expertise juridique est indispensable à la réalisation quotidienne de l'action ministérielle

⁷³ Art. 4 de l'arrêté du 31 décembre 2020 relatif aux missions et à l'organisation du secrétariat général, JORF du 1^{er} janvier 2021, texte n° 31.

⁷⁴ Art. 7 de l'arrêté du 30 décembre 2019 relatif à l'organisation du secrétariat général et des directions du ministère de la Justice, JORF du 31 décembre 2019, texte n° 11.

⁷⁵ En revanche, lorsqu'il sera question d'un ministère particulier, l'intitulé exact de cette cellule sera employé.

dont elle fonde la légitimité. La maîtrise de la technique juridique concourt, d'abord, au respect d'un impératif structurant dans le modèle administratif : assurer la conformité au droit des actes préparés par les ministères (A.). Elle participe, ensuite, à l'efficacité de l'action ministérielle, puisqu'elle vise à prévenir et gérer le risque contentieux et à améliorer la qualité du droit (B.).

A. L'impératif fondamental de conformité de l'action ministérielle au droit

21. L'expertise juridique permet d'assurer la conformité de l'action ministérielle aux règles juridiques en vigueur. La soumission de l'administration au droit s'incarne en effet à travers la reconnaissance d'un principe de légalité⁷⁶, désormais consacré à l'article L. 100-2 du code des relations entre le public et l'administration⁷⁷, et l'organisation corrélative d'un contrôle juridictionnel visant à en assurer la sanction. Si la légalité des actes de l'administration est avant tout la conséquence nécessaire de l'État de droit, lequel implique plus généralement la soumission de l'ensemble de l'appareil d'État au droit⁷⁸, elle est aussi l'un des fondements de la légitimité de l'action ministérielle.

22. Les autorités politiques tirent leur légitimité de leur élection ou de leur mode de nomination, et peuvent prétendre à la reconnaissance et à l'acceptation de leurs actes pour cette seule raison. L'administration, pour sa part, ne jouit pas de l'onction du suffrage universel⁷⁹. La légitimité de son action, c'est-à-dire la croyance en son bien-fondé, sa reconnaissance et son acceptation, est alors fondée sur la légalité de ses actes. Il s'agit, selon la typologie élaborée par Max Weber, d'une « légitimité légale-rationnelle »⁸⁰, qui repose sur « la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens »⁸¹. Ce type de légitimité est propre au système de domination légale qui tend à s'imposer sur les autres formes de domination⁸², et s'incarne particulièrement au sein de ce que Weber nomme

⁷⁶ Sur la consécration et les implications du principe de légalité, v., not. : S. VELLEJ, *Les origines du principe de légalité en droit public français*, ANRT, 1989 ; G. PEISER, « Le développement du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 517 ; C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », 1957, reproduit in *Écrits de droit administratif*, Dalloz, 2013, p. 250 ; B. PLESSIX, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA*, 2022, p. 206.

⁷⁷ Selon cet article : « L'administration agit dans le respect de l'intérêt général et respecte le principe de légalité ».

⁷⁸ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Lextenso, « Clefs politiques », 7^e édition, 2023, p. 7.

⁷⁹ G. TIMSIT, « La légitimation de l'action administrative », *Revue européenne de droit public*, n° 26, 2014, p. 436.

⁸⁰ M. WEBER, *Économie et société*, 1956, trad. Plon, 1971, rééd. Pocket, « Agora », t. I, p. 289.

⁸¹ *Ibid.*, p. 289.

⁸² *Ibid.*, p. 73 : « La forme de légitimité actuellement la plus courante consiste en la croyance en la légalité, c'est-à-dire la croyance en la soumission à des statuts formellement corrects et établis selon la procédure d'usage ».

des « directions administratives bureaucratiques »⁸³. Les administrations, telles que les ministères, correspondent, à de nombreux égards, à ce type d'organisation.

23. Ce que Max Weber décrit sur le plan sociologique s'incarne à travers la consécration, sur le plan juridique, du principe de légalité, ou de juridicité, qui traduit la subordination de l'administration au pouvoir politique légitime. L'administration est contrainte, en vertu d'une obligation de non-contradiction, qui se transforme parfois en une obligation de conformité⁸⁴, de respecter les règles juridiques préétablies : « son action ne doit être contraire à aucune règle de droit connue, ne doit en méconnaître aucune, ne doit en violer aucune »⁸⁵. Le principe de légalité constitue plus fondamentalement un principe d'habilitation puisque les règles juridiques délimitent l'unique cadre dans lequel l'administration peut agir : « l'action administrative doit toujours avoir un ancrage, un enracinement dans une règle de droit préexistante, sinon suprême, du moins supérieure »⁸⁶. L'inscription de l'action administrative dans le cadre des règles juridiques permet de garantir le respect de la volonté générale. En somme, le principe de légalité « résume et garantit à la fois la subordination de l'administration aux organes élus, la conformité de l'action administrative à la volonté de la nation souveraine et la protection des individus contre l'arbitraire »⁸⁷. Fondée sur le respect de l'ordre juridique, la légitimité de l'action ministérielle serait même, pour certains auteurs, indifférente à des facteurs extrinsèques tels que les coûts de l'action administrative ou sa rapidité. Seule la conformité à la règle de droit importe et suffit. Elle devient alors une « référence mythique »⁸⁸, un argument au service de la preuve de la légitimité de l'action administrative ministérielle. Les visas des décisions administratives sont une illustration symbolique de cette idée : la mention, sur le support écrit des décisions administratives, des règles sur lesquelles l'administration s'est fondée pour décider permet de renforcer la conviction des administrés en leur bien-fondé⁸⁹.

⁸³ *Ibid.*, p. 293.

⁸⁴ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », 1957, reproduit in *Écrits de droit administratif*, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2013, p. 240.

⁸⁵ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, « Manuel », 2020, 3^e édition, §. 485.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ D. LOCHAK, « Le principe de légalité, mythe et mystification », *AJDA*, 1981, p. 388 ; v. égal., J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, p. 1651.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ G. DUPUIS, « Les visas apposés sur les actes administratifs », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, LGDJ, 1974, p. 408.

24. Aussi fondatrice soit-elle⁹⁰, cette présentation théorique connaît néanmoins des limites⁹¹. La légitimité administrative légale-rationnelle est particulièrement contestée dans le cadre d'une réflexion sur l'efficacité de l'action administrative et gouvernementale⁹². À partir des années 1960, la rationalité juridique caractéristique du modèle administratif traditionnel s'est vue concurrencée par la réception de principes de management public. La conformité au droit des actes élaborés par les ministères ne suffit plus à en attester le bien-fondé : « l'administration doit donner d'elle-même l'image de l'efficacité »⁹³. Les résultats obtenus par les politiques publiques, ainsi que les coûts engendrés, deviennent un fondement complémentaire de la légitimité administrative. Le contexte et les conséquences de cette mise en cause seront présentés plus amplement dans les développements qui suivent, car le passage d'une « rationalité juridique à une rationalité managériale »⁹⁴ est l'une des causes de l'évolution de l'organisation de l'expertise juridique au sein des administrations centrales⁹⁵. En effet, les autorités administratives et politiques recherchent et valorisent en priorité les expertises économiques, managériales et techniques qui lui permettent d'assurer l'efficacité de son action, en délaissant, souvent, l'expertise en droit.

25. Malgré la concurrence d'un nouveau fondement de la légitimité de l'administration, la conformité de l'action administrative au droit demeure, un « impératif catégorique »⁹⁶. La multiplication des contentieux, la contestation des actes des ministres et des actes préparés par les ministères ne peuvent qu'entamer la légitimité, mais aussi la crédibilité, de l'action ministérielle. Une administration s'affranchissant du principe de légalité, s'évertuant à « ne pas jouer le jeu des règles », « si ce n'est que pour les tourner, voire en trahir la lettre sinon l'esprit »⁹⁷, court le risque de voir le bien-fondé de son action mis en doute. Dès lors, dans leur activité quotidienne, les services ministériels sont tenus de porter une attention continue à la conformité au droit de leur

⁹⁰ Jacques Chevallier et Danièle Lochak ont ainsi montré tout ce que le « modèle administratif traditionnel » devait à l'adoption d'une rationalité juridique fondée sur la reconnaissance de la légitimité légale-rationnelle de l'administration : structuration juridique des administrations, valorisation du raisonnement juridique et usage du droit en tant que moyen d'action (J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982 p. 64).

⁹¹ G. TIMSIT, « La légitimation de l'action administrative », *op. cit.*, p. 436.

⁹² M. CROZIER, « Crise et renouveau dans l'administration française », in « L'administration face aux problèmes du changement », *Sociologie du travail*, n° 3, 1966, p. 227 ; F. DUBOIS, M. ENGUÉLÉGUÉLÉ, G. LEFÈVRE et M. LOISELLE, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, PUF, « Publications du CURAPP », 1993, p. 157.

⁹³ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale... », *op. cit.*, p. 69.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁵ V. *infra*, §. 119.

⁹⁶ D. LOCHAK, « Le principe de légalité, mythe et mystification », *op. cit.*, p. 387.

⁹⁷ M. CROZIER, E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, 1977, rééd. Points, « Essai », 2014, p. 221.

action. Par ailleurs, même dans le cadre d'un modèle administratif renouvelé, dans lequel l'administration puise sa légitimité de son efficacité, l'usage et la maîtrise du droit conservent toute leur importance : l'expertise juridique participe à l'efficacité administrative.

B. La mobilisation de l'expertise juridique au service de l'efficacité de l'action ministérielle

26. L'expertise juridique est d'autant plus précieuse aux ministères que ces derniers sont soumis à de nouvelles exigences nées de l'évolution de la légitimité administrative. L'anticipation et la maîtrise du risque contentieux (1.), ainsi que l'amélioration de la qualité des textes juridiques élaborés (2.) participent en effet directement à l'impératif d'efficacité de l'action ministérielle.

1/ Maîtriser le risque contentieux

27. La connaissance du droit est indispensable à la prévention et à la gestion du risque contentieux, c'est-à-dire la probabilité qu'un acte, préparé par les services du ministère, soit contesté devant le juge et aboutisse à une décision juridictionnelle défavorable à l'État. La sollicitation d'une autorité administrative du ministère au moyen d'un recours administratif ne caractérise donc pas la réalisation d'un tel risque. Seule la mauvaise gestion du recours risque, en revanche, d'entraîner la saisine du juge⁹⁸. Chaque condamnation de l'État est susceptible d'entacher la légitimité de son action. Non seulement elle met en cause le bien-fondé des actes pris, mais elle entrave aussi l'efficacité des actions entreprises par les ministères. En outre, les déficits répétés des budgets nationaux, combinés à l'encadrement européen des finances publiques, ont ravivé la nécessité d'améliorer la gestion des contentieux et la prévention des conséquences budgétaires qui peuvent en découler⁹⁹. Anticiper et gérer les contentieux poursuit ainsi une double finalité, politique et budgétaire.

28. La maîtrise du risque contentieux est une entreprise globale : elle repose sur la prévention, le

⁹⁸ Même si les services ministériels exercent une fonction contentieuse lorsqu'ils examinent un recours administratif, v. *infra* §. 454.

⁹⁹ SÉNAT, *Rapport n° 400 de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques*, présenté au Sénat par H. Haenel, 1992 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 1310 relatif à la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État, présenté par R. Grau et V. Louwagie, 2018 ; sur l'estimation du montant des provisions pour litiges*, v. T. DUCHARME, « La comptabilité générale au service des litiges perdus par l'État », *Gestion et finances publiques*, n° 3, 2023, p. 40.

traitement et l'administration des litiges ministériels. D'une part, il faut éviter la réalisation du risque contentieux en prévenant les contentieux. Ainsi l'expertise juridique doit permettre de sécuriser juridiquement l'action ministérielle en veillant à la conformité juridique des actes élaborés par les services ministériels. D'autre part, il faut traiter les litiges auxquels le ministère est partie, c'est-à-dire élaborer une stratégie contentieuse pour y faire face¹⁰⁰. Par exemple, il peut s'agir de déterminer, à partir de l'estimation du « rapport risque-bénéfice »¹⁰¹ pour l'administration, s'il convient de poursuivre la procédure ou de proposer une transaction. Enfin, il convient de gérer le flux croissant de contentieux impliquant les ministères, en développant une activité d'administration des litiges.

2/ Améliorer la qualité du droit

29. L'expertise juridique ministérielle doit enfin servir la qualité des projets de textes législatifs et réglementaires produits par les ministères. En effet, la densité et la complexité de la réglementation sont presque devenues des lieux communs tant les défauts de la production normative française sont régulièrement décriés¹⁰². Bien que le discours sur le déclin du droit soit ancien¹⁰³, il s'est d'abord concentré sur la loi, sans remettre directement en cause les méthodes de travail gouvernemental ni la capacité des services ministériels à rédiger les textes¹⁰⁴. Depuis les années 1970, la critique s'est étendue aux textes réglementaires et s'est diffusée dans l'espace institutionnel, politique et médiatique. Le sujet de la qualité du droit n'est plus l'apanage de la doctrine juridique : il est devenu un problème identifié par l'ensemble des autorités politiques¹⁰⁵ et régulièrement examiné au sein de

¹⁰⁰ J.-J. FRANÇOIS, « La juristratégie : une nouvelle approche du risque juridique », *Gazette du Palais*, 3 février 1990, p. 2 ; X. VUITTON, *Stratégie du contentieux. Théorie et méthode*, LexisNexis, 2020.

¹⁰¹ X. VUITTON, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰² V., not., parmi une littérature particulièrement abondante : P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 131 ; V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1157 ; Y. GAUDEMET, « La loi administrative », *RDP*, 2006, p. 65 ; J. DE CLAUSADE, J.-J. URVOAS, J.-L. WARSMANN, « La qualité de la loi en débat », *Constitutions*, 2010, p. 195 ; G. EVEILLARD, « Intelligibilité et simplification du droit », *RFDA*, 2013, p. 713 ; J. CHEVALLIER, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », in F. PÉRALDI-LENEUF, S. DE LA ROSA, *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013, p. 17 ; J.-M. PONTIER, « Délires et dérives du législateur », *AJDA*, 2015, p. 2001, ainsi que le dossier « Changer de culture normative. Améliorer la qualité du droit par la généralisation de bonnes pratiques », *JCP*, 2018, supplément au n° 3.

¹⁰³ P. RRABI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la qualité de la loi*, Dalloz, NBT, vol. 137, 2014, §. 3 ; A. VAUCHEZ, « Le droit en transitions. L'invention d'un nouvel art législatif au service de la Ve République naissante », in CURAPP, *Sur la portée sociale du droit : usage et légitimité du registre juridique*, PUF, « Publications du CURAPP », 2005, p. 271.

¹⁰⁴ V. par ex. G. RIPERT, *Le déclin de la loi : étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, puis G. BURDEAU, « Le déclin de la loi », *APD*, n° 8, 1963, p. 39, ou encore F. TERRÉ, « La crise de la loi », *ADP*, n° 25, 1980, p. 17.

¹⁰⁵ L'allocation du Président Valéry Giscard d'Estaing prononcée en 1979 devant l'assemblée générale du Conseil d'État en témoigne, le Président de la République se disant « frappé par certains défauts de la qualité des projets de loi qui ont été élaborés lors de ces dernières années » (Allocution du Président de la République Valéry Giscard d'Estaing à l'assemblée générale du Conseil d'État, 14 novembre 1979, disponible en ligne sur le site de l'Élysée) ; v. égal., la tribune de René Monory, alors Président du Sénat (« Trop de lois tue la loi. Ne plus légiférer à crédit », *Le Monde*, 1^{er}

l'État¹⁰⁶ et des institutions communautaires¹⁰⁷ et internationales¹⁰⁸. La prise en compte d'un impératif de qualité de la réglementation est aussi inspirée par des considérations d'efficacité économique : la mauvaise réglementation serait coûteuse et pourrait nuire au développement économique¹⁰⁹.

30. Les reproches adressés à la production normative présentent une indéniable continuité. La critique est d'abord volumétrique. Il s'agit d'alerter et de dénoncer la « surproduction des textes juridiques »¹¹⁰ et l'inflation normative qu'elle engendre¹¹¹. De plus en plus denses, les législations et les réglementations deviennent inintelligibles car les textes sont « trop nombreux, trop volumineux, et sujets à des modifications trop fréquentes »¹¹². Pire encore, une partie du corpus normatif serait composé de lois « inutiles », « périlleuses », « jetables », « gadget », prises sur le coup de l'émotion¹¹³, instruments d'un « désir de régir par des textes un nombre sans cesse grandissant de rapports

juin 1994) ou encore les célèbres vœux du Président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud au Président de la République, en 2005 (reproduits dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005).

¹⁰⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, Étude annuelle 1991, EDCE, n° 43, La Documentation française, 1991. La dégradation de la qualité des textes avait déjà été abordée par le Conseil à l'occasion de ses rapports annuels ou lors d'études sectorielles, v. *infra* §. 124 ; D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La Documentation française, 2002 ; B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2004.

¹⁰⁷ Au sein de l'Union européenne, le programme « Mieux légiférer » se traduit par des accords interinstitutionnels régulièrement renouvelés entre le Conseil européen, le Parlement européen et la Commission européenne et visant à encadrer le processus normatif européen. Le dernier accord en date est celui du 13 avril 2016 (JOUE, L 123/1, 12 mai 2016), v. à ce sujet, E. VAN DEN ABEELE, « L'agenda Mieux légiférer de l'Union européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 23, 2009, p. 5 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La conception du « Mieux légiférer » en droit constitutionnel », in N. Rubio (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, DICE, « Confluences du droit », 2018, p. 63 ; B. RIDARD, « L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » et le processus législatif. Analyse comparée droit de l'Union européenne - droit interne », *Politeia*, 2017.

¹⁰⁸ Depuis les années 1990, l'OCDE mène, à son tour, une « politique de la réglementation ». En définissant des principes directeurs relatifs à l'amélioration de la réglementation des États, l'organisation entend rendre plus compétitives les économies nationales. Il s'agit donc moins de rendre le droit intelligible et accessible à ses destinataires, que de veiller à ce que les règles de droit ne freinent pas les investissements ni les initiatives économiques.

¹⁰⁹ C'est dans cette perspective que l'OCDE et la Banque mondiale se sont intéressées au sujet, v. not. C. KAUFFMANN, « Le coût économique d'une loi de mauvaise qualité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 233.

¹¹⁰ Il y a surproduction lorsque « le nombre de textes édictés pour atteindre un objectif donné dépasse un seuil au-delà duquel ils ne sont plus nécessaires et peuvent même compromettre le résultat recherché », C. WIENER, « Crise et science de la législation », in I. BANKOWSKI (dir.), *La science de la législation*, PUF, « Philosophie du droit », 1989, p. 88.

¹¹¹ La densification du corpus normatif, conséquence de la « conception moderne de l'État, qui a entraîné l'intervention du législateur dans un nombre croissant de secteurs de la vie sociale », serait d'ailleurs inéluctable (Conseil d'État, *Rapport public annuel 1991, op. cit.*). V., not. : C.-A. MORAND, « La croissance normative : au-delà des chiffres », *L'inflation législative et réglementaire*, Colloque d'Aix-en-Provence, 1985 ; R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Dalloz*, chronique V, 1977, p. 43 ; J. CARBONNIER, « L'inflation des lois », *RSMP*, n° 4, 1982, p. 687 ; N. NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », *ADP*, vol. 27, 1982, p. 161 ; J.-C. ZARCA, « À propos de l'inflation législative », *Dalloz*, 2005, p. 660 ; P. MBONGO, « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1300 ; « Dossier : la frénésie normative », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 254, 2006, p. 4.

¹¹² S. LASVIGNES, « Sécurité juridique et qualité de la réglementation : quelques considérations pratiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001.

¹¹³ F. TERRÉ, « La crise de la loi », *op. cit.*, p. 23.

sociaux»¹¹⁴. La qualité rédactionnelle des actes réglementaires et législatifs est elle aussi dénoncée. Les textes comportent de nombreuses malfaçons : ils manquent de clarté, comportent des dispositions dépourvues de caractère normatif¹¹⁵ ou n'ayant aucun rapport avec l'objet principal du texte¹¹⁶. Or, les défauts de la production normative entravent directement l'effectivité du droit. Une réglementation dont les malfaçons ou l'illisibilité limitent les effets sur les comportements de ses destinataires nuit grandement à l'efficacité de l'action publique.

31. En réaction, la poursuite d'un objectif de qualité du droit¹¹⁷ s'est substituée au défaitisme de l'argument de son déclin¹¹⁸. Cependant, cet objectif n'est jamais véritablement défini par les pouvoirs publics qui l'invoquent. L'expression même de « qualité du droit » s'avère confuse¹¹⁹. L'emploi du terme « qualité » est indéniablement étrange pour évoquer le droit en tant qu'ensemble de règles. Employée au singulier, la qualité désigne la caractéristique, bonne ou mauvaise, d'un objet ou d'une personne¹²⁰. Le terme acquiert en revanche un sens laudatif lorsqu'il est employé au pluriel : les qualités sont l'opposé des défauts. En ce sens, l'objectif de qualité du droit se construit largement à partir des maux, réels ou exagérés, de l'activité juridique de l'État dénoncés par ses observateurs. La promotion de la qualité du droit projette une activité normative idéale : l'inflation normative et la surproduction des lois et règlements seraient corrigées par l'organisation d'une production désormais raisonnée des textes juridiques, ordonnés afin d'être facilement accessibles. Seules les règles nécessaires entreraient en vigueur, élaborées au terme d'une réflexion préalable approfondie, de sorte qu'elles soient adaptées aux objectifs poursuivis. La rédaction des textes législatifs et réglementaires serait à la fois claire, simple et complète afin qu'ils soient intelligibles, tout en étant applicables. L'objectif de qualité du droit désigne ainsi la poursuite d'une pluralité de sous-objectifs tenant tout à la fois à la qualité formelle et rédactionnelle des textes, à leur bien-fondé, à leur articulation logique au sein d'une réglementation sectorielle et à leur accessibilité.

32. La promotion de la qualité du droit ravive l'idée ancienne selon laquelle l'élaboration de la

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Le Conseil constitutionnel censure ainsi les « neutrons législatifs » (Cons. constit., déc. n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72).

¹¹⁶ Depuis 1982, le Conseil constitutionnel relève et censure l'existence de cavaliers législatifs dans une loi (Cons. constit., déc. n° 82-142 DC, 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, Rec. p. 52).

¹¹⁷ Ou de la « qualité de la réglementation », les deux expressions étant employées indifféremment (v., par exemple, le rapport Lasserre de 2004 précité).

¹¹⁸ V. par ex, outre les rapports Mandelkern et Lasserre précités, la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit, JORF du 8 juillet 2011, p. 11835.

¹¹⁹ J.-M. PONTIER, « La qualité du droit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Oberdorff*, LGDJ, « Mélanges », 2015, p. 262.

¹²⁰ Ainsi pourrait-on considérer que l'une des qualités du droit est de produire des effets juridiques.

loi est un art qui requiert la maîtrise d'une technique particulière. La volonté de construire et de diffuser une « science de la législation » existe en effet de longue date. Le premier ouvrage en la matière serait celui du juriste italien Gaetano Filangieri¹²¹. Dans sa *Science de la législation* publiée en 1788, Filangieri s'attache ainsi à exposer les règles générales de la législation et les moyens de perfectionner les lois existantes¹²². Néanmoins, malgré quelques initiatives ponctuelles, la légistique ne se développe en France qu'à partir des années 1970¹²³, dans le but direct d'orienter, voire de corriger les pratiques des producteurs de normes¹²⁴. En effet, la volonté de discipliner l'élaboration des textes juridiques résulte directement de la « prise de conscience généralisée que l'on crée trop de droit et surtout du mauvais droit »¹²⁵. « L'inflation législative étant dénoncée, la légistique devait permettre d'y remédier. L'objectif des pouvoirs publics est alors d'appuyer la loi sur un savoir scientifique pour la mettre à l'abri de toute contestation »¹²⁶. Dans cette perspective, la légistique a pour objet « d'exposer les connaissances et les méthodes qui peuvent être mises au service de la formation de la législation »¹²⁷. Les principes et les méthodes proposés relèvent de la légistique matérielle ou de la légistique formelle. La légistique matérielle « s'attache au contenu de la loi, à sa qualité substantielle, et cherche à en optimiser les effets »¹²⁸ : elle valorise ainsi le recours à l'évaluation préalable à toute initiative normative et visant à apprécier la portée et les conséquences potentielles d'un texte, ainsi que l'évaluation rétrospective des lois. La légistique formelle énonce les « principes destinés à améliorer la compréhension des textes législatifs »¹²⁹ et étudie la rédaction et la mise en forme des projets de texte. Dans ces deux dimensions, la légistique est une discipline que l'appareil administratif d'État se donne à lui-même, au moyen de circulaires relatives à

¹²¹ C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et légistique matérielle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection du laboratoire de théorie juridique, 1999, p. 25.

¹²² G. FILANGIERI, *Œuvres de Filangieri*, t. 1, Didot L'Ainé, Paris, 1822, p. 12.

¹²³ K. GILBERG, *La légistique au concret : les processus de rationalisation de la loi*, thèse, Université Paris II, 2007 et, de la même auteure, « Une production du droit mieux raisonnée ? La diffusion de la légistique en droit français », *CJFI*, n° spécial, 2008, p. 49.

¹²⁴ La légistique s'est développée en France avec un temps de retard. En effet, alors que les travaux belges et suisses sont publiés dès les années 1970, les premiers ouvrages français ne paraissent qu'à partir des années 1990. L'administration d'État fait toutefois de la légistique sans la nommer, dès lors que sont régulièrement publiées, dès 1974, des circulaires reprenant les conditions d'élaboration et de forme de la loi.

¹²⁵ C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁶ A.-M. LEROYER, « Légistique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 923.

¹²⁷ C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁸ B.-L. COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, NBT, vol. 163, 2017, p. 11.

¹²⁹ C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », *op. cit.*, p. 17.

l'élaboration des textes législatifs et réglementaires¹³⁰, puis à la publication d'un Guide dédié¹³¹. La diffusion des principes de légistique auprès des services ministériels est ainsi le premier instrument d'une entreprise plus vaste de rationalisation de la production juridique de l'État et de la poursuite de l'objectif de qualité du droit.

33. La qualité des projets de textes législatifs et réglementaires élaborés par les services ministériels renforce le rôle de l'expertise juridique dans l'action ministérielle. En effet, la nécessité que ces textes soient conformes aux règles juridiques en vigueur et aux standards légistiques que l'appareil administratif d'État se donne exige que ceux qui les produisent maîtrisent une technique légistique qui se confond, dans une large mesure, avec la technique juridique. L'expertise légistique s'impose comme un savoir nouveau, à la fois distinct et intrinsèquement lié au savoir juridique¹³².

34. L'expertise juridique est donc nécessaire afin d'assurer la légalité de l'action ministérielle, d'améliorer la qualité des textes juridiques produits et de prévenir ou gérer les contentieux. Au sein des ministères, les directions des affaires juridiques apportent aujourd'hui cette expertise. L'étude de leur institution, de leurs attributions et de leur place dans la construction de l'action ministérielle participe à dévoiler le regard que porte l'administration d'État sur l'expertise juridique.

II. L'ÉVOLUTION DU REGARD DE L'ADMINISTRATION D'ÉTAT SUR SON EXPERTISE JURIDIQUE

35. À l'exception notable de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, organisée sous sa forme actuelle dès 1969, et de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur, créée en 1985, les directions des affaires juridiques ont toutes été instituées sur une période allant de 1996 à 2011. Ces créations récentes et rapprochées révèlent un mouvement de consolidation de l'expertise juridique ministérielle, dont l'étude renseigne sur la façon dont l'État pense la place de l'expertise juridique dans la construction de

¹³⁰ La première est la circulaire du 31 juillet 1974 relative à l'élaboration des projets de loi et des textes publiés au Journal officiel. Lui ont succédé la circulaire du 3 décembre 1979 relative à l'élaboration des textes transmis au Secrétariat général du Gouvernement, la circulaire du 14 juin 1983 relative à l'élaboration des projets de loi, la circulaire du 21 mai 1985 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre des procédures particulières incombant au Premier ministre, et la circulaire du 2 janvier 1993 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre.

¹³¹ Après quelques tentatives doctrinales (D. RÉMY, *Légistique : l'art de faire des lois*, Romillat, « Pratique du droit », 1994 ; C. BERGEAL, *Savoir rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, « Gestion publique, Guide d'action », 1997), la première édition du « Guide de légistique », élaboré par le Secrétariat Général du Gouvernement et le Conseil d'État, a paru en 2005. La troisième édition du Guide a été publiée en 2017.

¹³² V. *infra* §. 104.

l'action administrative, et l'organise au sein de son appareil administratif central.

36. Il convient d'abord de comprendre les origines et les conséquences de cette réflexion inédite de l'État sur son « potentiel juridique »¹³³, c'est-à-dire sur les ressources dont il dispose pour assurer son activité d'application, d'interprétation et de production du droit. Longtemps, l'administration d'État s'est peu souciée des conditions d'organisation de son expertise juridique, comme si les compétences en droit des administrateurs étaient nécessairement suffisantes et qu'il était dès lors inutile, voire inenvisageable, de doter les administrations centrales de services spécialisés. Aussi les directions des affaires juridiques, et les réflexions administratives qui ont précédé leur création, seraient le signe d'une rupture. Pour s'en convaincre, il faut essayer de retracer l'évolution de la relation de l'administration au droit, autant que celle de la pensée de l'État sur celle-ci. En effet, organiser l'expertise juridique ministérielle, en créant le cas échéant des cellules administratives dédiées, c'est déjà mettre en œuvre une certaine conception de la fonction d'expertise juridique ministérielle, laquelle véhicule à son tour une approche particulière de la place du droit et du raisonnement juridique dans la construction de l'action administrative.

37. Comme tout changement apporté aux structures administratives, l'institution des directions des affaires juridiques n'est pas intervenue dans un terrain administratif neutre. Il faut, en effet, mesurer les influences et les contraintes susceptibles d'avoir orienté le choix de réorganiser l'expertise juridique ministérielle. Les interprétations sont plurielles. Les directions des affaires juridiques témoigneraient d'une attention nouvelle accordée au droit et d'une revalorisation louable du raisonnement juridique espérées par les juristes qui observent les défauts de l'activité juridique de l'État. Mais elles pourraient tout autant signaler un recul symbolique de la place de l'expertise juridique car les directions assistent les services qui mettent en œuvre la fonction administrative, tout en demeurant à leur marge. Par ailleurs, ces nouvelles cellules d'expertise juridique doivent composer avec les conseillers juridiques de l'État. Au sein des administrations centrales, l'enjeu consiste alors à trouver le point d'équilibre entre la concentration des moyens juridiques au sein des nouvelles directions et la distribution de ces derniers au sein des directions sectorielles, ces dernières disposant souvent de leurs propres bureaux de conseil juridique. En dehors des ministères, la fonction d'expertise juridique des directions complète celle des conseillers juridiques traditionnels du Gouvernement. Ainsi les ministres et leurs services conservent la possibilité de

¹³³ Selon l'expression choisie par le Conseil d'État lors de son étude de 1983 consacrée aux moyens et à l'activité juridique de l'administration d'État (CONSEIL D'ÉTAT, *Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État*, 1983, non publié, disponible aux Archives nationales), v. *infra* §. 124.

solliciter tout juriste – avocat, universitaire, magistrat... – dont l’expertise est jugée utile à la poursuite de l’action ministérielle. Ils disposent surtout de l’assistance de conseillers juridiques bien établis, tels que le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d’État. Il convient alors de s’interroger sur l’articulation des activités de l’ensemble des conseillers juridiques de l’État. Loin de générer une potentielle concurrence, les directions des affaires juridiques pourraient être regardées comme des relais utiles du Secrétariat général du Gouvernement et du Conseil d’État auprès des ministères. Outre qu’ils concourent à la sécurité juridique de l’action gouvernementale, ces organes sont aussi liés par une certaine proximité institutionnelle. En effet, les directeurs des affaires juridiques sont presque toujours choisis parmi les membres du Conseil d’État¹³⁴.

38. Il faut ensuite expliquer la solution choisie pour consolider l’expertise juridique ministérielle afin de comprendre pourquoi la formule de la direction des affaires juridiques ministérielle s’est si largement diffusée. Au-delà des administrations centrales, la plupart des structures administratives d’importance, qu’elle soit territoriale, nationale ou supranationale, disposent désormais d’un service juridique. La spécialisation d’un service en matière de conseil juridique et de traitement des contentieux est une solution commune, largement partagée avec les structures privées. Ainsi, l’institution des directions des affaires juridiques ministérielles pourrait être perçue comme une illustration supplémentaire de la propension de l’administration d’État à s’inspirer de l’univers de l’entreprise et à en reprendre les méthodes¹³⁵. Toutefois, la direction des affaires juridiques d’un ministère n’est pas celle d’une entreprise. Le droit n’est pas seulement une contrainte extérieure à l’administration d’État, il est au fondement et au cœur de son action.

39. Il s’agit, enfin, de se demander si l’institution des directions des affaires juridiques participe, en elle-même, à faire évoluer la relation de l’administration d’État au droit. On peut en effet postuler que la création d’un organe d’expertise juridique renforcé permet de revaloriser cette expertise. Le rôle du droit et du raisonnement juridique dans la construction de l’action ministérielle se déduirait alors en partie de la place accordée aux directions des affaires juridiques dans les processus de travail ministériel et gouvernemental. L’association des directions à l’élaboration des projets de textes juridiques portés par les ministères et, plus généralement, à la conception des stratégies

¹³⁴ Sur cette pratique de nomination, v. *infra* §. 304. Afin ne pas alourdir le texte, l’usage du masculin neutre a été privilégié pour désigner les directeurs et les directrices des affaires juridiques. Cette convention de rédaction ne saurait toutefois déformer la réalité de la pratique administrative, ni invisibiliser la présence de femmes à la tête de ces services ministériels d’importance. À la date d’achèvement de ce travail, 4 des 10 directions – ou sous-directions – des affaires juridiques étudiées sont dirigées par une femme.

¹³⁵ Il ne faut pas s’en étonner. Max Weber explique ainsi que le phénomène de bureaucratisation touche tout autant l’administration que l’entreprise : « L’État moderne est une “entreprise” au même titre que l’usine » (M. WEBER, « Parlement et gouvernement dans l’Allemagne réorganisée », in *Œuvres politiques*, Albin Michel, 2004, p. 324).

ministérielles, serait un indicateur de l'importance accordée à l'expertise en droit.

40. Ainsi, l'étude des directions des affaires juridiques des administrations centrales ne consiste pas seulement à examiner ces directions au prisme de leur intégration dans l'environnement administratif ministériel, en observant les conditions de leur création, leurs modalités d'organisation ou encore les conditions dans lesquelles elles réalisent leurs attributions. Les directions des affaires juridiques sont aussi une fenêtre sur l'évolution des relations entre l'appareil administratif d'État, l'action administrative et l'expertise juridique. Il faut, pour mener cette étude institutionnelle, préciser la méthode de recherche adoptée.

SECTION 3. LA MÉTHODE DE LA RECHERCHE

41. L'analyse des directions des affaires juridiques s'inscrit dans le cadre plus général de l'étude, quelque peu délaissée, des institutions administratives¹³⁶. Malgré la publication d'ouvrages généraux et de manuels¹³⁷, l'organisation administrative, et plus particulièrement celle de l'État, tend à faire l'objet d'un désintérêt, voire d'un désamour, ancien et persistant, de la part de la doctrine juridique¹³⁸. Cette indifférence est regrettée, dès 1987, par Charles Eisenmann :

« Il existe, depuis plus d'un demi-siècle en tout cas, une tendance très nette et forte dans la doctrine de droit administratif à considérer les questions relatives à l'organisation administrative comme d'un intérêt mineur pour les juristes, leur étude comme d'une faible valeur formatrice pour les étudiants en droit : on les réduit en effet volontiers à une simple description – et cela signifie certainement dans l'esprit de ceux qui en jugent ainsi qu'elles ne portent pas sur des règles plus ou

¹³⁶ Selon Olivier Renaudie, sur une période allant de janvier 2008 à décembre 2014, seule deux thèses ont été consacrées à des institutions administratives (O. RENAUDIE, « La thèse en droit administratif : éléments statistiques », *RFDA*, 2016, p. 1073).

¹³⁷ B. FAURE, *Les institutions administratives*, PUF, « Licence », 2010 ; P. GÉRARD, *L'administration de l'État*, LexisNexis, « Manuel », 5^e édition, 2022 ; O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *Institutions administratives*, LGDJ, « Manuel », 8^e édition, 2019 ; C. GUETTIER, *Institutions administratives*, Dalloz, « Cours Dalloz », 8^e édition, 2022 ; P. JAN, *Institutions administratives*, LexisNexis, « Objectif droit », 6^e édition, 2021 ; D. MAILLARD DESGRÉES DU LOU, *Institutions administratives*, PUF, « Thémis », 2^e édition, 2015 ; H. OBERDORFF, N. KADA, *Les institutions administratives*, Dalloz, « Sirey Université », 10^e édition, 2023 ; P. SERRAND, *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, « Manuel », 6^e édition, 2022.

¹³⁸ Depuis 2000, quelques thèses de « droit administratif institutionnel » peuvent malgré tout être recensées : H. ROCHET, *Contribution à l'étude de l'organisation administrative centrale : l'exemple du ministère de l'Éducation nationale*, thèse dactylographiée, Université Paris Sud, 2002 ; O. RENAUDIE, *La Préfecture de police*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 258, 2008 ; J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, thèse, Université Paris II, 2015 ; J. ARNOULT, *Les organes de conseil et de réflexion de Matignon : un modèle français de think tank public ?*, thèse, Université Paris II, 2020 ; B. GUILLAUMIN, *L'appareil français de renseignement : une administration ordinaire aux attributs extraordinaires*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses. Droit public, 2023.

moins de principes qui pourraient donner lieu à de véritables “raisonnements juridiques” »¹³⁹.

Deux principales raisons semblent expliquer les réticences des juristes à s’engager dans l’étude des institutions administratives. Celle-ci est jugée à la fois trop descriptive et trop peu juridique, alors que le droit administratif demeure essentiellement envisagé et enseigné dans une perspective contentieuse.

42. Parce qu’elle comporte inévitablement des descriptions, Marcel Waline juge que l’étude de l’organisation administrative « est la partie la moins intéressante du droit administratif »¹⁴⁰. Pourtant, la présentation et l’analyse des composantes d’une institution administrative révèlent beaucoup de la réalité de ses attributions et de son organisation. L’organigramme, expression peut-être la plus statique de l’architecture d’une administration, permet de comparer l’importance des services et révèle les liens et les concours qui peuvent exister dans l’exercice de certaines attributions¹⁴¹. Lorsqu’elle est envisagée selon une perspective historique, cette analyse dévoile aussi l’évolution des missions administratives. Elle traduit, en fin de compte, l’organisation concrète de l’exercice du pouvoir de l’État au quotidien.

43. Le désintérêt de la recherche juridique pour l’organisation administrative s’explique surtout par la crainte que le sujet ne soit pas suffisamment « juridique ». Les juristes constateraient un « certain déficit des prescriptions relatives à l’organisation administrative et gouvernementale »¹⁴². Ils en déduiraient que leur étude présente peu d’intérêt pour une recherche juridique ou, pire encore, que la démarche ne relèverait tout simplement pas de la science du droit. Cette crainte s’explique peut-être par les conditions d’émergence du droit administratif en tant que discipline autonome de la science administrative¹⁴³. Selon Benoit Plessix :

« Les juristes administrativistes ont en effet hérité de la préoccupation constante des fondateurs de la discipline, d’abord de contredire le regard sceptique, sinon franchement hostile, des gardiens de la tradition (romanistes, civilistes), ensuite de prouver que leur discipline ne se confond ni avec la

¹³⁹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, 1982, rééd. LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, t. 1, p. 157.

¹⁴⁰ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6^e édition, 1950, n° 8.

¹⁴¹ G. DUPUIS, *Organigrammes des institutions françaises*, Armand Colin, Coll. « U », 1971, p. 3.

¹⁴² H. ROCHET, *Contribution à l’étude de l’organisation administrative centrale : l’exemple du ministère de l’Éducation nationale*, thèse dactylographiée, Université Paris Sud, 2002, p. 2.

¹⁴³ P. LEGENDRE, « Histoire de la pensée administrative », in J.-M. AUBY et al. (dir.), *Traité de science administrative, op. cit.*, p. 5 ; P. YOLKA, « Propos introductifs », in AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Litec, « Colloques et débats », 2010, p. XVIII ; P. CHRÉTIEN, « La science du droit administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif, op. cit.*, t. 1, p. 59.

philosophie politique, ni avec l'histoire, ni avec la sociologie, ni avec la science administrative »¹⁴⁴.

Il est vrai que l'approche institutionnelle rompt avec le tropisme contentieux propre à l'étude du droit administratif¹⁴⁵. Cependant, l'intérêt d'étudier une institution administrative est précisément de mettre au jour ce qu'une approche contentieuse, « singulièrement étroite et déformante »¹⁴⁶, ne dévoilera jamais. En effet, même si l'ordre intérieur de l'administration reste, en principe, hors du prétoire, l'organisation et l'activité des ministères sont encadrées par une série de règles, principalement réglementaires, qui forment bien un véritable corpus juridique. L'étude de ces règles permet d'apercevoir, « sous la mince pellicule du contentieux, le flot de la vie administrative continuer de couler »¹⁴⁷. Cependant, le constat de Georges Vedel, qui rangeait en 1973 l'administration centrale parmi les « terres peu explorées » de la littérature juridique, demeure actuel¹⁴⁸ : le droit interne des ministères reste aujourd'hui encore le blanc de la carte du droit administratif. L'analyse des règles encadrant l'organisation et l'activité des directions des affaires juridiques participe à la découverte de ce droit. Elle contribue à saisir la logique et les dynamiques des règles qui ordonnent plus largement le travail ministériel et gouvernemental. Plus particulièrement, elle permet de reconstituer la part la plus secrète du processus d'élaboration des textes juridiques. En effet, alors que certains dispositifs de rationalisation de la production normative¹⁴⁹, ainsi que le rôle du Secrétariat général du Gouvernement¹⁵⁰ et du Conseil d'État¹⁵¹ dans l'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires ont été étudiés, l'organisation du travail ministériel de préparation des textes demeure encore inexplorée. Une étude institutionnelle participe alors à poser un regard neuf sur le sujet, pourtant balisé, de la qualité du droit.

44. Malgré tout, la rareté des travaux consacrés à l'organisation administrative entretient l'incertitude méthodologique. Quelle approche du sujet adopter et quelles méthodes et techniques

¹⁴⁴ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, « Manuel », 4^e édition, 2022, §. 3.

¹⁴⁵ P. YOLKA, *op. cit.*, p. XVIII ; P. CHRÉTIEN, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁶ J. RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 155.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ G. VEDEL, « Préface », in F. DE BAECQUE, *L'Administration centrale de la France*, Armand Colin, Coll. « U », 1973, p. 5.

¹⁴⁹ Ainsi, des thèses ont ainsi été consacrées à la codification : A. ZARADNY, *Codification et État de droit*, thèse, Université Paris II, 2011 ; T. BOUSSARIE, *La codification de la procédure administrative*, Mare et Martin, Bibliothèque des thèses, 2021 ; à l'obligation d'étude d'impact des projets de loi : B.-L. COMBRADE, *L'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, NBT, vol. 163, 2017 ; ou à la légistique : K. GILBERG, *La légistique au concret. Les processus de rationalisation de la loi*, thèse, Université Paris II Paris II, 2007.

¹⁵⁰ J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, thèse, Université Paris II, 2015.

¹⁵¹ G. BRAIBANT, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus*, LGDJ, « Anthologies du droit », 1992, p. 91 ; M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, n° 8, 1992, p. 787 ; L.-A. BOUVIER, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, LGDJ, « Systèmes », 2015.

peut-on mettre en œuvre lorsqu'il s'agit d'étudier une institution administrative ? L'approche désigne ici une « démarche intellectuelle »¹⁵², une « attitude »¹⁵³ face à un objet d'étude. C'est « une façon d'être et d'observer, caractérisée par un état d'esprit plus que par des étapes rigides »¹⁵⁴. Le choix d'une approche est libre, puisqu'il n'est dicté que par la conviction qu'il existe un intérêt à ce que le sujet soit traité selon une certaine perspective. C'est pourquoi l'étude des directions des affaires juridiques ministérielles dans une perspective juridique (A.) peut être enrichie par un éclairage historique et sociologique (B.).

I. UNE ÉTUDE JURIDIQUE

45. Comme l'administration est un phénomène tout à la fois juridique, historique, sociologique, politique, économique, philosophique, les directions des affaires juridiques ministérielles peuvent sans doute être considérées selon autant d'approches¹⁵⁵. D'ailleurs, les directions des affaires juridiques des ministères ont déjà fait l'objet d'une étude de sociologie¹⁵⁶ dont l'objectif était d'identifier les « stratégies propres des juristes d'administration » et de mettre en évidence un phénomène de différenciation, au sein des ministères, entre les profanes et les juristes¹⁵⁷.

46. Abordée sous l'angle de la science du droit, l'étude des directions des affaires juridiques consiste à identifier, compiler et analyser les règles juridiques qui s'appliquent à leur organisation et à leur activité. L'accessibilité limitée de ces règles constitue cependant une difficulté d'ampleur. Leur manque de transparence résulte en partie de « la tendance du Gouvernement français à considérer que son organisation ne concerne que lui-même »¹⁵⁸ : les actes réglementaires d'organisation et les

¹⁵² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, §. 7, p. 4.

¹⁵³ M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, « Précis », 11^e édition, 2001, §. 267.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Ce doute n'est qu'une illustration de la difficulté plus générale de concevoir une discipline propre à rendre compte du phénomène administratif sous tous ses aspects. « Aucune discipline académique actuelle ne dispose à elle seule de l'ensemble des concepts et des méthodes nécessaires à une représentation satisfaisante, à une véritable théorie, de l'administration publique, laquelle relève tour à tour du management, des sciences de l'organisation, de la psychologie sociale, de la sociologie historique, du droit et de la science politique » (G. J. GUGLIELMI, « L'Administration, une inexistence créative », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, p. 91). V., égal., F. MONNIER, G. THUILLIER, « Les limites de la science administrative », *Revue administrative*, n° 356, 2007, p. 112.

¹⁵⁶ C. COLERA, *Les services juridiques des administrations centrales*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2009 ; v. égal., du même auteur, « Entre champ juridique et champ administratif : les services juridiques administratifs », in CURAPP, *Sur la portée sociale du droit : usage et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005, p. 221. Cette démarche s'inspire et poursuit dans une large mesure celle de Pierre Bourdieu lorsque celui-ci s'attèle à l'identification d'un champ juridique (v. not. P. BOURDIEU, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en science sociales*, n° 64, 1986, p. 3).

¹⁵⁷ C. COLERA, *Les services juridiques des administrations centrales*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁸ M. CARON, *op. cit.*, p.13.

circulaires prises par les ministres sont, certes, publiés au Journal officiel ou aux Bulletins officiels des ministères, mais quantité de documents internes ne sont pas systématiquement accessibles au public. En outre, il faut aussi mesurer la place, dans le travail ministériel, de la pratique et des coutumes, par essence non écrites et susceptibles de constituer une source du droit des ministères et des directions des affaires juridiques¹⁵⁹. La difficulté d'accès aux règles applicables n'interdit pas plus qu'elle n'entrave l'étude juridique des directions ministérielles. Elle impose néanmoins le recours à d'autres instruments d'analyse.

II. UNE ÉTUDE ÉCLAIRÉE PAR L'HISTOIRE ET LA PRATIQUE ADMINISTRATIVES

47. Cette recherche s'inscrit résolument dans le champ juridique, mais cela n'exclut nullement de tenir compte d'éléments historiques et sociologiques pour éclairer le droit. Ces éclairages permettent d'ailleurs d'éviter le risque d'une étude institutionnelle trop descriptive. L'apparition tardive des directions des affaires juridiques invite à se tourner vers le passé. Elle incite à retracer l'évolution des administrations centrales pour tenter d'y déceler les germes de l'organisation de l'expertise juridique ministérielle actuelle. Il faut d'abord essayer de repérer, au sein des précédentes versions des organigrammes des ministères, les services administratifs dont les attributions peuvent, dans une certaine mesure, s'apparenter à celles des directions. L'exploration peut ensuite être étendue à l'ensemble de l'appareil administratif d'État, afin d'identifier les sources d'expertise extérieures aux ministères et les conditions dans lesquelles celles-ci ont pu être mobilisées par les ministres et leurs services. Compte tenu de la place occupée par le Conseil d'État en tant que premier auxiliaire de l'action gouvernementale¹⁶⁰, il s'agit notamment d'expliquer la façon dont cette institution et ses membres ont été associés aux travaux des ministères. Afin de pleinement traduire les « modalités réelles de l'activité administrative »¹⁶¹, il faut enfin reconnaître que l'histoire de l'administration ne se résume pas à celle de ses structures. L'approche historique doit donc envisager les phénomènes internes à l'administration, tels que l'évolution de la formation des fonctionnaires ou la mise à disposition de nouvelles technologies, et la transformation du contexte

¹⁵⁹ v., à ce sujet, J. BOURGOING, « Pour une théorie de la coutume administrative », *Revue administrative*, n° 364, 2008, p. 364.

¹⁶⁰ M.-C. KESSLER, *Le Conseil d'État*, Armand Colin, « Cahiers de la FNSP », 1968, p. 57 ; « Le Conseil d'État » *Pouvoirs*, n° 123, 2007 ; *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, CNRS, 1974 ; M. WALINE, « L'action du Conseil d'État dans la vie française », in *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Sirey, 1952, p. 131 ; M. LONG, « Le Conseil d'État, rouage de l'administration et juge administratif suprême », *Revue administrative*, n° 283, 1995, p. 5.

¹⁶¹ F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18^e au 20^e siècle*, Montchrestien, « Domat droit public », 2^e édition, 1994, p. 11.

juridique et social dans lequel l'action administrative se déploie.

48. L'exploration historique commence à partir du début du XIX^e siècle, lors de l'émergence du modèle administratif bureaucratique¹⁶² et de l'avènement du « règne des bureaux »¹⁶³. Les structures ministérielles acquièrent alors certains traits qu'elles ont depuis conservés : une organisation fortement hiérarchisée et spécialisée, sous la forme des directions thématiques, et la professionnalisation progressive des agents. Les textes législatifs et réglementaires d'organisation des ministères ainsi que les fonds d'archives ministérielles constituent la plupart des sources primaires exploitées dans cette perspective.

49. L'étude des directions des affaires juridiques requiert par ailleurs d'accorder une attention particulière à la pratique et à l'expérience des acteurs. Il ne s'agit pas de faire, à proprement parler, de la sociologie juridique¹⁶⁴, ni même de mener un travail de sociologie de l'administration¹⁶⁵. L'entreprise est ici plus modeste. La recherche de témoignages directs permet d'abord de collecter les informations indispensables à la compréhension du rôle et de la place des directions dans le travail administratif et gouvernemental. Sa finalité principale est donc principalement exploratoire : l'entretien, qui permet de recueillir ces témoignages, est la « matrice empirique de pistes de recherche »¹⁶⁶. Dans une moindre mesure, la démarche consistant à interroger des acteurs poursuit aussi une finalité probatoire : elle permet de tester des intuitions et de vérifier certaines lectures du fonctionnement administratif auprès des principaux concernés. En somme, le récit des acteurs permet d'atteindre certaines « parcelles de la réalité administrative »¹⁶⁷, inaccessibles à l'observateur

¹⁶² G. BIGOT, *L'Administration française. Politique, droit et société. Tome 1 (1789-1870)*, LexisNexis, « Manuel », 2^e édition, 2014, §. 153 ; F. BURDEAU, *op. cit.*, p. 65 ; sur le concept de « modèle administratif », v. *infra* §. 98.

¹⁶³ F. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis, XVIII^e-XX^e siècle*, La Découverte, « Textes à l'appui. Série Histoire contemporaine », 2000, p. 428-429.

¹⁶⁴ La différence entre la sociologie et le « droit dogmatique » est souvent expliquée à travers la présentation qu'en donne Max Weber dans son ouvrage *Économie et société*. Pour Weber, « le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le normatif qu'il faut attribuer à une certaine norme de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande en revanche ce qu'il advient en fait dans la communauté » (M. WEBER, *Économie et société, op. cit.*, t. II, p. 11). Selon Georges Gurvitch, la sociologie juridique « étudie la réalité sociale pleine du droit, en partant de ses expressions sensibles et extérieurement observables, dans les conduites collectives et dans la base morphologique » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, 1940, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2012, p. 25).

¹⁶⁵ C'est-à-dire une étude, menée dans une perspective sociologique, et portant sur certains aspects de l'action ou du fonctionnement administratif ; v., sur cette perspective : P. BEZÈS, O. JOIN-LAMBERT, « Comment se font les administrations : analyser des activités administratives constituantes », *Sociologie du travail*, n° 52, 2010, p. 133.

¹⁶⁶ P. RAGOUET, « Usages probatoire et exploratoire de l'entretien unique : éléments de discussion à partir de l'étude de deux travaux de sociologie des sciences », *Sociologie et société*, n° 32, 2000, p. 171 ; v. égal., S. BEAUD, F. WEBER, *Guide de l'enquête de terrain*, La Découverte, « Repères », 1998, p. 220.

¹⁶⁷ G. THUILLIER, « Comment étudier une direction de ministère ? », *Revue administrative*, n° 287, 1995, p. 482.

extérieur.

50. Les administrateurs prenant rarement spontanément la parole pour évoquer leurs fonctions, le recours à la technique de l'entretien s'est imposé¹⁶⁸. Ainsi a-t-il été décidé de réaliser, auprès d'agents des directions des affaires juridiques et du Secrétariat général du Gouvernement¹⁶⁹, des entretiens de type « semi-directifs »¹⁷⁰. Si les questions posées peuvent varier selon les entretiens, suivant les fonctions actuelles ou passées des interlocuteurs, les échanges se sont malgré tout fondés sur une grille commune de questions. Celles-ci ont constitué la base indispensable à partir de laquelle le fonctionnement, l'organisation et l'activité des directions des affaires juridiques ministérielles ont pu faire l'objet d'une comparaison.

51. Une telle démarche doit composer avec la « philosophie de la discrétion administrative »¹⁷¹ que peuvent appliquer les administrateurs. Outre les limites inhérentes au devoir de réserve qui s'impose à eux, les administrateurs font preuve d'une certaine prudence, d'une propension, plus ou moins perceptible, à contrôler leurs paroles¹⁷². Il existe une « méfiance instinctive des responsables administratifs, souvent réticents ou sceptiques à l'égard des recherches portant sur leurs services : soit qu'ils mettent en doute la possibilité d'étudier l'administration de l'extérieur ; soit qu'ils craignent les effets négatifs d'une recherche qui risque de dévoiler les dessous cachés du fonctionnement administratif »¹⁷³. Certes, il est des domaines dont le caractère sensible ou politique s'impose d'emblée au chercheur, sans doute plus nettement que lors d'une recherche consacrée à la fonction d'expertise juridique des ministères¹⁷⁴. Toutefois, l'expression des agents des directions

¹⁶⁸ L'entretien est un « procédé d'investigation scientifique, utilisant un processus de communication verbale, pour recueillir des informations, en relation avec un but fixé » (R. PINTO, M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, « Précis Dalloz », 1961, t. II, §. 600).

¹⁶⁹ La liste des entretiens est reproduite en annexe. Ces entretiens se distinguent des discussions informelles qui ont jalonné cette recherche. En effet, le hasard parfois provoqué des rencontres donne quelques fois l'occasion d'échanger avec des personnes qui, par leurs fonctions actuelles ou passées au sein de l'administration d'État, peuvent témoigner d'une expérience ou d'une opinion sur les directions des affaires juridiques ministérielles. De tels échanges aident assurément l'observateur extérieur à s'imprégner de « l'ambiance » de l'administration d'État. Ils permettent de réorienter le regard. Toutefois, ces témoignages, ne sont pas mobilisés en tant que tels dans le cadre de cette réflexion, dans la mesure où ils se limitent à exprimer une impression, nécessairement subjective, sur le sujet, sans livrer des données brutes potentiellement exploitables. Ils ne sont donc pas référencés.

¹⁷⁰ Les entretiens « semi-directifs » se distinguent des entretiens « directifs » et « non-directifs » (ou « libres ») (J.-C. COMBESSIE, *La méthode en sociologie*, La Découverte, « Repères », 2007, p. 24).

¹⁷¹ G. THUILLIER, *Regards sur la haute administration en France*, Economica, « Politique comparée », 1979, p. 119.

¹⁷² Dans l'avant-propos de l'étude qu'il consacre au Conseil d'État, Bruno Latour développe les difficultés qu'il a rencontrées pour manier les « données brutes » obtenues : « comment enquêter sur le secret de l'État sans trahir le secret de l'État ? » (B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, « La Découverte poche, Sciences humaines et sociales », 2004, p. 7).

¹⁷³ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, « Thémis », 6^e édition, 2019, p. 62.

¹⁷⁴ La réserve absolue des acteurs interrogés se comprend ainsi naturellement lors des études consacrées à l'activité de renseignement de l'État (v., not. : B. GUILLAUMIN, *L'appareil administratif de renseignement : une administration ordinaire aux*

des affaires juridiques n'est pas non plus totalement libre. Chacun peut avoir quelques réticences à exposer les coulisses de l'activité juridique de l'État, en dévoilant les raisonnements et les stratégies qui ont présidé l'action ministérielle et gouvernementale. La conscience de la « psychologie de la prudence »¹⁷⁵ qui pouvait animer les personnes interrogées influence nécessairement la manière d'analyser et de restituer les informations obtenues grâce aux entretiens. D'une part, il faut tâcher, à son tour, de faire preuve de prudence en tentant de départir l'information objective de l'impression subjective¹⁷⁶. D'autre part, afin de respecter la confiance accordée par les personnes interviewées, les entretiens ne sont pas reproduits. De même, sauf de façon très limitée et circonstanciée, le *verbatim* des échanges n'est pas utilisé dans le cadre des développements.

*
* *

52. L'apparition des directions des affaires juridiques ministérielles conduit à s'interroger sur les causes et les conséquences de leur institution sur l'exercice de l'expertise juridique au sein des ministères. Près de trente ans après le début de leur généralisation, il s'agit donc d'observer la façon dont les directions se sont implantées dans l'appareil administratif d'État et de se demander si elles apportent aux ministères les compétences juridiques nécessaires à leur activité. Mais, plus fondamentalement, cette recherche pose aussi la question de la relation de l'administration d'État au droit. La création des directions des affaires juridiques a profondément modifié l'organisation de l'expertise juridique au sein des départements ministériels, en structurant celle-ci autour d'une direction d'administration centrale dédiée. Cette évolution institutionnelle est intervenue dans l'ensemble des ministères, malgré la large autonomie dont bénéficient les ministres pour organiser leurs services. Elle semble être le produit, autant que l'expression, d'une transformation du rapport de l'administration au droit. Plus précisément, elle signale une nouvelle manière, pour l'État, de penser son activité juridique et les conditions dans lesquelles celle-ci se réalise. L'hypothèse qui sera examinée dans cette étude est donc la suivante : intervenant dans le contexte de la montée en puissance d'une logique managériale au sein de l'État, l'institution des directions des affaires

attributs extraordinaires, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2021, §. 44 ; L. DAILLY, *Le renseignement. Étude de droit public*, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2022, §. 48). Dans un tout autre domaine, plus politique, la prudence des interviewés est aussi soulignée par Lucie Sponchiado dans son étude consacrée aux nominations du Président de la République (L. SPONCHIADO, *La compétence de nomination du Président de la V^e République*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2017, Annexe n° 2 « Entretien », p. 513 : « nous n'avons pas souhaité évoquer avec nos interlocuteurs des nominations précises qui ont pu faire débat en leur temps. Nous souhaitons qu'ils décident eux-mêmes des exemples qu'ils prendraient. Ils en citèrent très rarement, ce qui est éminemment révélateur pour l'observateur »).

¹⁷⁵ G. THUILLIER, *Regards sur la haute administration en France*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁷⁶ À cet égard, le recours à une grille de questions préétablies guidant l'entretien a participé à orienter la discussion.

juridiques est à la fois le moyen d'un renforcement indispensable de l'expertise juridique dans l'organisation ministérielle et l'instrument de la revalorisation potentielle de la place du droit dans la construction de l'action ministérielle.

53. Les directions des affaires juridiques des administrations centrales s'inscrivent dans un mouvement d'organisation et de définition de la fonction d'expertise juridique ministérielle, mue par la nécessité impérieuse pour l'administration d'État de disposer de ressources juridiques suffisantes pour mener son action. Afin de le mesurer, il faut d'abord reconstituer le contexte politique, juridique et administratif dans lequel les directions sont apparues. Produit d'une réflexion de l'appareil administratif d'État sur ses propres ressources juridiques, leur création doit combler l'insuffisance de l'expertise juridique ministérielle. Mais le constat de cette insuffisance étonne déjà tant il heurte l'idée, cardinale dans le modèle administratif classique, selon laquelle la fonction administrative ne peut être dissociée de la mobilisation de la technique juridique. L'apparition des directions signifierait donc une évolution de ce modèle ainsi qu'une reconfiguration de la place de l'expertise juridique au sein de l'appareil administratif d'État. Pour s'en convaincre, il convient ensuite d'analyser l'institution des directions des affaires juridiques au sein des ministères. À cet égard, l'intégration des directions au sein des organigrammes ministériels, la définition de leurs attributions et la détermination des principes de leur organisation et de leur fonctionnement internes dévoilent une nouvelle approche de la fonction d'expertise juridique ministérielle (**PREMIÈRE PARTIE**).

54. Il s'agit alors d'apprécier l'apport des directions à l'action ministérielle au regard des trois principaux objectifs auxquels concourt leur fonction d'expertise juridique : participer à assurer la sécurité juridique de l'action ministérielle, défendre les intérêts de l'État devant les juridictions et participer à l'amélioration de la qualité du droit. Tout en concédant que les directions des affaires juridiques ne concentrent pas toute l'expertise juridique au sein de l'appareil administratif d'État, l'étude des conditions dans lesquelles les directions réalisent leurs missions et s'intègrent aux processus de travail ministériel et gouvernemental est alors une façon de mesurer la place aujourd'hui réservée à l'expertise juridique dans l'action de l'État (**SECONDE PARTIE**).

Partie I : L'organisation de la fonction d'expertise juridique ministérielle

Partie II : L'apport des directions des affaires juridiques à l'action ministérielle

Première partie

L'organisation de la fonction d'expertise juridique ministérielle

55. L'administration d'État ajuste continuellement son appareil administratif aux impératifs qui naissent de l'exercice de ses missions. La mise en place de directions des affaires juridiques au sein des administrations centrales en offre une illustration parmi d'autres. Ces dernières doivent apporter aux ministres et à leurs services « le conseil, l'expertise et l'assistance »¹⁷⁷ indispensables à leurs activités. Face à la « complexité juridique du monde »¹⁷⁸, assurer la conformité au droit de l'action ministérielle impose aux ministères de disposer d'une expertise interne satisfaisante, dont les directions seraient le premier maillon. Même s'il existe des précédents, la plupart de ces directions apparaissent à partir du milieu des années 1990. Cette évolution institutionnelle discrète est alors peu commentée. Tout au plus est-il signalé que l'on assiste « au cours de ces dernières années au renforcement des services juridiques de ministères, *via* la création des directions des affaires juridiques »¹⁷⁹.

56. Assurément, la création des directions des affaires juridiques poursuit l'ambition d'améliorer l'expertise juridique ministérielle, en renforçant sa place au sein des structures administratives centrales des ministères. L'étude de cette réorganisation, de ses origines et de ses modalités peut alors renseigner sur la façon dont les ministères conçoivent leur expertise juridique interne et la place qui lui est concédée au sein des organigrammes ministériels. Mais l'on peut aussi supposer que cette adaptation structurelle accompagne une évolution plus profonde des conditions d'exercice de la fonction administrative ministérielle. L'institution des directions des affaires juridiques serait la conséquence d'une transformation, sur le temps long, de la relation de l'administration au droit. Celle-ci se caractériserait par le recul progressif de la place de la technique et du raisonnement juridiques dans la construction de l'action ministérielle, concurrencés par

¹⁷⁷ Les textes réglementaires d'organisation des ministères disposent que les directions assurent une fonction de « conseil, d'expertise et d'assistance » au profit des ministères, v. *infra* §. 201.

¹⁷⁸ Pour reprendre l'expression utilisée, dans un contexte différent, par Mireille Delmas-Marty (M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 1994, p. 89).

¹⁷⁹ J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans l'élaboration des normes », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 630.

d'autres savoirs. L'organisation d'une fonction d'expertise juridique renouvelée, confiée aux nouvelles directions des affaires juridiques poursuivrait alors un objectif supplémentaire. Elle permettrait non seulement d'apporter aux services ministériels les compétences juridiques utiles à leurs missions, mais aussi de contrer cet apparent déclin du droit au sein de l'administration d'État.

57. L'étude du mouvement de création des directions des affaires juridiques peut alors être replacée dans le cadre de l'évolution générale de la relation de l'administration d'État au droit et du regard que cette dernière porte sur l'expertise juridique. Il s'agit alors d'analyser l'identification du besoin d'expertise juridique des administrations centrales (**Chapitre 1**), puis de retracer le processus d'institution des directions des affaires juridiques qui en découle (**Chapitre 2**) pour enfin examiner la façon dont elles sont organisées afin d'assurer leur fonction d'expertise juridique (**Chapitre 3**).

Chapitre 1

L'identification du besoin d'expertise juridique des ministères

58. Les directions des affaires juridiques ministérielles sont une relative nouveauté dans le paysage administratif central. Il existe des exceptions et des cas particuliers, mais la plupart d'entre elles apparaissent à partir des années 1990. Cette mise en perspective chronologique conduit immédiatement à une première interrogation tenant aux causes de cette institution récente. Dans un environnement juridique de plus en plus complexe et caractérisé par le perfectionnement des contrôles juridictionnels de l'action publique, les ministres renforcent leur expertise juridique interne. La concentration de cette expertise au sein d'un service dédié, élevé au rang de direction d'administration centrale, peut alors relever de l'évidence : il s'agit de donner au service juridique du ministère une taille suffisante et une position centrale, afin de lui permettre d'assister l'ensemble du ministère. C'est d'ailleurs ainsi que la création des directions des affaires juridiques a été pensée au sein de l'administration d'État¹⁸⁰.

59. Cependant, il est possible de partir de l'hypothèse selon laquelle la création des directions des affaires juridiques est également le produit d'une transformation plus profonde de la relation de l'administration au droit. On ne peut comprendre les mutations organisationnelles de l'administration d'État sans saisir les évolutions qui traversent la fonction administrative. Dans cette perspective, il convient d'esquisser un tableau général du modèle administratif en mettant en avant l'évolution à la fois de la conception de la fonction administrative, des savoirs attendus des administrateurs pour l'exercer et de l'organisation institutionnelle qui en découle. Toutefois, ces différentes dimensions n'évoluent pas au même rythme, leur étude ne pourra pas suivre une temporalité parfaitement linéaire.

60. Pendant longtemps, l'organisation de l'expertise juridique ministérielle n'est pas un problème

¹⁸⁰ V. *infra* §. 250 et s.

pour l'administration d'État. Les administrateurs sont considérés comme suffisamment formés au droit et la conception même de la fonction administrative est étroitement liée à la mobilisation d'une technique juridique. Administrer, c'est faire du droit. Dans ce modèle, que l'on peut qualifier de classique, nul besoin de doter les ministères de services juridiques. Des directions des affaires juridiques seraient même impensables, dans la mesure où tout est « affaires juridiques » dans l'administration d'État (I.). Or, ce modèle administratif classique est contesté avec force à partir des années 1960. Les critiques se concentrent particulièrement sur la place du droit, jugée excessive. En réaction, d'autres savoirs sont valorisés dans la formation des administrateurs. Ces évolutions permettent de comprendre pourquoi, à l'orée des années 1980, les ressources juridiques des ministères sont considérées comme lacunaires. L'expertise juridique ministérielle devient alors un problème identifié au sein de l'État (II.). Retracer ces évolutions permet de saisir comment l'idée même d'une spécialisation organique de l'expertise juridique, incarnée par les directions des affaires juridiques, devient concevable là où elle était proprement impensable dans le modèle administratif français classique.

SECTION 1. L'ORGANISATION DE L'EXPERTISE JURIDIQUE DANS LE MODÈLE ADMINISTRATIF CLASSIQUE

61. Afin d'identifier les causes de la création des directions des affaires juridiques à partir des années 1990, il faut essayer de saisir la façon dont s'est organisée l'expertise juridique ministérielle jusqu'alors. Ici, l'étude des conditions d'exercice de l'expertise juridique dans le modèle administratif classique au XIX^e siècle s'impose. Jusqu'à l'Après-guerre, l'expertise juridique est organisée de façon diffuse au sein des administrations centrales (I.) dans la mesure où, conformément au modèle administratif classique, il est attendu de l'administrateur qu'il dispose d'un savoir juridique (II.).

I. LES MODALITÉS D'ORGANISATION DE L'EXPERTISE JURIDIQUE

62. L'existence et la fonction des directions des affaires juridiques actuelles peuvent être éclairées par l'étude des conditions dans lesquelles l'expertise juridique s'est organisée au sein des ministères et de l'appareil administratif d'État. Il s'agit de rechercher, dans les organigrammes ministériels, la trace de services juridiques (A.) et d'identifier les sources d'expertise juridique à la disposition des ministres (B.).

A. L'organisation diffuse de l'expertise juridique ministérielle

63. L'expertise juridique ministérielle s'est longtemps distinguée par son absence totale d'organisation. Jusqu'au début des années 1960, les administrations centrales ne disposent d'aucun service dédié à l'assistance et au conseil en droit (1.). Seules deux institutions très particulières peuvent être mentionnées : l'agent judiciaire du Trésor placé sous l'autorité du ministre des Finances et le juriconsulte du ministère des Affaires étrangères (2.).

1/ La spécialisation limitée des services administratifs ministériels

64. La lecture des textes juridiques d'organisation des administrations centrales adoptés entre 1800 et 1945¹⁸¹ permet d'identifier les modalités d'organisation de l'expertise juridique ministérielle. Durant cette longue période, l'appareil administratif se développe, se structure et s'étend tout en prenant des traits qu'il a conservés par la suite. C'est la formation d'un modèle administratif de type bureaucratique, caractérisé par sa dimension hiérarchique et la spécialisation des tâches administratives en son sein. Ainsi, si les ministères du début du XIX^e ont peu en commun avec ceux d'Après-guerre¹⁸², une certaine continuité peut être observée. L'organisation interne des structures administratives se caractérise par la spécialisation de ses composantes, corollaire de la spécialisation des tâches propre au modèle bureaucratique : à chaque cellule administrative correspond une fonction particulière.

65. Dans ce cadre, l'étude des organigrammes ministériels montre qu'à de très rares exceptions près, les administrations centrales ne disposent pas de services spécialisés dans l'exercice d'une fonction d'expertise juridique. Les activités administratives requérant directement la mise en œuvre de la technique juridique – la préparation des projets de textes ou d'instructions, l'examen des recours – sont réalisés par les bureaux des directions sectorielles qui assurent, aussi, des travaux d'études non juridiques. L'évolution de l'organisation interne du ministère de l'Agriculture, créé dès

¹⁸¹ La compétence juridique d'organisation des administrations centrales a progressivement été captée par le pouvoir réglementaire. Durant la Monarchie de juillet, la loi du 24 juillet 1843 prévoit que les administrations centrales sont organisées par des ordonnances royales. Sous la III^e République, l'article 16 de la loi de finances du 30 décembre 1882 dispose que l'organisation des administrations centrales est fixée sous la forme de règlements d'administration publique, puis l'article 35 de la loi de 13 avril 1900 renvoie à des décrets en Conseil d'État ; sur la structuration des ministères, v. J.-C. GAUTRON, *Les départements ministériels en France*, thèse, Université de Bordeaux, 1960, p. 5.

¹⁸² Sur les conditions concrètes de réalisation de la fonction administrative au sein des ministères, v. G. THUILLIER, *La vie quotidienne dans les ministères au XIX^e siècle*, 1976, rééd., Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2004.

1829¹⁸³, offre un bon exemple de cette répartition des tâches. Sous la monarchie de Juillet, l'administration centrale du ministère se compose du cabinet du ministre, du secrétariat général, de la division de la compatibilité et de trois directions sectorielles : la direction de l'agriculture et des haras, la direction du commerce intérieur et la direction du commerce extérieur¹⁸⁴. Cette division des services constitue la base à partir de laquelle l'administration centrale s'étoffe tout au long du XIX^e siècle¹⁸⁵. La diversification de l'intervention de la puissance publique dans le domaine agricole conduit à la création de nouvelles directions sectorielles¹⁸⁶, mais aucune cellule n'est dédiée à l'expertise juridique avant 1938. Une « section d'études juridiques » apparaît alors à la direction des eaux et du génie rural¹⁸⁷. Pour la première fois, l'une des directions centrales du ministère dispose d'un service auquel sont confiées des attributions comparables à celles des futurs services juridiques : le conseil et l'analyse juridiques, l'instruction et la défense contentieuse du ministère, la veille juridique. En effet, le décret du 25 mai 1938 prévoit que la section des études juridiques est chargée « de l'examen des questions d'ordre juridique concernant le service hydraulique, le service du génie rural ainsi que les modalités diverses des concours technique et financier accordés aux collectivités locales » ; des « études juridiques relatives aux projets de lois, règlements et circulaires émanant de la direction » des eaux et du génie rural ; de « l'analyse et du résumé de la jurisprudence des tribunaux administratifs et judiciaires en matière d'eau, d'équipement rural et d'énergie électrique » ; du contentieux des associations syndicales, mais aussi des études relatives aux législations étrangères. Par la diversité de ses attributions, la section des études juridiques s'apparente à un embryon de service des affaires juridiques ministériel, même si le champ de son expertise juridique se borne aux matières administratives relevant de la direction des eaux et du génie rural au sein de laquelle il se situe. Toutefois, ce service demeure isolé au sein du ministère de l'Agriculture. Ce n'est qu'à partir de la fin des années 1950, par l'intermédiaire de la création d'une direction d'administration générale aux attributions transversales, que les affaires juridiques commencent à être envisagées à un niveau général. Les trajectoires des autres administrations centrales ministérielles sont comparables à celle du ministère de l'Agriculture¹⁸⁸. En principe, elles

¹⁸³ Ordonnance du 12 mai 1829. Les ministères de l'Agriculture et du Commerce sont alors confondus. Le ministère de l'Agriculture ne devient autonome qu'en 1881 (v., à ce sujet : G. CUSSON, *Origines et évolution du ministère de l'agriculture*, thèse, Université de Paris, 1929, p. 93).

¹⁸⁴ Ordonnance du roi portant organisation centrale du ministère de l'agriculture et du commerce, 16 décembre 1844, *Rec. Duvergier*, p. 692.

¹⁸⁵ V., par exemple, le décret du 19 février 1882 (*Rec. Duvergier*, p. 200).

¹⁸⁶ Comme la création des directions des forêts, de l'hydraulique agricole ou des eaux et du génie rural.

¹⁸⁷ Décret du 25 mai 1938 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'Agriculture, JORF du 28 mai 1938, p. 5988.

¹⁸⁸ Il en va ainsi, d'après l'étude de leurs textes d'organisation, des ministères de l'Intérieur, de l'Instruction publique, des Finances et des Affaires étrangères.

ne disposent pas de services consacrés à l'exercice d'une fonction d'expertise juridique générale au profit de l'ensemble du ministère. Tout au plus, peut-on parfois observer l'existence de bureaux d'études juridiques. Mais ces derniers sont créés afin de satisfaire un besoin d'assistance juridique né d'une question particulière et inédite, leur domaine d'expertise reste ciblé¹⁸⁹. En tout état de cause, ces services font figure d'exceptions.

66. Reste le cas spécifique des quelques services du contentieux apparus dans certaines administrations centrales au XIX^e siècle. Selon les époques et les ministères, il peut s'agir d'un bureau¹⁹⁰, d'un service¹⁹¹, d'une sous-direction¹⁹², voire d'une direction ou d'une division¹⁹³. Ces cellules peuvent être placées sous l'autorité directe du ministre¹⁹⁴ ou intégrées à l'une des directions ministérielles¹⁹⁵. En somme, il n'existe aucune organisation préétablie en la matière. Les attributions de ces « services contentieux » demeurent, elles aussi, assez floues. Lorsqu'elles sont détaillées, ce qui n'est pas toujours le cas, les textes réglementaires se bornent à indiquer que le service (ou bureau, ou sous-direction) du contentieux « traite les affaires contentieuses du ministère ». Ces services semblent généralement avoir pour mission d'instruire tout ou partie des réclamations adressées au ministre et de suivre les instances dans lesquelles ce dernier est engagé. Leur existence ne semble pas devoir être reliée à la fonction juridictionnelle des ministres : certains de ces services sont apparus à l'ère du ministre-juge et ont été maintenus après sa suppression¹⁹⁶, d'autres ont été créés une fois cette théorie abolie¹⁹⁷. La création d'un service du contentieux pourrait être considérée comme la première étape de la spécialisation de certaines cellules administratives dans l'instruction de dossier comportant une plus forte dimension juridique. Toutefois, ces services ne

¹⁸⁹ Le ministère des Régions libérées – créé en 1917 pour assurer l'administration des territoires français occupés par l'Allemagne – comprend ainsi un « service du contentieux et des études législatives » spécialement chargé de « toutes les questions d'ordre juridique, législatif ou contentieux relatives à l'application de la loi du 17 avril 1919 » relative à la réparation des dommages de guerre (Décret du 20 avril 1922 fixant l'organisation et les attributions des services de l'administration centrale du ministère des régions libérées, JORF du 1^{er} mai 1922, p. 4522).

¹⁹⁰ Au ministère des Affaires étrangères lors de la Monarchie de Juillet (Ordonnance du 24 septembre 1844 portant organisation de l'administration centrale du ministère des Affaires étrangères, *Rec. Duvergier*, p. 465), au ministère de la Marine sous la III^e République (Décret du 7 avril 1896 portant réorganisation de l'administration centrale du ministère de la Marine, *Rec. Duvergier*, p. 79).

¹⁹¹ Décret du 18 février 1882 organisant l'administration centrale du ministère de l'Agriculture, *Rec. Duvergier*, p. 201 : la direction des forêts comprend un service du contentieux.

¹⁹² Décret du 12 mai 1891 portant règlement d'administration publique pour l'organisation de l'administration centrale du ministère des Affaires étrangères, *Rec. Duvergier*, p. 97.

¹⁹³ Ordonnance du 16 décembre 1844 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'Instruction publique, *Rec. Duvergier*, p. 704 : la division du contentieux, du matériel et de la comptabilité se compose d'un bureau dédié aux affaires contentieuses.

¹⁹⁴ Comme au ministère de la Marine (décret du 7 avril 1896 précité).

¹⁹⁵ À l'image de la sous-direction du contentieux du ministère des Affaires étrangères qui relève de la direction des affaires politiques.

¹⁹⁶ Comme au ministère de l'Instruction publique.

¹⁹⁷ Comme aux ministères de l'Agriculture et de la Marine.

sont chargés que de la gestion du contentieux, à l'exclusion de toutes missions de conseil juridique ou de révision des projets de texte. Le choix de confier à une cellule administrative particulière le soin de suivre et d'instruire les contentieux ministériels semble avoir été dicté par des considérations de pure opportunité. Il s'agit tout simplement de désengorger les services centraux de la gestion et de l'instruction des recours contentieux. La création de ces services ne peut donc être regardée comme exprimant la volonté de créer, au sein des ministères, des cellules d'expertise juridique.

67. Malgré tout, la matière contentieuse a ouvert la voie à une structuration progressive de l'expertise juridique interne grâce à l'institution des comités consultatifs dédiés. Sous la III^e République, des comités consultatifs du contentieux sont constitués aux ministères des Affaires étrangères¹⁹⁸, des Colonies¹⁹⁹, de la Marine²⁰⁰, des Finances²⁰¹, de l'Intérieur²⁰², du Travail²⁰³ et des Régions libérées²⁰⁴. Leur fonction consultative s'avère bien plus large que ce que leur intitulé pourrait laisser penser. En effet, dans chaque ministère, le comité est « chargé de donner son avis sur les questions qui lui sont soumises par le ministre »²⁰⁵, qu'il s'agisse des affaires contentieuses qui lui sont renvoyées, des questions d'espèce ou de « toutes les questions d'ordre juridique qui lui sont soumises par le ministre et qui peuvent lui être posées à l'occasion de l'application des lois ou des règlements intéressant les diverses branches de l'administration » des départements ministériels²⁰⁶. Les comités consultatifs du contentieux conseillent donc les ministres et leurs services sur toutes les questions de droit, précises ou générales, que ces derniers souhaiteraient lui soumettre. Par leur composition, ils concentrent les connaissances juridiques disponibles. Il s'agit de faire appel « à des personnalités qui, par leurs fonctions ou leurs travaux auront pu se distinguer

¹⁹⁸ Décret du 1^{er} février 1877 portant création d'un comité consultatif de contentieux au ministère des affaires étrangères, JORF du 8 février 1877, p. 995.

¹⁹⁹ Décret du 17 juillet 1894 portant création d'un comité consultatif de contentieux des colonies, JORF du 12 août 1894, p. 3887.

²⁰⁰ Décret du 8 janvier 1908 portant création d'un comité consultatif du contentieux de la marine, JORF du 11 janvier 1908, p. 261.

²⁰¹ Décret du 29 novembre 1910 instituant auprès du ministre des finances un comité consultatif du contentieux, JORF du 1^{er} décembre 1910, p. 9739.

²⁰² Décret du 18 novembre 1911 instituant auprès du ministère de l'intérieur un comité consultatif du contentieux et nommant les membres de ce comité, JORF du 23 novembre 1911, p. 9297.

²⁰³ Décret du 11 octobre 1912 instituant un comité consultatif du contentieux au ministère du Travail, JORF du 15 octobre 1912, p. 8823.

²⁰⁴ Décret du 14 juillet 1918 instituant un comité consultatif du contentieux au ministère du Blocus et des Régions libérées, JORF du 18 juillet 1918, p. 6218.

²⁰⁵ V. par ex. le décret du 11 octobre 1912 précité, le décret du 14 juillet 1918 précité et le décret du 6 novembre 1934, réinstituant le comité consultatif du contentieux du ministère de l'Intérieur, Bulletin officiel du ministère, p. 393.

²⁰⁶ Rapport du ministre de l'Intérieur Paul Marchandeu au Président de la République, 5 novembre 1934, Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur, p. 393.

dans l'étude des questions juridiques qui intéressent particulièrement le ministère»²⁰⁷. Les comités comptent ainsi des parlementaires, des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et des avocats à la Cour d'appel de Paris, des professeurs de droit²⁰⁸. Toutefois, dans la mesure où ils sont partiellement composés de membres extérieurs à l'administration ministérielle, ces comités n'assistent les services ministériels que de façon sporadique.

68. L'apparition des comités consultatifs ministériels témoigne d'une première évolution du regard de l'administration d'État sur son expertise juridique. Les ministres font le bilan de leur besoin et de leurs ressources internes. Ainsi, en 1910, pour justifier au Président de la République la création d'un comité consultatif du contentieux, le ministre des Finances écrit :

« J'ai constaté que les services du ministère des finances sont fréquemment appelés à examiner des questions juridiques des plus complexes, qui, indépendamment de leur côté fiscal ou financier, touchent aux diverses branches de notre législation générale, notamment au droit civil, au droit commercial et au droit administratif. Le nombre et l'importance de ces questions se sont considérablement accrues au cours des dernières années. [...] Cette évolution fait naître des problèmes délicats qui ne peuvent bien et utilement résolués que si je me suis entouré, au préalable, de l'avis de jurisconsultes qualifiés, constitués en comité consultatif»²⁰⁹.

Un constat similaire est opéré par le ministre du Travail, en 1912 :

« Le ministère du travail et de la prévoyance sociale, en raison du développement considérable qu'il a pris depuis sa création, doit examiner fréquemment des questions juridiques particulièrement délicates, qui ne peuvent être renvoyées à aucun des comités existant actuellement dans cette administration. Les services examinent un grand nombre de questions d'espèce qui intéressent leurs attributions spéciales, et le ministre a pu faire appel très utilement et très largement à leur concours pour l'examen des questions contentieuses d'ordre général qui ont été posées ; mais il paraîtrait logique qu'un organisme spécial fonctionnât pour l'examen des questions les plus importantes qui concernent l'application des lois et règlements sur le travail et sur les assurances et la prévoyance sociales, aussi bien que les questions qui pourraient être posées à l'occasion de la gestion des services dépendant de mon administration ou des projets préparés par elle »²¹⁰.

69. Même s'ils expriment le vœu de renforcer l'organisation de l'expertise juridique interne du

²⁰⁷ Rapport du ministre du Travail et de la Prévoyance sociale Léon Bourgeois au Président de la République, 10 octobre 1912, JORF du 15 octobre 1912, p. 8823.

²⁰⁸ V. par ex. l'arrêté du 8 août 1894 relatif à la composition du comité consultatif de contentieux des colonies, *Bulletin officiel du ministère des Colonies*, p. 684.

²⁰⁹ Rapport du ministre des Finances Lucien-Léon Klotz au Président de la République, 29 novembre 1910, JORF du 1^{er} décembre 1910, p. 9739.

²¹⁰ Rapport du ministre du Travail et de la Prévoyance sociale Léon Bourgeois au Président de la République, 10 octobre 1912, JORF du 15 octobre 1912, p. 8823.

ministère, les ministres veillent à ménager le rôle du Conseil d'État et les attributions des directions ministérielles. Ainsi le ministre des Finances précise :

« Il n'entre pas dans ma pensée de me priver du concours précieux et éclairé du conseil d'État dans les affaires de nature à motiver la consultation de cette haute Assemblée. Je n'ai pas davantage l'intention de toucher en quoi que ce soit aux pouvoirs propres que les directeurs généraux des régies financières tiennent, en matière contentieuse, des lois organiques qui régissent ces administrations. L'innovation que je propose a trait seulement aux nombreuses questions dont le caractère implique une solution juridique tirée des règles générales du droit public ou du droit privé et pour lesquelles il me paraît utile, nécessaire même, qu'avant de statuer, le ministre puisse avoir, le cas échéant, indépendamment des propositions des services compétents et spécialisés du département des finances, l'avis d'un comité de juristes autorisés. Cette mesure, qui ne doit d'ailleurs entraîner aucune dépense, n'a d'autre objet que de mieux servir l'intérêt public »²¹¹.

Cette prudence n'est pas surprenante. Elle atteste déjà que toucher aux conditions d'organisation et d'exercice de l'expertise juridique, en constituant un nouveau service à cette fin, modifie nécessairement les équilibres préexistants au sein de l'appareil administratif d'État.

70. Il ressort donc de l'étude des organigrammes des administrations centrales que l'expertise juridique n'a longtemps fait l'objet d'aucune organisation systématique et aboutie. Les cellules ministérielles d'expertise juridique sont trop rares pour être considérées comme significatives. À l'inverse, les services contentieux, qui tendent à se généraliser au sein des ministères, se bornent à l'examen des litiges et n'assurent aucune fonction de conseil juridique. Enfin, si les comités consultatifs de contentieux peuvent aussi répondre aux questions juridiques des ministères, leur activité reste trop intermittente pour qu'ils puissent être considérés comme les éléments d'une véritable structuration de l'expertise juridique interne.

2/ Des cas particuliers d'expertise juridique structurée

71. Dans ce tableau des ministères du XIXe et du début du XXe siècle, le juriste du ministère des Affaires étrangères (a.) et l'agent judiciaire du Trésor (b.) constituent deux institutions très particulières, qui révèlent l'ébauche d'une spécialisation de la fonction d'expertise juridique ministérielle.

²¹¹ Rapport du ministre des Finances Lucien-Léon Klotz au Président de la République, précité.

a. Le juriconsulte du ministère des Affaires étrangères

72. Le ministère des Affaires étrangères se distingue des autres administrations centrales pour avoir très tôt procédé à l'organisation d'une expertise interne de droit international, au service de la construction de l'action diplomatique française. La nomination, dès l'Ancien régime, d'un juriconsulte du Roi en matière de droit germanique (*i.*) a marqué le point de départ d'un processus de structuration d'une fonction d'expertise juridique interne, aboutissant à la création de l'actuelle direction des affaires juridiques (*ii.*).

i. L'institution historique du juriconsulte du Roi

73. Dans une certaine mesure, la direction des affaires juridiques trouve ses origines les plus lointaines dans la fonction de « juriconsulte du Roi » instaurée, sous l'Ancien régime, au département des Affaires étrangères. Cette fonction émerge d'un contexte diplomatique et juridique singulier. Le rattachement de l'Alsace au Royaume de France, par le traité de Münster de 1648²¹², confronte les autorités françaises à des difficultés juridiques inédites : « sans que la souveraineté française en [soit] affectée, le traité de Münster [maintient] en effet certains liens avec l'Empire et l'application correcte des dispositions le concernant impos[e] une connaissance précise du droit germanique que ne posséd[ent] pas les conseillers du roi »²¹³. Constatant que les commis du ministère ne maîtrisent pas suffisamment le droit germanique applicable, le secrétaire d'État aux Affaires étrangères recourt à une expertise juridique extérieure et interroge des juristes spécialisés²¹⁴. Il s'agit, le plus souvent, d'universitaires strasbourgeois²¹⁵ : « germanophones, fins connaisseurs du droit public allemand et des arcanes impériaux, ils cherchent à être agréables à leur nouveau souverain. Ils ont donc le profil parfait pour servir la diplomatie française en tant que juriconsultes pour le droit germanique »²¹⁶. Cependant, alors que le nombre des demandes de consultation

²¹² Traité de Münster du 24 octobre 1648. Les annexes du traité sont les actes de cession de l'Alsace à la France par l'empereur Ferdinand III ; v. not. P. DUPARC, « Les actes du traité de Münster de 1648 entre la France et l'Empire », *Bibliothèque de l'École des chartes*, vol. 107, 1947-1948, p. 52.

²¹³ J. BAILLOU, *Les affaires étrangères et le corps diplomatique français*, Éditions du CNRS, « Histoire de l'administration française », 1984, t. I., p. 119.

²¹⁴ J. ULBERT, « Appréhender le monstre. Le premier juriconsulte du roi pour le droit germanique au sein du ministère des Affaires étrangères françaises (1723) », in S. JEANNESSON, É. SCHNAKENBOURG, F. JESNÉ (dir.), *Experts et expertise en diplomatie. La mobilisation des compétences dans les relations internationales du congrès de Westphalie à la naissance de l'ONU*, Presses universitaires de Rennes, 2018, p. 191.

²¹⁵ Tels que Friedrich Ulrich Obrecht jusqu'en 1701, ou encore Jean-Henri Boecler et Jean-Baptiste Klinglin.

²¹⁶ J. ULBERT, *op. cit.*, p. 194.

augmente, les autorités françaises jugent la qualité des mémoires rédigés par les juriconsultes de moins en moins satisfaisante²¹⁷. C'est donc pour assurer la fiabilité de l'expertise juridique apportée par ces juristes extérieurs que le secrétaire d'État aux Affaires étrangères décide de s'attacher durablement les services d'un spécialiste de droit germanique nommé au sein du département ministériel.

74. La nomination du premier « juriconsulte du Roi » en 1722²¹⁸ ébauche l'organisation d'une expertise juridique interne à l'administration centrale des affaires étrangères. Un temps limité aux questions de droit germanique²¹⁹, l'office du juriconsulte est progressivement étendu. À la fin du XVIII^e siècle, il exerce une véritable fonction d'expertise juridique générale au profit du secrétaire d'État aux Affaires étrangères et de son administration. Ses attributions sont multiples²²⁰. Le juriconsulte est chargé de l'interprétation des conventions ainsi que de l'examen des questions juridiques relatives au droit des gens²²¹. Il étudie également les « affaires litigieuses » du ressort du ministre des Affaires étrangères, les « consultations adressées au Département des affaires étrangères soit par d'autres Départements de l'Administration, soit par des particuliers concernant toutes les matières de jurisprudence étrangère quelconque », ainsi que les questions juridiques relatives aux frontières²²². Enfin, il est associé à l'élaboration du droit puisqu'il participe, « avec les bureaux politiques du ministère, à la rédaction des conventions, actes publics, lettres patentes, ratifications, manifestes, déductions et mémoires politiques, en particulier tout ce qui devait être rédigé en latin »²²³.

75. Du point de vue de l'organisation interne du ministère, le rattachement du juriconsulte à l'administration centrale peut être considéré comme la toute première étape de la construction d'une fonction d'expertise juridique en droit international au sein du ministère. Cependant, la

²¹⁷ J. ULBERT, *op. cit.*, p. 201.

²¹⁸ Il s'agit de Jean Conrad Pffeffel, juriconsulte de 1722 à sa mort en 1738.

²¹⁹ Ainsi le premier titulaire de la fonction ne parle presque pas le français et rédige ses analyses juridiques en latin. J. BAILLOU, t. I, p. 120 ; J.-P. SAMOYAUULT, *Les Bureaux du secrétaire d'État des Affaires étrangères sous Louis XV. Administration, personnel*, Pedone, 1971, p. 142.

²²⁰ *Organisation et réglemens du Ministère des Affaires étrangères, 1804 à 1844*, p. 312, cité par A. GROS, « Origines et traditions de la fonction de juriconsulte du département des affaires étrangères », in *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 190 ; J. BAILLOU, *op. cit.*, t. I, p. 120-121.

²²¹ L'expression « droit des gens », qui provient du latin *jus gentium*, est l'expression ancienne pour désigner le droit international public. Avant le XVIII^e siècle, du fait de l'assimilation de l'État au Prince et de l'absence d'une théorie de la personne morale de l'État, le droit international n'est pas conçu, comme il l'est désormais, comme un phénomène essentiellement interétatique (D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, « Droit fondamental », 9^e édition, 2022, p. 19).

²²² *Organisation et réglemens du Ministère des Affaires étrangères, 1804 à 1844*, p. 312, cité par A. GROS, *op. cit.*, p. 189.

²²³ *Ibid.*

création pérenne d'un service administratif dédié au conseil juridique s'avère encore lointaine. En effet, si l'intérêt stratégique de la connaissance du droit des gens pour construire et mener l'action diplomatique commence à être reconnu, il n'est pas encore question de créer une cellule dédiée regroupant des administrateurs spécialisés. L'expertise juridique est avant tout recherchée auprès de juristes réalisant l'essentiel de leur carrière à l'extérieur de l'administration et dont la formation universitaire, les fonctions antérieures et la personnalité sont les gages de leur magistère. L'organisation de l'expertise juridique repose alors sur une dimension fondamentalement personnelle : l'office du jurisconsulte devient « une sorte de magistrature syndicale dont les bornes ne [sont] fixées que par la confiance qu'obt[ient] le titulaire »²²⁴. Ainsi l'évolution de la fonction semble étroitement liée à la personnalité du juriste nommé. L'extension des attributions du jurisconsulte à la fin du XVIII^e siècle est souvent expliquée par le charisme et l'autorité de Chrétien Frédéric Pfeffel, nommé à en 1768 à la suite de son père²²⁵. Lors de la Révolution française, et malgré la confiscation et la vente de ses biens²²⁶, Pfeffel continue à être sollicité et à préparer pour les autorités révolutionnaires des consultations juridiques²²⁷. En revanche, la fonction de jurisconsulte périclité après sa mort en 1807. Le nouveau jurisconsulte, nommé, pour la première fois, parmi les administrateurs du ministère ne parvient plus à animer la fonction²²⁸. Aucun jurisconsulte n'est nommé entre 1824 et 1890²²⁹.

ii. *La construction progressive de l'expertise juridique*

76. La disparition de la fonction durant près de 70 ans ne signale pas pour autant un désintérêt pour les questions juridiques et l'expertise de droit international. La construction d'une fonction d'expertise juridique interne passe alors par l'organisation de l'examen des affaires contentieuses dont le ministre est saisi. Alors que la justice internationale n'est encore que balbutiante²³⁰, la plupart des contentieux portent sur des litiges impliquant des ressortissants français à l'étranger ou des ressortissants étrangers en France. Comme dans d'autres ministères, des cellules administratives

²²⁴ F. MASSON, *Le Département des Affaires étrangères pendant la révolution, 1787-1804*, Plon, 1877, p. 26.

²²⁵ J. BAILLOU, *op. cit.*, p. 120 ; J. ULBERT, *op. cit.*, p. 202.

²²⁶ F. MASSON, *op. cit.*, p. 457. A. GROS, *op. cit.*, p. 189.

²²⁷ A. GROS, *op. cit.*, p. 189.

²²⁸ A. GROS, *op. cit.*, p. 189 ; J. BAILLOU, *op. cit.*, t. I, p. 121 et p. 292.

²²⁹ A. GROS, *op. cit.*, p. 189.

²³⁰ Le premier grand arbitrage interétatique moderne intervient en 1872, dans l'affaire de l'Alabama opposant la Grande-Bretagne et les États-Unis (Tribunal arbitral, sentence du 14 septembre 1872). Cet arbitrage préfigure, avec la création de la Cour Permanente d'Arbitrage en 1899, le développement des juridictions internationales à partir de l'entre-deux-guerres.

spécialisées sont progressivement instituées pour examiner les litiges et proposer au ministre une solution. Le bureau du contentieux, créé sous la Révolution française²³¹, devient une sous-direction²³², puis une « direction du contentieux politique et commercial »²³³. Le ministère des Affaires étrangères est aussi le premier au sein duquel un comité consultatif du contentieux est institué en 1835²³⁴.

77. Ces réorganisations successives interviennent à la suite de réflexions ministérielles recherchant les conditions optimales d'examen des affaires contentieuses. Ainsi, en 1835, Victor de Broglie, ministre des Affaires étrangères, insiste sur la nécessité de concentrer le traitement des contentieux en un unique service afin de définir des lignes directrices utiles à leur examen :

« Les affaires contentieuses sont simultanément traitées dans les deux directions politique et commerciale ; aucune règle fixe n'est tracée pour la distribution entre elles de ces affaires ; il arrive même quelques fois qu'elles soient renvoyées au bureau de la chancellerie attachée à la direction des archives. [...] Des questions parfaitement analogues peuvent être envisagées d'une manière différente selon que l'examen en aura été soumis à l'une ou l'autre direction et le ministre est ainsi exposé à rendre des décisions contradictoires. »²³⁵.

78. De même, sous la III^e République, le ministre Louis Decazes propose au Président MacMahon une « nouvelle répartition des affaires contentieuses » et la création d'un service contentieux unique²³⁶. Il plaide aussi pour la réactivation du comité consultatif du contentieux, suspendu de 1870 à 1877²³⁷. En effet, le comité consultatif du contentieux est un élément important de la

²³¹ J. BAILLOU, *op. cit.*, t. I., p. 291.

²³² Décret du 3 janvier 1853 sur l'organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, *Rec. Duvergier*, p. 55.

²³³ Décret du 23 janvier 1880 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, *JORF* du 24 janvier 1880, p. 1.

²³⁴ Lettre du duc de Broglie, ministre des Affaires étrangères, au roi Louis-Philippe du 21 avril 1835, Archives du ministère français des Affaires étrangères, Contentieux, vol. 120 cité par P. RYGIEL, « De savants juristes au service de la France. Les experts du droit international auprès du Quai d'Orsay (1874-1918) », in S. JEANNESSON, É. SCHNAKENBOURG, F. JESNÉ (dir.), *Experts et expertise en diplomatie. La mobilisation des compétences dans les relations internationales du congrès de Westphalie à la naissance de l'ONU*, Presses universitaires de Rennes, « Histoire », 2018, p. 206.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Rapport du ministre des Affaires étrangères Louis Decazes au Président de la République du 7 février 1877, *JORF* du 8 février 1877, p. 993-994 : « Actuellement ces affaires sont, pour la plupart, traitées à la sous-direction du contentieux qui fait partie de la direction politique. Celles cependant qui ont une origine commerciale sont quelques fois retenues à la direction des consulats. Soumises les unes et les autres aux mêmes principes de droit public, et régies par la même jurisprudence, il serait logique qu'elles fussent réunies dans une même section, et, grâce à leur nombre toujours croissant depuis quelques années, le contentieux pourrait former un service spécial qui serait confié à un directeur adjoint travaillant avec le directeur des affaires politiques pour le contentieux politique, et avec le directeur des affaires commerciales pour le contentieux commercial ».

²³⁷ *Ibid.* : « Je vous demanderai, d'ailleurs, de fortifier l'organisation de ce service en reconstituant le comité consultatif du contentieux qui a cessé de fonctionner depuis 1870 et dont les avis ont été si utiles au département des affaires étrangères en plusieurs circonstances importantes », J. BAILLOU, *op. cit.*, p. 49 ; P. RYGIEL, *op. cit.*, p. 206.

construction de l'expertise juridique interne. D'une part, sa fonction consultative a été largement entendue, le comité ne se bornant pas aux questions contentieuses²³⁸. D'autre part, l'évolution de sa composition a permis d'associer de nouveau à l'action diplomatique des juristes extérieurs. S'il ne réunit initialement que des parlementaires, le comité intègre, à compter de sa reconstitution en 1877, des membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation²³⁹. Mais l'évolution la plus fondamentale est opérée par le décret du 17 juillet 1882 qui prévoit qu'un professeur des universités siège au comité²⁴⁰. Par le truchement du comité consultatif du contentieux et l'élargissement de sa composition, le ministère des Affaires étrangères s'attache, de nouveau, l'expertise d'un éminent juriste de droit international. Sur ce fondement, la nomination de Louis Renault, alors professeur de droit et titulaire de la chaire du droit des gens de l'Université de Paris²⁴¹, est un tournant dans l'organisation de l'expertise juridique au sein de l'administration centrale du ministère des Affaires étrangères. « Tout fait de Louis Renault le personnage central de cette époque »²⁴² : son prestige conduit le ministre des Affaires étrangères à l'associer de plus en plus étroitement à l'activité du ministère. De nouveau, l'organisation de l'expertise juridique se caractérise par sa forte dimension personnelle. Sans encore envisager la constitution d'une cellule d'expertise juridique interne, il s'agit de recourir aux services d'un expert reconnu pour son activité académique. Ainsi la fonction de jurisconsulte du ministère des Affaires étrangères renaît, pour Louis Renault, en 1890²⁴³.

79. Une fois rétabli, le jurisconsulte du ministère constitue la matrice autour de laquelle se construit peu à peu le service qui deviendra l'actuelle direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères. Le jurisconsulte est d'abord assisté d'un adjoint²⁴⁴ et d'un suppléant²⁴⁵ choisis, dans l'entourage de Louis Renault, parmi les professeurs de droit international²⁴⁶. Les usages ministériels demeurent : ces trois universitaires poursuivent leurs activités au sein des

²³⁸ J. BAILLOU, *op. cit.*, t. I, p. 584 ; P. RYGIEL, *op. cit.*, p. 207.

²³⁹ Décrets du 1^{er} février 1877, JORF du 8 février 1877, p. 995. Le comité consultatif du contentieux reconstitué est présidé par un sénateur. Il se compose ensuite d'un conseiller à la Cour de cassation, de deux membres du Conseil d'État et du directeur adjoint du contentieux politique et commercial du ministère. Léon Aucoc, alors président de la section des travaux publics, de l'agriculture, du commerce et des affaires étrangères est nommé parmi les membres du Conseil d'État siégeant dans le comité.

²⁴⁰ Décret du 17 juillet 1882 portant fixation du nombre de membres du comité consultatif du contentieux près le département des affaires étrangères, JORF du 18 juillet 1882, p. 3835.

²⁴¹ Décret du 17 juillet 1882 portant nomination du président, des vice-présidents et des membres du comité consultatif du contentieux des affaires étrangères, p. 3836 ; P. FAUCHILLE, « Louis Renault (1843-1918) : sa vie, son œuvre », *Revue générale de droit international public*, vol. 25, 1918, p. 35.

²⁴² P. RYGIEL, *op. cit.*, p. 211.

²⁴³ A. GROS, *op. cit.*, p. 191.

²⁴⁴ André Weiss est professeur à la faculté de droit de Paris lorsqu'il est nommé, en 1908, jurisconsulte adjoint. Il exerce ces fonctions jusqu'à son élection aux fonctions de juge de la Cour permanente de justice internationale en 1922.

²⁴⁵ Henri Fromageot est docteur en droit et diplomate. Il est également élu juge à la Cour permanente de justice internationale en 1929.

²⁴⁶ P. RYGIEL, *op. cit.*, p. 211-214.

facultés et ne conseillent le Quai d'Orsay qu'à temps partiel. L'idée d'institutionnaliser l'expertise juridique, en créant un service administratif pérenne, composé d'administrateurs, apparaît après la Première Guerre mondiale²⁴⁷. Un rapport de la commission des finances de la Chambre des députés de 1919 préconise la constitution d'un service chargé d'élaborer des doctrines juridiques²⁴⁸. La proposition est étudiée par une commission ministérielle qui conclut ses travaux en recommandant la création d'un « véritable service juridique constitué d'agents de carrière, auquel auraient été rattachés les juristes et dont l'avis aurait été nécessairement requis dès lors qu'un problème aurait des aspects juridiques »²⁴⁹. Toutefois cette proposition n'est pas suivie : la direction politique du ministère des Affaires étrangères aurait redouté que le nouveau service juridique n'empiète sur ses attributions²⁵⁰. En revanche, deux postes pérennes de conseillers juridiques réservés à des administrateurs sont créés en 1936²⁵¹.

80. Le « service des affaires juridiques » est créé par l'ordonnance du 13 avril 1945²⁵². Dirigé par le juriste du ministère, il préfigure largement la future direction des affaires juridiques. D'une part, contrairement aux services contentieux préexistants, ce nouveau service ne relève pas de l'une des directions géographiques nouvellement créées²⁵³. Il est autonome et placé sous l'autorité directe du ministre. Cette position favorise son activité et l'intégration de l'expertise juridique dans le travail ministériel : le juriste est « tenu informé de toute la politique et de tout ce qui se passe dans le Département, car il est attributaire d'une collection complète de télégrammes à l'arrivée et au départ et il assiste à toutes les réunions régulières qui se tiennent soit chez le Secrétaire général soit chez le Directeur politique. Il résulte de cette situation qu'il n'est plus simplement consulté à l'initiative des services, mais qu'il peut intervenir proprio motu quand il estime nécessaire ou

²⁴⁷ L'entre-deux-guerres est une période marquée par un développement important du droit international. On assiste au même moment à trois développements : une multiplication des organisations internationales comme la Société des Nations ou l'Organisation internationale du travail, un phénomène de judiciarisation avec la création de la Cour permanente de justice internationale et une extension matérielle du droit international. D. CARREAU, A. HAMANN, F. MARRELLA, *Droit international*, Pedone, « Études internationales », 13^e édition, 2022, p. 57.

²⁴⁸ Rapport de M. Lucien Hubert sur le budget du ministère des affaires étrangères pour l'exercice 1920, JORF du p. 423.

²⁴⁹ J. BAILLOU, *op. cit.*, t. II, p. 389.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ Décret du 3 juin 1936 modifiant le décret du 15 juin 1934 portant organisation de l'administration centrale et fixant la rémunération du conseiller juridique et du conseiller juridique adjoint, JORF du 4 juin 1936, p. 5908.

²⁵² Ordonnance du 13 avril 1945 portant organisation de l'administration centrale du ministère des Affaires étrangères, JORF du 14 avril 1945, p. 2075, complétée par le décret du 17 juillet 1945 portant règlement d'administration publique sur l'organisation de l'administration centrale du ministère des Affaires étrangères, JORF du 19 juillet 1945, p. 4423. Jules Basdevant est nommé juriste et chef du service des affaires juridiques. André Gros lui succède à partir de 1948.

²⁵³ L'ordonnance du 13 avril 1945 substitue à l'ancienne division entre direction des affaires politiques et direction des affaires commerciales une répartition géographique.

souhaitable de le faire pour donner son avis sur une question quelconque»²⁵⁴. Cette pratique a depuis perduré puisque le directeur des affaires juridiques est encore convié aux réunions tenues entre les directeurs de l'administration centrale du ministère des Affaires étrangères²⁵⁵. D'autre part, la création du service des affaires juridiques marque le passage d'une fonction d'expertise juridique exercée, à temps partiel, par des juristes extérieurs à une organisation de l'expertise pérenne et intégrée dans l'appareil administratif du ministère²⁵⁶. Pareille structuration de l'expertise juridique correspond alors aux solutions adoptées par les départements des affaires étrangères des autres grandes puissances telles que les États-Unis, ou la Grande-Bretagne²⁵⁷. Les attributions du service des affaires juridiques correspondent aux trois missions du jurisconsulte : le conseil juridique, l'interprétation des traités et la représentation de l'État devant les juridictions internationales.

81. Le service des affaires juridiques est érigé en « direction » des affaires juridiques en 1969²⁵⁸. Cette transformation a lieu à l'occasion d'une réforme plus importante du ministère intervenue à la suite du rapport Racine, remis à Michel Debré en novembre 1968²⁵⁹. Pour la première fois, le directeur des affaires juridiques – qui conserve le titre de jurisconsulte – est un diplomate. Le renforcement du service d'expertise juridique interne du ministère peut être mis en perspective avec les positions françaises lors des négociations de la Conférence de Vienne relative au droit des traités²⁶⁰. La France s'est ainsi trouvée isolée sur certains aspects fondamentaux du projet de convention. Cet épisode a certainement fait naître un besoin d'expertise juridique renforcé au service des diplomatiques françaises, dans une communauté internationale profondément renouvelée par le mouvement de décolonisation et l'institutionnalisation croissante du droit international.

82. Retracer l'évolution de l'expertise juridique au ministère des Affaires étrangères permet de comprendre certaines des spécificités de l'actuelle direction des affaires juridiques et de son activité.

²⁵⁴ J. BAILLOU, *op. cit.*, t. II., p. 783.

²⁵⁵ S. BARBIER, Entretien n° 2.

²⁵⁶ G. GUILLAUME, « Droit international et action diplomatique. Le cas de la France », *EJIL*, vol. 2, 1991, p. 136.

²⁵⁷ G. GUILLAUME, « La direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères. Conseil juridique et action diplomatique », in *Mélanges Guy Ladreit de Lacharrière*, Masson, 1989, p. 268.

²⁵⁸ Décret du 18 avril 1969 portant nomination d'un directeur des affaires juridiques à l'administration centrale des affaires étrangères, JORF du 19 avril 1969, p. 3861.

²⁵⁹ P. RACINE, *Rapport sur le ministère des affaires étrangères*, Rapport du groupe de travail créé par le ministre des affaires étrangères en juin 1968, Ministère des affaires étrangères, 1968. Pourtant ce rapport ne préconise nullement le renforcement du service des affaires juridiques. Au contraire, il suggère même de lui d'ôter certaines de ses attributions en proposant de « rassembler dans un même service, sans doute à la Direction des conventions administratives et des affaires consulaires (Unions internationales) plutôt qu'au Service Juridique, toutes les questions touchant de près ou de loin aux obligations qui nous incombent en qualité d'État dépositaire de traités » (p. 92).

²⁶⁰ O. DELEAU, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *AFDI*, n° 15, 1969, p. 7.

L'étude des origines de la fonction de juriconsulte, des conditions de son déclin après la Révolution française, et de sa renaissance lors de la nomination de Louis Renault en 1890 aident à concevoir le lien particulier qui existe, encore aujourd'hui, entre l'expertise juridique de droit international et le corps universitaire. En effet, si l'expertise juridique est désormais structurée au sein du ministère, en prenant la forme d'une direction d'administration centrale, l'usage ministériel est demeuré de faire appel, ponctuellement, à des enseignants-chercheurs en droit²⁶¹. Par ailleurs, l'association des professeurs de droit à la construction de l'expertise juridique au sein du ministère des Affaires étrangères n'a pas manqué de colorer durablement la façon dont cette fonction d'expertise juridique est conçue et mise en œuvre. Loin de n'être qu'un support et une assistance, la direction des affaires juridiques – et les services qui l'ont précédée – à travers la personne du juriconsulte, s'est considérée investie d'une fonction d'harmonisation de la doctrine juridique de l'État. Le droit international étant un élément de l'action diplomatique de la France, ce processus de construction d'une doctrine juridique s'est avéré indispensable à l'élaboration d'une véritable « politique juridique extérieure »²⁶².

b. L'agent judiciaire du Trésor

83. Institué pour recouvrer certaines créances du Trésor public, puis de l'État, l'agent judiciaire du Trésor²⁶³ a développé une fonction d'expertise juridique au profit de l'ensemble des administrations ministérielles, à la faveur de l'octroi d'un monopole légal de représentation de l'État devant les juridictions judiciaires.

84. L'histoire de l'agent judiciaire du Trésor est bien connue²⁶⁴. Cette autorité est instituée par le décret du 21 juillet-15 août 1790²⁶⁵ afin d'assurer la fonction de recouvrement des créances du Trésor jusqu'alors confiée au contrôleur des restes de la chambre des comptes et au contrôleur des

²⁶¹ V. *infra*, §. 542.

²⁶² G. LADREIT DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Economica, « Enjeux internationaux », 1983 ; v. égal. D. ALLAND, « Quelques observations sur la notion de politique juridique de l'État. Retour sur la politique juridique extérieure », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XIII, 2012, p. 555.

²⁶³ L'agent judiciaire du Trésor est rebaptisé « agent judiciaire de l'État » par le décret du 23 août 2012. Sur les raisons et les modalités de ce changement de dénomination, v. *infra* §. 523.

²⁶⁴ D. GUEILHERS, *L'agent judiciaire du Trésor public*, thèse, Université de Paris, 1936 ; G. ROUSSEAU, *L'agent judiciaire du Trésor public*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 31, 1961 ; A. ROSSIGNOL, *La représentation de l'État devant les tribunaux judiciaires*, Dalloz, 1952, p. 114 ; J.-P. BESSON, N. LATRÈCHE, « L'agent judiciaire de l'État : 1790-2012, de la Révolution à la nouvelle dénomination », *CJFI*, n° 69, 2012, p. 2 ; J. AMOUROUX, J.-P. BESSON, *Agent judiciaire de l'État*, Dalloz, « Dalloz corpus », 2020.

²⁶⁵ Décret du 21 juillet-15 août 1790, relatif à la suppression de différents offices et places, *Rec. Duvergier*, t. I, p. 255.

bons d'État, charges supprimées durant la Révolution française²⁶⁶. Ses attributions sont définies par le décret du 27-31 août 1791 : dans le cadre de sa mission de recouvrement des créances actives du Trésor public et de la poursuite des débits des comptables²⁶⁷, l'agent judiciaire défend les intérêts du Trésor en le représentant devant les juridictions. L'article 1^{er} du décret dispose que « l'agent du Trésor public tiendra deux registres ou sommiers. Il énoncera sur le premier les titres de créances actives du Trésor public qui donnent et donneront lieu à des actions judiciaires », tandis que l'article 6 ajoute que « les assignations et significations qui seront dans le cas d'être faites au domicile de l'agent judiciaire du Trésor public ne seront valables que quand il les aura visées ». L'agent judiciaire « a qualité pour poursuivre à sa requête et sous sa seule signature la défense des intérêts du Trésor devant les juridictions compétentes »²⁶⁸. Depuis la période révolutionnaire, son office est progressivement délimité, l'agent judiciaire perd peu à peu ses attributions comptables et n'exerce qu'une fonction de représentation de l'État devant les juridictions judiciaires, lorsque l'instance engage les intérêts pécuniaires de ce dernier. Aujourd'hui, l'article 38 de la loi du 3 avril 1955 rappelle que « toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'État créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée à peine de nullité par ou contre l'agent judiciaire du Trésor public »²⁶⁹.

85. Au cours du XIX^e siècle, l'organisation de la défense des intérêts de l'État dans le cadre de litiges est duale. En effet, le mandat légal attribué à l'agent judiciaire du Trésor conduit à confier à une autorité unique le soin d'agir pour l'État et de le représenter lors des instances judiciaires engageant ses intérêts pécuniaires. Dans les grandes lignes, et malgré de nombreux ajustements, l'agent judiciaire peut agir tant en demande, pour représenter les intérêts de l'État-créancier, qu'en défense, au nom de l'État-débiteur. L'organisation de la représentation de l'État devant le juge judiciaire se distingue donc de la solution retenue en matière de contentieux administratif. Avant que le principe de séparation de la juridiction administrative et l'administration active ne soit reconnu et appliqué, c'est d'abord l'administration elle-même, par des organes spécialisés, qui tranche les litiges qui s'élèvent en matière administrative. Chaque département ministériel défend les intérêts de l'État dans ces contentieux. De même, après l'abandon de la théorie du ministre-

²⁶⁶ G. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 1 ; D. GUEILHERS, *op. cit.*, p. 1.

²⁶⁷ Ce qui implique alors le recouvrement des débits des comptables publics. L'agent judiciaire du Trésor a perdu sa mission première, transférée en 1992 à la Trésorerie générale des créances spéciales du Trésor (décret n° 92-1369 du 29 décembre 1992, JORF du 30 décembre 1992, p. 17954).

²⁶⁸ A. ROSSIGNOL, *op. cit.*, p. 114.

²⁶⁹ Loi n° 55-366 du 3 avril 1955 relative au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances et des affaires économiques pour l'exercice 1955, JORF du 6 avril 1955, p. 3415. L'article n'a été modifié qu'en 2012, pour substituer à l'appellation « agent judiciaire du Trésor » celle d'« agent judiciaire de l'État ».

juge, les mémoires et les requêtes présentés au nom de l'État devant le juge administratif sont signés par le ministre intéressé²⁷⁰. Deux organisations s'opposent donc : le contentieux administratif est distribué entre les ministres tandis que les instances judiciaires tendant à faire déclarer l'État créancier ou débiteur sont toutes confiées à l'Agent judiciaire du Trésor. Une telle concentration résulte d'un souci de bon usage des deniers publics et de la volonté d'assurer une gestion unitaire et lisible de l'ensemble des procédures judiciaires ayant des effets sur les finances de l'État.

86. Par son monopole de représentation, l'agent judiciaire du Trésor occupe une place à part dans l'appareil administratif l'État, pour partie liée à l'évolution des services administratifs du Trésor public²⁷¹. Ainsi, il est successivement placé sous l'autorité des commissaires de la Trésorerie, rattaché à la direction générale du Trésor au ministère des Finances²⁷², puis au ministère du Trésor²⁷³. Depuis 1815, l'agent judiciaire du Trésor et ses services relèvent du ministère des Finances²⁷⁴. C'est là toute l'ambivalence de la position de l'agent judiciaire et de ses services, exerçant une fonction interministérielle tout en demeurant une composante du ministère des Finances, placée sous l'autorité du ministre²⁷⁵.

87. Les services administratifs de l'agent judiciaire du Trésor se sont continuellement étoffés, en se confondant avec les cellules dédiées aux affaires contentieuses du ministère des Finances. La loi du 15 août 1790 avait, en effet, créé au sein de l'administration centrale du ministère une « direction du contentieux ». Après son rattachement au ministère en 1815, l'agent judiciaire du Trésor est absorbé par cette direction et placé sous l'autorité du directeur du contentieux²⁷⁶. Cette organisation s'inverse à compter du décret impérial du 18 décembre 1869 créant le « service du contentieux et de l'agence judiciaire du Trésor »²⁷⁷, dirigé par l'agent judiciaire. La fusion de ces services leur permet

²⁷⁰ Art. 16 et 17 du décret du 22 juillet 1806 contenant règlement sur les affaires contentieuses portées devant le Conseil d'État, *Recueil des lois et règlements concernant le Conseil d'État*.

²⁷¹ F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18^e au 20^e siècle*, Montchrestien, « Domat droit public », 2^e édition, 1994, p. 131 ; A. ROSSIGNOL, *op. cit.*, p. 112.

²⁷² Arrêté consulaire du 1^{er} pluviôse an VIII concernant l'administration du Trésor public, *Rec. Duvergier*, t. XII, p. 65.

²⁷³ Arrêté consulaire du 5 vendémiaire an X portant création d'un ministre du trésor public, *Bulletin des lois de la République française*, n° 874, p. 12.

²⁷⁴ A. ROSSIGNOL, *op. cit.*, p. 112.

²⁷⁵ Le caractère interministériel de la fonction de représentation de l'État de l'agent judiciaire du Trésor est l'une des raisons évoquées pour refuser le rattachement de la direction des affaires juridiques de Bercy au secrétariat général des ministères économiques et financiers, v. *infra* §. 260.

²⁷⁶ Ordonnance du Roi du 6 février 1828 qui arrête la répartition du travail entre les différentes branches de l'administration des finances, *Rec. Duvergier*, t. 31, p. 86, modifiée par l'ordonnance du 21 février 1831, confirmée par l'ordonnance du Roi du 17 décembre 1844 portant organisation de l'administration centrale du ministère des finances, *Rec. Duvergier*, p. 707.

²⁷⁷ « Décret impérial du 18 décembre 1869 et Arrêté du 16 décembre 1869 du ministre secrétaire d'État aux finances sur les services intérieurs du ministère », Ministère des finances, Imprimerie Impériale, 1869.

d'atteindre une taille critique et de développer une fonction inédite d'expertise juridique pour tous les ministères.

88. Parallèlement à sa fonction première de recouvrement des créances et de représentation de l'État devant le juge, l'agent judiciaire du Trésor exerce une fonction d'expertise juridique au profit de l'ensemble des départements ministériels. Cette fonction nouvelle serait apparue en 1844²⁷⁸, avant d'être formellement consacrée par le décret impérial du 18 décembre 1869²⁷⁹. Les services de l'agence judiciaire du Trésor deviennent alors un « véritable cabinet de consultations juridiques »²⁸⁰. Il « donne son avis sur les points de droit qui lui sont soumis par l'Administration des Finances et les autres administrations de l'État. Il répond aux questions posées ou bien interprète des textes litigieux dont l'application soulève des difficultés en matière contentieuse »²⁸¹. Les ministres peuvent également lui soumettre les dispositions des projets de textes relatifs à des questions de contentieux²⁸².

89. Les administrations centrales du ministère des Finances et du ministère des Affaires étrangères sont des cas à part au sein de l'appareil administratif d'État. C'est autour de deux figures spécifiques, l'agent judiciaire du Trésor et le juriconsulte, que ce sont constitués des services d'expertise juridique internes. Ces dynamiques ne sont pas celles des autres administrations centrales. Au contraire, dans ces dernières, il n'est pas envisagé d'isoler l'expertise juridique. Lorsque les ministères sont confrontés à des difficultés juridiques inédites ou complexes, ils ont la possibilité de solliciter des conseils juridiques extérieurs. Il n'existe ni prescription ni limite en la matière : il peut être fait appel à des avocats, des magistrats, des administrateurs ou encore des professeurs de droit²⁸³. Le Conseil d'État, enfin, est destiné à assurer auprès du Gouvernement le rôle de conseiller juridique.

²⁷⁸ J. AMOUROUX, J.-P. BESSON, *op. cit.*, p. 15.

²⁷⁹ « Décret impérial du 18 décembre 1869 et Arrêté du 16 décembre 1869 du ministre secrétaire d'État aux finances sur les services intérieurs du ministère », précités.

²⁸⁰ D. GUEILHERS, *op. cit.*, p.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² F.-A. J., « Le service du contentieux et de l'Agence judiciaire du Trésor public », *La revue du Trésor*, 1949, n° 3, p. 71 ; G. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 193.

²⁸³ D. GROS, « La légitimation par la droit », in M.-O. BARUCH, V. DUCLERT (dir.), *Serviteurs de l'État. Une histoire politique de l'administration française 1875-1945*, La Découverte, « L'espace de l'histoire », 2000, p. 27

B. L'assistance du Conseil d'État

90. L'expertise juridique ministérielle ne peut être pensée sans tenir compte du rôle fondamental du Conseil d'État, « rouage de l'administration »²⁸⁴ au « cœur de l'État »²⁸⁵. Présenté comme l'incarnation moderne de la figure du « légiste du Prince »²⁸⁶ et composé de « jurisconsultes éminents »²⁸⁷, le Conseil d'État a certainement influencé les modalités selon lesquelles les compétences juridiques s'organisent et s'exercent au sein des ministères depuis le XIX^e siècle. En effet, même si les conditions dans lesquelles l'institution participe à la construction de l'action gouvernementale varient selon les périodes et les régimes politiques²⁸⁸, le Conseil d'État apporte en principe aux ministères l'expertise dont ils pourraient manquer.

91. Plusieurs facteurs peuvent expliquer le magistère juridique du Conseil d'État dans le système administratif français. En premier lieu, son autorité est le produit des conditions de sa fondation sous le Consulat et l'Empire. Créé par la Constitution de l'an VIII pour éclairer le pouvoir exécutif²⁸⁹, le Conseil d'État en devient le premier auxiliaire. L'article 52 de la Constitution dispose que, sous la direction des consuls, le Conseil d'État « est chargé de la rédaction des projets de lois et des règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière

²⁸⁴ M. LONG, « Le Conseil d'État, rouage de l'administration et juge administratif suprême », *Revue administrative*, n° 283, 1995, p. 5. De façon notable, la description de la centralité du Conseil d'État est souvent le fait de ses membres, v., par exemple, R. MASPÉTIOL, « Le Conseil d'État : grands corps et grand commis », *La Revue des deux mondes*, 1958, p. 631 ; G. BRAIBANT, « Le Conseil d'État », in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 159 ; J.-P. COSTA, *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Economica, « Mieux connaître », 1990. Sur la propension du Conseil d'État à écrire son « histoire officielle », v. A. CHATRIOT, « La difficile écriture de l'histoire du Conseil d'État », *French Politics, Culture & Society*, n° 26, 2008, p. 23.

²⁸⁵ J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'État au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 5 ; sur la position institutionnelle centrale du Conseil d'État, v. égal. : M.-C. KESSLER, *Le Conseil d'État*, Armand Colin, Cahiers de la FNSP, 1968.

²⁸⁶ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, « Manuel », 4^e édition, 2022, §. 328.

²⁸⁷ L. AUCOC, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel*, Imprimerie nationale, 1876, p. 94.

²⁸⁸ Pour une perspective d'ensemble de l'évolution de la place du Conseil d'État au fil des régimes politiques, v. J. MASSOT (dir.), *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours, Livre jubilaire du deuxième centenaire*, Adam Biro, 1999 ; « Dossier : Le Conseil d'État et les changements de régime politique », *Revue administrative*, n° spécial, 1998 ; *Le Conseil d'État : son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, CNRS, 1974 ; B. CHENOT, « Le Conseil d'État dans les tempêtes de l'histoire », *LPA*, 13 janvier 1989, p. 16.

²⁸⁹ « Napoléon aimait le pouvoir arbitraire, en ce sens qu'il voulait être maître de décider ; mais il aimait à s'entourer des lumières nécessaires pour décider en connaissance de cause ; il pensait, avec raison, que l'arbitraire ne peut être justifié et maintenu que par le bon usage qu'on en fait. De là le soin qu'il apporta dans l'organisation et la composition de son conseil d'état, seule institution qui éclairait sa marche dans l'administration intérieure », *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration : recueillies par un membre de son Conseil d'État*, Firmin Didot frères, 1833, p. 183 ; sur la création du Conseil d'État, v. C. DURAND, *Études sur le Conseil d'État napoléonien*, PUF, « Bibliothèque d'Aix-Marseille », 1949 ; J.-L. MESTRE, « Le Conseil d'État de France du consulat au début de la III^e République (1799-1872) », *Revue administrative*, n° 8, 1998, p. 17 ; B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, PUF, « Leviathan », 2003.

administrative». L'article 53 ajoute que «c'est parmi les membres du Conseil d'État que sont toujours pris les orateurs chargés de porter la parole du gouvernement devant le Corps législatif». Ainsi, le Conseil d'État se voit confier l'indispensable traduction juridique des ambitions du gouvernement : il prépare les projets de loi, puis les défend devant le Corps législatif²⁹⁰. Dans le cadre du pouvoir d'interprétation des lois que lui reconnaît l'arrêté du 5 nivôse an VIII, le Conseil d'État répond également, par l'intermédiaire d'avis, aux questions qui lui sont adressées par le Gouvernement. Cette fonction est entendue très largement et fait du Conseil d'État le bureau d'études juridiques des Consuls, puis de l'Empereur. Un avis peut être demandé «sur une question de droit, soit pour poser une règle générale, soit pour résoudre un cas d'espèce concret», sur un projet de décision ou encore sur la régularité d'une «pratique administrative existante ou projetée»²⁹¹. Sans s'interdire de mener une analyse qui relèverait plutôt de l'opportunité administrative²⁹², le Conseil d'État construit principalement ses réponses à partir d'un raisonnement en droit puisque «la catégorie la plus importante parmi les avis du Conseil d'État comprend ceux qui visent à fixer un point de droit, d'une façon générale et permanente, soit en donnant l'interprétation d'une loi ou d'un règlement, soit, plus largement, en résolvant une question juridique qui déborde l'application d'un texte déterminé»²⁹³. S'ils sont approuvés par Bonaparte et publiés au Bulletin des lois, les avis ont alors force de loi. Ainsi, les attributions du Conseil d'État confirment son statut de légiste puisqu'il écrit la loi et conseille juridiquement le pouvoir exécutif. Sur le plan organique, le Conseil d'État napoléonien ne saurait toutefois être regardé comme un conseiller juridique extérieur : il se confond alors totalement avec l'administration et c'est en tant que corps administratif que lui est confié l'essentiel des tâches administratives. L'organisation interne du Conseil d'État, fondée sur un principe de spécialisation, est d'ailleurs pensée à cette fin. Le Conseil «se forme en assemblée générale et se divise en sections»²⁹⁴ dont la répartition reprend les principaux domaines de l'action administrative et des ministères²⁹⁵. L'influence du Conseil d'État et de ses membres est d'autant plus importante que le pouvoir ministériel et les moyens des ministères sont faibles : «les ministres supposés être à l'origine des règlements et projets de loi sont ainsi inféodés au travail réalisé par ce corps de spécialistes avertis qu'est le Conseil»²⁹⁶. En effet,

²⁹⁰ C. DURAND, *L'exercice de la fonction législative de 1800 à 1814*, Annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1995.

²⁹¹ C. DURAND, *Études sur le Conseil d'État napoléonien*, op. cit., p. 112.

²⁹² Selon l'expression bien connue de Marceau Long (M. LONG, «Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision», *RFDA*, 1992, p. 787).

²⁹³ C. DURAND, *Études sur le Conseil d'État napoléonien*, op. cit., p. 111.

²⁹⁴ Art. 2 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII précité.

²⁹⁵ L'article 5 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII crée les sections des finances, de la législation civile et criminelle, de la guerre, de la marine et de l'intérieur.

²⁹⁶ G. BIGOT, *L'administration française. Politique, droit et société (1789-1870). Tome 1*, LexisNexis, «Manuel», 2^e édition, 2014, §. 117.

L'autorité du Conseil d'État résulte aussi du profil de ses membres. Si tous ne sont pas juristes, il importe à Bonaparte qu'ils soient choisis parmi les « hommes les plus versés dans les différentes branches de gouvernement »²⁹⁷. La nomination des personnalités politiques et administratives au Conseil d'État est regardée comme une « marque d'honneur »²⁹⁸ dont les effets ne doivent pas être sous-estimés : l'expertise du Conseil d'État est d'autant plus incontournable qu'elle est le fait de personnalités dont les compétences sont reconnues et récompensées par le Premier Consul, devenu Empereur. Par ses attributions, son organisation et sa place au sein de l'administration consulaire et impériale, le Conseil d'État napoléonien est donc résolument institué comme un auxiliaire du pouvoir exécutif, au plus proche de son activité. Il est étroitement associé à la conception et à la mise en œuvre des projets décidés par les Consuls, puis par l'Empereur, et il réalise les tâches que les ministères émergents ne sont pas encore en mesure d'assurer.

92. La période du Consulat et de l'Empire est assurément fondatrice pour le Conseil d'État. Même si ses attributions consultatives n'ont jamais été aussi importantes que lors de ces premières années, et malgré les contestations dont elle fait l'objet lors des premiers régimes parlementaires, l'institution conserve par la suite son statut de légiste de l'État et demeure « l'auxiliaire indispensable de l'Administration pour ses travaux de chaque jour »²⁹⁹. Le fondement de l'autorité du Conseil d'État en matière juridique évolue. Elle ne découle plus seulement du prestige de ses membres ni de leur proximité avec le pouvoir. Au contraire, elle grandit et se confirme grâce au développement de ses attributions juridictionnelles et de sa capacité à soumettre l'administration au droit dans le cadre du contentieux administratif³⁰⁰.

93. La collaboration au processus d'élaboration des textes, pour les écrire ou simplement les réviser, est déjà justifiée par la nécessité de combler les éventuelles lacunes des ministères et assurer la qualité de la législation. Dès la monarchie de Juillet, la « relative inaptitude des bureaux des ministères à rédiger les projets de loi » conduit les ministres à confier la préparation de certains projets de loi techniques aux sections administratives³⁰¹. L'institution elle-même, par l'intermédiaire de ses membres, assure le rayonnement de son expertise au sein de l'État. Ainsi Vivien, qui préside

²⁹⁷ *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration : recueillies par un membre de son Conseil d'État, op. cit.*, p. 5.

²⁹⁸ J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 18.

²⁹⁹ *Procès-verbaux de la chambre des députés*, A. Henry, 1840, t. 2, p. 79, cité par M. LEMÉE, « La “doctrine gouvernementale” de la justice administrative », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 95, 2017, p. 97.

³⁰⁰ V., not., P. LANDON, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Sirey, 1942 ; P. SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1964.

³⁰¹ M. BOUVET, *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, t. 17, 2001, p. 218.

le comité de législation à partir 1843, regrette que les ministres se détournent du Conseil d'État en lui préférant l'expertise de commissions *ad hoc*³⁰². Selon lui, les défauts des textes ainsi préparés sont nombreux :

« Une rédaction vicieuse, confuse ; des dispositions incohérentes ; point de système, de principe directeur ; des articles qui se contredisent, au moins dans leur esprit ; des lois en vigueur abrogées par ignorance ; la législation générale privée d'unité, et d'incessantes difficultés d'applications, voilà ce que produit l'incomplète préparation des lois. Ces résultats sont déplorables. Qu'on nomme des commissions pour une question technique, comme celle des paquebots transatlantiques, pour l'établissement d'un impôt, pour une enquête, cela peut être nécessaire ; mais dans les sujets ordinaires, dans les matières qui touchent à l'administration, au gouvernement intérieur de l'État, à la police, la seule commission à consulter, c'est le Conseil d'État »³⁰³.

Cette critique sévère annonce le discours sur le déclin de la qualité juridique et légistique des textes normatifs, tel qu'il apparaît dans l'Après-Guerre³⁰⁴ et se diffuse à partir des années 1970³⁰⁵. Tenue en 1845, l'analyse de Vivien montre que le sujet est ancien et que le Conseil d'État s'en est rapidement emparé. Son approche n'a pas changé : en critiquant la qualité des textes préparés, en reprochant aux ministères leurs méthodes légistiques et en signalant l'insuffisance des compétences des administrateurs pour écrire le droit³⁰⁶, le Conseil d'État s'impose comme un acteur incontournable du travail normatif³⁰⁷.

94. L'apport de l'expertise juridique du Conseil d'État passe aussi par l'œuvre individuelle de ses membres lorsqu'ils sont employés au sein des administrations. Dès la création du Conseil d'État, il est envisagé qu'ils puissent assumer des fonctions permanentes au sein de l'administration active ou y assurer des missions ponctuelles. La distinction entre le service ordinaire et le service extraordinaire est précisément instaurée dans le but de permettre aux conseillers d'État détachés au sein de l'administration active de conserver leur qualité de membre, et d'accéder aux évolutions

³⁰² « C'est l'expédient naturel. On réunit à la hâte quelques personnes, spéciales si l'on peut. On ouvre une sorte de discussion pendant deux ou trois soirées, à l'heure où presque tous les hommes occupés ont besoin de repos et sont impropres au travail. Le projet est examiné tant bien que mal, à la hâte, sous l'influence souvent exclusive du ministre qui préside et qui aime qu'on se dépêche, et puis les chambres sont saisies » (A. VIVIEN, *Études administratives*, Guillaumin, 1^{re} édition, 1845, p. 271).

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ G. RIPERT, *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine*, 1948, rééd., LGDJ, « Collection Reprint », 1998.

³⁰⁵ V. *supra* §. 29.

³⁰⁶ D. LATOURNERIE, « La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration », *Revue administrative*, n° 204, 1981, p. 591.

³⁰⁷ É. BILAND, R. VANNEUVILLE, « Les mutations de la surveillance juridique des administrations. Le Conseil d'État français et la promotion de la légistique », in J. CRÊTE (dir.), *Les surveillants de l'État démocratique*, Presses de l'Université Laval, « Gouvernance et gestion publique », 2014, p. 109 ; R. VANNEUVILLE, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, n° 11, 2009, p. 80 ; v. égal. *infra* §. 128.

de carrière qu'elle offre³⁰⁸. Deux configurations doivent être distinguées. La première est bien connue : un membre du Conseil d'État peut être nommé, pour une durée déterminée, à une fonction administrative. La pratique apparaît dès le Consulat³⁰⁹ et n'a jamais cessé depuis³¹⁰. La seconde, en revanche, n'est presque pas documentée³¹¹. Les membres du Conseil d'État en service ordinaire peuvent collaborer ponctuellement à l'action administrative en accomplissant, à titre accessoire, des missions temporaires. Comme dans le premier cas, cette pratique se développe dès le Consulat. Elle perdure encore, dans une moindre mesure, aujourd'hui³¹². À chaque période, elle a rencontré ses défenseurs et ses adversaires. Répondant à un besoin ponctuel identifié par l'administration, ces collaborations ont des objets variés. Multifformes, elles correspondent à ce que le jargon administratif a ensuite qualifié de « missions juridiques du Conseil d'État », l'expression correspondant à celle retenue par le décret du 30 juillet 1963. Parmi l'ensemble des mesures prises dans le cadre de cette réforme d'ampleur du Conseil d'État, le décret tente d'encadrer et d'unifier les pratiques par lesquelles les membres du Conseil participent « à des activités administratives ou d'intérêt général ». Bien que reconnues tardivement par les textes, les missions juridiques du Conseil d'État ont, de longue date, offert aux services ministériels une expertise complémentaire.

95. L'autorité du Conseil d'État et sa fonction de conseil juridique, exercée lors de ses fonctions consultatives, mais aussi par l'intermédiaire des missions de ses membres dans l'administration active, n'ont certainement pas incité à la spécialisation organique de l'expertise juridique ministérielle. D'autant que, les ministères peuvent solliciter tous les juristes extérieurs dont les compétences seraient utiles à la réalisation de la fonction administrative.

96. Une raison d'une extrême banalité peut d'abord expliquer l'absence de services d'expertise juridique : ces services ne sont tout simplement pas utiles à la réalisation de la fonction administrative. Le besoin éventuel d'une expertise en droit se trouve satisfait par les ressources externes dont les administrations centrales disposent. Il n'est pas utile que leur organisation interne intègre des services spécialisés. Au fond, les bureaux des ministères demeurent les plus à même de connaître le droit rédigé par leur soin. Les contraintes juridiques sont, par ailleurs, limitées, tout

³⁰⁸ Arrêté du 7 fructidor an VIII, *Rec. Duvergier*, p. 293.

³⁰⁹ V., par exemple, la liste trimestrielle de service des membres datée du 4 janvier 1808, reproduite in *Le Conseil d'État, son histoire d'après les documents d'époque*, *op. cit.*, p. 149-151.

³¹⁰ Pour une description contemporaine de la pratique, v. B. RIBADEAU DUMAS, « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 73 ; B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002, p. 134.

³¹¹ P. GONOD, « À propos de l'article R. 137-3 du code de justice administrative », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 249.

³¹² V. *infra* §. 363.

comme les mécanismes juridictionnels de contrôle de l'action ministérielle. Cependant, cette première évidence pourrait être complétée par une intuition : confier à des services administratifs ministériels spécialisés le soin de traiter les « affaires juridiques » du ministère serait tout simplement inenvisageable dans le cadre du modèle administratif français classique.

II. UNE ORGANISATION CONFORME AU MODÈLE ADMINISTRATIF CLASSIQUE

97. Les modalités d'organisation et d'exercice de l'expertise juridique dans l'appareil administratif d'État sont la conséquence des caractéristiques du modèle administratif français.

98. Le recours au concept de modèle administratif vise à présenter de façon englobante et schématisée le phénomène administratif³¹³. Dans le cas présent, le modèle désigne un idéal type, c'est-à-dire une construction théorique qui résulte d'un « travail de sélection de certaines données volontairement simplifiées et généralisées afin de constituer des repères comparatifs ou évaluatifs »³¹⁴. Tenter de s'interroger sur la nature et les propriétés d'un modèle administratif c'est, selon Gérard Timsit, « vouloir “à travers la grille d'un regard, d'une attention, d'un langage”, réduire l'hétéroclite des situations administratives à des principes qui en fixent les caractères, en déterminent la nature, en manifestent la cohérence »³¹⁵. Ainsi, chaque modèle se distingue et s'identifie par « un ensemble de propositions normatives d'ordre à la fois axiologique et praxéologique, régissant simultanément le domaine des valeurs et celui des conduites »³¹⁶. L'identification de ces traits caractéristiques doit permettre « d'éclairer certains aspects du fonctionnement administratif »³¹⁷. Ainsi, le modèle administratif classique propose de décrire l'administration française telle qu'elle se pense, s'organise et s'exerce au lendemain de la Révolution française jusqu'à sa transformation, radicalement entamée à partir des années 1960³¹⁸. L'étude couvre donc une période particulièrement longue durant laquelle la physionomie de

³¹³ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, « Themis Droit », 6^e édition, 2019, p. 65.

³¹⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, « Méthodes du droit », 3^e édition, 2022, §. 555.

³¹⁵ G. TIMSIT, « Le modèle occidental d'administration », *RFAP*, n° 23, 1982, p. 446.

³¹⁶ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 683. Ainsi, l'identification d'un modèle administratif français permet de comparer celui-ci aux organisations administratives d'autres États (sur cette démarche comparative, v. J. CHEVALLIER, « Peut-on encore parler d'un “modèle français d'administration” ? », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 129 et *infra* §. 180).

³¹⁷ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, p. 65.

³¹⁸ V. *infra* §. 119.

l'administration centrale de l'État a inévitablement changé. Les évolutions d'ordre technologique ou social ont pu affecter le travail administratif. Surtout, les régimes politiques du XIX^e et du début du XX^e siècle ont joué sur la croissance ou la réduction de « l'État administratif »³¹⁹ ; la puissance des départements ministériels et leur activité varient suivant les épisodes politiques. Toutefois, l'usage du concept de modèle administratif permet de s'interroger plus particulièrement sur la place traditionnellement réservée au droit dans l'organisation et dans l'action administratives. Parce qu'administrer exige la mobilisation d'une connaissance du droit (A.), le savoir administratif, c'est-à-dire les connaissances attendues des administrateurs, est conçu comme un savoir résolument juridique (B.).

A. La place de la technique juridique dans la réalisation de la fonction administrative

99. La prégnance du droit constitue certainement l'un des éléments fondamentaux et caractéristiques du modèle administratif traditionnel³²⁰.

100. Administrer n'est d'abord possible que dans les limites du droit. Depuis la Révolution française, et malgré la consécration explicite tardive du principe de légalité³²¹, les autorités administratives doivent agir sur le fondement et dans le respect des règles juridiques en vigueur. Cette exigence est l'expression de la position nécessairement seconde du pouvoir exécutif et de la subordination des autorités administratives au pouvoir législatif, exercé par le Parlement exprimant la volonté générale³²². « L'autorité administrative "ne peut qu'assurer l'exécution des lois", ce qui signifie qu'elle doit toujours chercher dans un texte législatif la légitimation et la source première

³¹⁹ N. ROUSSELIER, *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France, XIX-XXI^e siècles*, Gallimard, « Nrf Essai », 2015, p. 180.

³²⁰ J.-M. AUBY, « Le milieu juridique », in J.-M. AUBY, P. BANDET, L. BOULET et al. (dir.), *Traité de science administrative*, Mouton, 1966, p. 175 ; J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 683 ; A. HEYMANN-DOAT, D. LOCHAK, « Les fonctions du droit administratif », in P. ALLIÈS, J. GATTI-MONTAIN et al., *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, « Critique du droit », 1985, p. 133.

³²¹ Classiquement, l'arrêt « Dame Lamotte » (CE, Ass, 17 février 1950, Rec. p. 110) est présenté comme la consécration, par le juge, du principe de légalité. En effet, le Conseil d'État rappelle que le recours pour excès est « ouvert même sans texte contre tout acte administratif » et « a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». La portée de cette jurisprudence a peut-être été surévaluée (v. B. PLESSIX, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA*, 2022, p. 206). En tout état de cause, la consécration du principe de légalité est explicite depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2016, de l'article L. 100-2 du code des relations entre le public et l'administration qui dispose que « L'Administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité ».

³²² B. PLESSIX, *Droit administratif général, op. cit.*, §. 484.

de son activité »³²³. Le principe de légalité est donc, avant tout, un principe d'habilitation : « l'action administrative doit avoir un ancrage, un enracinement dans une autorisation préalable du pouvoir législatif »³²⁴. C'est aussi un principe de direction : en imposant aux autorités administratives de ne méconnaître aucune règle juridique préexistante³²⁵, le principe de légalité oriente indirectement leur action. Les règles de droit dessinent ainsi le cadre – à tout le moins, le cadre juridique – dans lequel la fonction administrative peut s'exercer. Ce cadre est autant une contrainte nécessaire qu'un atout stratégique pour les autorités administratives, le respect de la légalité étant partie intégrante du processus de légitimation de l'action administrative³²⁶. Selon cette description du modèle administratif, la réalisation de la fonction administrative requiert la mobilisation de la technique juridique puisque l'administration doit préalablement identifier le cadre juridique de son action avant d'agir.

101. Administrer consiste aussi en la préparation et l'émission d'actes juridiques. Le droit revêt, dans le modèle administratif classique, une dimension instrumentale : les règles juridiques offrent aux autorités administratives les moyens de leur action³²⁷. Certes, les actes juridiques ne forment qu'une partie des actes administratifs. La fonction administrative se réalise aussi par une multitude d'actes non juridiques, classiquement qualifiés d'actes matériels³²⁸. Ces actes sont, comme tout acte administratif, régis par le principe de légalité³²⁹ : *a minima*, ils ne sauraient contrevenir à une règle de droit préétablie. Dès lors, la connaissance et la mobilisation de la technique juridique demeurent indispensables à l'exercice de la fonction administrative, que celle-ci soit réalisée au moyen d'actes juridiques, ou au moyen d'actes matériels. Or, la fonction administrative des ministres consiste notamment en une fonction de réglementation, qu'il s'agisse de l'édiction de mesures d'ordre intérieur, de circulaires, d'actes administratifs individuels ou réglementaires ou de la préparation de projets d'actes législatifs. La préparation des décisions du ministre par les services administratifs commande aussi le recours à la technique juridique. La réalisation de la fonction administrative repose sur la mobilisation de la technique juridique définie, dans le cadre de cette étude, comme l'agencement des règles et des concepts juridiques dans le but de créer de nouvelles règles de droit

³²³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2003, p. 491.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, n° 11, p. 25.

³²⁶ V. *supra* §. 22 ; D. LOCHAK, « Le principe de légalité. Mythe et mystification », *AJDA*, 1981, p. 387.

³²⁷ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *op. cit.*, p. 688.

³²⁸ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e édition, 1943, p. 36 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, 1983, rééd. LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, t. II, p. 497.

³²⁹ C. EISENMANN, *Cours, op. cit.*, p. 559. ; J. PETIT, « Charles Eisenmann et les actes matériels », *RDP*, 2016, n° 2, p. 387.

ou d'interpréter et appliquer les règles en vigueur.

102. Le fait que la fonction administrative ministérielle soit regardée, dans le modèle administratif classique, comme étant indissociable de la mise en œuvre d'une expertise juridique, a une incidence forte sur l'organisation des ministères. C'est l'explication principale de l'absence de services d'expertise juridique internes. En effet, si le droit est la « raison d'être »³³⁰ de l'administration, pourquoi et comment distinguer au sein des structures administratives les bureaux consacrés à la mise en œuvre de la technique juridique ? Au contraire, au sein d'administrations mues par les règles juridiques qu'elles participent à produire et appliquent, la concentration de l'expertise juridique au sein d'une structure distincte est illogique. Les « affaires juridiques » n'existent pas dans le modèle administratif traditionnel. L'expertise juridique doit s'exercer de façon diffuse car elle est indispensable à la réalisation quotidienne de la fonction administrative ministérielle qui exige de chaque administrateur qu'il soit en mesure de mobiliser des connaissances en droit. Cette confusion s'illustre particulièrement dans le cadre de la préparation des mesures internes au ministère, des circulaires et des projets de textes législatifs et réglementaires confiée aux administrations centrales. L'organisation du processus d'élaboration des projets de textes se caractérise par sa forte dilution au sein des services ministériels. Contrairement au modèle administratif anglais, par exemple, il n'a jamais existé en France d'organe administratif interministériel spécialisé dans la rédaction des projets de textes juridiques de portée générale. L'écriture du droit peut être confiée à tout administrateur, sous réserve de l'organisation hiérarchique des services ministériels³³¹.

103. L'impossibilité de dissocier l'exercice de la fonction administrative ministérielle de l'expertise juridique dans le modèle administratif classique se retrouve dans la façon dont le savoir administratif est conçu au XIX^e et au début du XX^e siècle. Le droit dispose d'une place prééminente dans les connaissances et les compétences attendues des administrateurs.

B. La dimension juridique du savoir administratif

104. L'organisation de l'expertise juridique au sein des ministères s'explique aussi par la formation des administrateurs. En effet, si « la détermination des conditions de la formation des agents publics

³³⁰ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale... », *op. cit.*, p. 685.

³³¹ Cette présentation permet déjà d'anticiper certaines des difficultés générées par l'institution des directions des affaires juridiques s'agissant de l'élaboration des textes, v. *infra*, §. 557.

dépend de l'approche que l'on retient de la mission de l'administration»³³², le contenu de leur formation influence tout autant la manière dont la fonction administrative est réalisée et les compétences mobilisées à cette fin. Le savoir administratif désigne ainsi le socle des connaissances et des compétences qui sont attendues des administrateurs, car jugées indispensables à l'accomplissement des tâches qui leur sont confiées dans le cadre de leurs fonctions administratives. Tout en s'acquérant au fil de la pratique, il peut aussi faire l'objet d'un enseignement préalable à l'entrée dans la carrière administrative, dans le cadre d'une préparation aux concours ou au sein d'écoles administratives.

105. Il a semblé préférable d'évoquer la formation des « administrateurs » plutôt que celle des « fonctionnaires ». Certes, le fonctionnaire désigne l'agent public placé dans une situation légale et réglementaire particulière, tandis que l'administrateur ne correspond à aucune catégorie juridique spécifique. Pourtant, cette appellation concorde davantage avec les usages terminologiques en vigueur au XIX^e siècle lorsque se tiennent les principaux débats relatifs à la définition du savoir administratif. Le fonctionnariat, dans sa forme moderne, est alors en pleine construction³³³ et les juristes, hommes politiques et agents publics utilisent le qualificatif générique d'administrateur afin d'évoquer l'agent public de carrière prenant part à la réalisation de la fonction administrative. Selon une lecture plus actuelle, cette expression peut aussi permettre de distinguer les agents ministériels, suivant la nature des tâches qui leur sont confiées, en désignant plus précisément ceux exerçant à un certain niveau de responsabilité au sein des administrations centrales. Cette distinction n'est pas sans conséquence sur la teneur du savoir administratif et il s'agit plus particulièrement d'examiner la formation et les conditions de sélection des candidats aux postes les plus importants de l'appareil administratif d'État, que l'on désigne désormais usuellement comme des « hauts fonctionnaires ».

106. Si l'on postule que la technique juridique est indispensable à la réalisation de la fonction administrative, il apparaît tout aussi nécessaire que les administrateurs la maîtrisent. Cadre et instrument de la fonction administrative, le droit devient aussi, en tant qu'objet de connaissance et d'enseignement, le savoir indispensable aux administrateurs pour l'exercice de leurs fonctions. Le savoir juridique constitue alors, au sein du modèle administratif classique, le fondement du savoir administratif. Malgré la volonté de bâtir une véritable science de l'administration pluridisciplinaire (1.), le cadre de la formation administrative et le rôle des facultés de droit ont participé à ancrer la

³³² P. GONOD, « À propos de la formation des administrateurs (1804-1939) », *Les Cahiers de la fonction publique*, n° 348, 2014, p. 51.

³³³ G. SAUTEL, « Le fonctionnaire français du XIX^e siècle : quelques traits caractéristiques », in *Études d'histoire du droit et de l'administration*, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 467.

dimension juridique du savoir administratif (2.).

1. La tentative de construire un savoir administratif pluridisciplinaire

107. Le XIX^e siècle est jalonné d'études, parfois accompagnées de projets officiels, dédiées à la sélection et à la formation des administrateurs³³⁴. Le contexte politico-administratif de ce siècle « d'invention du fonctionnariat »³³⁵ suscite ces recherches : dans un double souci d'égalité entre les citoyens et de rationalité de l'action administrative, elles ont pour objectif de permettre aux plus méritants d'accéder aux emplois publics et aux administrations de disposer des agents les plus compétents pour répondre à leurs besoins³³⁶.

108. Les projets réformateurs traitent simultanément de deux questions intimement liées : le contenu de la formation des administrateurs et le lieu dans lequel cette formation doit être dispensée. D'une part, il s'agit de définir la nature du savoir administratif en identifiant les connaissances nécessaires aux futurs administrateurs. Cette tentative doctrinale est le pendant de la construction progressive d'une science de l'administration. En effet, le dessein scientifique de la conception d'une science administrative accompagne une ambition pragmatique : former les futurs administrateurs. Ainsi, cette science est d'abord envisagée comme une compilation des principes et des connaissances utiles aux administrateurs³³⁷. Science appliquée, la science administrative propose initialement de systématiser et de présenter un « art d'administrer » à destination des agents de l'administration³³⁸. D'autre part, les études consacrées à la formation administrative proposent les lieux de l'enseignement du savoir administratif. Les débats de l'époque portent principalement sur la fonction professionnelle des facultés de droit – et de l'enseignement du droit administratif – et sur la nécessité de créer une nouvelle école d'administration afin d'en faire un passage obligé pour

³³⁴ C. TRANCHANT, « De la préparation aux services publics en France », *Revue générale d'administration*, 1878, 1^{ère} partie, t. I., p. 325 ; 2^e partie, t. I., p. 509, 3^e partie, t. II, p. 22 ; J. TULARD, G. THUILLIER, « La formation des hauts fonctionnaires au XIX^e et au XX^e siècles », *Revue administrative*, n° 274, 1993, p. 299.

³³⁵ J.-M. EYMERI-DOUZANS, « Les concours à l'épreuve », *RFAP*, n° 142, 2012, p. 309.

³³⁶ Chaque grand commis de l'État semble proposer son propre modèle de formation et de sélection. Ainsi Stendhal a lui aussi promu la création d'une nouvelle école administrative, un « collège des pairs ». (G. THUILLIER, « Stendhal, Cuvier et l'École d'administration », *Revue administrative*, n° 105, 1965, p. 254).

³³⁷ G. LANGROD, « La science de l'Administration publique en France au 19^e et au 20^e siècle. Aperçu historique et état actuel », *Revue administrative*, n° 79, 1961, p. 6.

³³⁸ La science administrative du XIX^e siècle poursuit une finalité tout autre que celle qu'elle se donne désormais et consistant à analyser, de l'extérieur, le phénomène administratif dans l'ensemble de ses aspects. Alors que la scientificité de la science administrative peut être contestée (v. J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 1 et s.), les pères de la matière ne s'en préoccupent aucunement. Cette question n'est jamais abordée car, en réalité, leur démarche consiste davantage à fonder une discipline pouvant être enseignée qu'à dévoiler une science nouvelle pouvant être mise à l'épreuve de sa propre scientificité.

accéder à certains emplois administratifs. Il existe cependant un décalage entre la succession de ces projets réformateurs et le caractère encore très arbitraire de la nomination des administrateurs, « la compétence des candidats n'étant pas la préoccupation principale »³³⁹. L'analyse des études consacrées à la formation des administrateurs rend compte d'une ambition commune : enrichir le savoir administratif en l'émancipant de sa conception exclusivement juridique. Cette idée essentielle est résumée par Léon Aucoc. Dès l'introduction des *Conférences* aux élèves de l'École des Ponts et Chaussées, il précise : « Le droit administratif ne forme pas toute la science nécessaire à l'administrateur, toute la science administrative. Cette science comprend en effet les notions historiques, statistiques, techniques, économiques qui ne rentrent pas dans le droit et les procédés à employer pour satisfaire les besoins des citoyens, en tant que ces procédés ne touchent pas aux droits des particuliers »³⁴⁰.

109. Les illustrations doctrinales de la volonté d'ouvrir le savoir administratif sont légion tout au long du XIX^e siècle. Ainsi Charles-Jean Bonnin, « précurseur de la science administrative »³⁴¹, propose, dans la seconde édition de ses *Principes de l'administration publique* parue 1812, la constitution d'une science de l'administration autonome et distincte de la science juridique³⁴². Si son œuvre ne connaît aucune suite immédiate, l'ambition de fonder une science administrative compilant les savoirs, juridiques et extrajuridiques, utiles aux administrateurs se retrouve lors de travaux postérieurs de plus grande notoriété. Georges Cuvier, paléontologue et membre du Conseil d'État, propose en 1820 la création d'une école ou d'une faculté d'administration dispensant des enseignements de droit, « politique et administratif », « embrassant les attributions et la subordination mutuelle des diverses autorités, les formes à observer pour les divers actes administratifs et les lois et règlements qui régissent chacune des matières administratives », mais

³³⁹ J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État. L'expérience française », *Revue générale de droit*, n° 36, 2006, p. 654.

³⁴⁰ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Dunod, 1869, t. 1, p. 15.

³⁴¹ P. ESCOUBE, « Charles-Jean Bonnin, précurseur de la science administrative », *Revue administrative*, n° 61, 1958, p. 15 ; v. égal. J. MORAND-DEVILLER, « “Les principes d'administration publique” de Charles-Jean Bonnin » ; in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Presses universitaires d'Orléans, 1998, p. 439.

³⁴² C. BONNIN, *Principes de l'administration publique*, Renaudière, 1812. Les principes sont ensuite repris dans une publication postérieure : *Abrégé des principes d'administration*, Amable-Coste, 1829. Les *Principes* sont présentés sous la forme d'un « Code administratif » élaboré pour les administrateurs. Ce « code » est constitué de 708 articles, organisés en trois livres : « les personnes dans l'État », dédié en réalité aux administrés ; « les propriétés dans l'État » et « l'instruction administrative ». Malgré l'adoption d'une méthode et d'une présentation inspirées par la codistique, le code proposé par Bonnin est davantage qu'une compilation du droit positif. Il écrit ainsi : « j'ai toujours pensé que c'était moins de rassembler les dispositions qui se trouvent dans les lois existantes, qu'il fallait s'occuper d'abord, que de fixer, avant tout, les principes généraux sur la matière et leur ordre, puisque ces principes en sont les éléments, comme source des dispositions législatives, qui deviennent alors leurs conséquences, et puisqu'ils enseignent l'ordre dans lequel il faut les classer » (*Principes*, p. 5.).

aussi d'économie politique, de finance, d'agriculture et de technologie, ainsi que des « leçons spéciales et élémentaires sur l'aménagement des forêts, sur l'exploitation des mines et sur l'hygiène publique »³⁴³. Même Louis-Antoine Macarel, pourtant formé au droit, conseiller d'État et titulaire de la chaire de droit administratif de la Faculté de Paris³⁴⁴, juge que les cours dispensés au sein des facultés de droit sont insuffisants et que « nul enseignement ne tend à faire connaître les sciences politiques et administratives »³⁴⁵ aux futurs administrateurs. En 1833, il propose, la mise en place d'une nouvelle formation composée de cours de droit (de droit public général et positif, de droit international, de droit naturel ou de philosophie morale), d'économie, de statistique et d'administration générale³⁴⁶. Les études de Georges-Philippe Hepp en 1841³⁴⁷, d'Édouard de Laboulaye en 1843³⁴⁸, d'Auguste Vivien en 1845,³⁴⁹ puis d'Émile Lenoël en 1864³⁵⁰ témoignent également du dessein résolu d'enrichir le savoir administratif en construisant une science

³⁴³ G. CUVIER, « Projet d'ordonnance créant une faculté ou une école d'administration », adressé au Garde des Sceaux le 20 septembre 1820. Le projet d'ordonnance est reproduit par G. THUILLIER, « Stendhal, Cuvier et l'École d'administration », *Revue administrative*, n° 105, 1965, p. 260. Le projet de Cuvier s'inspire de son expérience et de la formation qu'il a reçue à l'Académie Caroline de Stuttgart. Il écrit notamment, en 1816, qu'il serait « très utile d'établir comme en Allemagne un enseignement régulier des diverses branches de l'administration et de n'admettre aux emplois que ceux qui auraient suivi cet enseignement » (cité par G. THUILLIER, *op. cit.*, p. 259). L'expérience allemande est une référence régulièrement mobilisée par les réformateurs français (v. G. RICHARD, *Enseigner le droit public à Paris sous la III^e République*, Dalloz, NBT, vol. 150, 2015, §. 84 et R. VANNEUVILLE, « La mise en forme savante des sciences politiques. Les usages de la référence allemande dans l'institutionnalisation de l'École libre des sciences politiques à la fin du XIX^e siècle », *Politix*, n° 59, 2002, p. 67), v., par exemple E. DE LABOULAYE, « De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, t. II, p. 513).

³⁴⁴ J. SAVOYE, *Quelques aspects de l'œuvre de Louis-Antoine Macarel (1790-1851) : contribution à l'étude de la naissance des sciences politiques et administratives*, thèse, université de Lille, 1970.

³⁴⁵ L.-A. MACAREL, « Note B », in *Éléments de droit politique*, Nève, 1833, appendice, p. 510.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 511.

³⁴⁷ G.-P. HEPP, « Essai sur la réorganisation de l'enseignement du droit en France, et sur l'introduction des études politiques et administratives » *Revue de législation et de jurisprudence*, 1841, 1^{ère} partie p. 299, 2^e partie p. 401.

³⁴⁸ E. DE LABOULAYE, « De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, t. II, p. 513. Suivant Cuvier, Laboulaye propose à son tour la création d'une faculté d'administration inspirée du modèle allemand. Le programme des enseignements se composerait de cours d'économie politique, d'administration générale et financière, de diplomatie, de statistiques, d'histoire et de géographie politique, de chimie agricole et industrielle et de technologie, ainsi que de plusieurs cours de droit (droit administratif, droit des gens, droit public comparé et droit privé). Laboulaye rappelle sa position dans un second article paru en 1845 et rédigé en réponse au projet du ministre de l'Instruction publique Achille de Salvandy de revoir le système d'enseignement du droit (« Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France », *Revue de législation et de jurisprudence*, p. 289).

³⁴⁹ A. VIVIEN, *Études administratives*, Guillaumin, 1^{re} édition, 1845. Au sujet de la formation administrative, Vivien écrit notamment : « Il ne suffirait point d'augmenter le nombre de chaires de nos facultés. Ce n'est pas un simple développement de l'enseignement actuel qu'il s'agit de constituer, mais un enseignement spécial avec son esprit propre et son caractère particulier. [...] Un enseignement complet de toutes les sciences qui se rapportent aux affaires publiques est donc le point de départ d'une bonne organisation du personnel des fonctionnaires. Tant qu'il ne sera pas constitué, toutes les mesures prises pour consacrer les droits du talent et pour procurer à l'état des serviteurs intelligents et capables seront vaines et sans effets » (p. 88).

³⁵⁰ E. LENOËL, *Des sciences politiques et de leur enseignement*, Auguste Durand - J. Dumaine, 1864. Lenoël distingue, de même, l'enseignement du droit administratif de l'enseignement de l'administration qu'il suggère de confier aux facultés de droit. V. égal., G. THUILLIER, « Aux origines de l'ENA : L'école centrale d'administration d'Eugène Lenoël (1863) », *Revue administrative*, n° 263, 1991, p. 415 (le nom d'Eugène Lenoël dans le titre de l'article est une erreur de l'auteur qui mentionne ensuite Émile Lenoël dans le reste de son étude).

administrative complète, au carrefour des connaissances. À première vue, ces projets réformateurs signalent donc l'ambition de libérer le savoir administratif de sa dimension juridique en exigeant des administrateurs qu'ils soient davantage que des juristes, de faire en sorte qu'ils adoptent le « point de vue administratif » et non seulement le « point de vue légiste » selon l'expression d'Émile Lenoël³⁵¹.

110. Malgré ces nombreuses tentatives, le savoir administratif demeure un savoir résolument juridique. Premièrement, les études mentionnées sont le plus souvent restées au stade des propositions doctrinales, rares étant celles ayant conduit à une évolution des modalités de formation des administrateurs et du contenu des concours³⁵². Secondement, l'utilité de la connaissance du droit n'a jamais été remise en cause. Ainsi, dans son *Essai sur la réorganisation de l'enseignement du droit*, Georges-Philippe Hepp écrit que subsisterait « une lacune fâcheuse dans l'énumération des études du publiciste et de l'administrateur, si nous négligions de parler de la place que doit y occuper la science du droit »³⁵³. La suite de sa démonstration souligne combien la connaissance du droit est jugée utile à la réalisation efficace de la fonction administrative et indispensable pour empêcher l'arbitraire administratif. La connaissance du droit est d'autant :

« plus indispensable à l'administrateur que chargé d'apprécier des intérêts contraires, et surtout de faire prévaloir fréquemment l'intérêt public sur des intérêts individuels, il est plus naturellement exposé au danger d'empiéter sur des droits, dont l'importance viendrait à s'obscurcir dans sa préoccupation exclusive de l'intérêt public. Il y a donc une haute et évidente nécessité à ce qu'il soit initié profondément, non pas seulement dans le texte positif des lois, mais surtout dans l'intelligence exacte des motifs qui ont guidé le législateur ; car ce n'est que cette intelligence qui le met à même d'apprécier équitablement les collisions qui peuvent se présenter, en les composant sous l'inspiration du véritable intérêt public. Rien de plus inique, rien de plus dangereux, politiquement parlant, surtout de nos jours, et en présence des susceptibilités excessives des intérêts privés, que des velléités envahissantes et tracassières dans les agents administratifs, rien qui ne contribue davantage à provoquer la méfiance et la désaffection, d'autant plus que ces agents ne manquent jamais d'être relevés durement et avec éclat par la vigilance de la magistrature, et qu'ainsi tous leurs écarts tournent directement au désavantage de la société »³⁵⁴.

111. Dans les débats sur les savoirs que doivent mobiliser les administrateurs, il n'est jamais question de marginaliser le droit, mais de déterminer quelles matières non juridiques doivent leur

³⁵¹ E. LENOËL, *op. cit.*, p. 277.

³⁵² Parmi les études précédemment citées, certaines sont de pures positions doctrinales, à l'image de celles de Bonnin ou Vivien. D'autres ont été transmises, sous une forme ou une autre, aux ministres de l'Instruction publique (celles de Macarel, de Laboulaye, de Lenoël notamment).

³⁵³ G.-P. HEPP, *op. cit.*, p. 445.

³⁵⁴ *Ibid.*

être enseignées. Ainsi, chacun des projets précédemment cités organise, dans le programme de l'enseignement administratif qu'il propose, un ou plusieurs enseignements juridiques. Émile Lenoël suggère même d'exiger que les futurs administrateurs soient licenciés en droit³⁵⁵. L'étude des programmes des examens et des concours d'accès aux administrations ministérielles confirme également qu'il est attendu des candidats qu'ils disposent de connaissances juridiques³⁵⁶. «La domination des matières juridiques, surtout le droit public et le droit civil, y est partout nette : la plupart des postes de rédacteur dans les administrations centrales sont affectés après un concours qui place ces matières au premier plan»³⁵⁷. Le droit demeure l'une des «branches de l'administration» qui doivent être enseignées, et le savoir administratif est principalement un savoir juridique.

2. La formation juridique des administrateurs

112. Expression d'une volonté politique et d'une conception située de l'administrateur, le savoir administratif est aussi le produit de l'organisation de l'enseignement supérieur en France au XIX^e siècle. Faute d'école de formation administrative à vocation généraliste³⁵⁸, les administrateurs apprennent d'abord leur métier par la pratique. Nombre d'entre eux disposent également d'une formation juridique obtenue au sein des facultés de droit.

113. Reconstituées par la loi du 22 ventôse an XII³⁵⁹, les facultés de droit³⁶⁰ conquièrent progressivement une fonction professionnelle de formation des futurs administrateurs. Dans le cadre d'un modèle administratif fondé sur la mobilisation de la technique juridique, leur

³⁵⁵ E. LENOËL, *op. cit.*, p. 278.

³⁵⁶ F. DREYFUS, «La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite : le concours et l'*open competition*», *RFAP*, n° 142, 2012, p. 328 ; J.-M. EMERI-DOUZANS, «Les concours à l'épreuve», *RFAP*, n° 142, 2012, p. 309.

³⁵⁷ G. RICHARD, *op. cit.*, §. 236.

³⁵⁸ Il existe toutefois des écoles d'ingénieur, fondées sous l'Ancien régime, telles que l'École polytechnique, l'École des ponts et chaussées ou l'École des mines (v° «Écoles spéciales», in A. FIERRO, A. PALLUEL-GUILLARD, J. TULARD, *Histoire et dictionnaire du Consulat et de l'Empire*, Robert Laffont, «Bouquins», 2009, p. 749). L'École coloniale est également créée en 1889 pour former les agents des administrations coloniales.

³⁵⁹ Loi du 22 ventôse an XII relative aux écoles de Droit, *Rec. Duvergier*, t. XIV, p. 331. L'article 2 de la loi dispose que seront enseignés : «1° le droit civil français dans l'ordre établi par le Code civil, les éléments de droit naturel et du droit des gens, et le droit romain dans ses rapports avec le droit français ; 2° le droit public français, et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique ; 3° la législation criminelle et la procédure criminelle». Le premier cours de droit administratif est assuré par Portiez de l'Oise de 1805 à 1807. Sur le contenu de ce cours, v. : J.-L. MESTRE, «Aux origines de l'enseignement du droit administratif : le Cours de législation de Portiez de l'Oise (1808)», *RFDA*, 1993, p. 239 ; S. GILBERT, «Aux origines doctrinales du droit administratif : Portiez de l'Oise (1765-1810)», *Revue d'histoire du droit français et étranger*, vol. n° 85, 2007, p. 247.

³⁶⁰ Les «Écoles de droit» reconstituées par la loi du 22 ventôse an XII deviennent des facultés en 1808 (décret du 17 mars 1808 portant organisation de l'Université, *Rec. Beauchamp*, vol. 1, p. 171).

intervention peut sembler évidente : « les administrateurs ont besoin de connaître le droit administratif ; celui-ci est du droit et relève donc de l'enseignement des facultés de droit »³⁶¹. Le développement de l'enseignement du droit administratif, à partir de la création de la première chaire à la Faculté de droit de Paris en 1819³⁶², a certainement favorisé cette mission professionnelle³⁶³. En effet, la discipline émergente est d'abord présentée à la manière d'un mode d'emploi juridique pour l'action administrative. Ainsi Joseph-Marie de Gérando, à qui la première chaire de droit administratif est confiée, propose dans son cours de compiler les lois et règlements administratifs en vigueur. Il affirme que :

« Ce tableau servira à faciliter et à répandre les connaissances de notre droit administratif ; il offrira un secours à tous les citoyens qui, dans l'exercice des diverses fonctions publiques, concourent aux délibérations et aux opérations administratives, il prêtera même une assistance utile aux simples particuliers. Il procurera aux uns le moyen d'avoir sous les yeux, de résumer et de comparer sans peine les règles d'après lesquels ils doivent se diriger ; il offrira aux autres, dans leurs rapports avec l'administration, une idée précise et certaine de leurs obligations et de leurs droits »³⁶⁴.

Lorsqu'il devient titulaire de la chaire en 1842, Louis-Antoine Macarel ajoute que la matière qu'il enseigne « se propose de donner à la société des administrateurs éclairés, des jurisconsultes habiles, des magistrats vigilants, des citoyens soumis aux lois de leur pays, surtout parce qu'ils les connaissent et les comprennent, et sont, en général, convaincus de leur équité »³⁶⁵. Au plus près de la pratique administrative, les cours sont déjà assurés par des administrateurs, le plus souvent membres du Conseil d'État³⁶⁶.

114. La fonction de formation administrative des facultés de droit s'épanouit d'autant plus qu'elle ne rencontre d'abord aucune concurrence. Il n'existe aucun établissement spécialisé dans la formation aux carrières administratives susceptible d'enseigner un savoir administratif alternatif. Pourtant, la position des facultés est parfois ambiguë. Guillaume Richard insiste sur l'ambivalence de la position du corps universitaire : « beaucoup de professeurs sont réticents à l'élargissement

³⁶¹ G. RICHARD, *op. cit.*, §. 59.

³⁶² Ordonnance du 24 mars 1819 concernant l'École de droit de Paris, *Rec. Beauchamp*, vol. I., p. 426, confirmée par l'ordonnance du 4 octobre 1820 concernant l'enseignement, les inscriptions, les examens et les grades dans les Facultés de droit, *Rec. Beauchamp*, vol. I., p. 450. M. HAURIOU, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, 1892, p. 386.

³⁶³ P. GONOD, « À propos de la formation des administrateurs (1804-1939) », *op. cit.*, p. 52.

³⁶⁴ J.-M. DE GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif*, Nève, 1829, p. 5.

³⁶⁵ L.-A. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, Librairie de jurisprudence de Plon frères, 1852, t. I., p. 19.

³⁶⁶ Gérando, Macarel, Cormenin qui avaient, selon Hauriou, « le tempérament du publiciste en même temps que du jurisconsulte » (M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 393).

[des enseignements] vers les sciences politiques et administratives, mais la Faculté défend dans le même temps son monopole sur la formation non seulement des juristes, mais aussi des administrateurs»³⁶⁷. Sans activement œuvrer à une extension de leur offre d'enseignements ni au développement d'une science administrative, les facultés de droit veillent jalousement sur ce qu'elles considèrent être leur chasse gardée. Ainsi, tous les projets de création d'établissements spécialisés « se heurtent à la fois à l'opposition des ministres décidés à rester maîtres du choix dans le recrutement, et à la farouche résistance des facultés de droit, craignant la perte d'une partie de leurs effectifs attirés par une faculté d'administration»³⁶⁸. La création éphémère de l'École d'administration, de 1848 à 1849, illustre particulièrement leur hostilité³⁶⁹. En dépit des tentatives successives, les facultés de droit conservent leur « position privilégiée » et « demeurent le centre principal d'un enseignement sur l'administration »³⁷⁰. Or, les facultés de droit sont porteuses d'une conception particulière, presque exclusivement juridique, du savoir administratif.

115. En 1871, la création de l'École libre des sciences politiques renouvelle pour partie ce système de formation³⁷¹. L'institution privée comporte une « section administrative » et propose des enseignements généralistes, ainsi que des cours de droit civil et de droit administratif. Malgré les réticences exprimées au sein des Facultés de droit avant la fondation de la nouvelle école, un tandem pérenne se met en place. Une division du travail s'instaure d'abord entre les lieux de formation puisque les cours dispensés au profit des aspirants fonctionnaires sont jugés complémentaires³⁷². Les Facultés de droit et l'École libre coexistent « sans conflit excessif »³⁷³, dans une sorte de « collaboration spontanée »³⁷⁴. Toutefois, l'École libre gagne rapidement le monopole de la préparation aux concours administratifs pour laquelle elle offre une formation sur-mesure, entretenue par sa proximité avec les administrateurs en poste³⁷⁵. Sa position devient si hégémonique qu'elle est considérée, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, comme « la seule à offrir un

³⁶⁷ G. RICHARD, *op. cit.*, §. 55.

³⁶⁸ V. AZIMI, « La place de l'Université dans la formation administrative en France », *Revue administrative*, n° 348, 2005, p. 612.

³⁶⁹ V. WRIGHT, « L'École nationale d'administration de 1848-1849 : un échec révélateur », *Revue historique*, CCLV, 1, 1976, p. 21 ; V. AZIMI, *op. cit.*, p. 613 ; P. GONOD, « À propos de la formation des administrateurs (1804-1939) », *op. cit.*, p. 53 ; G. THUILLIER, *L'ENA avant l'ENA*, PUF, 1983, p. 94 ; M. R. GRÉGOIRE, « Une tentative saint-simonienne : l'École d'administration de 1848 », *Revue politique et parlementaire*, 1948, p. 262.

³⁷⁰ J. GATTI-MONTAIN, *op. cit.*, p. 125.

³⁷¹ Exposé par Émile Boutmy dans son *Projet d'une Faculté libre des sciences politiques*, Imprimerie Adolphe Lainé, 1871, v., not., p. 8-13 ;

³⁷² M.-C. KESSLER, *L'École nationale d'administration*, *op. cit.*, p. 20.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ G. RICHARD, *op. cit.*, §. 115.

³⁷⁵ M.-C. KESSLER, *L'École nationale d'administration*, *op. cit.*, p. 23.

ensemble systématique de cours et conférences préparant aux hautes fonctions publiques»³⁷⁶. L'enseignement dispensé au sein des Facultés de droit ne suffit plus à préparer les administrateurs.

116. Les conditions d'accès à la haute fonction publique sont repensées lors de la création de l'École nationale d'administration en 1945³⁷⁷. D'une part, les différents concours ministériels sont fusionnés en un unique concours d'accès aux plus hauts postes administratifs. D'autre part, le vœu ancien de fonder une école administrative généraliste est enfin réalisé, la réussite au concours permettant d'intégrer un cycle de formation au sein de la nouvelle école, puis d'être nommé au sein de l'administration. L'histoire et le projet de la fondation de l'École nationale d'administration sont bien connus³⁷⁸. L'objectif est d'assurer un accès plus égalitaire à la haute fonction publique, grâce à l'organisation d'une étape unique de sélection des candidats, et de moderniser la formation des hauts fonctionnaires en composant le contenu et le déroulement de leur scolarité au sein de l'école selon les besoins de l'administration d'État. À cet égard, la création de l'École nationale d'administration facilite l'évolution du contenu de la formation des administrateurs³⁷⁹. Parce qu'elle crée une unité de temps et de lieu dans la sélection des administrateurs – un concours unique, suivi d'une scolarité commune – l'École nationale d'administration offre une voie privilégiée afin de renouveler le savoir administratif sur le plus long terme, et émanciper la formation des administrateurs de sa dimension essentiellement juridique.

*

117. Les conditions d'exercice de l'expertise juridique au sein des ministères paraissent largement déterminées par les caractéristiques du modèle administratif français classique. Dans celui-ci, le droit occupe une place centrale. La mobilisation de la technique juridique est indispensable à la réalisation de l'action administrative et il est attendu des administrateurs qu'ils disposent d'une formation en droit. Par suite, l'organisation de services juridiques n'est jamais sérieusement

³⁷⁶ Exposé des motifs de l'ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile, JORF du 10 octobre 1945, p. 6378.

³⁷⁷ Ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile, JORF du 10 octobre 1945.

³⁷⁸ J.-F. KESLER, «La création de l'ENA», *Revue administrative*, n° 178, 1977, p. 354 ; A. PROST, «Les débuts difficiles de l'École nationale d'administration (1945-1958)», *XX^e siècle*, n° 34, 2017, p. 65 ; M.-C. KESSLER, *L'École nationale d'administration, op. cit.*, p. 20 ; P. RACINE, «L'ENA et son évolution», n° 152, 1973, p. 131.

³⁷⁹ M. MANGENOT, «L'entrée en technocratie : le concours de l'ENA et les transformations du modèle de fonctionnaire», in D. DULONG, V. DUBOIS (dir.), *La question technocratique. De l'invention d'une figure aux transformations de l'action publique*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, «Sociologie politique européenne», 1999, p. 98 ; F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française : entre mythes et réalités. XIX-XX^e siècles*, CNRS Éditions, «Biblis», 2022, p. 222.

envisagée, les ministres bénéficiant par ailleurs de l'assistance de conseils juridiques extérieurs, dont le Conseil d'État. En revanche, à partir des années 1960, la contestation croissante de ce modèle ne peut qu'affecter l'organisation traditionnelle de l'expertise juridique.

SECTION 2. L'INADAPTATION DE L'ORGANISATION DE L'EXPERTISE JURIDIQUE

118. Lors d'une chronique publiée en 1967, Jean Rivero déplore le « sous-équipement juridique de la France »³⁸⁰. S'il décrit d'abord la situation des entreprises et des structures privées, qui ne concèdent à l'expertise juridique qu'une place réduite, limitée à la gestion des contentieux, il s'étonne surtout de la situation de l'administration d'État. « Comment soutenir que les administrations traditionnelles – et, par exemple, les administrations centrales des ministères, les préfetures, les municipalités – pèchent à l'égard du Droit, elles aussi, par omission ? »³⁸¹. Rivero constate combien la place accordée au raisonnement juridique dans l'élaboration des décisions publiques a décliné.

« Le projet de décision, que ce soit à l'échelon des bureaux ou à l'échelon du Cabinet ne sera pas soumis, tant qu'il est encore malléable, en quête de son équilibre, à l'examen d'un juriste appelé à dire, non seulement si les mots choisis définissent bien la règle qu'on veut poser, l'institution qu'on entend fonder, mais si les mécanismes mis en place sont susceptibles de jouer harmonieusement, ou sont exposés à des grippages que seul le technicien des rouages juridiques peut déceler à l'avance »³⁸².

Ce bilan sévère signale, dès la fin des années 1960, que le modèle administratif classique, caractérisé par la centralité du droit, s'effrite.

119. La contestation du modèle administratif classique est un phénomène bien connu et régulièrement décrit³⁸³. À partir des années 1960, dans un contexte économique et politique renouvelé, caractérisé par l'intervention croissante de l'État dans la sphère économique, l'efficacité de l'administration française est mise en doute. Ses méthodes de travail, ses modes d'action et les

³⁸⁰ J. RIVERO, « Le sous-équipement juridique de la France », *D.*, chron. XXVIII, 1967, p. 241.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 242.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ V. par ex : J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 683 ; J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, « Les voies du droit », 2008, p. 271 ; L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, NBT, vol. 56, 2006, p. 5.

expertises qu'elle mobilise ne lui permettraient plus d'assurer, de façon satisfaisante, la poursuite de l'intérêt général³⁸⁴. Dans cette critique générale, la place matricielle occupée par le droit dans la construction de l'action administrative est considérée comme l'une des principales causes de l'inefficacité administrative³⁸⁵. Le raisonnement juridique freinerait les initiatives³⁸⁶. Ces critiques bouleversent l'administration française dans ses modes d'action comme dans son organisation. La réception de principes de management public, inspirés des doctrines du *New Public Management*³⁸⁷, transforme également les conditions concrètes du travail administratif³⁸⁸. La rationalité juridique propre au modèle administratif classique laisse place à une rationalité managériale³⁸⁹. La relation de l'administration au droit évolue.

120. Les pouvoirs publics réagissent bien plus tard au « sous-équipement juridique » des ministères et de l'administration d'État ; c'est cette réaction des pouvoirs publics qu'il convient d'étudier à présent. Les théories des cycles des politiques publiques permettent d'éclairer la façon dont les autorités politiques et administratives se sont saisies de l'enjeu de l'organisation et de l'exercice de l'expertise juridique au sein des structures administratives centrales³⁹⁰. Elles proposent une méthode d'analyse fondée sur la division des politiques publiques en plusieurs séquences. Cinq phases peuvent être identifiées : l'identification d'un problème à résoudre, la formulation d'une ou plusieurs solutions, la prise de décision, l'application de la solution choisie et l'évaluation des résultats obtenus au regard du problème identifié³⁹¹. Il s'agit ici de s'intéresser plus particulièrement

³⁸⁴ M. CROZIER, « Crise et renouveau dans l'administration française », *Sociologie du travail*, n° 3, 1966, p. 227.

³⁸⁵ Cette critique est exprimée de façon très claire dès 1960, à l'occasion du rapport Rueff-Armand chargé de recenser les obstacles à l'expansion économique. Ainsi le rapport écrit que « la prolifération des lois et des règlements nuit à l'efficacité de l'administration » et que « l'action gouvernementale et administrative ne peut être définie et exercée uniquement par la voie de prescriptions juridiques ». Il propose la conversion de l'administration « aux techniques modernes d'analyse et de préparation à la décision » (L. ARMAND, J. RUEFF, *Rapport sur les obstacles à l'expansion économique*, Imprimerie nationale, 1960, p. 20).

³⁸⁶ P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politique et management public*, vol. 11, 1993, p. 1 ; J. CHEVALLIER, « Management public et droit », *Politique et management public*, vol. 26, 2008, p. 94 ; J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 145 ; P.-E. VERRIER, « Les « statues » de la fonction publique : les juristes et leurs prédateurs dans le système administratif », *Politiques et management public*, vol. 3, 1985, p. 1 ; F. DUBOIS, M. ENGUÉLÉGUÉLÉ et al., « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, PUF, « Publications du CURAPP », 1993, p. 157.

³⁸⁷ P. BEZÈS, « État, experts et savoirs néo-managériaux. Les producteurs et diffuseurs du *New Public Management* en France depuis les années 1970 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 193, 2012, p. 19.

³⁸⁸ J. CAILLOSSE, « Les institutions publiques entre droit et management », in I. HUAULT (dir.), *Institutions et gestion*, Éd. Vuibert, 2004, p. 165 ; J. CHEVALLIER, « La juridicisation des principes managériaux », *Politique et management public*, vol. 11, 1993, p. 111 ; C. VAYROU, *Management public et droit administratif, essai sur la juridicité des concepts managériaux*, thèse, Université Paris II, 2000, p. 424.

³⁸⁹ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 683.

³⁹⁰ S. JACQUOT, « Approche séquentielle (*stages approach*) », in L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Science Po, « Références », 5^e édition, 2019, p. 81. La théorie la plus connue est celle de Charles Jones, *An Introduction to the Study of Public Policy*, Belmont, Duxbury Press, 1970.

³⁹¹ J. LAGROYE, B. FRANÇOIS, F. SAWICKI, *Sociologie politique*, Presses de Science Po, Dalloz, 5^e édition, 2006, p. 524.

à la première de ces séquences, à savoir le moment où les pouvoirs publics reconnaissent le « sous-équipement juridique » des administrations ministérielles. Cette présentation schématique et linéaire, utile par sa clarté dans l'identification des étapes de la mise en œuvre des politiques publiques, a une portée essentiellement théorique et analytique. En effet, bien souvent, et comme on va le voir ici, les étapes s'entremêlent, l'identification du problème étant parfois concomitante, voire postérieure, aux initiatives prises pour le régler.

121. Longtemps impensée, l'organisation de l'expertise juridique au sein des ministères devient un problème administratif à résoudre. L'intervention de certains pouvoirs publics (**I.**) a permis d'identifier les causes d'un besoin d'expertise (**II.**).

I. L'INTERVENTION NÉCESSAIRE DES POUVOIRS PUBLICS

122. Les premières alertes sont formulées par Conseil d'État, à partir des années 1980 (**A.**). Ce discours se diffuse ensuite à l'ensemble des pouvoirs publics, Parlement inclus, dans les années 1990, alors que de premières initiatives ministérielles sont en cours (**B.**).

A. Le rôle du Conseil d'État

123. Le Conseil d'État, conseiller juridique du Gouvernement, s'est aussi naturellement (**1.**) que stratégiquement (**2.**) engagé dans la refonte de l'expertise juridique ministérielle.

1/ Un engagement logique

124. De façon notable, le Conseil d'État est la première institution à avoir construit et porté, avec constance, un discours critique sur l'activité juridique des ministères. À partir de 1981, une succession d'études thématiques, rédigées par la Commission du rapport et des études³⁹², puis par la Section du rapport et des études³⁹³, met en lumière l'insuffisante maîtrise de la technique juridique

³⁹² La Commission du rapport est créée par le décret du 30 juillet 1963. Le décret du 26 août 1975 la rebaptise « Commission du rapport et des études ». A. ROBLOT-TROIZIER, « La genèse de la Section du rapport et des études : la Commission Noël et les décrets de 1963 », *RFDA*, 2015, p. 221 ; F. DE BAECQUE, « La Commission du rapport et des études (1963-1983) », *EDCE*, n° 34.

³⁹³ Le décret du 24 juillet 1985 élève la Commission du rapport et des études au rang de section. (J. CHAPUISAT, « Une nouvelle section au Conseil d'État : la Section du rapport et des études », *EDCE*, n° 36, p. 149 ; J.-P. COSTA, « Une nouvelle section au Conseil d'État, la Section du rapport et des études », *AJDA*, 1985, p. 265). Sur les conditions et les raisons de cette transformation, v. B. SEILLER, « Le développement : de la Commission du rapport à la Section du

au sein de l'appareil administratif d'État. Sur une période de dix ans, pas moins de sept études thématiques examinent, partiellement ou intégralement, la question de l'expertise juridique ministérielle, de son organisation et de son exercice : « La prévention du contentieux administratif » (dont le thème fait l'objet de deux études de 1981 et 1987)³⁹⁴, « La pénétration du droit communautaire dans le droit français » (1982)³⁹⁵, « Les problèmes posés par la diversité de l'organisation des administrations centrales » (1983)³⁹⁶, « Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État » (1983)³⁹⁷, « La formation juridique des fonctionnaires » (1988)³⁹⁸, et « De la sécurité juridique » (1991)³⁹⁹. En outre, les conditions d'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires et de traitement des affaires contentieuses au sein des ministères sont régulièrement évoquées lors des « considérations générales » qui ouvrent les rapports annuels du Conseil d'État⁴⁰⁰.

125. À l'occasion de ces travaux, le Conseil d'État se risque à délimiter l'activité proprement juridique de l'administration d'État. En analysant le maniement de la technique juridique par les administrations centrales⁴⁰¹, il propose de : « considérer l'activité juridique de l'administration dans toute son étendue – sans se limiter au cas, très particulier, où celle-ci s'applique à des litiges contentieux », en prenant en compte « aussi bien les tâches qui incombent à l'administration lorsqu'elle élabore la règle de droit que lorsqu'elle la diffuse et la commente, ou lorsque, comme c'est le cas dans ses activités les plus courantes, elle en fait application »⁴⁰². Cette définition très large permet de constater, à nouveau, combien il est difficile d'isoler une hypothétique part juridique de

rapport et des études », *RFDA*, 2015, p 231 ; ainsi qu'un article de presse publié à l'époque : « La commission du rapport et des études serait élevée au rang de section », *Le Monde*, 23 janvier 1985.

³⁹⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *La prévention du contentieux administratif*, EDCE, n° 33, 1981-1982 et *La prévention du contentieux administratif*, EDCE, n° 39, 1987-1988.

³⁹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *La pénétration du droit communautaire dans le droit français*, 1982, non publié, disponible aux Archives nationales.

³⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Les problèmes posés par la diversité de l'organisation des administrations centrales*, EDCE, n° 34, 1983-1984.

³⁹⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État*, 1983, non publié, disponible aux Archives nationales.

³⁹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des administrateurs*, 1988, non publié, disponible aux Archives nationales.

³⁹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, EDCE, n° 43, La Documentation française, 1991.

⁴⁰⁰ L'usage de commencer le rapport d'activité annuel du Conseil d'État par des « considérations générales » (ou par une « introduction ») apparaît pour la première fois lors de la rédaction du rapport annuel pour la période 1983-1984. V. J.-M. BELGORGEY, « La conception intellectuelle du rapport », in O. RENAUDIE, P. MBONGO (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État, Entre science du droit et discours institutionnel*, Éditions Cujas, « Actes et études », 2010, p. 41.

⁴⁰¹ Malgré son intitulé, l'étude relative au « renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État » de 1983 se borne aux administrations centrales ministérielles « en laissant très largement de côté les services extérieurs » (p. 5). L'administration locale, déconcentrée comme décentralisée, n'est abordée dans aucune des autres études réalisées durant la période.

⁴⁰² CONSEIL D'ÉTAT, *Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État*, *op. cit.*, p. 5.

l'action administrative.

126. À travers sa série d'études, le Conseil d'État répète qu'il doute de la «capacité de l'administration à traiter les problèmes juridiques»⁴⁰³. Les textes sont «mal rédigés et mal conçus»⁴⁰⁴, «trop nombreux et d'accès malaisé»⁴⁰⁵ et les litiges sont en nombre croissant⁴⁰⁶. «L'administration ne respecte pas toujours les impératifs de la conformité aux normes, sans que cela soit nécessairement atténué par les avantages d'une bonne gestion». En somme, l'administration méconnaît trop souvent les exigences du droit.

127. L'engagement particulier du Conseil d'État sur le sujet peut sembler logique. Il résulte de sa position privilégiée d'observateur de l'activité juridique ministérielle. Plus qu'aucune autre institution au sein de l'État, le Conseil d'État apprécie continuellement, au titre de ses fonctions consultative et contentieuse, la qualité juridique des principaux projets d'actes élaborés au sein des administrations centrales. L'essor de sa fonction d'étude, corollaire de sa faculté d'adresser aux pouvoirs publics des recommandations et des propositions de réformes⁴⁰⁷, lui permet de signaler au Gouvernement ses observations sur la manière dont les administrations centrales mènent leur activité juridique. Au fil de ses études thématiques et de ses rapports annuels, le Conseil d'État œuvre ainsi à l'élaboration d'un discours critique soulignant tant le déclin de la formation en droit des administrateurs que l'insuffisante intégration de l'expertise juridique dans la construction de l'action administrative.

2/ Un engagement stratégique

128. Les alertes du Conseil d'État peuvent aussi être interprétées comme la manifestation d'une stratégie d'influence déployée à partir des années 1980. À l'heure du tournant managérial de l'administration, du renouvellement de ses méthodes et de la remise en cause de la centralité de la logique juridique⁴⁰⁸, ces études lui permettent de rappeler la place centrale du droit dans l'exercice

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁰⁷ Selon l'article 24 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, aujourd'hui codifié à l'article L. 112-3 du CJA : «Le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général» (Y. CANNAC, «Les études réalisées par le Conseil d'État», *EDCE*, 1984, n° 36, p. 13).

⁴⁰⁸ V. *supra* §. 119.

de la fonction administrative. Dans son étude de 1988, la Section du rapport et des études écrit notamment :

« À juste titre, en raison du retard pris dans ce domaine par l'administration, la formation des fonctionnaires a mis l'accent depuis une quinzaine d'années sur la maîtrise des techniques de gestion. On ne peut que se réjouir des progrès ainsi réalisés. Il est, en revanche, regrettable que cette amélioration se soit réalisée au détriment du souci d'une application correcte du droit. Car il y va, aux yeux des citoyens, de la légitimité comme de l'efficacité de l'administration »⁴⁰⁹.

Face à l'émergence de la figure d'un « administrateur-manager »⁴¹⁰, le Conseil d'État entend donc préserver la place du droit et le réflexe juridique dans la culture administrative d'État⁴¹¹. Si ces interventions se traduisent par des propositions concrètes, pour réorganiser les structures administratives, elles portent aussi l'ambition d'infléchir progressivement la pratique administrative au sein de l'État. Le rapporteur général de la Commission du rapport l'indique clairement en 1983 :

« Toute réforme ne se matérialise pas nécessairement dans des décisions opérationnelles. Réformer les esprits et les comportements est souvent plus important que modifier les textes ou les organigrammes »⁴¹².

129. La démarche du Conseil d'État traduit une forme de « surveillance juridique » des administrations, telle que théorisée par Émilie Biland et Rachel Vanneuville⁴¹³. Cette surveillance recoupe, d'abord, le contrôle classique de légalité que l'institution opère sur l'action administrative dans le cadre de ses fonctions consultative et juridictionnelle. Le contrôle du respect du droit est alors un « mode juridique de contrôle des activités gouvernantes »⁴¹⁴. Mais l'usage de l'expression « surveillance juridique » propose également de rendre compte d'une forme élargie, renouvelée et diffuse de contrôle, dont la promotion de la légistique par le Conseil d'État constitue le meilleur exemple. Selon les deux auteures, en œuvrant à la promotion de nouveaux standards formels d'écriture du droit, le Conseil d'État développe sa faculté de superviser les pratiques administratives d'élaboration et d'écriture des textes juridiques. De la sorte, son contrôle direct et habituel de

⁴⁰⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des administrateurs*, 1988, p. 9.

⁴¹⁰ J. CAILLOSSE, « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », *PMP*, 1993, p. 85 ; du même auteur, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, n° 105, 2003, p. 121.

⁴¹¹ R. VANNEUVILLE, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in M.-O. BARUCH, V. DUCLERT (dir.), *Serviteurs de l'État. Une histoire politique de l'administration française 1875-1945*, La Découverte, « L'espace de l'histoire », 2000, p. 97.

⁴¹² Y. CANNAC, *op. cit.*, p. 137.

⁴¹³ É. BILAND, R. VANNEUVILLE, « Les mutations de la surveillance juridique des administrations. Le Conseil d'État français et la promotion de la légistique », in J. CRÈTE (dir.), *Les surveillants de l'État démocratique*, Presses de l'Université Laval, 2014, p. 109.

⁴¹⁴ *Ibid.*

l'action de l'administration par le droit se double d'un contrôle indirect des conditions dans lesquelles l'administration réalise son activité de production du droit. Par extension, le Conseil d'État semble prolonger cette forme de contrôle lorsqu'il se penche sur l'organisation des ressources juridiques de l'administration d'État. Sa surveillance porte alors sur le produit de l'activité juridique ministérielle, autant que sur ses conditions d'exercice. Ainsi le Conseil d'État déploie-t-il sa fonction historique de conseil juridique du Gouvernement pour l'assister à renforcer l'expertise juridique ministérielle.

130. Ses avertissements répétés permettent au Conseil d'État de confirmer sa position centrale sur tout ce qui touche, de près ou de loin, au droit au sein de l'État. En effet, s'il propose la création de services juridiques ou le renforcement de la formation juridique des fonctionnaires, le Conseil d'État ne renonce pas pour autant à sa fonction de premier conseiller juridique du Gouvernement. Au contraire, en dénonçant, à juste titre, le manque d'expertise juridique au sein de l'administration d'État, il veille à se placer comme l'une des ressources à la disposition du Gouvernement pour remédier à cette situation. Ainsi, l'engagement du Conseil d'État sur le sujet peut *a posteriori* être mis en perspective avec l'une des caractéristiques les plus notables des directions des affaires juridiques actuelles : elles sont, presque toujours, dirigées par un membre du Conseil d'État⁴¹⁵. En revanche, une fois les directions instituées, le Conseil d'État s'oppose à ce qu'il leur soit reconnu un droit de « visa juridique » sur les projets de texte. Un tel refus semble dévoiler, entre autres, une forme de crainte de l'institution, redoutant la potentielle concurrence des directions des affaires juridiques dans l'examen juridique et légistique des projets de textes⁴¹⁶.

131. En tout état de cause, l'investissement du Conseil d'État facilite et oriente la prise en compte, par les autorités politiques et administratives, de la nécessité de revaloriser l'expertise juridique au sein des ministères. La présentation qu'il donne, dans son rapport annuel, des suites gouvernementales données à son étude de 1983 relative au « potentiel juridique des administrations centrales » annonce la place qu'il entend prendre :

« Pour faciliter la mise en œuvre de ses recommandations, dans un domaine auquel ses missions propres donnent vocation au Conseil d'État de s'intéresser tout spécialement, la Commission du rapport et des études en concertation avec le secrétariat général du Gouvernement, s'apprête à prendre elle-même les initiatives nécessaires pour inciter les administrations intéressées à engager

⁴¹⁵ Sur cette question, v. *infra*, §. 304.

⁴¹⁶ V. *infra*, §. 595.

les efforts attendus d'elles »⁴¹⁷.

132. Grâce à son autorité institutionnelle et au réseau de ses membres au sein de l'appareil administratif, le Conseil d'État se révèle être un lanceur d'alerte efficace.

B. La diffusion du discours sur le « sous-équipement juridique de l'État »

133. À partir du début des années 1990, le manque de ressources juridiques au sein de l'État commence à être bien identifié par l'ensemble des pouvoirs publics⁴¹⁸. Cette prise de conscience s'incarne notablement à travers la publication successive de trois rapports d'origine parlementaire et administrative.

134. Le premier de ces rapports est un rapport sénatorial, remis en 1992. Le rapport Haenel est le produit des travaux d'une commission d'enquête consacrée au fonctionnement des juridictions administratives, à l'exécution de leurs décisions, ainsi qu'aux « services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques »⁴¹⁹. Il témoigne de l'intérêt inédit du Parlement pour l'organisation de l'expertise juridique au sein de l'État⁴²⁰. En effet, les parlementaires ne restent pas indifférents à cette question dont on commence à comprendre qu'elle détermine la qualité juridique et légistique des textes normatifs produits, autant que l'efficacité de la défense des intérêts de l'État devant les juridictions⁴²¹. L'état des lieux présenté par le rapport Haenel est cinglant. La gestion ministérielle des contentieux est qualifiée de « partie de l'administration en déshérence »⁴²² : la qualité des mémoires est déclinante, certains chefs de juridiction allant jusqu'à évoquer « l'indignité du nom de service contentieux »⁴²³, les administrations centrales ne parviennent pas à

⁴¹⁷ Y. CANNAC, *op. cit.*, p. 119.

⁴¹⁸ Le nombre insuffisant de juristes dans l'administration est ainsi regretté lors d'une journée d'étude de la Fondation nationale des études de droit organisée en janvier 1990 : AFNED, *Quels juristes pour demain ? La formation juridique des juristes d'entreprise et des fonctionnaires*, LGDJ, 1994.

⁴¹⁹ SÉNAT, *Rapport n° 400 de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques*, présenté par H. Haenel, 1992.

⁴²⁰ Les assemblées parlementaires se sont longtemps désintéressées de cette question qui relève de l'ordre interne des structures administratives, et donc de la compétence exclusive du Gouvernement. Après s'être intéressé à la qualité et à la simplification du droit, le Parlement s'est de nouveau récemment penché sur la question de l'expertise juridique de l'État en examinant les conséquences budgétaires des contentieux de l'État, ainsi que le recours aux cabinets de conseil.

⁴²¹ En revanche, chose curieuse, le rapport de l'Assemblée nationale de 1995 relatif aux problèmes liés à l'application des lois ignore totalement la question de l'organisation de l'expertise juridique ministérielle (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la mission d'information commune sur les problèmes généraux liés à l'application des lois*, 1995, Petites affiches, 1996, n° 66, p. 25).

⁴²² *Ibid.*, p. 55.

⁴²³ *Ibid.*, p. 62.

gérer l'augmentation du nombre de dossiers et ne respectent pas les délais de transmission des mémoires⁴²⁴. Puisqu'ils imputent logiquement ces défaillances à l'organisation très inégale des services contentieux ministériels et à l'insuffisance des connaissances juridiques des administrateurs, les sénateurs plaident avec force pour la « revalorisation de la fonction juridique dans l'administration »⁴²⁵.

135. Signe de l'actualité du sujet, les « contraintes juridiques qui pèsent sur le travail gouvernemental » font ensuite l'objet de l'un des chapitres du rapport de la promotion 1993-1995 de l'École nationale d'administration⁴²⁶. Par la nature et l'objet de l'exercice⁴²⁷, ce travail offre une photographie intéressante de la pensée administrative du milieu des années 1990. Le rapport observe les « faiblesses » de l'expertise juridique ministérielle et constate, pêle-mêle, le manque de juristes spécialisés au sein des ministères⁴²⁸, le peu de moyens matériels dont ils disposent⁴²⁹, leur faible intégration dans le travail ministériel et, en particulier, dans le processus gouvernemental d'élaboration des textes juridiques⁴³⁰. À son tour, l'étude des élèves de l'ENA conclut à la nécessité de « consolider les services juridiques ministériels » et de revoir leur place et leurs attributions⁴³¹.

136. Enfin, en février 1996, le Premier ministre Alain Juppé confie à un magistrat judiciaire, Patrice Maynial, une « mission d'évaluation de la fonction juridique au sein des administrations centrales »⁴³². Comme les rapports précédents, le rapport « appelle à une approche nouvelle par l'État de sa propre fonction juridique »⁴³³. Il juge que « les administrations qui n'ont pas encore modifié leur approche minimaliste du droit subissent les conséquences de leurs lacunes [...] Dans l'administration traditionnelle, le juriste apparaît lorsqu'une affaire entre dans la phase

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 180.

⁴²⁶ ENA, *Le travail gouvernemental*, Rapports de séminaires établis par les élèves de la promotion René Char, La Documentation française, 1997.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 8-9 : « L'objectif recherché est de mettre chaque élève en situation de membre d'un groupe d'étude qui se voit confier la mission d'analyser de manière approfondie un problème concernant l'action administrative et d'élaborer des propositions opérationnelles. L'accomplissement de cette tâche nécessite une approche pluridisciplinaire et le recueil d'information de première main auprès des acteurs concernés. [...] Les rapports auxquels aboutissent ces travaux sont, par hypothèse, des documents de travail s'efforçant de conduire à des solutions précises d'un problème posé dans le cadre de la réalité nationale observée. Ils ne revêtent donc pas la forme d'un texte destiné, a priori, au public ».

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 268.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 269

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 270.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 283.

⁴³² Lettre du Premier ministre Alain Juppé à Patrice Maynial, 7 février 1996, reproduite in P. MAYNIAL, *Le droit du côté de la vie, réflexions sur la fonction juridique de l'État*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1997, p. 3.

⁴³³ P. MAYNIAL, *op. cit.*, p. 12.

précontentieuse. C'est le carabinier d'Offenbach»⁴³⁴. Parmi ses recommandations, le rapport propose notamment de créer, au sein de chaque ministère, un « pôle juridique indépendant » constitué en direction⁴³⁵. La nomination du Gouvernement Jospin le 2 juin 1997 a probablement compromis les suites immédiates de ce travail. Interrogé par un sénateur⁴³⁶, le ministre de la Fonction publique répond toutefois que le rapport « fournit une analyse intéressante » dont le Gouvernement « ne manquera pas de tenir compte dans le cadre de son programme de réforme de l'État »⁴³⁷ présenté en conseil des ministres trois mois plus tôt⁴³⁸. Il ajoute que « il est d'ores et déjà certain, même si les modalités précises de mise en œuvre ne sont pas encore fixées, que le renforcement de la fonction juridique sera un élément important de la réforme des administrations centrales et des services déconcentrés car, dans un État de droit, cette fonction est essentielle ». Mais, contrairement à ce que le ministre annonce, l'organisation de l'expertise juridique n'est mentionnée ni par la circulaire du 3 juin 1998 demandant aux ministres d'élaborer un projet annuel de modernisation de leurs administrations⁴³⁹ ni par les projets ministériels finalement élaborés⁴⁴⁰.

137. La succession de ses rapports démontre que l'organisation de l'expertise juridique ministérielle devient un problème administratif que les autorités administratives et politiques doivent prendre en charge. Suivant la théorie du cycle des politiques publiques précédemment présentée, l'ensemble des études et des rapports rédigés dès les années 1980 constitue la phase préalable d'identification de ce problème. Celle-ci doit être logiquement suivie d'une deuxième phase, durant laquelle les pouvoirs publics réagissent à ces alertes par des mesures adaptées. Dans les faits, ces étapes ne se succèdent pas de façon aussi nette. L'expertise juridique continue à être analysée et pensée de façon globale au sein de l'État, tandis que des initiatives ministérielles sont déjà ponctuellement lancées⁴⁴¹. Ainsi, dès 1990, le ministère de la Culture mène un « programme d'amélioration de la qualité juridique du ministère » qui aboutit à la création de l'actuelle sous-direction des affaires juridiques⁴⁴². Deux ans plus tard, l'organisation de l'expertise juridique du

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 114.

⁴³⁶ Question écrite n° 00985 de M. Serge Mathieu, JO du Sénat du 10 juillet 1997, p. 1885.

⁴³⁷ Réponse du ministère de la Fonction publique à la question écrite n° 00985, JO du Sénat du 8 janvier 1998, p. 99.

⁴³⁸ Communication du Conseil des ministres du 5 novembre 1997, « La réforme de l'État », disponible en ligne.

⁴³⁹ Circulaire du 3 juin 1998 relative à la préparation des programmes pluriannuels de modernisation des administrations, JORF du 9 juin 1998.

⁴⁴⁰ DIRECTION INTERMINISTÉRIELLE À LA RÉFORME DE L'ÉTAT, *Synthèse des bilans annuels des programmes annuels de modernisation des ministères*, 30 janvier 2001.

⁴⁴¹ V. *infra*, §. 221.

⁴⁴² V. *infra* §. 229. M. GUÉNAIRE, « La qualité juridique à l'intérieur de l'administration : l'exemple du ministère de la Culture et de la Communication », *AJDA*, 1990, p. 75 ; J.-L. SILICANI, « Le programme d'amélioration de la qualité juridique du ministère de la Culture », *AJDA*, 1990, p. 884.

ministère de l'Équipement fait l'objet d'un rapport préparé par Christian Vigouroux en 1992⁴⁴³. Enfin, la commande du rapport Maynial suit la création de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur en janvier 1996⁴⁴⁴.

138. La diffusion d'un discours critique des conditions de réalisation de l'activité juridique de l'État conduit les pouvoirs publics à changer de regard sur les ressources juridiques des administrations. Les administrations « pêchent par le Droit »⁴⁴⁵ et le développement de leur « potentiel juridique »⁴⁴⁶ s'avère impérieux. L'organisation de l'expertise juridique ministérielle devient, en elle-même, un sujet politique et administratif que l'administration d'État ne peut ignorer. Il faut désormais rechercher les causes de ce besoin d'expertise juridique, afin de comprendre comment le satisfaire.

II. LES CAUSES DU BESOIN D'EXPERTISE JURIDIQUE

139. Jusqu'à présent, l'étude du besoin d'expertise juridique des ministères a consisté à retracer la manière dont il avait été exprimé auprès des pouvoirs publics. Dans cette perspective, les rapports et les études recensés guident assurément le regard pour repérer les points de défaillances des administrations ministérielles. Toutefois, ils ne suffisent pas pour connaître les causes profondes du besoin d'expertise juridique identifié. Il s'agit de comprendre pourquoi les modalités traditionnelles d'exercice de l'expertise juridique au sein des ministères sont devenues inadaptées à la réalisation de l'action ministérielle. L'environnement juridique dans lequel agissent les services ministériels nécessite une plus grande attention (**A.**), alors que les ressources dont ils disposent sont restées inchangées (**B.**).

A. L'évolution de l'environnement juridique de l'action ministérielle

140. Les contraintes juridiques qui enserrant le travail ministériel se sont renforcées (**1.**), tandis qu'émerge, dans l'administration d'État, l'ambition de mener une véritable politique de la production normative, ordonnée autour de l'objectif de qualité du droit (**2.**).

⁴⁴³ C. VIGOUROUX, « La fonction juridique du ministère de l'Équipement, des transports et du tourisme », Rapport au ministre, 1992, non publié.

⁴⁴⁴ Décret n° 96-16 du 10 janvier 1996 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 11 janvier 1996, p. 415.

⁴⁴⁵ J. RIVERO, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁴⁶ Selon l'expression du Conseil d'État (*Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État*, 1983).

1/ L'attention accrue au respect des contraintes juridiques pesant sur le travail ministériel

141. La complexification des contraintes juridiques pesant sur les administrations centrales est le produit de deux tendances complémentaires bien identifiées : l'augmentation de la pression normative et l'approfondissement des contrôles juridictionnels.

142. L'augmentation de la pression normative désigne tout à la fois l'inflation normative, c'est-à-dire l'augmentation quantitative des règles juridiques en vigueur⁴⁴⁷, et la complexification du droit positif. Le développement du droit communautaire participe dans une large mesure à la complexification de l'ordre juridique interne et à l'augmentation des contraintes juridiques qui enserrant le travail administratif. Dès 1982, le Conseil d'État consacre l'une de ses études à la pénétration du droit communautaire dans le droit français. Il s'inquiète de la capacité des administrations à appliquer les règles nouvellement intégrées dans l'ordre interne⁴⁴⁸. Par la suite, les rapports préparés durant les années 1990 expriment des préoccupations analogues⁴⁴⁹. Les administrateurs sont confrontés à l'application d'un droit jeune, qu'ils ne maîtrisent pas, et dont l'enseignement ne fait pas encore l'objet d'une discipline autonome⁴⁵⁰. La veille juridique en droit communautaire est alors assurée, au niveau interministériel, par le Secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (SGCI)⁴⁵¹. Les ministères ne disposent pas de services dédiés au droit européen⁴⁵². La législation communautaire est donc méconnue. Ainsi, selon les rapports annuels de la Commission des Communautés européennes sur l'application du droit communautaire, la France est, à cette époque, l'un des pays

⁴⁴⁷ V. not., R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.*, 1977, chron. P. 43 ; J. CARBONNIER, « L'inflation des lois », *Revue des sciences morales et politiques*, 1982, p. 687 ; N. NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », *Archives de philosophie du droit*, 1982, p. 163 ; V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.*, 2002, p. 1157 ; E. GRASS, « L'inflation normative a-t-elle un sens ? », *RDP*, 2003, p. 139 ; G. HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 101.

⁴⁴⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *La pénétration du droit communautaire dans le droit français*, 1982 ; *L'Administration française et le droit de l'Union européenne : quelles influences ? quelles stratégies ?*, EDCE, n° 58, La Documentation française, 2007, p. 227.

⁴⁴⁹ ENA, *op. cit.*, p. 248 ; P. MAYNIAL, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁵⁰ J. BOULOUIS, « L'enseignement du droit européen dans les universités françaises », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 13, 1992, p. 189 : « Puisque [le droit communautaire] affectait dans leur contenu un certain nombre de disciplines traditionnelles, son enseignement paraissait pouvoir, comme dans le cas précédent, y être intégré. C'est en effet ce qui s'est d'abord produit ; avec cette conséquence que chaque spécialiste est demeuré maître de la place qu'il jugeait bon de lui attribuer, compte tenu ici aussi de la charge supplémentaire que cela ne pouvait pas manquer d'entraîner ».

⁴⁵¹ Décret n° 48-1029 du 25 juin 1948 portant organisation des services français en ce qui concerne la participation de la France au programme de relèvement européen, JORF du 27 juin 1948, p. 6194. Le SGCI devient le Secrétariat général aux affaires européennes (SGAE) en 2005.

⁴⁵² ENA, *op. cit.*, Annexe n° 2 « La fonction juridique au sein des ministères », p. 293.

ayant le plus grand nombre d'infractions aux traités et règlements communautaires⁴⁵³. En somme, l'administration n'a pas pris la mesure de l'évolution du droit, et elle ne s'est pas adaptée en conséquence⁴⁵⁴.

143. Les ministères doivent ensuite composer avec la diversification et le perfectionnement des contrôles juridictionnels de l'action publique. Le travail ministériel est particulièrement touché par le développement du contrôle de la loi⁴⁵⁵, puisque celle-ci est principalement préparée par les administrations centrales. Les études dédiées à la qualité juridique de l'action administrative sont rédigées alors que le juge judiciaire⁴⁵⁶, puis le juge administratif⁴⁵⁷ se sont reconnus compétents pour contrôler la conventionalité des lois. L'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel aux parlementaires⁴⁵⁸ et l'extension du bloc de constitutionnalité créent un risque de censure des projets de loi auquel les ministères doivent être vigilants.

144. Plus généralement, le nombre de contentieux impliquant les ministères est en hausse. Le rapport Haenel, rendu en 1992, relève, par exemple, que si le ministère de la Recherche n'a fait l'objet que de 14 recours par an, ce nombre est porté à 650 pour le ministère de l'Agriculture, voire à plus de 2 000 pour les ministères de l'Intérieur et des Affaires sociales. Le ministère du Budget est même confronté à 17 000 recours annuels⁴⁵⁹. Toutefois, ces chiffres doivent être interprétés avec précaution car le domaine et les activités de chaque ministère ne peuvent faire l'objet d'une comparaison stricte. Les administrations centrales de l'Intérieur ou du Budget connaissent en effet des contentieux de masse. La capacité des administrations centrales à prendre en charge les contentieux nécessite donc d'être envisagée selon une approche qualitative, grâce à l'appréciation portée par les magistrats sur la qualité des mémoires en défense développés par les ministères. La publication en 1988 d'une circulaire du Premier ministre relative au respect des décisions du juge administratif⁴⁶⁰ atteste des mauvaises pratiques ministérielles et renforce la nécessité de développer

⁴⁵³ V. par ex., COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Neuvième rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire, 1991, p. 50. Sur la période 1988-1991, la France est le deuxième État en nombre de mises en demeure pour infraction aux traités et règlements. Elle en reçoit en moyenne une vingtaine par an.

⁴⁵⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des fonctionnaires*, 1988, p. 5.

⁴⁵⁵ ENA, *op. cit.*, p. 248 ; SÉNAT, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁵⁶ Cour de cassation, ch. mixte, 24 mai 1975, *SA Cafés Jacques Vabre*, D. 1975, p. 497.

⁴⁵⁷ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190.

⁴⁵⁸ À l'époque, il s'agit de l'ouverture de la saisine en contrôle *a priori* à soixante députés ou soixante sénateurs (Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, JORF du 30 octobre 1974, p. 11035). Cette contrainte est d'autant plus forte depuis l'entrée en vigueur du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité le 1^{er} mars 2010.

⁴⁵⁹ SÉNAT, *Rapport n° 400* précité, p. 55.

⁴⁶⁰ Circulaire du 13 octobre 1988 relative au respect des décisions de justice, JORF du 15 octobre 1988, p. 13008.

en leur sein la prévention du risque contentieux. La réalisation du risque contentieux engendre des coûts financiers et porte atteinte à la légitimité de l'action ministérielle. Le contexte d'encadrement des dépenses des administrations ravive l'exigence d'une maîtrise du risque contentieux par les services d'administrations centrales. Les conséquences financières de la réalisation de ce risque sont de deux ordres : elles tiennent aux effets d'une décision de justice défavorable à l'administration, mais aussi au coût de l'organisation de la défense en justice des ministères.

2/ L'ambition inédite d'améliorer la qualité du droit

145. La prise en compte de l'expertise juridique ministérielle est aussi intrinsèquement liée à l'émergence d'une préoccupation légistique au sein de l'administration d'État. Les défauts de la production normative sont bien connus et régulièrement rappelés : les textes législatifs et réglementaires sont à la fois trop nombreux, trop instables, trop abscons⁴⁶¹. S'il en était besoin, la publication de l'étude annuelle du Conseil d'État relative à la sécurité juridique offre à ce constat alarmiste une plus large audience⁴⁶².

146. Or, la lecture de l'ensemble des études rédigées durant la période révèle que les maux de la production normative sont alors largement imputés aux lacunes des connaissances juridiques des administrateurs⁴⁶³. Il est aussi reproché au processus ministériel d'élaboration des textes de ne pas accorder au raisonnement juridique une place suffisante⁴⁶⁴. Les services ministériels ne semblent plus en mesure d'écrire convenablement les textes juridiques : « chaque ministère a tendance à créer son propre langage et à insérer dans la réglementation des termes qui, n'étant consacrés ni par le dictionnaire, ni par l'usage courant, ni par la jurisprudence, rendent particulièrement malaisée leur compréhension et leur application »⁴⁶⁵. Deux enjeux, pourtant distincts, se confondent alors : la qualité des textes juridiques et la maîtrise de la technique juridique par les administrateurs.

⁴⁶¹ Sur le sujet, les études sont nombreuses. S'agissant des travaux antérieurs à l'institution des directions des affaires juridiques, peuvent notamment être mentionnées, outre les rapports et les études du Conseil d'État : G. BURDEAU, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, n° 8, 1963, p. 39 ; F. TERRÉ, « La crise de la loi », *Archives de philosophie du droit*, 1981, p. 17 ; D. LATOURNERIE, « La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration », *Revue administrative*, n° 204, 1981, p. 591 ; G. BRAIBANT, « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n° 64, 1993, p. 43 ; J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in C.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action d'État*, Publisud, 1991, p. 11.

⁴⁶² CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, Étude annuelle 1991, EDCE, n° 43, La Documentation française, 1991.

⁴⁶³ V. not. SÉNAT, *Rapport n° 400*, précité, p. 70 ; CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des fonctionnaires*, *op. cit.*, p. 10 ; ENA, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁶⁴ D. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 592 ; J. RIVERO, *op. cit.*, p. 242 ; G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des fonctionnaires*, *op. cit.*, p. 3.

147. Trente ans après, l'assimilation de la qualité des textes à une simple question de maîtrise de l'expertise juridique dans les ministères paraît quelque peu excessive. La qualité des textes juridiques est loin de se résumer à leur conformité juridique ou à leur qualité formelle, seuls éléments sur lesquels l'expertise juridique peut avoir une influence. L'objectif de qualité du droit embrasse aussi des finalités matérielles. Les normes nouvelles doivent s'intégrer de façon cohérente dans l'ordre juridique et doivent être nécessaires et adaptées aux buts poursuivis par les politiques publiques⁴⁶⁶. La réalisation de ce programme ambitieux dépasse de très loin la seule technique juridique mobilisée par l'administration. Elle relève d'une véritable « culture normative » qui doit être partagée par tous les acteurs du processus d'élaboration des textes : les juristes, mais aussi les responsables politiques, les parlementaires, les administrateurs. Le renforcement de l'expertise juridique dans les ministères ne peut pas, à lui seul, résoudre le problème de la qualité du droit.

148. Malgré tout, au tournant des années 1990, l'émergence d'un principe de qualité du droit a participé à une prise de conscience de la nécessité de structurer et de renforcer l'expertise juridique interne aux ministères.

B. L'insuffisance des ressources juridiques ministérielles

149. Le besoin d'expertise juridique naît d'un décalage entre l'attention croissante accordée aux conditions d'exercice de l'activité juridique ministérielle et le manque de ressources dédiées à cette activité. La formation juridique des administrateurs (1.) et les services d'expertise juridique ministériels sont jugés insuffisants (2.).

1/ Le déclin de la formation juridique des administrateurs

150. L'insuffisance de l'expertise juridique ministérielle résulte d'abord du recul des connaissances juridiques des administrateurs. Répété à l'envi et déploré par les juristes⁴⁶⁷, ce constat s'appuie alors principalement sur les conclusions de l'étude du Conseil d'État consacrée, en 1988, à la formation juridique des fonctionnaires⁴⁶⁸. Le Conseil d'État s'étonne en effet qu'« au moment même où la

⁴⁶⁶ V. *supra* §. 31.

⁴⁶⁷ J. RIVERO, *op. cit.*, p. 242 ; « La formation juridique des fonctionnaires », in AFNED, *Quels juristes pour demain ?*, *op. cit.*, p. 3 ; G. BRAIBANT, « Qui fait la loi ? », *op. cit.*, p. 45 ; J. RICHARD, « À quoi sert l'ÉNA pour l'administration ? », *Pouvoirs*, n° 80, 1997, p. 15 ; « L'administration manque de juristes », *Le Monde*, 25 janvier 1990.

⁴⁶⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des administrateurs*, 1988 ; v., égal., le numéro spécial de la *Revue française d'administration publique* consacré à cette étude, « La formation juridique des administrateurs », *RFAP*, n° 45, 1988.

référence à l'État de droit occupe une place de choix dans le débat public et exprime une exigence très vive des citoyens, les fonctionnaires semblent maîtriser de moins en moins correctement l'élaboration et l'application des normes juridiques »⁴⁶⁹.

151. L'étude des programmes des concours d'accès à la fonction publique et des cours dispensés au sein des écoles administratives confirme que la part du droit dans la formation initiale des administrateurs décline. Ainsi, les concours d'attachés d'administration centrale ne comportent plus d'épreuve juridique obligatoire. Les candidats au concours externe ont le choix entre une composition sur un sujet « portant des questions administratives et de droit public », une composition sur un sujet « portant sur des questions relatives à l'histoire de la société et des institutions françaises depuis 1789 » ou une note de synthèse en économie. De même, le programme du concours interne offre la possibilité de choisir entre une composition de droit public ou d'histoire⁴⁷⁰. En revanche, le concours d'entrée à l'École nationale d'administration⁴⁷¹, comme ceux des Instituts régionaux d'administration⁴⁷², conserve une épreuve obligatoire de droit public dont le but est de « vérifier l'aptitude à l'analyse et au raisonnement juridique » des candidats⁴⁷³. Mais les connaissances attendues des administrateurs se réduisent peu ou prou au droit administratif, alors que le droit applicable à l'administration est de plus en plus varié et technique.

152. Les enseignements dispensés à l'École nationale d'administration révèlent combien le savoir administratif évolue à mesure que le modèle administratif se transforme. Le programme des cours reflète la « conversion de l'administration aux critères économiques »⁴⁷⁴. Longtemps assimilé à la connaissance du droit et à la maîtrise de la technique juridique, le savoir administratif s'ouvre à de nouvelles disciplines, telles que l'économie ou les sciences de gestion⁴⁷⁵. Cette diversification poursuit un objectif clair : contrer la critique du juridisme excessif des administrateurs, développée

⁴⁶⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des fonctionnaires*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁷⁰ Art. 1^{er} de l'arrêté du 4 août 1977 portant organisation et programme du concours interministériel pour l'accès à l'emploi d'attaché d'administration centrale, JORF du 1^{er} octobre 1977, p. 6261.

⁴⁷¹ Décret n° 86-1106 du 13 octobre 1986 modifiant le décret n° 82819 du 27 septembre 1982 modifié relatif aux conditions d'accès à l'École nationale d'administration et au régime de la scolarité, JORF du 14 octobre 1986, p. 12354.

⁴⁷² L'article 13 du décret n° 84-588 du 10 juillet 1984 relatif aux instituts régionaux d'administration prévoit que la nature, le programme et la durée des épreuves des concours interne et externe sont fixés par un arrêté du ministre chargé de la fonction publique. Par exemple : arrêté du 26 septembre 1984 fixant la nature, le programme et la durée des épreuves des concours d'entrée aux instituts régionaux d'administration (IRA), JORF du 20 octobre 1984, p. 9613.

⁴⁷³ CONSEIL D'ÉTAT, *La formation juridique des fonctionnaires*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁷⁴ P. LEGENDRE, *Miroir d'une Nation. L'École nationale d'Administration*, Éd. Mille et une nuits, 1999, p. 25.

⁴⁷⁵ A. BILLON, « L'enseignement de la gestion à l'ENEA de Paris », *RFAP*, n° 51, p. 429 ; S. KOLOPP, « De la modernisation à la raison économique. La formation en économie à l'ENEA et les déplacements des lieux communs de l'action publique (1945-1984) », *Genèses*, n° 93, 2013, p. 53.

à partir des années 1960⁴⁷⁶. Une telle démarche est pleinement assumée par l'École nationale d'administration. Le directeur adjoint des études explique ainsi que les techniques de gestion sont enseignées comme un « outil de compréhension du monde de l'entreprise » et sont destinées à « préparer les élèves à la prise de décision dans les organisations publiques ». Il ajoute que « l'ambition est de les rendre capables de mettre les outils de la gestion au service de l'amélioration du fonctionnement de la sphère publique »⁴⁷⁷. La figure de « l'administrateur-manager » remplace ainsi celle de « l'administrateur-juriste »⁴⁷⁸, chacune étant porteuse d'une rationalité propre affectant les modalités d'accomplissement de leurs fonctions⁴⁷⁹.

153. Le renforcement de la formation juridique des administrateurs est certes indispensable pour développer une culture du droit dans l'administration et créer, chez les agents, un réflexe juridique. Toutefois, dans un environnement juridique de plus en plus complexe, il est illusoire d'espérer faire de tout administrateur un juriste chevronné. L'organisation de services administratifs d'expertise juridique s'avère alors d'autant plus indispensable.

2/ L'inadaptation des administrations centrales

154. L'organisation de l'expertise juridique se transforme peu à peu, mais les adaptations réalisées ne parviennent pas à satisfaire le besoin d'expertise juridique inhérent à l'action ministérielle. Les quelques services juridiques créés au sein des ministères sont insuffisants (**a.**) et la tentative d'instituer une direction des affaires juridiques au ministère de la Défense est un échec (**b.**).

a. Une création décousue de services d'expertise juridique

155. La critique de l'insuffisance de l'expertise juridique des ministères intervient alors que les

⁴⁷⁶ F. DUBOIS, M. ENGUÉLÉGUÉLÉ, M. LOISELLE, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, PUF, « Publications du CURAPP », 1993, p. 157 ; M. MIAILLE, « Les mutations idéologiques », in P. ALLIÈS, J. GATTI-MONTAIN et al., *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, « Critique du droit », 1985, p. 177.

⁴⁷⁷ A. BILLON, *op. cit.*, p. 429.

⁴⁷⁸ L'opposition entre le juriste et le manager est décrite par Jacques Caillosse, v., not., « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », *Politiques et management public*, 1989, p. 163 ; « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 195 ; « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, n° 105, 2003, p. 121

⁴⁷⁹ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 683 ; J. CAILLOSSE, « Les figures croisées... », *op. cit.*, p. 122.

administrations centrales ont déjà commencé à renforcer leurs ressources juridiques. En effet, la poursuite de l'étude des organigrammes ministériels des années 1960 à 1990 permet cette fois d'observer l'apparition d'une multitude de cellules administratives consacrées au traitement des affaires contentieuses et au conseil juridique. Ces créations sont opérées au gré des conjonctures ministérielles, sans aucune coordination gouvernementale.

156. Les services juridiques repérés peuvent être classés en deux catégories. Certaines cellules d'expertise juridique sont directement intégrées aux directions ministérielles sectorielles responsables de la conception et de l'animation des politiques publiques du ministère. Elles conseillent alors les bureaux auprès desquels elles sont implantées, sur les matières qui relèvent de leurs attributions. L'expertise juridique est alors sectorielle. Dès le début des années 1980, le service de la répression des fraudes du ministère de l'Agriculture comprend un bureau dédié aux questions juridiques. De même, au ministère de l'Environnement, la direction de la construction dispose d'une « sous-direction du financement et des affaires juridiques », tandis que la direction de la protection de la nature comprend une « mission des études juridiques et du contentieux »⁴⁸⁰. À l'inverse, certains services juridiques relèvent des directions ministérielles horizontales, telles que la direction d'administration générale ou la direction des affaires financières. Par exemple, le « service des affaires juridiques » du ministère de l'Agriculture est un service de la direction générale de l'administration et du personnel⁴⁸¹. De même, il existe un « bureau de la législation et du contentieux » au sein de la sous-direction des affaires financières et de l'administration régionale du ministère de la Culture et de la Communication⁴⁸². La direction des affaires financières et de l'administration du ministère de l'Environnement et du cadre de vie comprend une « sous-direction des affaires administratives et juridiques », avec un « bureau des affaires juridiques et du contentieux »⁴⁸³. Enfin, la direction de l'administration générale du ministère de l'Urbanisme, du Logement et des Transports dispose d'une sous-direction du budget, de la comptabilité et des affaires juridiques, un « bureau des affaires juridiques et du contentieux »⁴⁸⁴. Dans ce cadre, les

⁴⁸⁰ ENA, *op. cit.*, p. 268.

⁴⁸¹ Décret n° 83-751 du 9 août 1983 modifiant le décret n° 76-487 du 2 juin 1976 portant réorganisation du ministère de l'Agriculture, JORF du 14 août 1983, p. 2622.

⁴⁸² Décret n° 79-355 du 7 mai 1979 relatif à l'organisation du ministère de la Culture et de la Communication (services de la culture), JORF du 8 mai 1979, p. 1080 ; arrêté du 7 juin 1982 relatif à l'organisation de la direction de l'administration générale du ministère de la Culture, JORF du 11 juillet 1982, p. 6647.

⁴⁸³ Décret n° 78-918 du 6 septembre 1978 fixant l'organisation de l'administration centrale de l'environnement et du cadre de vie, JORF du 7 septembre 1978, p. 3212.

⁴⁸⁴ Arrêté du 21 novembre 1985 portant organisation de la direction de l'administration générale du ministère de l'Urbanisme, du Logement et des Transports, JORF du 6 décembre 1985, p. 14180.

attributions du service juridique sont transversales.

157. Cette organisation de l'expertise juridique est jugée très insuffisante. Les services juridiques institués sont trop inégalement répartis et trop peu valorisés pour être en mesure d'apporter aux ministères les ressources juridiques nécessaires à leur activité⁴⁸⁵. Leurs carences tiennent à l'insuffisance de leurs moyens, aux limites de leurs attributions et à la faiblesse de leur intégration au travail administratif. Lorsque plusieurs directions ou sous-directions d'une administration centrale comprennent un service ou un bureau des affaires juridiques, aucune coordination n'est mise en place entre ces services⁴⁸⁶. Les cellules juridiques existantes sont très peu sollicitées par les autres services en matière contentieuse⁴⁸⁷, comme lors de l'élaboration des projets de textes⁴⁸⁸. Paradoxalement, la création de ces services semble davantage signaler un recul de la place de l'expertise juridique qu'une mise en valeur de la connaissance du droit.

158. Dans ce panorama, la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur se distingue. Créée par le décret du 2 octobre 1985⁴⁸⁹, elle prend la suite de la direction de la réglementation. Mais la direction est d'abord une direction sectorielle. Elle est chargée de la réglementation du statut des étrangers et de la circulation transfrontalière, ainsi que de la réglementation intérieure en matière de libertés publiques. Même si elle obtient dès sa création le « contentieux général et les affaires juridiques »⁴⁹⁰, jusqu'alors attribués à la direction de la réglementation, sa fonction d'expertise juridique n'est pleinement consacrée qu'en 1999, lors de la réécriture de ses attributions⁴⁹¹.

b. La création éphémère de la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense

159. Dans cet environnement administratif, l'administration centrale du ministère de la Défense constitue un cas particulier. En effet, une direction des affaires administratives, juridiques et

⁴⁸⁵ ENA, *op. cit.*, p. 266 ; CONSEIL D'ÉTAT, « Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État », *op. cit.*, p. 23 ; SÉNAT, *Rapport n° 400* précité, p. 180.

⁴⁸⁶ C. SERRADJI, « Autour d'un rapport du Conseil d'État », *RFAP*, n° 51, 1989, p. 23.

⁴⁸⁷ SÉNAT, *Rapport n° 400* précité, p. 60

⁴⁸⁸ CONSEIL D'ÉTAT, « La formation juridique des fonctionnaires », *op. cit.*, p. 9.

⁴⁸⁹ Décret n° 85-1057 du 2 octobre 1985 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur et de la décentralisation, *JORF* du 3 octobre 1985, p. 11441.

⁴⁹⁰ Art. 6 du décret n° 85-1057 du 2 octobre 1985 précité.

⁴⁹¹ V. *infra* §. 201. Le décret n° 99-57 du 29 janvier 1999 modifie l'article 6 du décret du 2 octobre 1985 en ajoutant que le directeur des libertés publiques et des affaires juridiques « assure une fonction d'expertise juridique des actes des services du ministère qui le saisissent à cette fin ».

contentieuses est créée en 1961⁴⁹². Elle est rebaptisée direction des affaires juridiques en 1977⁴⁹³. Ce précédent contredit donc la version « officielle » de l'histoire du ministère selon laquelle la direction des affaires juridiques actuelle, créée en 1999, serait une innovation totale⁴⁹⁴. La « première » direction des affaires juridiques relève déjà du Secrétariat général pour l'administration du ministère, qui comprend la direction des services financiers, la direction des personnels civils des armées et le service de l'action sociale des armées⁴⁹⁵. Elle succède à la direction des services législatifs et administratifs, chargée, entre 1958 et 1961, « d'assurer l'étude et la coordination des travaux législatifs et réglementaires concernant les forces armées », ainsi que « les relations avec le secrétariat général du Gouvernement, les administrations civiles et les assemblées parlementaires »⁴⁹⁶. La création de la direction des affaires juridiques survient à l'occasion d'une réorganisation d'ampleur de l'administration centrale de la Défense, le décret du 5 avril 1961 fusionnant les trois délégations ministérielles de l'armée de terre, de l'air et de la marine en un unique ministère⁴⁹⁷. La direction des affaires administratives, juridiques et contentieuses résulte alors de la réunion des services administratifs, financiers et de contrôle des trois délégations.

160. D'emblée, la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense dispose d'attributions bien plus étendues que celles des services juridiques ministériels qui apparaissent à l'époque. Elle est chargée du traitement des affaires contentieuses⁴⁹⁸ et procède, à partir de 1978, « au règlement des dommages causés ou subis par l'ensemble des organismes relevant du ministère et par les forces étrangères stationnées, en vertu d'accords internationaux, sur le territoire national »⁴⁹⁹. En outre, elle assure les relations du ministère avec « le Conseil d'État, les juridictions administratives ou judiciaires autres que la Cour des comptes »⁵⁰⁰. Surtout, la direction des affaires

⁴⁹² Art. 2 du décret n° 61-307 du 5 avril 1961 portant organisation de l'administration centrale du ministère des armées, JORF du 6 avril 1961, p. 3337.

⁴⁹³ Décret n° 77-1343 du 6 décembre 1977 portant organisation de l'administration centrale du ministère de la Défense, JORF du 9 décembre 1977, p. 5730.

⁴⁹⁴ V. not., C. BERGEAL, « Le traitement des problèmes juridiques au ministère de la Défense », *Droit administratif*, n° 11, 2006, entretien n° 1 ; N. HERVIEU, « Entretien avec Claire Landais. Directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense », *Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/1309>

⁴⁹⁵ Art. 2 du décret n° 61-307 du 5 avril 1961 précité.

⁴⁹⁶ Art. 2 du décret n° 58-661 du 30 juin 1956 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de la Défense nationale et des forces armées, JORF du 7 juillet 1956, p. 6300.

⁴⁹⁷ Décret n° 61-307 du 5 avril 1961 précité.

⁴⁹⁸ Art. 1^{er} du décret n° 61-319 du 5 avril 1961 fixant les attributions de la direction des affaires administratives, juridiques et contentieuses, JORF du 6 avril 1961, p. 3344.

⁴⁹⁹ Art. 1-4° du décret du 31 janvier 1978 fixant les attributions de la direction des affaires juridiques, JORF du 2 février 1978, p. 566.

⁵⁰⁰ Décret n° 61-319 du 5 avril 1961 précité. Les relations du ministère avec la Cour des comptes sont assurées par le contrôle général des armées (selon l'article 12 du décret n° 64-726 du 16 juillet 1964 relatif aux attributions, à l'organisation générale et au fonctionnement du contrôle général des armées, JORF du 19 juillet 1964, p. 6403).

juridiques est appelée à participer au processus d'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires. « En liaison avec les états-majors, les directions et les services intéressés », elle élabore les projets de textes législatifs et réglementaires, « sous réserve des dispositions particulières »⁵⁰¹ confiant cette tâche à d'autres services du ministère. À partir de 1971, tout projet de texte impliquant le ministère doit, à un moment ou à un autre du processus d'élaboration, être soumis à son examen. La direction intervient pour les projets de texte soumis à la signature du ministre, tout en étudiant les projets préparés par les autres ministères et soumis au contreseing du ministre de la Défense. Elle est aussi saisie, pour avis, des projets de texte élaboré par les autorités délégataires de la signature du ministre dans leur domaine de compétence. Enfin, la direction des affaires juridiques est, dans certains domaines, « service traitant » : elle prend en charge la préparation des projets de texte relatifs « à la condition militaire, au statut général et aux statuts particuliers des militaires et à leur rémunération »⁵⁰². Finalement, le décret du 31 janvier 1978 reconnaît à la direction une fonction générale d'expertise juridique : la direction donne « toute consultation juridique sur les problèmes posés par l'interprétation et l'application des textes législatifs et réglementaires intéressant le département »⁵⁰³.

161. Il faut toutefois noter que la direction des affaires juridiques ne dispose pas du monopole de la fonction d'expertise juridique du ministère de la Défense. Ses attributions s'articulent avec celles du contrôle général des armées, qui « a pour objet de vérifier, dans tous les organismes relevant du ministère des armées, ou soumis à sa tutelle, l'observation des lois, ordonnances, décrets, règlements et décisions ministérielles qui en régissent l'organisation et l'administration »⁵⁰⁴. Si l'examen du contrôle général des armées porte, en premier lieu, sur les actes d'organisation et de gestion des services du ministère⁵⁰⁵, le service étudie aussi les projets de loi et règlement. Il est obligatoirement saisi des projets « traitant des questions d'organisation ou ayant des conséquences d'ordre administratif, économique ou financier », ainsi que des projets d'actes « pouvant avoir, directement ou indirectement, une incidence financière »⁵⁰⁶. Le contrôle général des armées est donc associé à l'élaboration d'une partie des actes au sein du ministère et « formule, le cas échéant, tous avis ou toutes propositions concernant la régularité ou l'opportunité (notamment dans un

⁵⁰¹ Décret n° 71-58 du 21 janvier 1971 fixant les attributions de la direction des affaires administratives, juridiques et contentieuses, JORF du 2 janvier 1971, p. 747.

⁵⁰² Art. 1-2° du décret du 31 janvier 1978 précité.

⁵⁰³ Art. 1-6° du décret du 31 janvier 1978 précité.

⁵⁰⁴ Décret n° 64-726 du 16 juillet 1964 précité, art. 1^{er}.

⁵⁰⁵ H. LAULHÉ, « Le contrôleur général des armées », *AJDA*, 1967, p. 29.

⁵⁰⁶ Décret n° 64-726 du 16 juillet 1964 précité, art. 6.

souci d'économies) des mesures envisagées»⁵⁰⁷.

162. Le renforcement de l'expertise juridique du ministère de la Défense s'explique certainement par la spécificité de son domaine d'intervention, ainsi que par le profil des « agents » de son administration centrale. En effet, la plupart d'entre eux sont des militaires, et non des administrateurs. Si certains disposent d'une formation de haut niveau, parfois complétée par un cursus à l'École de Guerre, ils ne sont pas considérés comme des juristes. L'assimilation classique entre l'administrateur et le juriste, fondée sur la nature de la formation administrative des fonctionnaires⁵⁰⁸, ne se retrouve pas ici s'agissant des militaires. Le renforcement de l'expertise juridique ministérielle a sans doute été réalisé d'autant plus facilement que la nouvelle direction des affaires juridiques ne générerait aucune concurrence avec les « services traitants » du ministère de la Défense. Elle pouvait d'autant plus assurer l'élaboration des projets de textes que les directions d'administration centrale de ce ministère ne sont pas des directions productrices de texte.

163. L'ambition de concentrer l'exercice de la fonction d'expertise juridique du ministère en une direction unique s'est essouffée. Même si la lecture des textes d'organisation du ministère atteste de la volonté d'étendre les attributions de la direction des affaires juridiques créée en 1961, cette dernière ne survit pas aux évolutions de l'administration centrale de la Défense. La direction des affaires juridiques, renommée « direction de la fonction militaire et des affaires juridiques » en 1983⁵⁰⁹, disparaît lors de la suppression du Secrétariat général pour l'administration en 1986. Ses attributions sont redistribuées à deux nouvelles directions : la direction de la fonction militaire et des relations sociales et la direction de l'administration générale⁵¹⁰. Cette dernière assume, pour le ministère, une fonction d'expertise juridique⁵¹¹. Mais cette fonction est à l'image de celle confiée aux autres services juridiques ministériels : l'expertise juridique devient une activité accessoire, absorbée par une direction d'administration générale dont le rôle est bien plus vaste. Devenue insuffisante, cette organisation justifie la renaissance de la direction des affaires juridiques, sous sa

⁵⁰⁷ H. LAULHÉ, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁰⁸ V. *supra* §. 112.

⁵⁰⁹ Décret n° 83-250 du 28 décembre 1983 fixant les attributions de la direction de la fonction militaire et des affaires juridiques, JORF du 4 janvier 1984, p. 166. Outre sa fonction d'expertise juridique, la direction assure aussi la réglementation de la fonction publique militaire.

⁵¹⁰ Décret n° 86-753 du 29 mai 1986 modifiant le décret n° 77-1343 du 6 décembre 1977 portant organisation de l'administration centrale du ministère de la Défense, JORF du 31 mai 1986, p. 6897.

⁵¹¹ Décret n° 86-758 du 3 juin 1986 fixant les attributions de la direction de l'administration générale, JORF du 4 juin 1986, p. 6995.

forme actuelle, en 1999⁵¹².

*

164. Constatant la complexité croissante de l'environnement juridique dans lequel elle déploie son action autant que les lacunes de ses ressources juridiques internes, l'administration d'État prend acte de la nécessité impérieuse de renforcer l'expertise juridique ministérielle.

⁵¹² Décret n° 99-164 du 8 mars 1999 fixant les attributions et l'organisation du secrétariat général pour l'administration du ministère de la défense, JORF du 9 mars 1999, p. 3514.

Conclusion du chapitre

165. L'hypothèse esquissée au début de ce chapitre se confirme, la création des directions des affaires juridiques est l'expression et la conséquence d'une évolution du rapport de l'administration au droit. Ce changement se laisse percevoir en étudiant, sur le temps long, les relations entre l'administration et l'expertise juridique.

166. Dans l'appareil administratif d'État, tel qu'il se structure après la Révolution, l'expertise juridique ministérielle n'est pas organisée au sein de services spécialisés. Elle s'exerce principalement de façon diffuse : chaque administrateur, dans chaque bureau, est censé maîtriser la technique juridique indispensable à l'exercice de ses missions. Les conditions de formation des administrateurs confortent cette présomption : le savoir administratif reste un savoir résolument juridique. En complément, les ministres sollicitent ponctuellement les conseils de magistrats, de professeurs de droit ou encore d'avocats, parfois réunis dans des comités spécialisés. Ils bénéficient surtout de l'expertise du Conseil d'État et de ses membres qui concourent aussi individuellement aux travaux des ministères. Par ailleurs, le ministère des Affaires étrangères a très tôt constitué sa propre expertise de droit international en s'attachant les services d'un juriconsulte. C'est autour de cette institution particulière, dont les origines remontent à l'Ancien régime, que le service, puis la direction des affaires juridiques du ministère se sont progressivement structurés. Si l'administration d'État a donc toujours su trouver les compétences juridiques qui pouvaient être utiles à son action, elle s'est longtemps peu souciée de penser rationnellement son expertise juridique interne.

167. Cette relative indifférence s'estompe progressivement. À partir des années 1980, l'expertise juridique ministérielle commence à être conçue comme un problème à part entière. Il existerait un besoin accru d'expertise juridique que la formation des administrateurs ne pourrait, à elle seule, satisfaire. Encouragée par la diffusion d'un discours critique de son activité juridique, et sensible au développement des contrôles juridictionnels, l'administration d'État prend peu à peu la mesure de la nécessité de renforcer l'expertise juridique au sein des structures administratives.

168. Il est cependant remarquable que dans le discours administratif des années 1990 et 2000, la création des directions des affaires juridiques ait été perçue comme une solution d'évidence, au « sous-équipement juridique » identifié. Afin de comprendre le caractère presque naturel de la création des directions des affaires juridiques, il faut saisir trois évolutions majeures.

169. D'une part, à partir de l'Après-guerre, le modèle administratif classique est progressivement contesté. La place prépondérante du droit est critiquée⁵¹³ et la formation administrative est adaptée en conséquence. « Les hauts-fonctionnaires, traditionnellement épris de culture juridique, sont priés d'opérer une véritable "conversion à l'économie" »⁵¹⁴. L'administrateur est alors conçu avant tout comme un gestionnaire, ou un *manager*, et moins comme un juriste. Cette tendance est accentuée à partir des années 1970 avec le succès de la doctrine du *New Public Management* dans l'administration française. L'expertise juridique dans les ministères ne peut plus être seulement assurée par chaque administrateur. D'autre part, la création des directions des affaires juridiques ne peut être comprise sans saisir le changement de perspective que constitue le paradigme de la réforme de l'État qui émerge à partir des années 1960. Ce « souci de soi de l'État », comme l'a appelé le sociologue Philippe Bezès, traduit « la formalisation d'une interrogation réflexive sur l'État, sur sa rationalité et son organisation »⁵¹⁵. La rationalité de l'organisation interne de l'État devient une interrogation permanente et un enjeu politique. Il ne s'agit plus d'agir sur la société grâce à l'administration, mais de réformer l'administration. Enfin, à partir des années 1990, les préoccupations de qualité du droit et de sécurité juridique font du droit un problème. Le droit n'est plus simplement pensé comme un instrument dans la mise en œuvre des politiques publiques ; le droit devient l'objet d'une politique publique à part entière.

170. Ces trois évolutions convergent : l'administrateur ne peut plus répondre au besoin d'expertise juridique, le droit devient une politique publique à part entière, la rationalité de l'organisation interne de l'État est continuellement interrogée. Conséquence de ces grandes dynamiques, il paraissait alors de bonne logique, voire même naturel, de créer au sein de chaque ministère une structure spécialement chargée de cette nouvelle politique du droit.

⁵¹³ J.-C. WOEHRLING, « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *RFAP*, n° 26, 1983, p. 134.

⁵¹⁴ B. LEMOINE, *L'ordre de la dette*, La Découverte, « Poche. Sciences sociales », 2022, p. 49.

⁵¹⁵ P. BEZES, *Réinventer l'État : les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, « Le lien social », 2009, p. 6.

Chapitre 2

L'institution des directions des affaires juridiques

171. L'administration d'État a essentiellement réagi au besoin d'expertise juridique qu'elle identifiait en adaptant l'organisation interne des structures ministérielles : une direction des affaires juridiques est créée au ministère de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur en 1996, au ministère de l'Économie et des Finances en 1998, au ministère de l'Agriculture et au ministère de la Défense en 1999, tandis que les attributions des services juridiques équivalents des ministères de la Culture, de l'Intérieur, de l'Équipement et des Affaires sociales sont étendues durant les années 1990. Chacune de ces réorganisations pourrait être considérée de façon isolée et être expliquée par les contingences politiques et administratives qui traversent chaque ministère. Ainsi, les directions des affaires juridiques sont fréquemment mises en place lors de réorganisations ministérielles de plus grande ampleur⁵¹⁶. Mais lorsqu'il est analysé selon une perspective d'ensemble, le mouvement d'institution des directions des affaires juridiques dévoile une nouvelle conception de la place de l'expertise juridique au sein de l'appareil administratif d'État.

172. Il est possible d'aborder l'étude de cette institution en recherchant la logique interne des directions des affaires juridiques ou, pour reprendre la formule d'Hauriou, leur « œuvre »⁵¹⁷. Mais, il convient aussi d'analyser la création des directions des affaires juridiques comme un processus de spécialisation progressif de la fonction d'expertise juridique au sein des structures administratives ministérielles. À cet égard, l'étude de l'institution des directions des affaires juridiques repose en premier lieu sur les textes successifs créant les directions des affaires juridiques et précisant leurs

⁵¹⁶ V. *supra* §. 245.

⁵¹⁷ Dans la théorie de l'institution de Maurice Hauriou, l'idée d'œuvre est consubstantielle à l'institution : « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridique dans un milieu social ». M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, 1925, p. 96. Sur cette notion complexe, v. E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n° 30-31, 1995, p. 381.

attributions, tant il est vrai que « [l]es institutions naissent, vivent et meurent juridiquement »⁵¹⁸. Cependant, la stricte analyse des textes doit être complétée par l'étude de la façon dont les acteurs les font vivre, les interprètent et leur donnent forme dans leurs pratiques administratives quotidiennes. Dans cette approche juridique résolument pragmatique, il conviendra aussi de prêter attention à l'écosystème administratif dans lequel s'intègrent les nouvelles directions. En effet, leur rattachement aux secrétariats généraux des ministères n'est certainement pas sans incidence sur la façon dont elles sont conçues et, par suite, sur la fonction d'expertise juridique qu'elles exercent.

173. L'institution des directions des affaires juridiques résulte d'un choix administratif et politique d'organisation de la fonction d'expertise juridique ministérielle (**Section 1.**) se traduisant concrètement par un processus dynamique d'intégration des nouvelles directions au sein des organigrammes ministériels (**Section 2.**).

SECTION 1. UNE ORGANISATION DE LA FONCTION D'EXPERTISE JURIDIQUE

174. L'institution des directions des affaires juridiques est le produit d'un choix à la fois guidé par des réflexions préalables et contraint par les caractéristiques du modèle administratif français. Le besoin impérieux d'adapter les structures administratives à l'évolution des contraintes juridiques enserrant l'action publique a conduit l'administration d'État à s'interroger sur son besoin d'expertise juridique, en recensant les options à sa disposition. Cette pensée de l'État sur son activité et son expertise juridiques reste très implicite, dans la mesure où elle n'a jamais été directement formalisée. Les directions des affaires juridiques en sont toutefois une expression notable : leur institution révèle le choix d'une organisation renouvelée (**I.**) d'une fonction d'expertise juridique ministérielle étendue (**II.**).

I. LE CHOIX D'UNE ORGANISATION

175. L'adaptation de l'appareil administratif d'État à l'évolution de la contrainte juridique a été opérée au niveau ministériel (**A.**) en optant pour la création de services juridiques centraux aux

⁵¹⁸ M. HAURIUO, *op. cit.*, p. 97. Il poursuit : « elles naissent par des opérations de fondation que leur fournissent leur fondement juridique en se continuant ; elles vivent d'une vie à la fois objective et subjective, grâce à des opérations juridiques de gouvernement et d'administration répétées, et, d'ailleurs, liées par des procédures ; enfin, elles meurent par des opérations juridiques de dissolution ou d'abrogation ». Pour une critique de cette approche juridique des institutions, v. D. DULONG, *Sociologie des institutions politiques*, La Découverte, « Repères », 2012, p. 11.

attributions transversales (B.).

A. Une adaptation des structures ministérielles

176. Le renforcement de l'expertise juridique de l'administration d'État a été exclusivement pensé au niveau ministériel. L'institution d'un organe interministériel d'expertise juridique, à l'image des organisations retenues dans les États européens voisins, n'a jamais été sérieusement considérée (1.), un tel organe s'avérant incompatible avec les caractéristiques fondamentales du modèle administratif français et la répartition habituelle du travail gouvernemental (2.).

1/ Un impensé

177. Même si les options suggérées varient⁵¹⁹, les rapports et les études relatifs à l'expertise juridique de l'État ont exclusivement envisagé l'adaptation des administrations centrales et le renforcement des services juridiques ministériels.

178. Seul le rapport Maynial, remis au Premier ministre en novembre 1996, propose des solutions différentes⁵²⁰. Il suggère de faire du ministère de la Justice « le ministère du droit privé et du droit pénal » afin d'assurer « la cohérence de la législation »⁵²¹. Plus précisément, il s'agirait d'attribuer à la Chancellerie l'élaboration de l'ensemble des textes législatifs et réglementaires de droit privé et de droit pénal, « le cas échéant en collaboration avec le ministère technique, porteur de la réforme »⁵²². Le rapport contient une seconde proposition, tout aussi créative. Sur le modèle du mécanisme de demandes d'avis au Conseil d'État⁵²³, il recommande de donner au Gouvernement la possibilité d'interroger le parquet général de la Cour de cassation sur toute question de droit privé ou de droit pénal⁵²⁴. La reconnaissance d'une fonction consultative au parquet général de la Cour de cassation est explicitement motivée par la contestation de la légitimité du Conseil d'État pour se prononcer sur des questions de droit privé. En effet, selon le rapport, « les avis [du Parquet] qui se

⁵¹⁹ V. *infra* §. 188.

⁵²⁰ P. MAYNIAL, *Le droit du côté de la vie, réflexions sur la fonction juridique de l'État*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1997.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 115.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ Art. L. 112-2 du code de justice administrative. Sur les effets de l'institution des directions des affaires juridiques sur la pratique gouvernementale des demandes d'avis au Conseil d'État, v. *infra* §. 357.

⁵²⁴ P. MAYNIAL., *op. cit.*, p. 75.

rapporteraient aux matières juridiques relevant de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires, seraient plus “légitimes” que ceux émis par l’autre Cour souveraine à laquelle échappe l’aspect juridictionnel de la question»⁵²⁵. Plus qu’une réponse au besoin d’expertise juridique du gouvernement, cette proposition exprime donc aussi une forme de concurrence entre les magistrats judiciaires et le Conseil d’État en matière de conseil juridique au Gouvernement. Aucune de ces deux propositions n’a été suivie. La première a sans doute été regardée comme portant une atteinte trop directe à l’autonomie ministérielle et au principe de direction primo-ministérielle du Gouvernement. D’une part, attribuer au ministère de la Justice le monopole de l’élaboration des textes de droit privé et de droit pénal engorgerait inévitablement les services de la Chancellerie, quand bien même ces derniers se contenteraient de rédiger le texte sans assurer le travail préparatoire laissé au ministère concerné⁵²⁶. D’autre part, cette nouvelle répartition du travail normatif déposséderait les ministères de l’une de leurs activités principales : élaborer la réglementation nécessaire à la mise en œuvre des politiques publiques dont ils ont la charge. Enfin, faire du ministère de la Justice le ministère de la Loi bouleverserait considérablement l’équilibre gouvernemental en confiant à un ministre d’importantes attributions interministérielles, au risque de concurrencer le rôle du Premier ministre et de ses services en la matière. La seconde, tenant à la reconnaissance d’une fonction consultative au parquet général de la Cour de cassation, fragmenterait l’expertise juridique interministérielle au risque de la rendre incohérente. En effet, confier à deux organes – deux juridictions suprêmes, en l’espèce – le soin de répondre aux questions juridiques du Gouvernement fait courir le risque que ces derniers développent des interprétations juridiques divergentes. Même s’il est proposé que ces organes n’interviennent que dans leur propre domaine d’expertise, lequel serait, semble-t-il, fondé sur la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels, des conflits d’attributions pourraient aussi survenir. Ainsi, la procédure de demande d’avis au Parquet conduirait presque à reproduire, en matière de conseil juridique au Gouvernement, les défauts du dualisme juridictionnel.

179. À l’exception de ces propositions isolées, consistant davantage à renforcer de façon stratégique la magistrature judiciaire plutôt qu’à instaurer une véritable expertise juridique gouvernementale, le renforcement de l’expertise juridique n’a jamais été envisagé au niveau interministériel. Cette solution est pourtant retenue, selon des formes variables, dans les États

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ Sur les différentes étapes du processus d’élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires, v. J.-M. DELARUE, « Les limbes textuels ou la fabrication de textes normatifs par l’administration », *in Juger l’administration, administrer la Justice. Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 219 ; J. CHEVALLIER, « La place de l’administration dans l’élaboration des normes », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 623 et *infra* §. 557.

européens voisins.

2/ L'opportunité limitée de la transposition de solutions européennes

180. À l'opposé du modèle français, certains États européens structurent leur expertise juridique autour d'organes interministériels investis d'une fonction de conseil juridique, de représentation en justice ou d'écriture de projets de textes. Bien que très différents, les systèmes espagnol, italien et britannique s'inscrivent dans cette logique.

181. En Espagne, l'Avocat général de l'État (*Abogacía General del Estado*)⁵²⁷ est le principal organe d'expertise juridique assistant les ministères⁵²⁸. Bien que rattaché au ministère de la Justice et placé sous son autorité, il exerce une fonction interministérielle de conseil juridique et de représentation des administrations devant les juridictions. Ses agents sont des juristes, membres d'un corps spécifique et recrutés sur concours⁵²⁹. Par exception, les ministères de la Défense et des Affaires étrangères conservent leurs propres services juridiques⁵³⁰. Comme en France, les années 1990 ont constitué un moment de réflexion sur les conditions d'organisation de l'expertise juridique au sein de l'administration centrale espagnole. La solution choisie est l'extension des attributions consultatives de l'Avocat général de l'État, réalisée par la loi du 27 novembre 1997⁵³¹. Les termes employés par l'exposé des motifs du texte font écho aux réflexions françaises de l'époque⁵³² :

« La proclamation constitutionnelle, dans les articles 103 et 106, des principes de pleine soumission de l'administration publique à la loi et au droit et de l'étendue du contrôle juridictionnel de l'action administrative, ainsi qu'une prise de conscience croissante de la part de l'opinion publique des moyens offerts par le système juridique pour assurer la protection des droits et des libertés, ont donné lieu, ces dernières années, à une augmentation significative du volume toujours croissant des procédures juridictionnelles impliquant les différentes administrations publiques. [...]

⁵²⁷ À sa tête, l'avocat général de l'État (*Abogado General del Estado*), est nommé en conseil des ministres. Ce service succède à la Direction générale du contentieux, créée en 1841, et au corps des agents du Trésor (*Oficiales Letrados de Hacienda*), institué en 1868.

⁵²⁸ Plus généralement, tous les organismes publics peuvent solliciter l'Avocat général de l'État (art. 1^{er} de la loi 52/1997 du 27 novembre 1997 relative à l'assistance juridique à l'État et aux institutions publiques, BOE n° 285 du vendredi 28 novembre 1997, n° 25338).

⁵²⁹ Il s'agit du *Cuerpo superior de Abogados del Estado*, le corps supérieur des avocats d'État.

⁵³⁰ Décret du 16 février 1938 relatif à l'organisation du ministère des Affaires étrangères, BOE du 18 février 1938, p. 5836. Comme en France, des professeurs de droit international ont régulièrement exercé les fonctions de directeur du service des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, v. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES « La labor de asesoramiento jurídico internacional al Gobierno: el papel de la AJI », in *España y la práctica del Derecho Internacional, LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, 2014, p. 11.

⁵³¹ Loi n° 52/1997 du 27 novembre 1997, de *Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*, BOE 285 du 28 novembre 1997, n° 25338.

⁵³² Exposé des motifs de la loi n° 52/1997 précitée, BOE n° 285 du 28 novembre 1997, n° 25338.

Parallèlement et symétriquement, les exigences d'une administration publique respectueuse du droit et efficace dans tous les domaines de son activité nécessitent de la doter de moyens adéquats et suffisants pour faire valoir ses droits et ses intérêts devant les tribunaux. En d'autres termes, la mise en place des instruments réglementaires, institutionnels et personnels susceptibles d'assurer que le respect du droit par l'État s'accompagne d'une protection efficace de ses intérêts lorsque ses actions sont contestées devant les tribunaux devient une condition essentielle au bon fonctionnement de toute administration publique qui cherche à répondre aux exigences juridiques et sociales de notre époque»⁵³³.

182. L'Avocat général de l'État est alors présenté comme la solution permettant de renforcer l'expertise juridique au sein de l'État, « en accord avec les postulats d'une administration moderne, rigoureuse, efficace et pleinement soumise à la Constitution et à l'ensemble de l'ordre juridique »⁵³⁴. L'expertise juridique se structure ainsi autour d'un corps de juristes d'État, investi de longue date d'une fonction de représentation en justice de l'administration.

183. L'Italie dispose d'une institution similaire. Placé sous l'autorité du Président du Conseil, l'Avocat de l'État (*Avvocatura dello Stato*)⁵³⁵ représente les ministères⁵³⁶ devant les juridictions nationales, judiciaires comme administratives, et européennes⁵³⁷. À la manière du Secrétariat général du Gouvernement français, il assure aussi la défense des lois devant la Cour constitutionnelle.

⁵³³ «La proclamación constitucional en 105 artículos 103 y 106 de los principios de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho y de universalidad del control jurisdiccional de la actividad administrativa, junto con un creciente grado de conciencia ciudadana acerca de los medios previstos por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos y libertades, han venido a dar lugar en los últimos años a un importantísimo crecimiento del siempre ingente volumen de procesos judiciales en que son parte las diversas Administraciones públicas, configurándose, en lo que al Estado se refiere, un panorama litigioso de volumen e intensidad desconocidos en épocas anteriores. Paralela y, a la vez, simétricamente a ello, las exigencias de una Administración pública, a la par que respetuosa con el Derecho, eficaz en todos los ámbitos de su actuación, imponen la necesidad de dotar a aquella de medios adecuados y suficientes a la hora de hacer valer sus derechos e intereses ante los Tribunales de Justicia. Dicho de otro modo: la configuración de los instrumentos normativos, institucionales y personales susceptibles de garantizar que la sujeción de la actuación estatal al Derecho se vea correspondida con una eficaz tutela de sus intereses cuando tal actuación es cuestionada ante los Tribunales, se convierte en requisito ineludible para el correcto funcionamiento de toda Administración pública que pretenda responder a los requerimientos jurídicos y sociales de nuestra época » (nous traduisons).

⁵³⁴ *Ibid.* «La presente Ley tiene como objetivo dar eficaz respuesta a esa necesidad de instrumentar una asistencia jurídica al Estado acorde con los postulados de una Administración moderna, austera, eficaz y tributaria de un sometimiento pleno a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico » (nous traduisons).

⁵³⁵ Dans sa forme actuelle, l'Avocat de l'État est organisé durant les années 1930 (Décret royal n° 1611 du 30 octobre 1933, Approvazione del T.U. delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, GU n° 286, 12 décembre 1933, modifié par la loi n° 103 du 3 avril 1979, Modifiche dell'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, GU n° 99, 9 avril 1979). Il succède à l'Avvocatura erariale, institué à la suite de l'unification de l'Italie sur le modèle de l'agent judiciaire du Trésor français (Décret royal n° 2914 du 16 janvier 1876, Concernente il riordinamento degli uffici del contenzioso finanziario, GU n° 28, 4 février 1876).

⁵³⁶ L'Avocat de l'État fonctionne en réseau : son siège est à Rome, mais il dispose de relais locaux auprès de chaque cour d'appel (les *avvocature distrettuali*).

⁵³⁷ Le monopole légal de représentation de l'État devant les juridictions attribué à l'Avocat de l'État a été progressivement élargi. Alors que l'*Avvocatura erariale* historique ne représentait l'État que devant les juridictions judiciaires, pour les litiges mettant en cause ses intérêts pécuniaires, l'Avocat de l'État est compétent devant toutes les juridictions (art. 9 loi n° 103, 3 avril 1979 précitée).

L'Avocat de l'État, dont les services sont organisés suivant les domaines des ministères, assure aussi une fonction consultative auprès de l'ensemble des autorités administratives qu'il représente en justice. Cette fonction est entendue de façon très large : l'Avocat de l'État « assure la protection juridique des droits et des intérêts de l'État, les consultations juridiques demandées par les administrations, ainsi que le conseil et l'orientation de ces dernières lorsqu'il s'agit d'introduire, de contester ou d'abandonner des litiges. Il examine les projets de loi, de règlements, de cahiers des charges élaborés par les administrations, à la demande de celles-ci, il prépare les transactions avec les administrations concernées ou émet un avis sur les protocoles élaborés par les administrations. Il prépare des contrats ou suggère des mesures concernant les plaintes ou questions administratives pouvant donner lieu à des jugements »⁵³⁸. Comme en Espagne, les agents de l'Avocat de l'État forment une filière spécialisée de juristes d'État. Ils peuvent, en particulier, être détachés auprès des services ministériels et les assister dès les premiers stades de l'élaboration des projets de texte.

184. La défense et la représentation de l'État devant les juridictions sont confiées, en Espagne et en Italie, à des juristes sélectionnés, réunis au sein d'un organe spécialisé dont la fonction est interministérielle. Pourtant créé sur le modèle de l'agent judiciaire du Trésor français, l'Avocat de l'État, espagnol comme italien, a vu ses attributions s'étendre au fil du temps, jusqu'à devenir l'organe exclusif de représentation de l'État devant les juridictions. C'est par la concentration de la gestion des contentieux impliquant l'État et les administrations publiques que ces deux institutions ont développé leur autorité en matière consultative. La gestion interministérielle des contentieux, observée en Espagne et en Italie, présente plusieurs avantages. D'une part, elle permet à l'organe qui en a la charge de disposer d'une vue d'ensemble des litiges auxquels l'État est partie, quelle que soit leur nature. La centralisation favorise ainsi la définition de lignes directrices dans le traitement des contentieux. D'autre part, elle permet le développement d'un pôle d'expertise juridique renforcé au sein de l'appareil administratif d'État. Les avocats d'État constituent enfin un vivier de juristes auxquels des fonctions administratives peuvent être confiées. Malgré ces mérites, une telle organisation ne semble pas utilement transposable à la France. L'extension progressive du monopole légal de l'agent judiciaire du Trésor, rebaptisé en 2012 agent judiciaire de l'État, n'a jamais été jusqu'à inclure le contentieux administratif. Devant les juridictions administratives, l'État

⁵³⁸ Art. 13 du décret royal n° 1611 du 30 octobre 1933 précité : « L'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitolati redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio ».

demeure représenté, sauf exception, par le ministre intéressé⁵³⁹. Ce sont les services placés sous son autorité qui instruisent les dossiers contentieux et préparent sa défense. Cette solution résulte d'une certaine conception de la fonction administrative ministérielle, dans laquelle l'autorité administrative à l'origine de l'acte contesté en assure la défense dans le cadre d'un litige. Elle découle, en partie, de l'époque fondatrice d'application de la théorie du ministre-juge durant laquelle statuer sur les litiges qui s'élevaient en matière d'administration relevait nécessairement de la fonction administrative⁵⁴⁰. Le ministre était alors le juge de droit commun du contentieux administratif. Avec l'abandon de cette théorie par l'arrêt *Cadot* et la consécration de la juridiction administrative, le ministre a perdu toute fonction juridictionnelle⁵⁴¹. Comme un vestige de l'époque de la justice retenue, l'habitude s'est conservée de confier aux services ministériels, au nom du ministre, la mission de représenter l'État devant le juge administratif. Confier la gestion des contentieux administratifs à un organe extérieur aux ministères reviendrait alors à amputer la fonction administrative ministérielle de l'une de ses composantes essentielles.

185. Le Royaume-Uni se démarque aussi par la diversité des autorités et des services assumant une fonction d'expertise juridique au bénéfice des départements ministériels⁵⁴². Par la spécificité de leurs attributions, certains membres du gouvernement s'imposent comme des conseillers juridiques « naturels ». Le *Lord Chancellor*, à la tête du ministère de la Justice, l'*Attorney general* et son adjoint le *Solicitor general* livrent, avec l'aide de leurs services, des conseils juridiques à l'ensemble du gouvernement. Les ministères disposent aussi de l'assistance du service juridique gouvernemental (*Government legal department*), dont les agents appartiennent au corps de juristes du Gouvernement (*Government legal profession*). S'il est sollicité, ce service donne son avis sur la légalité de l'initiative d'un département ministériel ou du Premier ministre. Il assure également un rôle d'assistance dans la préparation des projets de loi soumis au Parlement et peut être chargé de la rédaction des actes réglementaires d'exécution des lois. Dans l'opération spécifique de rédaction des projets de loi, les départements ministériels sont accompagnés par l'*Office of the Parliamentary Counsel*⁵⁴³. L'écriture des

⁵³⁹ Art. R. 431-9 du code de justice administrative.

⁵⁴⁰ N. FOULQUIER, « L'exigence de la décision préalable, un avatar de la juridiction ministérielle ? », in *Mélanges F. Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011, p. 251 ; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, 1970, rééd. LGDJ, « Anthologie du droit », 2015.

⁵⁴¹ CE, 13 décembre 1889, n° 66145, *Cadot c. Ville de Marseille*, Rec. p. 1148, *GAJA* n° 5 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot", *Droits*, n° 9, 1989, p. 79.

⁵⁴² Sur l'ensemble de sources d'expertise juridique à la disposition du Gouvernement anglais, v. T. DAINITH, A. PAGE, *The executive in the constitution : structure, autonomy and internal control*, Oxford – New York, Oxford University Press, 1999, not. p. 207 et p. 287.

⁵⁴³ L'institution est créée le 8 février 1869 (Treasury minute du 8 février 1869) et rendue permanente deux ans plus tard. Auparavant, les textes étaient rédigés par des avocats sollicités par le Gouvernement (M. ZANDER, *The Law-Making process*, Cambridge, Cambridge University Press, « Law in Context », 6^e édition, 2004, p. 14) ; sur l'histoire et les fonctions du *Parliamentary Counsel*, v., not. : G. ENGLE, « The rise of the Parliamentary Counsel », *Parliaments, Estates and*

projets des lois est entamée au sein des départements ministériels, avant que le *Parliamentary Counsel* ne prenne le relais. Les avantages d'une telle procédure sont nombreux au regard de l'objectif de qualité juridique et légistique des textes. La rédaction des textes juridiques par un organe unique favorise le développement d'un style particulier et uniforme d'écriture⁵⁴⁴, confirmé par la possibilité pour le *Parliamentary Counsel* de réécrire les amendements parlementaires⁵⁴⁵. La rédaction des textes est aussi l'occasion d'effectuer un contrôle de la conformité juridique de ces projets. La position du *Parliamentary Counsel*, extérieure aux départements ministériels lui octroie le recul nécessaire pour superviser le processus de rédaction et l'indépendance indispensable afin de concilier les points de vue, parfois contradictoires, entre les différents départements ministériels concernés par un même projet⁵⁴⁶. L'organisation anglaise se singularise aussi par l'éclatement de la réalisation de la fonction d'expertise juridique interministérielle. Chaque conseiller juridique (les membres du Gouvernement, le *Government legal department* et l'*Office of the Parliamentary Counsel*) est spécialisé dans une technique juridique particulière. Plus spécialement, la rédaction des projets de loi est différenciée des autres tâches nécessitant une expertise juridique.

186. L'organisation de l'expertise juridique au sein des institutions de l'Union européenne constitue enfin une source d'inspiration potentielle⁵⁴⁷. Comme le Parlement européen⁵⁴⁸, les organes exécutifs de l'Union disposent de leur propre service juridique. La Commission européenne, en

Representation, vol. 16, 1996, p. 193, v. égal. du même auteur « “Bills are made to pass as razors are made to sell” : practical constraints in the preparation of legislation », *Statute Law Review*, n° 7, 1983, p. 7 ; G. BOWMAN, « Why is there a Parliamentary Counsel Office? », *Statute Law Review*, n° 26, 2006, p. 69.

⁵⁴⁴ Michaël ZANDER évoque ainsi le « style de la maison » (M. ZANDER, *ibid.*).

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁴⁶ G. ENGLE, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁴⁷ Le rôle des juristes dans la construction de l'Union européenne et la fondation de ses institutions a notamment été mis en évidence par Julie Bailleux : *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France (1945-1990)*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses. Science politique », vol. 26, 2014, v., de la même auteure, « L'Europe et ses légistes. Le Service juridique des Exécutifs européens et la promotion d'un droit communautaire autonome (1957-1964) », *Politique européenne*, n° 41, 2013, p. 88.

⁵⁴⁸ Depuis 1986, le Parlement européen dispose également d'un service juridique, créé à la suite de l'arrêt *Les Verts* de la Cour de Justice (G. ISAAC, « L'insertion du Parlement européen dans le système juridictionnel des Communautés européennes », *AFDI*, vol. 32, 1986, p. 794 ; J. P. JACQUÉ, « The role of legal services in the elaboration of European legislation », in A. VAUCHEZ, B. DE WITTE (dir.), *Lawyering Europe : European law as a transnational social field*, Hart Publishing, 2013, p. 45). À l'occasion cet arrêt, la Cour admet en effet la recevabilité d'un recours en annulation contre une délibération du bureau du Parlement, et contrôle celle-ci à l'aune de la « charte constitutionnelle de base qu'est le traité » (CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre le Parlement européen*, n° 294/83). Ce contexte n'est pas sans faire à écho à celui dans lequel la direction des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur a été instituée, en 1996 (v. *infra* §. 237). On le voit, le développement du contrôle juridictionnel de leur action contraint les institutions politiques et administratives à adapter leurs moyens et leur structure. Le service juridique du Parlement européen est intégré au Secrétariat général. Son activité s'articule plus particulièrement avec la commission aux affaires juridiques du Parlement, composée de députés européens (dont les attributions sont fixées à l'article XVI de l'annexe VI relative aux compétences des commissions parlementaires permanentes adoptée le 15 janvier 2014, Règlement intérieur du Parlement européen, 9^e législature, 2023, p. 167).

particulier, offre l'exemple d'un service juridique central et puissant⁵⁴⁹. Service horizontal, relevant directement du Président de la Commission, sa position est équivalente *mutatis mutandis* à celle d'un organe interministériel au sein d'un gouvernement dans la mesure où il assiste chaque commissaire et leurs services. Le service juridique de la Commission exerce une triple mission de conseil juridique, de représentation de la Commission devant les juridictions et d'assistance à l'élaboration des textes⁵⁵⁰. Il porte notamment la politique de *Better regulation* dont les consignes et les méthodes guident l'activité normative des institutions européennes⁵⁵¹. Le service juridique est étroitement intégré à l'élaboration des décisions de la Commission. « Pour faire simple, pas de décision sans l'accord du Service juridique. [...] Ce statut privilégié des avis du Service juridique exprime non pas qu'ils doivent toujours prévaloir, mais qu'il importe d'assurer que la Commission prenne toutes ses décisions en bonne connaissance de leur cause et de solidité juridique »⁵⁵². Le directeur général du service assiste ainsi à chaque réunion hebdomadaire des commissaires et s'avère donc particulièrement informé des dossiers en cours⁵⁵³.

187. Même s'il ne s'agit pas d'une étude exhaustive de ces organisations administratives étrangères, ni d'une comparaison systématique, l'examen de ces quelques exemples européens permet de mesurer combien les options offertes à l'administration d'État pour renforcer son expertise juridique sont limitées par les caractéristiques de chaque modèle administratif. Ainsi, l'institution d'un nouvel organe interministériel de conseil juridique, d'élaboration des textes ou de représentation en justice, à l'image des exemples espagnol, italien ou anglais, heurte trop frontalement la répartition traditionnelle du travail gouvernemental pour être valablement envisagée. D'une part, en dépit de l'importance de la direction du Premier ministre et de l'œuvre de coordination gouvernementale opérée par ses services, les ministres conservent une grande autonomie dans la réalisation de leur fonction. L'action gouvernementale se réalise d'abord à l'échelle ministérielle, par conséquent, c'est à ce niveau que les structures administratives doivent être adaptées. D'autre part, le Gouvernement français dispose déjà d'organes interministériels de coordination et de conseil juridique : le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État.

⁵⁴⁹ Le service juridique de la Commission prend la suite de celui de la Haute autorité de la CECA. Le service est alors commun aux trois organes exécutifs de la CECA, de la CEE et d'Euratom (I. BOUCOBZA, *La gouvernance administrative européenne : initiation à l'étude du droit administratif européen*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2017, p. 36).

⁵⁵⁰ J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁵¹ F. PÉRALDI-LENEUF, « Propos introductifs », in N. RUBIO, F. PÉRALDI-LENEUF, *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, DICE, « Confluence des droits », 2018, p. 15 ; D. KELEMEN, « Eurolegalism and the Better Regulation Agenda » in S. GARBEN, I. GOVAER (dir.), *The EU Better Regulation Agenda: a critical assessment*, Oxford, Hart Publishing, « Modern Studies in European law », 2018, p. 205.

⁵⁵² M. PETTE, « Le métier de Directeur général du Service juridique de la Commission européenne », *RAE*, 2007-2008, n° 3, p. 517.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 518, note 4.

Or, l'investissement dans l'expertise juridique ministérielle apparaît d'autant plus indispensable que ces deux conseils juridiques ne peuvent tout prendre en charge⁵⁵⁴.

B. Une cellule d'expertise juridique centrale au sein du ministère

188. Au sein des administrations centrales, deux principaux modèles d'organisation de l'expertise juridique sont envisageables. Le premier consiste à concentrer l'expertise en un service administratif unique et horizontal. Le second repose une solution inverse puisqu'il s'agit de répartir l'expertise juridique au sein des directions sectorielles, en y implantant des cellules juridiques renforcées.

189. Ces modèles ne sont jamais présentés comme des solutions « clés en main », transposables à chaque département ministériel. Au contraire, le renforcement de l'expertise juridique « doit obéir à une approche pragmatique, adaptée à la situation particulière de chaque ministère »⁵⁵⁵. Le profil des agents, c'est-à-dire leur formation au droit, et l'intensité de l'activité normative des directions sectorielles sont autant de facteurs pouvant déterminer le modèle choisi. À cet égard, l'échec de la tentative de créer une unique direction juridique au ministère de la Justice est révélateur de l'influence de la culture ministérielle sur les modalités d'organisation de l'expertise juridique. En 1991, le ministre de la Justice Henri Nallet annonce la création d'une « direction générale du droit » regroupant « toutes les fonctions d'élaboration et d'application du droit »⁵⁵⁶. La nouvelle direction envisagée fusionnerait les deux grandes directions normatives du ministère que sont la direction des affaires criminelles et des grâces et la direction des affaires civiles et du sceau et dont les agents sont, pour la plupart, des magistrats judiciaires⁵⁵⁷. Or, le projet rencontre d'emblée d'importantes résistances de la part de ces deux puissantes directions et, ne bénéficiant pas du soutien du Président de la République, la « direction générale du droit » est abandonnée⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ D. LATOURNERIE, « La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration », *Revue administrative*, n° 204, 1981, p. 594.

⁵⁵⁵ ENA, « Les contraintes juridiques pesant sur le travail gouvernemental », in ENA, *Le travail gouvernemental*, Rapports de séminaires établis par les élèves de la promotion René Char, La Documentation française, 1997, p. 283.

⁵⁵⁶ Intervention du ministre de la Justice, Henri Nallet, Conseil des ministres du 12 juin 1991, « La modernisation de la justice » : « Pour mener à bien ce programme ambitieux de modernisation, l'administration centrale de la justice doit être renforcée et rendue plus cohérente. Une direction générale du droit regroupera en conséquence toutes les fonctions d'élaboration et d'application du droit. Cette direction permettra au ministère de la justice de participer plus efficacement à l'élaboration de la législation nationale et des règles internationales, notamment communautaires ».

⁵⁵⁷ S. ZIENTARA-LOGEAY, « Un long chemin vers la transformation des relations entre justice et politique. Témoignage d'anciens directeurs des affaires criminelles et des grâces (1990-2014) », *Les cahiers de la Justice*, n° 1, 2016, p. 95.

⁵⁵⁸ *Ibid.* ; ENA, *op. cit.* p. 283.

190. La création d'un service central et unique d'expertise juridique, conjuguant des attributions en matière de conseil juridique et de gestion des contentieux, n'a pas toujours été encouragée. L'étude du Conseil d'État de 1983, dédiée au « renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État », rejette d'ailleurs une telle formule :

« Le service unique est d'abord mal adapté à la situation des administrations centrales de grandes dimensions : l'ampleur corrélative que devrait avoir le service juridique serait sans doute source de plus de difficultés que d'avantages. Dans les administrations centrales moins développées, la mise en place d'un service juridique commun est certes plus facile, mais encore faut-il que la nature des tâches s'y prête. Là où le droit sous ses diverses formes est en cœur de l'activité de l'administration centrale, le service unique ne peut être surimposé ; il n'a de sens que s'il est l'aboutissement d'une réforme totale de l'administration qui ne peut être envisagée sous le seul aspect de l'amélioration de la prise en compte des problèmes juridiques. Enfin, et d'une manière très générale, le service juridique unique se heurte au fait qu'en pratique le phénomène juridique est, plus rarement qu'on le croit, susceptible d'être utilement détaché de son contexte »⁵⁵⁹.

191. En effet, la concentration de l'expertise suscite deux séries de réticences. Les premières tiennent aux relations entre le service juridique central et les directions sectorielles, tandis que les secondes portent sur le déclin de la culture juridique au sein des ministères.

192. En premier lieu, l'institution d'un nouvel organe d'expertise juridique unique consiste à renforcer les compétences juridiques du ministère à l'extérieur des directions chargées de la conception et de l'animation des politiques publiques. Or, rien ne garantit que ces dernières sollicitent autant qu'espéré le nouveau service. Les directions sectorielles pourraient d'abord douter de l'utilité de cet organe nouveau, dont le savoir-faire n'est pas encore établi. Elles pourraient ensuite le regarder comme un concurrent, empiétant sur leur fonction naturelle de fabrication du droit. Cela a été souligné, la mobilisation de la technique juridique est indissociable de la réalisation de la fonction administrative dans la mesure où les projets administratifs comportent nécessairement une dimension juridique⁵⁶⁰. Dès lors, l'institution d'un service juridique central pourrait être considérée par les directions sectorielles comme une immixtion injustifiée dans l'exercice de leurs attributions. En conséquence, ces dernières tendraient à éviter d'associer le service juridique à l'élaboration de leurs projets, ou se contenteraient de l'interroger tardivement. De telles attitudes limiteraient alors considérablement l'intérêt de créer un service juridique central

⁵⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, « Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État », 1983, étude non publiée, disponible aux Archives nationales, p. 30-31.

⁵⁶⁰ V. *supra*, §. 100.

au regard de l'objectif de sécurité juridique de l'action ministérielle.

193. En second lieu, la concentration de l'expertise juridique au sein d'un unique service pourrait paradoxalement accélérer le recul de la culture juridique au sein des administrations centrales. Si le service central absorbait les cellules d'expertise juridique préexistantes, les directions sectorielles se trouveraient privées de leurs ressources juridiques propres. Dépourvues de conseil juridique de premier niveau, elles seraient alors contraintes de s'en remettre systématiquement au service juridique central, en lui confiant l'ensemble des analyses juridiques dont elles ont besoin, quelle que soit l'importance ou la difficulté de la question juridique soulevée. Le risque est alors que le service juridique soit submergé de demandes et ne soit plus en mesure de répondre, convenablement, à l'ensemble des consultations. Plus fondamentalement, la formule du service juridique unique pourrait aussi renvoyer le signal d'une partition claire du travail ministériel, distinguant la préparation politique et technique de l'action administrative de sa traduction juridique, au risque que les agents des directions sectorielles ne se préoccupent plus de la question juridique. Ce modèle d'organisation de l'expertise juridique est explicitement rejeté par Jean-Éric Schoettl, alors directeur au Secrétariat général du Gouvernement :

« Une trop forte délégation à une direction spécialisée risquerait de désensibiliser les responsables administratifs, de les entretenir dans l'idée, très contraire à l'État de droit, selon laquelle le droit est une technique accessoire, un ustensile parmi d'autres dans la « boîte à outils » du décideur. Dans un État démocratique, tout agent public doit avoir un niveau de culture et de scrupules juridiques minimal, ce minimum variant en fonction de la place et de la fonction de l'intéressé »⁵⁶¹.

194. La création d'un service d'expertise juridique aux attributions transversales ne saurait donc concentrer l'ensemble des ressources juridiques du ministère. Il semble indispensable que les directions sectorielles, comme les services déconcentrés du ministère, conservent ou obtiennent une expertise juridique de « proximité », au plus près de la conception, de l'animation et de la réalisation des politiques publiques. Cet enjeu fondamental est à l'origine d'un mouvement de redistribution de l'expertise juridique, postérieur à l'institution des directions des affaires juridiques et opéré à partir de ces dernières. En effet, il est possible d'observer, dans de nombreux ministères, la mise en place à partir des années 2010 de réseaux d'expertise reliant les directions des affaires juridiques aux juristes des services déconcentrés⁵⁶². Mais, au niveau des administrations centrales, la dynamique à l'œuvre depuis les années 1990 a bel et bien consisté à renforcer une organisation

⁵⁶¹ J.-E. SCHOETTL, « L'activité juridique du Secrétariat général du Gouvernement », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 118, 1993, p. 16.

⁵⁶² V. *infra*, §. 463.

centralisée de la fonction d'expertise juridique ministérielle. Quelques mois après la création de la direction des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur en janvier 1996⁵⁶³, le rapport Maynial sur la « fonction juridique de l'État » propose « de constituer un pôle juridique au sein de chaque administration centrale ». Il suggère de donner à celui-ci la forme d'une « direction autonome », afin qu'elle soit « affranchie de toute relation tutélaire avec d'autres services »⁵⁶⁴.

195. Élever le service d'expertise juridique au rang de direction d'administration centrale est une donnée fondamentale du processus de réorganisation de l'expertise juridique ministérielle. Jusqu'alors, les administrations centrales ne disposent que de quelques sous-directions ou bureaux d'expertise juridique inégalement répartis au sein des directions sectorielles et essentiellement dédiés au traitement des contentieux, la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères étant une exception liée au développement de l'action diplomatique française moderne⁵⁶⁵. Le renforcement de l'expertise juridique ministérielle doit donc passer par la revalorisation des services juridiques, en leur accordant une place plus importante dans les organisations ministérielles. Le choix de créer une direction d'administration centrale spécifique n'est pas anodin au regard des principes d'organisation des structures ministérielles françaises. En effet, la direction est l'« unité fonctionnelle déterminante »⁵⁶⁶ de la structure d'une administration centrale. Elle est placée, en principe, sous l'autorité directe du ministre⁵⁶⁷. Le nombre des directions, leurs intitulés, leurs attributions traduisent les différents domaines de l'action du ministère, bien que certaines directions puissent être consacrées à des fonctions transverses accompagnant l'activité ministérielle. La création d'une direction d'administration centrale traduit donc, dans l'organisation administrative, l'importance accordée à certaines politiques ou fonctions particulières du ministère puisqu'elle permet de regrouper les moyens administratifs correspondants. Ainsi, en

⁵⁶³ Décret n° 96-16 du 10 janvier 1996 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 11 janvier 1996, p. 415. Sur les conditions de cette création, v. *infra*, §. 238.

⁵⁶⁴ P. MAYNIAL, *op. cit.*, p. 68. Cette formule paraît toutefois inadaptée puisqu'il ne peut exister de relations de tutelle qu'entre deux personnes morales. En principe, le secrétariat général du ministère, les directions et les services centraux ne sont liés que par les relations de type hiérarchiques. L'étude de la pratique administrative ministérielle montre néanmoins l'émergence d'une forme nouvelle de relations de type conventionnel entre les services. Les « conventions d'administration » sont l'un des supports de ces nouvelles relations (v. S. HOURSON, *Les conventions d'administration*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 277, 2014, v. *infra* §. 396).

⁵⁶⁵ V. *supra*, §. 72.

⁵⁶⁶ N. KADA, H. OBERDORFF, *Les institutions administratives*, Dalloz, « Sirey Université », 10^e édition, 2023, §. 133.

⁵⁶⁷ Il faut toutefois préciser que ce principe connaît deux exceptions. D'une part, les directions peuvent être regroupées en directions générales. D'autre part, la création des secrétariats généraux de ministères a conduit au regroupement des directions assumant des fonctions de gestion en les plaçant, dans le même temps, sous l'autorité immédiate du secrétaire général du ministère. Cette évolution a concerné les directions des affaires juridiques mais, au moment de la création de la plupart d'entre elles, elles sont sous l'autorité directe du ministre (v. *infra*, §. 257).

privilégiant l'organisation d'une direction des affaires juridiques, plutôt que le renforcement ou la création d'une sous-direction, éventuellement placée au sein de la direction d'administration générale du ministère, les ministres valorisent l'expertise juridique au sein de l'organigramme ministériel. Il s'agit d'abord d'octroyer à l'organe d'expertise juridique du ministère des moyens plus importants, en regroupant éventuellement en son sein les services juridiques préexistants. Mais il s'agit aussi d'accorder à cet organe l'autonomie et l'autorité propres à une direction d'administration centrale, qu'il s'agisse des règles d'organisation interne de la direction ou de la nomination stratégique de son directeur⁵⁶⁸.

196. La création des nouvelles directions et l'énumération de leurs attributions ont permis de redéfinir la fonction d'expertise juridique ministérielle.

II. LA DÉFINITION D'UNE FONCTION

197. La refonte de l'expertise juridique peut ensuite être envisagée selon une approche fonctionnelle, à partir de l'analyse des missions attribuées aux nouvelles directions. L'objectif d'une telle approche est de proposer une définition de la fonction d'expertise juridique ministérielle à travers le prisme des directions des affaires juridiques et de leurs attributions.

198. Jusqu'à présent, une définition provisoire et générale de cette fonction a été retenue. Selon celle-ci, la fonction d'expertise juridique consiste à mobiliser une connaissance spécifique, portant sur la technique juridique, afin d'appliquer et d'interpréter les règles de droit existantes ou de créer de nouvelles règles juridiques⁵⁶⁹. Par sa généralité, cette définition peut être appliquée à la multitude des acteurs et des organes appelés, lors d'occasions diverses, à offrir aux ministres et à leurs services une expertise en droit. Elle inclut notamment l'expertise apportée par le Conseil d'État dans le cadre de sa fonction consultative. L'activité de l'ensemble des juristes extérieurs aux ministères – magistrats, avocats, professeurs de droit – associés ponctuellement aux travaux administratifs correspond également à une activité d'expertise juridique au sens de la définition retenue.

199. Cette approche générale peut désormais être complétée par une définition plus précise et plus circonstanciée, fondée sur l'activité des directions des affaires juridiques au sein des ministères. Les missions confiées aux directions par les textes réglementaires expriment la façon dont la fonction d'expertise juridique ministérielle est pensée, depuis les années 1990, afin d'apporter aux

⁵⁶⁸ V. *infra* §. 271.

⁵⁶⁹ V. *supra* §. 12.

services centraux l'expertise en droit indispensable à la réalisation de la fonction administrative (A.). Toutefois, l'inventaire des attributions actuelles des directions des affaires juridiques montre que leur activité ne se réduit pas à l'exercice d'une telle fonction (B.).

A. Une fonction d'expertise juridique

200. L'analyse des textes réglementaires énumérant les attributions des directions des affaires juridiques renseigne sur la démarche légistique suivie par les administrations (A.) afin de redéfinir la fonction d'expertise juridique ministérielle (B.).

1/ L'approche textuelle de la définition de la fonction des directions des affaires juridiques

201. Le mimétisme administratif, caractéristique du mouvement de généralisation des directions des affaires juridiques, a conduit à une définition uniforme de leur fonction d'expertise juridique. Les textes réglementaires créant une nouvelle direction ont, dans une large mesure, recopié les attributions des directions juridiques préexistantes en les reprenant parfois mot pour mot. Une formule générique introduit presque systématiquement l'inventaire de ces attributions : « La direction des affaires juridiques exerce une fonction de conseil, d'expertise et d'assistance juridique »⁵⁷⁰. Destinée à présenter l'essence du rôle des directions, cette formule apparaît pour la première fois lors de la création de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur en 1996⁵⁷¹. Rétrospectivement, la réorganisation du ministère de l'Éducation nationale constitue à de nombreux égards un tournant dans la refonte de l'expertise juridique ministérielle. Si elle n'est pas tout à fait un cas isolé dans l'appareil administratif d'État⁵⁷², sa création a entamé la diffusion d'un nouveau modèle d'organisation de l'expertise juridique faisant la part belle à un service juridique horizontal et renforcé. Ainsi, les attributions de la direction juridique de l'Éducation nationale, telles qu'elles sont énumérées par le décret

⁵⁷⁰ Cette formule est employée, mot pour mot, dans les textes réglementaires organisant la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Culture et les directions des affaires juridiques des ministères de l'Économie, de l'Éducation nationale, de la Défense et de Bercy.

⁵⁷¹ Art. 13 du décret n° 96-16 du 10 janvier 1996 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 11 janvier 1996, p. 415 : « La direction des affaires juridiques exerce, dans le domaine du droit, une fonction de conseil et d'assistance auprès de l'administration centrale du ministère, des services académiques et des établissements ». À partir de 1997, il est précisé que la direction exerce une « fonction de conseil, d'expertise, et d'assistance » (art. 11 du décret n° 97-1149 du 15 décembre 1997, JORF du 16 décembre 1996, p. 18134).

⁵⁷² Les ministères des Affaires étrangères, de l'Intérieur et, dans une moindre mesure, de la Culture, disposent déjà d'une direction (ou d'une sous-direction) des affaires juridiques.

d'organisation du ministère, sont reprises lorsque sont organisées, les années suivantes, les directions des affaires juridiques des ministères de l'Économie et des Finances⁵⁷³, de l'Agriculture⁵⁷⁴, de la Défense⁵⁷⁵, de l'Environnement⁵⁷⁶ et des Affaires sociales⁵⁷⁷. De façon encore plus significative, cette formule introductive générique a été reprise dans les textes relatifs aux services créés avant la direction des affaires juridiques de l'Éducation nationale. Ainsi, les attributions de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur⁵⁷⁸ et de la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Culture⁵⁷⁹ ont été réécrites sur ce même modèle.

202. L'homogénéité de la rédaction des attributions des différentes directions des affaires juridiques est favorisée par la répartition des compétences d'organisation des administrations centrales. En effet, la structuration des ministères demeure largement supervisée et maîtrisée par le Premier ministre. Posant le cadre juridique en la matière, le décret du 15 juin 1987 énonce que « l'organisation des services centraux de chaque ministère en directions générales, directions et services est fixée par décret »⁵⁸⁰. La définition des attributions des directions des affaires juridiques relève donc d'un décret du Premier ministre, contresigné par le ministre compétent. Selon Matthieu

⁵⁷³ Art. 2 du décret n° 98-975 du 2 novembre 1998 portant création d'une direction des affaires juridiques au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, JORF du 3 novembre 1998, p. 16573 : « [...] la direction des affaires juridiques *exerce une fonction de conseil, d'expertise et d'assistance* auprès des directions du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ou à la demande des autres administrations de l'État et de ses établissements publics ».

⁵⁷⁴ Art. 10 du décret n° 99-555 du 2 juillet 1999 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère chargé de l'agriculture, de l'alimentation et de la pêche, JORF du 4 juillet 1999, p. 9939 : « Le service des affaires juridiques *exerce une fonction de conception, de conseil, d'expertise et d'assistance* auprès de l'administration centrale du ministère, des services déconcentrés et des établissements publics sous la tutelle du ministre ».

⁵⁷⁵ Art. 20 du décret n° 99-164 du 8 mars 1999 fixant les attributions et l'organisation du secrétariat général pour l'administration du ministère de la défense, JORF du 9 mars 1999, p. 3514 : « La direction des affaires juridiques *exerce une mission de conseil et d'assistance* auprès du ministre ».

⁵⁷⁶ Art. 2 du décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, JORF du 10 juillet 2008, texte n° 3 « La direction des affaires juridiques *exerce une fonction d'animation, de conseil, d'expertise et d'assistance juridique* auprès des directions et services d'administration centrale, des services déconcentrés et des établissements publics sous tutelle du ministère ».

⁵⁷⁷ Art. 2 du décret n° 2011-498 du 5 mai 2011 portant création d'une délégation aux affaires juridiques auprès des ministres chargés des affaires sociales, JORF du 6 mai 2011, texte n° 33 : « La délégation aux affaires juridiques *exerce une fonction d'animation, de conseil, d'expertise et d'assistance* auprès des administrations centrales et des services territoriaux relevant des ministres mentionnés à l'article 1^{er} ainsi que des établissements publics placés sous leur tutelle et agissant au nom de l'État ».

⁵⁷⁸ Art. 4 du décret n° 2008-1241 du 28 novembre 2008 modifiant le décret n° 85-1057 du 2 octobre 1985 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et de la décentralisation, JORF du 30 novembre 2008 : « La direction des libertés publiques et des affaires juridiques *exerce une fonction de conception, de conseil, d'expertise et d'assistance juridiques* auprès de l'ensemble des services du ministère ».

⁵⁷⁹ Art. 4 de l'arrêté du 17 novembre 2009 relatif aux missions et à l'organisation du secrétariat général, JORF du 5 décembre 2009, texte n° 39 : « La sous-direction des affaires juridiques assure *une fonction de conseil, d'expertise et d'assistance* auprès des directions générales du ministère, notamment en matière de droit privé, de droit fiscal, de droit communautaire et international, de commande publique et de règlement amiable des litiges ».

⁵⁸⁰ Art. 2 du décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale, dans sa version modifiée par l'article 1^{er} du décret n° 2008-208 du 29 février 2008 (JORF du 2 mars 2008, texte n° 5).

Caron, la compétence du Premier ministre ne limite pas la « pleine autonomie du ministre » pour préciser la structure de ses services, dans la mesure où ce dernier conserve un quadruple pouvoir de proposition, de validation, d'exécution du décret d'organisation et de direction de ses services⁵⁸¹. Il est certain que les services ministériels préparent le projet de décret, que le ministre le contresigne et qu'il l'exécute. Toutefois, il ne faut peut-être pas minimiser l'influence potentielle de chacune des étapes de l'élaboration du décret⁵⁸². Tout en étant pensé et négocié au niveau du ministère, en tenant compte de ses équilibres internes⁵⁸³, le projet de décret fixant les attributions de la direction est obligatoirement révisé par le Secrétariat général du Gouvernement, « chargé de veiller à la cohérence générale de l'organisation des administrations centrales de l'État »⁵⁸⁴. Celui-ci procède alors à un examen légistique et juridique du texte. Jusqu'en 2008, le projet était également soumis au Conseil d'État⁵⁸⁵. Or, chacune de ces étapes de révision et d'examen est susceptible de changer l'équilibre du texte. Ainsi, à l'occasion de l'examen de l'un de ces décrets d'organisation, le Conseil d'État s'est notamment opposé à ce que la direction des affaires juridiques d'un ministère dispose d'une faculté de visa des projets de textes élaborés⁵⁸⁶. Les étapes successives de l'élaboration du projet, faisant intervenir des organes extérieurs au ministère, participent ainsi à rédiger uniformément les attributions des directions. L'exemple des directions des affaires juridiques montre donc que le ministre, chef de son administration, n'est donc pas totalement maître de la définition des attributions de ses services. La supervision du Premier ministre sur l'organisation interne des ministères, justifiée par l'objectif de cohérence des structures administratives, a concomitamment harmonisé la refonte de l'expertise juridique ministérielle.

2/ Le contenu de la fonction d'expertise juridique des directions

203. Des textes réglementaires d'attributions des directions des affaires juridiques se dégage une fonction d'expertise juridique commune à l'ensemble des ministères. Sans anticiper sur l'analyse de chacune des missions des directions, à laquelle est dédiée la seconde partie de cette étude, quatre

⁵⁸¹ M. CARON, *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement : recherches sur le droit gouvernemental de la V^e République*, Institut universitaire Varenne, Collection des thèses, t. 109, 2015, p. 481.

⁵⁸² Sur les étapes particulières de l'élaboration des décrets d'organisation des administrations centrales, v. SGG, *Guide de légistique*, 3^e édition, 2017, p. 538, P. GÉRARD, *L'administration d'État*, LexisNexis, « Manuel », 5^e édition, 2022, §. 122.

⁵⁸³ Les comités sociaux du ministère sont consultés à cette fin.

⁵⁸⁴ SGG, *Guide de légistique*, *op. cit.*, p. 539.

⁵⁸⁵ Le décret du 15 juin 1987 prévoit initialement que l'organisation des directions ministérielles est fixée par un décret en Conseil d'État. Depuis 2008, un décret simple suffit (décret n° 2008-208 précité).

⁵⁸⁶ Ce cas est cité par J.-M. DELARUE, « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par les administrations centrales », *op. cit.*, p. 257. Sur l'opportunité d'accorder aux directions des affaires juridiques une telle prérogative, v. *infra*, §. 345.

observations générales peuvent être formulées sur la redéfinition de cette fonction.

204. La fonction d'expertise juridique confiée aux directions est entendue de façon large et ambitieuse. Elle repose sur la consécration d'une double mission de conseil juridique et de gestion des contentieux ministériels⁵⁸⁷. Bien qu'il soit des plus classiques, dans la mesure où tout service juridique assume de telles missions, le rappel clair de ce dualisme fonctionnel marque une avancée dans l'institutionnalisation de l'expertise juridique ministérielle. Le rôle de conseiller juridique du ministère des directions est résolument affirmé. Là où certains des services juridiques préexistants se concentraient principalement sur la gestion des dossiers contentieux, les textes d'organisation des administrations centrales rappellent avec force que les directions ont tout autant vocation à répondre aux demandes de consultations juridiques pour apporter une expertise. La référence à l'expertise faite par les décrets d'organisation n'est pas neutre. Elle souligne que les directions des affaires juridiques peuvent – et doivent – proposer un savoir expert, allant plus loin que les connaissances juridiques minimales attendues d'un administrateur et indispensables à l'exercice de la fonction administrative. Cette évocation signale implicitement que les analyses des directions peuvent être une ressource stratégique au service de l'action ministérielle, que l'expertise en droit peut, aussi, être obtenue dans les murs du ministère et qu'il n'est pas toujours nécessaire de solliciter des experts extérieurs.

205. L'affirmation de ce rôle de conseiller juridique s'accompagne d'une extension des attributions des directions en matière contentieuse. La redéfinition de la fonction d'expertise juridique ministérielle passe par la concentration de la gestion des contentieux du ministère. Les directions des affaires juridiques sont chargées de la défense des ministères devant les juridictions administratives, l'intervention des directions sectorielles devient une exception. Dans les cas particuliers où la représentation de l'État est centralisée, les directions des affaires juridiques assurent le rôle de référents ministériels : elles travaillent en collaboration avec le Secrétariat général du Gouvernement, s'agissant des procédures devant le Conseil constitutionnel, avec l'Agent judiciaire de l'État, lors des instances portées devant le juge judiciaire, et avec la direction des affaires juridiques du Quai d'Orsay, pour les procédures devant les juridictions européennes et internationales. L'extension de leur rôle dans la défense des intérêts de l'État va même jusqu'à

⁵⁸⁷ Par exemple, la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale « exerce une fonction de conseil, d'expertise et d'assistance auprès de l'administration centrale, des services déconcentrés et des établissements. [...] Elle représente les ministres devant les juridictions » (art. 5 du décret n° 2014-133 du 17 février 2014 fixant l'organisation de l'administration centrale des ministères de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports et de l'enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 18 février 2014, texte n° 2).

inclure l'instruction des demandes de protection fonctionnelle des agents du ministère.

206. Cette nouvelle fonction traduit également le contexte de vigilance légistique dans lequel les directions sont instituées. En effet, les textes d'organisation des ministères leur confient la mission de veiller à la qualité de la réglementation élaborée par les services centraux. À cette fin, ils prévoient leur association à l'élaboration des projets de textes ou encore aux travaux de codification⁵⁸⁸. Les modalités de cette participation varient selon la nature et l'objet des textes, ainsi que selon les pratiques ministérielles, et l'intégration des directions dans le circuit d'élaboration de la norme ne se fait pas sans difficulté⁵⁸⁹. Toutefois, l'affirmation aussi claire de cette mission de concours à la qualité du droit reste inédite. Elle démontre que l'expertise juridique se décline à présent en une expertise légistique.

207. Enfin, les attributions des directions des affaires juridiques sont formulées de façon suffisamment large pour leur laisser la place de prendre des initiatives afin d'améliorer la culture juridique du ministère. Elles sont appelées à réaliser des veilles juridiques et à assurer la « diffusion des compétences et des connaissances juridiques auprès de l'administration centrale, des services déconcentrés et des établissements publics sous la tutelle des ministres »⁵⁹⁰. Si elles ne constituent pas le cœur de leur activité, ces nouvelles tâches expriment malgré tout une nouvelle dimension de la fonction d'expertise juridique ministérielle. À l'activité réactive de soutien juridique à l'action ministérielle s'ajoute une dimension proactive de diffusion du droit au sein des ministères.

208. Institutionnalisée par la création des directions des affaires juridiques, la fonction d'expertise juridique ministérielle est renouvelée dans son essence, puisque les décrets et les arrêtés d'organisation des administrations centrales en proposent une approche plus complète et plus ambitieuse. Cette redéfinition conduit alors à s'interroger sur la place de cette fonction au sein des ministères. Il s'agit plus particulièrement de se demander si celle-ci doit être classée parmi les « fonctions-support » des administrations centrales. Si l'expression « fonctions support » (ou « fonction de soutien ») ne fait l'objet d'aucune « définition stabilisée », et « ne recouvre pas de définition normée ou faisant référence »⁵⁹¹, elles désignent généralement les activités de gestion qui

⁵⁸⁸ Le décret d'organisation de l'administration centrale de l'Éducation nationale dispose encore que : la direction des affaires juridiques « est consultée sur les projets de textes législatifs ou réglementaires préparés par les directions générales et les autres directions et assure le suivi des procédures d'adoption de ces textes. Elle est responsable de la codification des textes législatifs et réglementaires » (art. 5 du décret n° 2014-133 du décret précité).

⁵⁸⁹ V. *infra* §. 562.

⁵⁹⁰ Art. 5 du décret n° 2014-133 du décret précité.

⁵⁹¹ « Annexe n° 6 – Définition des fonctions support », Rapport sur la constitution des secrétariats généraux communs aux préfetures et aux directions départementales interministérielles, de l'inspection générale des services de la

concourent à la réalisation de l'activité principale assurée par une structure. Certaines tâches peuvent facilement être intégrées parmi ces fonctions : la gestion de l'immobilier, les ressources informatiques, les ressources budgétaires, les ressources humaines ou encore les achats⁵⁹² sont indispensables à l'activité quotidienne des services ministériels, mais elles demeurent en marge de l'exercice de la fonction administrative. En revanche, le cas des « affaires juridiques » des ministères est plus ambigu.

209. Du point de vue de l'administration d'État, la question semble entendue. Plusieurs éléments incitent à considérer la fonction confiée aux directions des affaires juridiques comme une « fonction support ». Le premier argument est d'ordre organique. Presque toutes les directions des affaires juridiques ont été, au cours des années 2000 et 2010, intégrées aux secrétariats généraux des ministères. Or, ces secrétariats ont été institués afin de mutualiser les fonctions de soutien des ministères. Selon le décret du 24 juillet 2014, ces secrétariats « ont la responsabilité des fonctions transverses » du ministère, dont « le conseil juridique »⁵⁹³. Toutefois, dans la mesure où il s'agit ici de s'interroger sur la teneur de la fonction d'expertise juridique, la question de la place des directions des affaires juridiques au sein des organigrammes ministériels peut, à ce stade, être considérée comme indifférente et écartée⁵⁹⁴. Le second argument en faveur du rattachement de l'expertise juridique aux fonctions support tient au rôle des directions des affaires juridiques dans le processus de conception et d'animation de l'action ministérielle. À l'exception des rares cas dans lesquels les directions des affaires juridiques sont également chargées de la mise en œuvre de politiques publiques⁵⁹⁵, les directions ne sauraient être regardées comme des directions métiers. En effet, elles ne conçoivent pas les politiques publiques, elles accompagnent juridiquement les services qui en ont la responsabilité en étant à leur disposition. Néanmoins, la fonction d'expertise juridique ministérielle n'est pas parfaitement assimilable à une fonction support comme les autres. Elle n'est pas comparable aux activités de soutien telles que la gestion immobilière ou informatique du ministère dans la mesure où l'expertise juridique est totalement imbriquée à la conception des

concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, de l'inspection générale de l'administration, de l'inspection générale de la jeunesse et des sports, du conseil général de l'environnement et du développement durable et du conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, 2019, p. 81.

⁵⁹² COUR DES COMPTES, *Les services déconcentrés de l'État : clarifier leurs missions, adapter leur organisation, leur faire confiance*, Rapport public thématique, 2017, p. 167.

⁵⁹³ Art. 3-8 du décret n° 2014-834 du 24 juillet 2014 relatif aux secrétaires généraux des ministères, JORF du 25 juillet 2014, texte n° 3.

⁵⁹⁴ Sur le principe du rattachement des directions des affaires juridiques aux secrétariats généraux des ministères et ses conséquences, v. *infra* §. 257.

⁵⁹⁵ Tels que la DAJ de Bercy en matière de commande publique ou la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Culture en matière de propriété intellectuelle, v. *infra* §. 214.

politiques publiques, elle est indispensable à leur mise en forme et à leur traduction normative.

210. Vocabulaire emprunté au management, l'expression « fonction support » charrie logiquement une vision managériale de l'administration que l'État a largement faite sienne. En définitive, la liste des attributions des directions des affaires juridiques ne permet pas de trancher la question de l'appartenance de la fonction d'expertise juridique à la catégorie des fonctions de soutien. Tout dépend de l'approche que les acteurs ont du rôle et de la place des directions des affaires juridiques. Comme l'observe Thierry-Xavier Girardot lors de la création de la direction des affaires juridiques de l'Écologie en 2008, « la fonction juridique a été considérée jusqu'ici comme un accessoire des fonctions de gestion et de réalisation »⁵⁹⁶. Il appartient aux directions, si elles souhaitent participer à une véritable politique du droit au sein de l'État, de s'émanciper de ce statut d'accessoire.

B. Des attributions complémentaires

211. L'activité des directions des affaires juridiques ne se réduit pas à l'exercice d'une fonction d'expertise juridique. L'attribution de nouvelles missions transversales (1.) et la responsabilité de certaines politiques publiques (2.) sont de nature à confirmer la pertinence de leur création et leur place au sein des administrations centrales.

1/ L'attribution de missions annexes

212. L'évolution des attributions des directions révèle une dynamique de long terme. Ces dernières tendent, en effet, à se voir transférer de nouvelles tâches ne relevant pas directement de leur fonction d'expertise juridique. Ainsi, presque toutes les directions des affaires juridiques sont les référentes, au sein des ministères, de la Commission d'accès aux documents administratifs et du Défenseur des droits. Certains directeurs des affaires juridiques assurent également le rôle de délégué du ministère à la protection des données⁵⁹⁷. L'attribution de ces missions s'explique par la

⁵⁹⁶ T.-X. GIRARDOT, *Rapport de préfiguration de la direction des affaires juridiques aux ministères*, Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables, 2008, p. 2.

⁵⁹⁷ Les fonctions de délégué à la protection des données sont exigées par l'art. 37 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE. Depuis 2021, le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale est le délégué à la protection des données personnelles du ministère (Direction des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, « Bilan d'activité 2021 », p. 56). Le délégué à la protection des données des ministères sociaux a été rattaché à la DAJ des ministères à la même période.

position et la fonction singulières des directions au sein des ministères. En effet, elles doivent nécessairement être confiées à un service distinct de ceux qui élaborent les décisions ministérielles. Par ailleurs, ces missions conservent une dimension juridique importante, l'instruction de ces demandes exigeant une connaissance du cadre juridique en vigueur. Ces éléments peuvent donc expliquer que cette première série d'activités ait été confiée aux directions des affaires juridiques.

213. Toutefois, l'inventaire des attributions particulières des directions des affaires juridiques est parfois rétif à toute classification. La définition de leurs missions résulte avant tout de considérations d'opportunité, tenant compte des besoins ministériels et des capacités de chaque service. Ainsi peut-on expliquer que le secrétariat du Conseil supérieur de l'Éducation soit assuré par la direction des affaires juridiques de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur⁵⁹⁸, la politique d'archivage du ministère soit confiée à la direction des affaires juridiques du ministère de l'Agriculture⁵⁹⁹, ou encore la protection et de la gestion des actifs immatériels de l'État soit attribuée récemment à la direction des affaires juridiques de Bercy⁶⁰⁰.

2/ La prise en charge de politiques publiques

214. Certaines directions des affaires juridiques sont aussi des « directions métiers », c'est-à-dire des directions aux attributions sectorielles, chargées de concevoir et d'animer certaines des politiques publiques relevant du domaine d'attributions du ministre.

215. Les circonstances de la création de ces directions expliquent la plupart des cas particuliers : les nouvelles directions ont repris les attributions des services ministériels qu'elles remplaçaient.

⁵⁹⁸ Art. 12 du décret n° 2003-317 du 7 avril 2003 portant organisation de l'administration centrale du ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche, JORF du 8 avril 2003, texte n° 3. À la lecture de l'article R. 231-16 du code de l'éducation, cette mission consiste, pour l'essentiel, à dresser les procès-verbaux des séances du conseil et organiser l'élection de ses membres, et à assurer le secrétariat des séances et diffuser les convocations, les documents de travail et les procès-verbaux.

⁵⁹⁹ Art. 3 du décret n° 2015-369 du 30 mars 2015 modifiant le décret n° 2008-636 du 30 juin 2008 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère chargé de l'agriculture, de l'alimentation, de l'agroalimentaire et de la forêt, JORF du 1^{er} avril 2015, texte n° 39. Cette mission relève jusqu'en 2015 de la délégation à l'information et à la communication du ministère.

⁶⁰⁰ Art. 2 du décret n° 2019-1454 du 24 décembre 2019 relatif à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, JORF du 27 décembre 2019, texte n° 31. La « mission d'appui au patrimoine immatériel de l'État » a été rattachée à la DAJ. Elle succède à l'Agence du patrimoine immatériel de l'État, service à compétence nationale créé en 2007 et placé sous l'autorité conjointe du directeur du Trésor et du directeur général des Finances publiques. Dans le cadre de cette mission nouvelle, la direction juridique est plus particulièrement chargée de la gestion du portefeuille de marques de l'État, des administrations militaires et des forces armées. Il existe ainsi plus de 15 000 marques publiques déposées auprès de l'Institut, ignorées du code général de la propriété des personnes publiques et soumises au droit commun des marques organisé aux articles L. 711-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

Ainsi la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur, succédant à la direction de la réglementation s'est vue transférer les attributions de cette dernière. Le décret du 2 octobre 1985 a créé la direction en lui attribuant la réglementation du statut des étrangers et de la circulation transfrontière, ainsi que la réglementation intérieure en matière de libertés publiques « notamment en ce qui concerne la sûreté de l'État, l'ordre public, la salubrité et la tranquillité publiques, la circulation et la sécurité routières »⁶⁰¹. En 2008, l'existence de l'éphémère ministère de l'Immigration bouleverse ces missions. Les attributions de la direction en matière de droit des étrangers sont transférées au nouveau ministère puis, lorsque celui-ci est supprimé, à la direction générale des étrangers en France⁶⁰². En contrepartie, la direction des libertés publiques et des affaires juridiques obtient le suivi des relations de l'État avec les cultes⁶⁰³.

216. De la même façon, la direction des affaires juridiques de Bercy exerce les attributions des trois services ministériels qu'elle a remplacés. Créée par le décret du 2 novembre 1998⁶⁰⁴, la direction résulte, en effet, de la fusion du service du contentieux de l'agent judiciaire du Trésor, de sous-direction des affaires juridiques et contentieuses de la direction générale de l'administration et des finances du secrétariat d'État à l'Industrie et du secrétariat général de la Commission centrale des marchés⁶⁰⁵. La réglementation du droit de la commande publique, assurée par ce dernier service⁶⁰⁶, est attribuée à la nouvelle direction des affaires juridiques⁶⁰⁷. Cette dernière « analyse le droit de la commande publique et propose au ministre chargé de l'économie des réformes de la législation ou de la réglementation dans ce domaine »⁶⁰⁸. À ce titre, la direction est chargée de l'élaboration du droit national, européen et international de la commande publique : elle propose les réformes « qui lui paraissent nécessaires », elle participe à la préparation des directives européennes et représente la France au sein des conseils et groupes de travail européens et

⁶⁰¹ Art. 6 du décret n° 85-1057 du 2 octobre 1985 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur et de la décentralisation, JORF du 3 octobre 1985, p. 11441.

⁶⁰² Art. 2 du décret n° 2008-7 du 3 janvier 2008 modifiant le décret n° 85-1057 du 2 octobre 1985 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur et de la décentralisation, JORF du 4 janvier 2008, texte n° 19.

⁶⁰³ Art. 3 du décret n° 2008-1241 du 28 novembre 2008 modifiant le décret n° 85-1057 du 2 octobre 1985 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur et de la décentralisation, JORF du 30 novembre 2008, texte n° 4.

⁶⁰⁴ Décret n° 98-975 du 2 novembre 1998 portant création d'une direction des affaires juridiques au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, JORF du 3 novembre 1998, p. 16573.

⁶⁰⁵ « La direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers : 20 années d'expérience au service de Bercy », *Gestion et finances publiques*, n° 6, 2019, p. 23.

⁶⁰⁶ La Commission centrale des marchés est instituée en 1959 et supprimée lors de la création de la DAJ de Bercy en 1998 (art. 28 et suivants du décret n° 59-167 du 7 janvier 1959, JORF du 10 janvier 1959, p. 724), v. égal., D. DI FRANCESCO, *La doctrine administrative de la commande publique*, thèse, Université Paris II, 2018, p. 60.

⁶⁰⁷ Art. 2 du décret n° 98-975 du 2 novembre 1998 précité.

⁶⁰⁸ Art. 2 du décret n° 2019-1454 du 24 décembre 2019 relatif à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, modifié par le décret du n° 2021-264 du 10 mars 2021 (JORF du 11 mars 2021, texte n° 11).

internationaux afin de suivre les négociations en la matière. La direction mène les réformes relatives à la dématérialisation de l'achat public et à la « transformation numérique de la commande publique ». Les textes d'organisation du ministère confient aussi à la direction une mission de « diffusion de la doctrine de la commande publique »⁶⁰⁹.

217. D'autres cas peuvent être cités. La sous-direction des affaires juridiques du ministère la Culture est chargée de la politique du ministère en matière de propriété littéraire et artistique : « elle contribue à l'élaboration des règles nationales, communautaires et internationales qui s'y rapportent et coordonne les travaux des directions générales en ce domaine »⁶¹⁰. De même, le droit international de la mer, le droit fluvial et le droit des pôles sont de la compétence de la direction des affaires juridiques du ministère Affaires étrangères⁶¹¹, qui est aussi le service traitant du ministère en matière de lutte contre le terrorisme⁶¹². Ces attributions particulières illustrent une fois encore le lien très étroit qu'il existe entre les contours des missions de la DAJ du ministère des Affaires étrangères et le parcours de son directeur. En effet, Guy Ladreit de Lacharrière, directeur des affaires juridiques de 1969 à 1979, étant très actif lors des négociations sur le droit de la mer menées dans le cadre des Nations Unies, la matière a été confiée à la direction des affaires juridiques sous son autorité⁶¹³. Enfin, la direction des affaires juridiques du ministère des Armées est responsable de toutes les questions relatives à l'organisation, au fonctionnement et au budget de la justice militaire. Elle est chargée, en vertu du décret du 5 octobre 2009 « de toutes les questions relatives au recrutement, à la formation, à la discipline et à la gestion du personnel d'active et de réserve de la justice militaire »⁶¹⁴.

*

218. Les directions des affaires juridiques des administrations centrales sont le produit d'une réflexion de l'administration d'État sur ses ressources juridiques et sur la façon de les organiser au

⁶⁰⁹ La direction des affaires juridiques de Bercy élabore ainsi une documentation de portée générale explicitant les règles de la commande publique, v. *infra*, §. 425.

⁶¹⁰ Art. 4 de l'arrêté du 31 décembre 2020 relatif aux missions et à l'organisation du secrétariat général, JORF du 1^{er} janvier 2021, texte n° 31.

⁶¹¹ Décret n° 2012-1511 du 28 décembre 2012 portant organisation de l'administration centrale du ministère des Affaires étrangères, JORF du 30 décembre 2012, texte n° 15, modifié par le décret n° 2015-1726 du 22 décembre 2015, JORF du 24 décembre 2015, texte n° 3.

⁶¹² S. BARBIER, Entretien n° 2 ; G. GUILLAUME, « La direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères. Conseil juridique et action diplomatique », in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique extérieure de la France. Mélanges en l'honneur de Guy Ladreit de Lacharrière*, Masson, 1989, p. 273.

⁶¹³ G. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 273.

⁶¹⁴ Art. 19 du décret n° 2009-1179 du 5 octobre 2009 fixant les attributions et l'organisation du secrétariat général pour l'administration du ministère de la Défense, JORF du 6 octobre 2009, texte n° 20.

sein de son appareil administratif. Leur présence signale le choix privilégié d'une formule consistant à renforcer l'expertise juridique au niveau des ministères, par la création de nouvelles directions d'administration centrale. En les instituant, en rédigeant leurs attributions, l'administration redéfinit l'essence d'une fonction d'expertise juridique ministérielle plus ambitieuse et plus complète, propre à revaloriser la place du droit dans l'action administrative.

SECTION 2. UNE INTÉGRATION AU SEIN DES MINISTÈRES

219. Les structures administratives ne se réduisent pas aux modèles que l'observateur utilise pour les comprendre, elles « ne sont pas des êtres de papier, mais des institutions, c'est-à-dire des réalités supra-individuelles chargées d'histoire, dépositaires de traditions, de savoirs, de savoir-faire et de routines »⁶¹⁵. L'institution des directions des affaires juridiques consiste autant à penser leur fonction et leur place au sein du ministère qu'à les intégrer, concrètement, aux administrations centrales. Ce processus d'intégration peut être étudié en examinant successivement la création des directions des affaires juridiques (**I.**), puis leur rattachement aux secrétariats généraux des ministères (**II.**).

I. LA CRÉATION DES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES

220. À l'aube des années 1990, le manque d'expertise juridique dans l'administration centrale est identifié. Mais si le sujet devient un lieu commun au fur et à mesure que les rapports et études se multiplient, les réactions ministérielles restent encore trop modestes (**A.**). La création de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur est un point de bascule vers la diffusion d'une nouvelle forme d'organisation, plus ambitieuse, de l'expertise en droit (**B.**).

A. Des précédents

221. La création des directions des affaires juridiques a été précédée par plusieurs initiatives ministérielles de moindre ampleur dont l'objet et la méthode peuvent être présentés (**1.**), avant d'aborder, à titre d'exemple, le programme de réforme suivi au ministère de la Culture entre 1988

⁶¹⁵ J.-M. EYMERI-DOUZANS, « Les fusions de directions d'administration centrale dans les ministères français », *Notes de l'Institut de la Gestion Publique et du Développement Économique*, 2007, p. 3.

et 1990 (2.).

1/ Des initiatives ministérielles

222. Faisant suite aux rapports consacrés à l'expertise juridique dans l'administration d'État et à la formation juridique des fonctionnaires⁶¹⁶, plusieurs ministères procèdent à l'inventaire des sources d'expertise juridique dont ils disposent. Dès la fin des années 1980, l'organisation des administrations centrales fait l'objet de premières adaptations visant à créer ou à renforcer les services de conseil juridique et de contentieux.

223. L'influence du Conseil d'État sur ces démarches ne doit pas être négligée. La série d'études rendues durant les années 1980 a fermement encouragé les ministres à revoir les conditions d'organisation de leurs services d'expertise juridique. Après avoir régulièrement répété que le « renforcement des services juridiques dans les administrations centrales, les services extérieurs, les collectivités territoriales et les établissements publics serait très souhaitable »⁶¹⁷, le Conseil d'État a invité plus directement les ministres à « faire le recensement des besoins juridiques de leurs administrations respectives en vue d'aménager la ou les structures à retenir pour le traitement des problèmes juridiques de telle façon qu'elles interviennent en temps utile et efficacement »⁶¹⁸. Comme il l'avait signalé en indiquant être prêt à « prendre [lui]-même les initiatives nécessaires pour inciter les administrations intéressées à engager les efforts attendus d'elles »⁶¹⁹, le Conseil d'État a assuré, en quelques sortes, le service après-vente de ses études. Ses membres ont souvent été sollicités afin de prêter main-forte à l'administration et d'aider les ministères à concevoir l'organisation de leur fonction d'expertise juridique. Par exemple, en 1992, Christian Vigouroux, alors membre de la section du contentieux, se voit confier par le ministre de l'Équipement une mission sur la fonction juridique du ministère⁶²⁰. De même, les missions juridiques du Conseil d'État, composées de membres réalisant, pour les services centraux, une activité ponctuelle de conseil juridique⁶²¹, sont sollicitées. La mission juridique des ministères des Affaires sociales réalise

⁶¹⁶ Il s'agit principalement de deux études non publiées du Conseil d'État : *Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État* (1983) et *La formation juridique des administrateurs*, (1988), disponibles aux Archives nationales.

⁶¹⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *La prévention du contentieux administratif*, EDCE, n° 33, 1981-1982, p. 7.

⁶¹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État*, 1983, p. 48, v. égal., p. 32-33.

⁶¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, « Les suites données aux études », EDCE, n° 34.

⁶²⁰ C. VIGOUROUX, *La fonction juridique du ministère de l'Équipement*, 1992, non publié, cité in C. MARTINAND, *Rapport n° 2005-217-01 sur l'évaluation de la qualité juridique de l'action du ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer*, 2005, p. 211

⁶²¹ V. *supra* §. 94 et P. GONOD, « À propos de l'article R. 137-3 du code de justice administrative », *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 249.

elle-même l'audit interne de l'expertise juridique ministérielle en interrogeant les services⁶²². Ces exemples confirment l'hypothèse précédemment formulée : en s'appliquant à construire un discours critique de la qualité juridique de l'action administrative, le Conseil d'État s'est proposé comme l'un des remèdes à la situation qu'il dénonçait. Il a développé une dimension de sa fonction de conseiller juridique du Gouvernement, en accompagnant celui-ci dans le réagencement de l'expertise juridique au sein de l'administration d'État.

224. Assistés du Conseil d'État, plusieurs ministères ont révisé les conditions de l'exercice de l'expertise juridique en leur sein. Les solutions adoptées aux ministères sociaux et au ministère de l'Équipement sont similaires. Elles s'inscrivent dans une tendance déjà observée au sein des administrations centrales : confier à l'une des sous-directions de la direction d'administration générale du ministère des attributions en matière d'expertise juridique. Ainsi, à partir de 1990, la sous-direction des affaires générales, de la formation et de l'action sociale des ministères sociaux exerce, dans le cadre de la direction de l'administration générale du ministère, une mission de conseil juridique et de traitement des affaires contentieuses. À la lecture de l'arrêté ministériel, les attributions de la sous-direction sont, en matière d'expertise juridique, étendues et variées. En effet, la sous-direction assure le suivi du contentieux devant les juridictions administratives, elle traite les affaires communiquées au tribunal des conflits, elle est la correspondante de l'agent judiciaire du Trésor pour les contentieux relevant de sa compétence et la correspondante du ministère des Affaires étrangères pour les requêtes déposées devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle répond aussi aux consultations juridiques « à la demande du cabinet du ministre, des autres directions de l'administration centrale, des services extérieurs et des établissements sous tutelle ». Elle « étudie les incidences juridiques, au plan national, du droit communautaire ». Enfin, la sous-direction assure « la prévention du contentieux par l'examen préalable des projets de textes réglementaires et non réglementaires de portée générale » et élabore « les textes relatifs à l'organisation des services du ministère et des établissements placés sous la tutelle administrative de la direction de l'administration générale, du personnel et du budget⁶²³.

225. De même, la direction des affaires financières et de l'administration générale du ministère de l'Équipement acquiert une nouvelle mission d'orientation et de coordination de « l'action du ministère dans le domaine du contentieux et pour les questions juridiques à portée générale,

⁶²² ENA, *op. cit.*, p. 285.

⁶²³ Art. 6 de l'arrêté du 1^{er} août 1990 relatif à l'organisation de la direction de l'administration générale, du personnel et du budget en sous-directions, JORF du 11 août 1990, p. 9842.

notamment en ce qui concerne l'application en droit français des directives communautaires et les codifications»⁶²⁴. À la suite du rapport Vigouroux de 1992, une sous-direction des affaires financières et juridiques est créée par l'arrêté du 7 janvier 1993. En matière juridique, ses attributions sont les suivantes :

« Elle coordonne, conseille et assiste les services du ministère pour le traitement des questions juridiques de portée générale et dans le domaine du précontentieux et du contentieux. À ce titre, elle assure la défense des intérêts de l'État et de ses agents en ce qui concerne les questions de responsabilité liées au fonctionnement des services. Elle mène en liaison avec les services concernés les travaux de codification. Elle coordonne l'action du ministère, réalise les études et assiste les services pour les questions à caractère budgétaire, financier et juridique relatives à l'application en droit français des directives communautaires et de la réglementation européenne »⁶²⁵.

226. La lecture des attributions de ces deux nouvelles sous-directions atteste d'une volonté opportune : construire une fonction d'expertise juridique interne plus ambitieuse et plus complète. À cette fin, les deux sous-directions cumulent les rôles de conseil juridique du ministère et de représentant devant les juridictions. Les nouveaux textes réglementaires traduisent par ailleurs les préoccupations de l'époque, qu'il s'agisse de la prise en compte du droit communautaire ou de la relance de la codification.

227. Toutefois, la portée des mesures prises demeure trop limitée. Au ministère de l'Équipement, une note interne datée de 1998 constate que « si beaucoup a été dit sur le sujet (fonction juridique et fonction contentieuse), ce qui a été fait est bien modeste. Beaucoup de questions lancinantes se posent encore qui prouvent que le souci de rigueur juridique n'est pas encore tout à fait une priorité non seulement dans les profondeurs, mais aussi dans les sommets du ministère »⁶²⁶. Ces lacunes sont régulièrement soulignées les années suivantes⁶²⁷. L'insuffisance des adaptations réalisées montre que la solution ne réside pas seulement dans le fait d'attribuer à un service administratif des missions élargies de conseil juridique, de diffusion du droit et de traitement des contentieux. Il est

⁶²⁴ Art. 3 du décret n° 92-334 du 27 mars 1992 modifiant le décret n° 85-659 du 2 juillet 1985 modifié fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'urbanisme, du logement et des transports, JORF du 1^{er} avril 1992, p. 4618. La direction n'avait jusqu'alors aucune attribution en matière d'expertise juridique (cf. art. 3 du décret n° 85-659 du 2 juillet 1985 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'urbanisme, du logement et des transports, JORF du 3 juillet 1985, p. 7485, dans sa version initiale et modifiée).

⁶²⁵ Art. 2 de l'arrêté du 7 janvier 1993 portant organisation de la direction des affaires financières et de l'administration générale, JORF du 9 janvier 1993, p. 531.

⁶²⁶ Note interne au ministère de l'Équipement, « La fonction juridique de l'Équipement », novembre 1998, cité par CONSEIL GÉNÉRAL DES PONTS ET CHAUSSÉES, *Rapport sur l'évaluation de la qualité juridique de l'action du ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer*, 2007, p. 209-210.

⁶²⁷ Conseil général des Ponts et Chaussées, *op. cit.*, p. 210.

aussi fondamental de conférer à ce service une place visible au sein des structures administratives. Preuve de l'insuffisance des mesures décidées, les ministères concernés réorganisent de nouveau leur expertise juridique interne en créant, cette fois, une direction des affaires juridiques.

228. Dans ce panorama des ministères du début des années 1990, seule l'organisation du ministère de la Culture, repensée en 1988, a survécu à l'épreuve du temps.

2/ Une étude de cas : le programme de réorganisation de l'expertise juridique du ministère de la Culture

229. La trajectoire du ministère de la Culture offre un contre-exemple intéressant. Contrairement aux autres ministères, les mesures prises au début des années 1990 ont produit des effets durables et sont restées le fondement de l'organisation actuelle du ministère en matière d'expertise juridique.

230. La démarche est habituelle. Dans la lignée des travaux du Conseil d'État⁶²⁸, la direction de l'administration générale et de l'environnement culturel lance, en 1988, un audit interne consacré à la « qualité juridique des décisions du ministère »⁶²⁹. L'entreprise est qualifiée de « test grandeur nature de la réceptivité des agents d'une administration à l'égard des problèmes posés par le déficit croissant de la qualité des textes et la marginalisation excessive de la contrainte juridique »⁶³⁰. L'organisation du ministère s'apparente alors à celle de la plupart des administrations centrales de l'époque. Une sous-direction de la législation et du contentieux, rattachée à la direction de l'administration générale, côtoie plusieurs bureaux de contentieux inégalement répartis au sein des directions sectorielles⁶³¹. De façon tout aussi classique, le ministère dispose également de l'assistance d'une mission juridique, confiée à un membre du Conseil d'État. La sous-direction de la législation et du contentieux est investie d'une mission de conseil juridique, d'assistance à l'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires, de traitement des contentieux⁶³² et

⁶²⁸ Si les travaux du Conseil d'État ne sont pas mentionnés dans le rapport issu de l'audit, son auteur, Michel Guénaire, y a fait explicitement référence à l'occasion d'un article exposant la démarche entreprise au ministère : M. GUÉNAIRE, « La qualité juridique à l'intérieur de l'administration : l'exemple du ministère de la Culture et de la Communication », *AJDA*, 1990, p. 75.

⁶²⁹ M. GUÉNAIRE, « Audit sur la qualité juridique des décisions du ministère de la Culture et de la Communication », 1988, disponible aux Archives nationales.

⁶³⁰ M. GUÉNAIRE, « La qualité juridique à l'intérieur de l'administration : l'exemple du ministère de la Culture et de la Communication », *op. cit.*, p. 75.

⁶³¹ Arrêté du 15 juillet 1986 relatif à l'organisation de la direction de l'administration générale et de l'environnement culturel, *JORF* du 30 juillet 1986, p. 9355.

⁶³² Selon l'arrêté du 15 juillet 1986 précité, la sous-direction de la législation et du contentieux « traite les problèmes juridiques concernant l'ensemble du ministère, et réunit la documentation correspondante » ; elle « coordonne

de documentation juridique⁶³³. En somme, s'il existe une « activité juridique inhérente à chaque activité administrative [...], la fonction juridique n'est pas une fonction à part, mais la partie indissociable du plus grand nombre d'activités administratives »⁶³⁴.

231. Les limites d'une telle organisation sont connues⁶³⁵. Les conclusions de l'audit confirment en tous points les constats plus généraux formulés par le Conseil d'État dès 1983⁶³⁶. L'expertise juridique se trouve gommée du travail administratif : si chaque service assume, à son échelle et avec ses moyens, une activité juridique, à l'inverse, aucun n'assume véritablement le rôle de conseiller juridique ni ne veille à la qualité juridique des décisions du ministère. La présence de la sous-direction de la législation et du contentieux pourrait contredire ce constat sévère, mais son rôle est dévalorisé au sein du ministère. La sous-direction « butte sur la concurrence des services voisins »⁶³⁷ : le service du personnel et des affaires sociales, le bureau du budget et de la programmation de la sous-direction des affaires financières et générales et la sous-direction de l'environnement culturel sont également consultés par les services métiers lorsqu'ils rencontrent des difficultés juridiques⁶³⁸. Organisée de façon incohérente, la fonction d'expertise juridique interne est fragmentée et inefficace.

232. Le remède proposé consiste en une « organisation duale »⁶³⁹ de l'expertise juridique, caractérisée par la coexistence d'un service juridique aux attributions transversales et d'un réseau de correspondants juridiques désignés au sein de chaque direction ministérielle. Au niveau central, la sous-direction de la législation et du contentieux est pensée au cœur de l'exercice de la fonction d'expertise juridique interne. À cet égard, le rapport d'audit recommande d'étendre

l'élaboration et concourt à l'application des textes législatifs et réglementaires notamment ceux relatifs à la propriété littéraire et artistique, aux professions artistiques et aux spectacles » et « assure le règlement amiable ou contentieux des affaires concernant le ministère ».

⁶³³ Son rôle est notamment rappelé par une note du cabinet du ministre, en 1988. Note n° 100 à l'attention des directeurs et délégués de l'administration centrale, du chef de service de l'inspection générale de l'administration et des directeurs régionaux des affaires culturelles sur la question de la documentation du ministère, BO du ministère de la Culture et de la Communication, n° 45, 1988, p. 7. La note précise que la coordination de la documentation administrative et juridique est assurée par le centre de documentation juridique de la sous-direction de la législation et du contentieux.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁶³⁵ V. *supra*, §. 157.

⁶³⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Le renforcement du potentiel juridique des administrations*, *op. cit.*, p. 23.

⁶³⁷ M. GUÉNAIRE, « La qualité juridique à l'intérieur de l'administration : l'exemple du ministère de la Culture et de la Communication », *op. cit.*, p. 75.

⁶³⁸ Arrêté du 15 juillet 1986 relatif à l'organisation de la direction de l'administration générale et de l'environnement culturel, précité.

⁶³⁹ J.-L. SILICANI, « Le programme d'amélioration de la qualité juridique du ministère de la Culture », *AJDA*, 1990, p. 884.

considérablement ses attributions en matière de conseil et d'élaboration des textes⁶⁴⁰. Les services des directions verticales continueraient à préparer chaque texte, mais la version finale du projet serait l'œuvre de la sous-direction, devenue garante de leur qualité légistique⁶⁴¹. La sous-direction assurerait aussi une mission de diffusion des textes juridiques⁶⁴². Enfin, elle conserverait ses attributions en matière contentieuse⁶⁴³. Le rapport d'audit recommande ensuite l'identification de « correspondants juridiques »⁶⁴⁴ au sein de chaque direction d'administration centrale. Ces correspondants seraient à la tête d'une « cellule d'action et de réflexion juridique » chargée de préparer une première version des projets de texte, avant leur révision par la sous-direction des affaires juridiques, et de procéder à une première analyse des dossiers contentieux. La sous-direction et les correspondants juridiques travailleraient alors de concert au cours de réunions régulières abordant les difficultés juridiques rencontrées par chaque direction.

233. Les propositions du rapport d'audit ont été intégralement suivies. Reprises dans une note du ministre aux directeurs⁶⁴⁵, elles sont ensuite mises en œuvre par la direction de l'administration générale qui désigne les correspondants juridiques dès la fin de l'année 1988. La sous-direction de la législation et du contentieux est réorganisée par l'arrêté du 25 juin 1990⁶⁴⁶. Renommée « sous-direction des affaires juridiques », ses attributions sont élargies :

« La sous-direction traite des problèmes juridiques concernant l'ensemble du ministère, apporte son conseil juridique aux services, réunit la documentation correspondante et en assure la diffusion, notamment par l'édition du bulletin officiel du ministère. Elle coordonne l'élaboration et concourt à l'application des textes législatifs et réglementaires, notamment ceux relatifs à la propriété littéraire et artistique, et aux professions artistiques. Elle participe à ce titre aux travaux des organisations internationales et assure, en liaison avec les autres directions concernées, les relations du ministère avec les sociétés de perception et de répartition des droits. Elle assure les relations du ministère avec le Conseil d'État, la commission d'accès aux documents administratifs et la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Elle assure le règlement amiable ou contentieux des affaires concernant le ministère »⁶⁴⁷.

234. L'innovation la plus intéressante de l'époque réside dans la tentative de mettre en place un

⁶⁴⁰ M. GUÉNAIRE, « Audit sur la qualité juridique des décisions du ministère de la Culture et de la Communication », *op. cit.*, Proposition n° 7, p. 44.

⁶⁴¹ *Ibid.*, Proposition n° 1, p. 41.

⁶⁴² *Ibid.*, Proposition n° 8, p. 44.

⁶⁴³ *Ibid.*, Proposition n° 4, p. 42.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, Proposition n° 1, p. 39.

⁶⁴⁵ MINISTÈRE DE LA CULTURE, DE LA COMMUNICATION, DES GRANDS TRAVAUX ET DU BICENTENAIRE, Note à l'intention des directeurs et délégués, 30 novembre 1988, disponible aux Archives nationales (cote n° 20020453/4).

⁶⁴⁶ Art. 5 de l'arrêté du 25 juin 1990 relatif à l'organisation de l'administration générale, JORF du 27 juin 1990, p. 7506.

⁶⁴⁷ Art. 5 de l'arrêté du 25 juin 1990 précité.

véritable réseau interne de juristes du ministère, animé par la sous-direction des affaires juridiques. Comme le recommandait le rapport d'audit, la sous-direction organise des réunions régulières – mensuelles ou bimensuelles – avec ses correspondants dans les directions métiers⁶⁴⁸. Ces réunions sont l'occasion de présenter les évolutions de la législation, de la réglementation ou de la jurisprudence⁶⁴⁹. Elles offrent donc un canal précieux pour diffuser l'information juridique au sein du ministère.

235. Ce programme de réflexions et de réformes fonde encore aujourd'hui le modèle d'organisation de l'expertise juridique du ministère de la Culture. La sous-direction des affaires juridiques, désormais intégrée au service des affaires juridiques et internationales, s'apparente ainsi aux directions des affaires juridiques créées par la suite.

B. Le mouvement de création

236. La création de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche en 1996 **(1.)** marque le point de départ de la généralisation des directions des affaires juridiques ministérielles **(2.)**.

1/ Un élément déclencheur : la réorganisation du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

237. À l'exception du cas particulier du ministère des Affaires étrangères et du précédent du ministère de la Défense, le ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche est le premier à consacrer une direction d'administration centrale à l'expertise juridique.

238. Cette réorganisation trouve son origine dans la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 1994 censurant les dispositions principales de la loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, dite « loi

⁶⁴⁸ J.-L. SILICANI, *op. cit.*, p. 884.

⁶⁴⁹ Tel qu'en attestent les comptes rendus de ces réunions, disponibles aux Archives nationales (MINISTÈRE DE LA CULTURE, DE LA COMMUNICATION, DES GRANDS TRAVAUX ET DU BICENTENAIRE, « Compte rendu de la réunion des correspondants juridiques centraux du 12 janvier 1990, Réunion d'installation », Archives nationales, cote n° 20020453/4).

Bourg-Broc » ou « loi Bayrou »⁶⁵⁰. Le rappel de l'objet de cette loi et des conditions de son adoption permet de mieux comprendre comment une décision du Conseil constitutionnel a pu avoir une telle influence sur les choix d'organisation interne d'une administration centrale⁶⁵¹. En effet, tout fait de l'adoption de la loi « Bourg-Broc » un calvaire politique et juridique pour le Gouvernement. Ravivant la question sensible de l'enseignement privé, le texte tente de lever le plafond des subventions d'investissement pouvant être versées par des collectivités territoriales aux établissements d'enseignement privé. Il s'agit, plus précisément, de revenir sur une disposition de la loi Falloux de 1850 fixant ce plafond à un « dixième des dépenses annuelles des établissements »⁶⁵². À cette fin, le ministre de l'Éducation nationale François Bayrou saisit l'opportunité d'une proposition de loi déposée par le député Bruno Bourg-Broc afin d'insérer un article supprimant la limite posée par la loi Falloux. Le recours à un amendement gouvernemental permet de passer outre la limite posée à l'article 40 de la Constitution en matière recevabilité financière des initiatives parlementaires. Par ailleurs, le projet d'amendement préparé par les services du ministère n'est pas soumis au Conseil d'État pour avis. Il ne bénéficie donc pas de la révision juridique habituellement réalisée par l'institution sur les projets de loi. Après des débats parlementaires houleux, et malgré une forte mobilisation populaire, la loi est adoptée. Sa constitutionnalité est contestée par des parlementaires qui saisissent le Conseil constitutionnel. L'article de la loi résultant de l'amendement gouvernemental, à savoir la possibilité accordée aux collectivités territoriales d'attribuer des subventions d'investissement aux établissements d'enseignement privés sous contrat, est déclaré contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel juge que la disposition méconnaît le principe d'égalité entre les établissements privés sous contrat d'une part et entre les établissements privés et les établissements publics d'autre part. La loi est donc promulguée sans son article principal⁶⁵³. La censure partielle de la loi sur l'enseignement privé est un déclic pour le ministre de l'Éducation nationale de l'époque, François Bayrou. Reconduit dans ses fonctions ministérielles au sein du Gouvernement Juppé nommé en

⁶⁵⁰ Cons. constit., déc. n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. p. 9, note L. FAVOREU, *RFDC*, n° 18, 1994, p. 325, comm. F. LUCHAIRE, *RDP*, 1994, n° 3, p. 609, note P. AVRIL, J. GICQUEL, *Pouvoirs*, n° 70, 1994, p. 184, note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *D.*, n° 40, 1995, p. 341, note J.-P. COSTA, *AJDA*, 1994.

⁶⁵¹ Sur la genèse de la loi et le contexte politique et sociétal dans lequel elle s'insère, v. : C. M. MOLINA BETANCUR, *La Loi Falloux : abrogation ou réforme ?*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2001, p. 183-203 ; J.-F. CHANET, « La loi du 15 mars 1850, "Du comte de Falloux aux mécomptes de François Bayrou" », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 87, 2005, p. 21 ; J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et al., *Histoire de la V^e République*, Dalloz, « Classic », 16^e édition, 2017, §. 243.

⁶⁵² Art. 69 de la loi du 15 mars 1850 relative à l'enseignement, Imprimerie nationale des lois, 1850, p. 316.

⁶⁵³ Loi n° 94-51 du 21 janvier 1994 relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, *JORF* du 22 janvier 1994, p. 1152.

1995, le ministre décide, « par besoin de sécurité »⁶⁵⁴, la création d'une direction des affaires juridiques. C'est finalement la sanction du Conseil constitutionnel qui a poussé le ministère à s'adapter en renforçant plus efficacement son expertise juridique. Le ministère dispose alors d'une sous-direction des affaires juridiques, placées à la direction des affaires générales, des affaires internationales et de la coopération⁶⁵⁵.

239. Concrètement, les « affaires juridiques » sont retirées à la direction des affaires générales, des affaires internationales et de la coopération pour être attribuées à une nouvelle direction d'administration centrale, placée sous l'autorité directe du ministre. Le décret du 10 janvier 1996 consacre la création de la direction des affaires juridiques et lui attribue les missions suivantes :

« La direction des affaires juridiques exerce, dans le domaine du droit, une fonction de conseil et d'assistance auprès de l'administration centrale du ministère, des services académiques et des établissements. Elle assure la représentation du ministère devant les juridictions des ordres administratif et judiciaire, dans les instances ne relevant pas du contentieux des pensions ou de la compétence des services déconcentrés. Elle gère les dossiers d'accidents professionnels des personnels en fonctions à l'administration centrale, des chefs des services déconcentrés et de certains personnels placés en position de détachement. Elle attribue les aides auxquelles peuvent prétendre les partenaires sociaux du ministère, notamment les organisations syndicales et les associations éducatives complémentaires de l'enseignement. Elle est chargée du secrétariat et de l'organisation des travaux du Conseil supérieur de l'éducation et du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche »⁶⁵⁶.

240. Ces attributions sont assez classiques : la fonction de la nouvelle direction s'articule autour d'une mission de conseil juridique de l'ensemble du ministère et de gestion de la plupart de ses contentieux. Les dossiers de première instance sont gérés par les académies tandis que le contentieux des pensions est confié à la direction générale des finances et du budget du ministère⁶⁵⁷.

241. Un an plus tard, la réécriture des attributions de la direction des affaires juridiques est plus ambitieuse. Le décret du 15 décembre 1997 dispose en effet que :

« La direction des affaires juridiques *exerce une fonction de conseil, d'expertise et d'assistance auprès de l'administration centrale du ministère, des services académiques et des établissements.* À ce titre, elle est consultée

⁶⁵⁴ S. LAVISGNES, Entretien n° 9.

⁶⁵⁵ G. MOTSCH, « La fonction juridique et contentieuse au ministère de l'Éducation nationale », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 118, 1993, p. 7.

⁶⁵⁶ Article 13 du décret n° 96-16 du 10 janvier 1996 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 11 janvier 1996, p. 415.

⁶⁵⁷ T. DURAND, « Un aspect de la déconcentration administrative au ministère de l'Éducation nationale : le traitement des contentieux et des transactions amiables », *Revue administrative*, n° 265, 1993, p. 61.

sur les projets législatifs ou réglementaires préparés par les autres directions. Elle a en charge la codification des textes législatifs et réglementaires. Elle veille à la mise en œuvre des procédures de nomination relatives aux établissements et organismes sur lesquels le ministre exerce son autorité ou sa tutelle. Elle représente le ministre devant les juridictions des ordres administratif et judiciaire dans les instances ne relevant pas du contentieux des pensions ou de la compétence des services déconcentrés. Elle assure la diffusion des compétences et connaissances juridiques au profit de l'administration centrale, des services déconcentrés et des établissements publics sous la tutelle du ministre. Elle attribue les aides auxquelles peuvent prétendre les partenaires sociaux du ministère, notamment les organisations syndicales et les associations éducatives qui prolongent l'action de l'enseignement public »⁶⁵⁸.

242. Le rôle de la direction des affaires juridiques dans la poursuite de l'objectif de qualité du droit est implicitement admis, puisqu'il est prévu qu'elle soit consultée sur les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés par les directions métiers et qu'elle assure la codification des textes. Ces attributions, nouvelles pour un service juridique ministériel, seront aussi confiées aux directions créées après celle de l'Éducation nationale dans les autres ministères.

243. Déclenchée par la censure de la loi sur l'enseignement privé, la création de la direction des affaires juridiques survient aussi dans un contexte de réorganisation plus large au sein du ministère. Le mouvement de groupement des cellules d'expertise juridique en une direction d'administration centrale caractérise aussi d'autres fonctions transversales du ministère, telles que les finances. Selon Hélène Rochet, « ce sont donc moins des raisons spécifiques aux affaires juridiques que des considérations plus générales concernant la rationalisation et la clarification de l'administration centrale qui motivent cette création »⁶⁵⁹. Le décret du 10 janvier 1996 consigne alors l'ensemble de ces réajustements internes. « Il ne s'agit pas d'un bouleversement, mais de la toilette nécessaire des textes après les modifications intervenues ces dernières années dans les structures gouvernementales et la constitution, au lendemain de l'élection présidentielle, d'un grand département ministériel compétent pour tous les niveaux d'enseignement, de la maternelle au supérieur »⁶⁶⁰.

244. Dans les années qui suivent la réorganisation des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, plusieurs administrations centrales se voient à leur tour dotées d'une direction des affaires juridiques aux attributions comparables.

⁶⁵⁸ Art. 11 du décret n° 97-1149 du 15 décembre 1997 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, JORF du 16 décembre 1997, p. 18134.

⁶⁵⁹ H. ROCHET, *Contribution à l'étude de l'organisation de l'administration centrale : l'exemple du ministère de l'Éducation nationale*, thèse, Université Paris 11, 2002, p. 194.

⁶⁶⁰ « Chronique de l'administration », *RFAP*, n° 77, 1996, p. 208.

2/ La généralisation d'un modèle : le mimétisme administratif

245. La généralisation des directions des affaires juridiques est le produit du mimétisme administratif, de cette propension naturelle des structures administratives à observer, imiter et adapter les solutions éprouvées par les administrations centrales voisines. Ainsi, le modèle de la direction des affaires juridiques est adopté dans d'autres ministères dès 1998.

246. Les ministères économiques et financiers sont les premiers à reprendre la formule testée au ministère de l'Éducation nationale. La direction des affaires juridiques est créée par le décret du 2 novembre 1998⁶⁶¹. Elle absorbe l'Agent judiciaire du Trésor et son service juridique, la sous-direction des affaires juridiques et du contentieux du Secrétaire d'État à l'Industrie et le secrétariat général de la Commission centrale des marchés. La direction reprend les attributions de ces services, tout en assumant un rôle nouveau en matière de rédaction des textes. Le rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 1999 présente ainsi la fonction de la nouvelle direction :

« Au-delà de ces missions traditionnelles, elle permettra de répondre à des besoins nouveaux ressentis par le ministère, tels que la coordination, à la demande du ministre, de l'élaboration de textes législatifs et réglementaires ou l'analyse de l'état du droit préalablement à l'annonce d'un projet de réforme. En outre, elle exercera des missions interministérielles d'expertise, de conseil juridique, de communication et de formation dans le domaine juridique, en direction des autres administrations centrales, mais également au bénéfice des services déconcentrés de l'État et des établissements publics nationaux, ainsi que de l'ensemble des acteurs de la commande publique »⁶⁶².

247. Il existe aujourd'hui un véritable décalage entre la « DAJ de Bercy » et les autres directions des affaires juridiques. Par ses attributions d'agent judiciaire de l'État et sa responsabilité en matière de commande publique, par sa taille et l'importance de ses effectifs⁶⁶³, par sa position assumée de prestataire de services, la direction des affaires juridiques de Bercy se distingue de toutes les autres. Sa place prééminente est également le reflet du poids des ministères économiques et financiers dans

⁶⁶¹ Décret n° 98-975 du 2 novembre 1998 portant création d'une direction des affaires juridiques au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, JORF du 3 novembre 1998, p. 16573.

⁶⁶² ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport n° 1078 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 1999, rédigé par D. MIGAUD, 1998, p. 32.

⁶⁶³ En 2022, la direction compte, selon son rapport d'activité, plus de 200 agents. À titre de comparaison, les effectifs des autres directions des affaires juridiques sont de 170 agents au ministère chargé de la Défense, 115 au ministère chargé de l'Écologie, 72 aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur. Ces chiffres sont obtenus à partir des informations communiquées par les ministères lors des avis de vacances de poste au sein des directions des affaires juridiques.

l'appareil administratif d'État.

248. Comme aux ministères économiques et financiers, la mise en place des directions des affaires juridiques intervient souvent lors de réformes ministérielles plus générales. Ainsi, la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense est créée par le décret du 8 mars 1999 lors d'une refonte du secrétariat général pour l'administration⁶⁶⁴. Elle succède à la direction de l'administration générale, elle-même divisée en un service du patrimoine et un service des moyens généraux. De même, l'institution du service des affaires juridiques du ministère de l'Agriculture intervient lors d'une réorganisation plus vaste du ministère⁶⁶⁵. Bien qu'il ne s'agisse que d'un service des affaires juridiques, et non d'une direction, cette nouvelle cellule d'expertise est dès sa création, tout à fait comparable aux directions des affaires juridiques existantes. Ses attributions sont similaires et il est également placé sous l'autorité directe du ministre. Enfin, la direction des affaires juridiques du ministère de l'Équipement est créée en 2005⁶⁶⁶.

249. Le modèle de la direction des affaires juridiques s'étend progressivement et les nouvelles directions doivent s'intégrer à l'écosystème ministériel dans lequel elles ont été implantées.

II. L'ÉVOLUTION DES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES

250. Plus de vingt ans après sa généralisation, le modèle de la direction des affaires juridiques n'a jamais été contesté. Le choix d'organiser un service d'expertise juridique central s'est confirmé **(A.)**, tandis que les directions ont été intégrées aux nouveaux secrétariats généraux des ministères **(B.)**.

A. La centralisation de l'expertise juridique au sein des directions

251. Le choix d'organiser l'expertise juridique ministérielle autour d'un service juridique central, aux attributions transversales, ne s'est jamais démenti. Une telle cellule a été instituée même dans les ministères les plus « équipés » en droit. Ainsi, il est remarquable que le ministère de la Justice,

⁶⁶⁴ Art. 20 du décret n° 99-164 du 8 mars 1999 fixant les attributions et l'organisation du secrétariat général pour l'administration du ministère de la défense, JORF du 9 mars 1999, p. 3514 ; M. POYET, « Le droit : un allié incontournable pour le militaire français », *Revue administrative*, n° 323, 2001, p. 483.

⁶⁶⁵ Art. 10 du décret n° 99-555 du 2 juillet 1999 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Agriculture et de la Pêche, JORF du 4 juillet 1999, p. 9939 ; sur cette réorganisation, v. SÉNAT, *Rapport d'information n° 39 de la commission des affaires économiques sur l'avenir du secteur alimentaire*, 1999, Annexe n° 4, p. 81.

⁶⁶⁶ Décret n° 2005-471 du 16 mai 2005 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer, JORF du 17 mai 2005, texte n° 11.

dont l'expertise juridique interne n'a jamais été mise en doute, se soit doté d'une « sous-direction des affaires juridiques générales et du contentieux » en 2010⁶⁶⁷. Ses attributions sont en tous points identiques à celles des directions des affaires juridiques des autres ministères, à une exception près : la sous-direction des affaires juridiques n'intervient pas dans le processus d'élaboration des projets de texte⁶⁶⁸. Cette différence en matière d'attributions s'explique par l'autorité ancienne des deux principales directions normatives du ministère de la Justice, la direction des affaires civiles et du sceau et la direction des affaires criminelles et des grâces. Par le passé, ces deux directions s'étaient opposées à la création d'une nouvelle entité destinée à assurer la rédaction des projets de texte⁶⁶⁹. On mesure alors la difficulté à faire accepter, par l'administration centrale, qu'un nouveau service juridique, dirigé par un magistrat administratif, s'immisce dans le processus d'élaboration des textes de droit civil et de droit pénal. Les directions du ministère de la Justice restent les productrices des textes juridiques en la matière, elles sont, pour cela, composées principalement de magistrats judiciaires. Reste que la création de la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Justice confirme que le besoin de structurer l'expertise juridique ministérielle est partagé par l'ensemble des ministères et que la solution d'un service juridique central est adoptée.

252. L'organisation de l'expertise juridique du ministère de l'Environnement illustre particulièrement une dynamique centripète, consistant à rattacher progressivement les cellules d'expertise juridiques à la direction des affaires juridiques. La création d'une direction des affaires juridiques a immédiatement été envisagée lors de la création du ministère de l'Écologie en 2007⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ Art. 21 de l'arrêté du 9 juillet 2008 fixant l'organisation en sous-directions, départements et bureaux du service support et moyens du secrétariat général du ministère de la justice, JORF du 11 juillet 2008, texte n° 23. D'abord rattachée au service « support et moyen » du secrétariat général du ministère de la Justice, celle-ci est absorbée par le service de l'expertise et de la modernisation lors de la création de celui-ci en 2017 (art. 9 de l'arrêté du 25 avril 2017 relatif à l'organisation du secrétariat général et des directions du ministère de la justice, JORF du 27 avril 2017, texte n° 49).

⁶⁶⁸ Ainsi l'art. 9 de l'arrêté du 25 avril 2017 précité dispose que la sous-direction « traite les procédures contentieuses pour le compte du ministère, ainsi que les règlements transactionnels en matière de dysfonctionnements de la justice administrative. Elle assure la représentation du garde des Sceaux devant les juridictions, sans préjudice du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État, et traite, pour le compte du ministère, les contentieux portés devant elles, sous réserve des exceptions mentionnées ci-dessous. Elle assure, par ses avis, une fonction d'expertise, d'assistance et de conseil juridique sur les affaires juridiques générales. Elle veille, pour le compte du secrétaire général, à la protection des données à caractère personnel. Elle est le correspondant de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Elle représente le ministère au comité du secret statistique. Elle est le correspondant de la Commission d'accès aux documents administratifs et du Défenseur des droits pour l'ensemble de l'administration du ministère. Elle assure le secrétariat du magistrat référent chargé de la gestion du fichier de traitement des antécédents judiciaires. Elle assure, en liaison avec les directions concernées, le suivi de l'application des lois et de la transposition des directives de l'Union européenne, et le lien, dans ces domaines, avec le secrétariat général du Gouvernement et le secrétariat général aux affaires européennes. Elle coordonne, pour le compte du ministère, le suivi des provisions pour litiges contentieux et précontentieux dont elle évalue les montants ».

⁶⁶⁹ V. *supra* §. 189.

⁶⁷⁰ Décret n° 2007-995 du 31 mai 2007 relatif aux attributions du ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, JORF du 1^{er} juin 2007, texte n° 1.

Le nouveau ministère résulte de la fusion des attributions et des administrations des ministères de l'Équipement et de l'Environnement⁶⁷¹. Il absorbe alors les moyens juridiques des administrations centrales qui comportaient, pour l'une, une direction des affaires juridiques et, pour l'autre, une sous-direction des affaires juridiques⁶⁷². Selon le rapport de préfiguration de la future direction des affaires juridiques du nouveau ministère de l'Environnement, l'organisation projetée « marque une nette rupture avec le mode d'organisation des composantes “équipement” et “écologie du ministère” »⁶⁷³. En effet, malgré la création d'une direction des affaires juridiques au ministère de l'Écologie en 2005, la fonction d'expertise juridique des deux ministères demeure « éparpillée au sein des directions, voire des sous-directions » métiers. La déconcentration des ressources juridiques empêche l'organe central d'expertise juridique d'atteindre « la masse critique nécessaire pour le traitement des questions les plus complexes » et ne permet pas au ministre d'avoir « une vision d'ensemble des principales questions juridiques soulevées dans le champ de compétence du ministère »⁶⁷⁴. Organisée un an après la création du ministère de l'Écologie⁶⁷⁵, la nouvelle direction des affaires juridique a donc vocation à absorber, à son tour, l'ensemble des cellules d'expertise juridique encore disséminées au sein des directions sectorielles. Comme l'explique Aurélie Bretonneau, directrice des affaires juridiques du ministère de l'Environnement de 2019 à 2022 :

« La DAJ s'est ainsi construite par regroupement des deux sous-directions juridiques (sous-direction de l'éthique et du droit, sous-direction du droit public et du contentieux) de la direction des affaires juridiques, informatiques et logistiques (DAJIL), de la sous-direction des affaires juridiques de la direction générale de l'Administration (DGA), de la mission codification du secrétariat général de la direction générale de la mer et des transports (DGMT), mais aussi de fragments plus petits et issus d'un travail fastidieux d'égrenage entre les fonctions d'appui juridique et les fonctions de conduite des projets »⁶⁷⁶.

253. D'autres services d'expertise juridique ont été intégrés par la direction des affaires juridiques

⁶⁷¹ P. LASCOUMES, « L'invention du grand ministère du Développement durable. La fusion comme renouveau administratif », in P. LASCOUMES, L. BONNAUD, J.-P. LE BOURHIS, E. MARTINAIS, *Le développement durable. Une nouvelle affaire d'État*, PUF, « L'écologie en question », 2014, p. 9.

⁶⁷² La sous-direction est créée en 1999 et rattachée à la direction générale de l'administration et du développement (arrêté du 4 mars 1999 modifiant l'arrêté du 11 janvier 1994 modifié portant organisation des directions de l'administration centrale du ministère de l'Environnement, JORF du 6 mars 1999, p. 3378).

⁶⁷³ T.-X. GIRARDOT, *Rapport de préfiguration de la direction des affaires juridiques aux ministres*, Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables, 2008, p. 2.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Art. 2-II du décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, JORF du 10 juillet 2008, texte n° 3.

⁶⁷⁶ A. BRETONNEAU, « La mission juridique de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Environnement », *RDP*, 2022, n° 1, p. 19.

au fil des ans⁶⁷⁷. Si des îlots d'expertise juridique demeurent, comme à la direction de l'habitat, de l'urbanisme et des paysages, la direction des affaires juridiques tend tout de même à capter l'essentiel des ressources juridiques du ministère.

254. La trajectoire de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux est encore plus significative. La délégation des affaires juridiques n'est créée qu'en 2011, sous l'impulsion du secrétaire général des ministères sociaux⁶⁷⁸. Jusqu'alors, il n'existe qu'une sous-direction des affaires juridiques, placée au sein de la direction des affaires financières des ministères. Selon Catherine de Salins, directrice de la délégation des affaires juridiques de 2010 à 2013, deux facteurs peuvent expliquer que les ministères sociaux aient procédé à la refonte de l'organisation de l'expertise juridique plus tardivement⁶⁷⁹. D'une part, les deux principales directions générales du ministère du Travail, la direction générale du travail et la direction générale de la sécurité sociale, disposent d'une forte culture juridique. Dans ces directions, la plupart des agents sont des juristes. Ce profil n'est pas celui des agents des deux directions générales du ministère de la Santé. En effet, la direction générale de la santé et la direction générale de l'offre de soin sont plutôt composées d'agents aux profils médicaux. Il existe donc un décalage entre les ressources juridiques dont disposent les différentes directions générales assistées par le secrétariat général des ministères. D'autre part, la tardiveté de la réaction ministérielle au besoin d'expertise juridique s'explique peut-être aussi par la personnalité des ministres, qui n'ont peut-être pas perçu la nécessité de renforcer les organes ministériels d'expertise juridique. Les moyens de la nouvelle délégation des affaires juridiques sont d'abord limités. Elle ne dispose que d'une vingtaine d'agents, issus de l'ancienne sous-direction, et les directions métiers conservent leurs cellules d'expertise juridique. La mission juridique du Conseil d'État instituée au sein du ministère est maintenue. La délégation des affaires juridiques devient une direction en 2013, mais ses attributions sont inchangées. Ces dernières sont identiques à celles de l'ensemble des directions des affaires juridiques ministérielles. Toutefois, dans ses premières années, la direction concourt très peu à l'activité normative du ministère⁶⁸⁰. Elle n'est pas une étape

⁶⁷⁷ Aurélie Bretonneau fait l'inventaire de ces rattachements : « [le] bureau des affaires juridiques et du contentieux de la direction des affaires maritimes (DAM) ; la moitié des effectifs du bureau du droit de l'eau et du contentieux de la direction de l'Eau ; [le] bureau des affaires juridiques de la direction générale des routes (DGR) ; [le] bureau du contentieux de l'urbanisme de la direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction (DGUHC) ; [l'] unique agent, affecté au contentieux, issu du bureau du droit immobilier et du contentieux de l'habitat à la DGUHC ; [la] moitié des effectifs du bureau du contentieux de la direction de la Prévention des pollutions et des risques (DPPR) ; [les] deux agents, affectés au contentieux, du bureau de la législation et du contentieux à la direction de la sécurité et de la circulation routières (DSCR) ».

⁶⁷⁸ Décret n° 2011-498 du 5 mai 2011 portant création d'une délégation aux affaires juridiques auprès des ministres chargés des affaires sociales, JORF du 6 mai 2011, texte n° 33.

⁶⁷⁹ C. DE SALINS, Entretien n° 16.

⁶⁸⁰ C. DE SALINS, Entretien n° 16 ; P. RANQUET, Entretien n° 15.

obligatoire de l'élaboration des textes qu'elle n'examine que lorsqu'elle est saisie par les directions sectorielles ou par le cabinet. Elle participe toutefois à la rédaction des textes relatifs à la déontologie, dont le secrétariat général des ministères à la responsabilité. La première décennie de la direction des affaires juridiques consiste donc en une phase d'intégration prudente au sein des ministères sociaux.

255. La direction des affaires juridiques s'est ensuite lancée dans une démarche s'apparentant à une conquête de la fonction d'expertise juridique des ministères sociaux. À l'initiative de son nouveau directeur, l'organisation, la fonction et la place de la direction des affaires juridiques sont repensées. La première étape ne porte que sur l'organisation interne de la direction, modifiée par l'arrêté du 29 novembre 2019⁶⁸¹. Celle-ci est considérée comme le préalable d'une révision plus ambitieuse des attributions de la direction exigeant la réécriture du décret d'organisation du ministère. Le projet est interrompu par la crise sanitaire de la covid-19 : le ministère de la Santé, et plus particulièrement la direction des affaires juridiques, est fortement mis à contribution durant la pandémie⁶⁸². En effet, de façon exceptionnelle au regard des pratiques ministérielles en vigueur, la direction porte l'ensemble des textes de gestion de la crise⁶⁸³. L'investissement de la direction dans la gestion de la crise démontre l'utilité de constituer un pôle d'expertise juridique fort, apte à soutenir l'activité normative des ministères⁶⁸⁴. Le décret du 23 mars 2021 réorganise la fonction d'expertise juridique du ministère⁶⁸⁵. Sur le plan organique, les bureaux d'expertise juridique des directions sectorielles sont rattachés à la direction juridique qui compte désormais plus d'une centaine d'agents⁶⁸⁶. Sur le plan fonctionnel, les attributions de la direction sont étendues et son rôle dans l'élaboration des projets de textes est affirmé. Elle « est consultée sur les projets de textes législatifs et les principaux projets de textes réglementaires préparés par les administrations centrales » et assure le suivi de leur procédure d'adoption et de publication. Elle est responsable de la qualité de la réglementation. À ce titre, elle coordonne les travaux d'évaluation préalable et participe à la mise en œuvre de la politique de simplification du droit. L'exemple de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux prouve ainsi qu'un service peut, par le jeu de circonstances

⁶⁸¹ Arrêté du 29 novembre 2019 relatif à l'organisation de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux, JORF du 30 novembre 2019, texte n° 12. L'arrêté remplace les pôles juridiques préexistants par un « service de la législation et du conseil » et une « sous-direction du contentieux ».

⁶⁸² C. TOUBOUL, Entretien n° 17.

⁶⁸³ V. *infra*, §. 573.

⁶⁸⁴ « “La crise sanitaire a révélé l'intérêt d'une plus forte centralisation de la fonction juridique”, 3 questions à Charles Touboul, directeur des affaires juridiques des ministères sociaux (DAJMS) », *JCP G*, 2021, 606.

⁶⁸⁵ Décret n° 2021-307 du 23 mars 2021 relatif à la fonction juridique des ministères sociaux, JORF du 24 mars 2021, texte n° 15 ; arrêté du 23 mars 2021 relatif à la fonction juridique des ministères sociaux, JORF du 24 mars 2021, texte n° 17.

⁶⁸⁶ DAJ des ministères sociaux, *Bilan d'activité 2021*, p. 8.

favorables, provoquer des crises de croissance et gagner en importance au sein de la structure ministérielle.

256. Il serait toutefois incorrect d'analyser la création des directions des affaires juridiques comme un processus de concentration totale des ressources juridiques ministérielles. La dynamique centripète, observée au sein des ministères sociaux et du ministère de l'Écologie, n'est pas nécessairement représentative de l'ensemble des directions des affaires juridiques. Des services juridiques peuvent avoir été conservés, voire même créés, au sein des directions sectorielles⁶⁸⁷. L'activité d'expertise juridique ministérielle ne se résume donc pas à celle des directions des affaires juridiques. Toutefois ces dernières demeurent les organes transversaux d'expertise juridique des administrations centrales. À ce titre, elles ont été intégrées aux secrétariats généraux des ministères.

B. L'intégration des directions aux secrétariats généraux des ministères

257. La généralisation des secrétariats généraux de ministères a affecté la place des directions au sein des administrations centrales. Dans la mesure où ces superstructures administratives pilotent et mutualisent les fonctions transversales des ministères, les directions des affaires juridiques y ont été logiquement intégrées (1.), au risque d'assimiler leur fonction d'expertise juridique à une « fonction support » (2.).

1. Le principe de l'intégration

258. À l'exception de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, les directions sont aujourd'hui intégrées aux secrétariats généraux des ministères. Il n'en a pas toujours été ainsi puisque, lors de leur création, les directions sont d'abord placées sous l'autorité directe des ministres. Mais, à la suite de la transformation des secrétariats généraux des ministères entamée au milieu des années 2000 et achevée en 2014, la place des directions des affaires juridiques

⁶⁸⁷ La lecture des organigrammes des directions d'administration centrale permet de repérer de tels services. Par exemple, au ministère de la Culture, la direction générale du patrimoine et de l'architecture, comme celle de la création artistique disposent de sous-direction des affaires financières, au sein desquels se trouvent des bureaux des affaires juridiques. De même, à Bercy, le cabinet du directeur du Trésor comprend un « pôle affaires juridiques », tout comme la direction générale de la concurrence, de la consommation et de répression des fraudes dispose d'une sous-direction consacrée au droit de la concurrence, au droit de la consommation et aux affaires juridiques incluant un bureau de « soutien juridique ». Au ministère de l'Intérieur, l'expertise de la sous-direction des affaires juridiques de la direction générale de l'Outre-mer est particulièrement reconnue au niveau gouvernemental, la sous-direction étant considérée comme le service de référence en matière de droit de l'Outre-mer.

a été repensée.

259. Les secrétariats généraux de ministères reconstitués à partir du début des années 2000 n'ont d'abord aucune prise sur la fonction d'expertise juridique ministérielle. Ils sont, avant tout, les « artisans de la réforme de l'État »⁶⁸⁸. Leur rôle est d'animer les stratégies ministérielles de réformes sur lesquelles ils assurent un « suivi à la fois technique et politique »⁶⁸⁹. Ainsi, le secrétaire général du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie est créé afin de « coordonner l'administration et d'assurer le suivi des projets de réforme et de modernisation du ministère »⁶⁹⁰. Il n'a aucune attribution en matière d'expertise juridique et peut seulement disposer, « en tant que de besoin »⁶⁹¹, de la direction des affaires juridiques. De même, le secrétaire général du ministère de l'Environnement, mis en place en 2006, « coordonne la réflexion stratégique du ministère, veille à la cohérence des politiques ministérielles, s'assure de leur mise en œuvre et coordonne l'action de l'ensemble des services de l'administration centrale »⁶⁹². Les activités des secrétariats généraux et des directions des affaires juridiques ministérielles sont donc clairement distinguées et les directions demeurent sous l'autorité directe du ministre.

260. Les rapports entre les directions des affaires juridiques et les secrétariats généraux ont ensuite été redéfinis. En effet, la fonction des secrétaires généraux a progressivement évolué vers une fonction de coordination et de gestion des « fonctions support » des administrations centrales, conduisant à l'intégration des directions des affaires juridiques au sein des secrétariats. Dans un premier temps, cette évolution s'opère sans politique d'ensemble, au fil des contingences ministérielles et des démarches de mutualisation des moyens réalisées. L'intégration de la direction intervient en 2006 aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur⁶⁹³, en

⁶⁸⁸ Circulaire du 2 mai 2004, citée par J. CHEVALLIER, « La reconfiguration de l'administration centrale », *RFAP*, n° 116, 2005, p. 720 ; B. PÉCHEUR, « Le renouveau des secrétaires généraux de ministères », *Les cahiers de la fonction publique et de l'Administration*, n° 258, 2006, p. 8. Sur l'histoire des secrétaires généraux des ministères, v. P. DE FORGES, « Les secrétaires généraux de ministères » in IFSA, *Les superstructures des administrations centrales*, FNSP, 1971, p. 99 ; L. ROUBAN, « Histoire d'une institution : les secrétariats généraux des ministères », *Les cahiers de la fonction publique et de l'Administration*, n° 258, 2006, p. 4 ; H. PAULIAT, « Un phénix administratif : le secrétaire général de ministère », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 265.

⁶⁸⁹ MINISTÈRE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA RÉFORME D'ÉTAT, *Rapport d'activité ministériel 2004*, La Documentation française, 2005, p. 78.

⁶⁹⁰ Art. 2 du décret n° 2000-429 du 23 mai 2000 fixant les attributions du secrétaire général du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, JORF du 24 mai 2000, texte n° 2.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² Art. 1^{er} du décret n° 2005-474 du 16 mai 2005 modifiant le décret n° 2000-426 du 19 mai 2000 portant organisation de l'administration centrale du ministère chargé de l'environnement, JORF du 17 mai 2005, texte n° 19.

⁶⁹³ Décret n° 2006-572 du 17 mai 2006 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 21 mai 2006, texte n° 5.

2008 aux ministères l'Environnement⁶⁹⁴ et de l'Agriculture⁶⁹⁵, en 2009 au ministère de la Culture⁶⁹⁶ et aux ministères sociaux⁶⁹⁷ et en 2013 au ministère de l'Intérieur⁶⁹⁸. En revanche, la direction des affaires juridiques de Bercy demeure sous l'autorité directe des ministres. L'hypothèse de son rattachement au secrétariat général a pourtant été envisagée lors de la réorganisation du secrétariat en 2010. Toutefois, le caractère interministériel de l'activité d'agent judiciaire de l'État confiée à la direction a été avancé pour renoncer à cette initiative⁶⁹⁹.

261. La définition des attributions de secrétariats généraux de ministères par le décret du 24 juillet 2014 a indirectement permis de clarifier l'articulation de leurs missions et de celles des directions des affaires juridiques. Ce décret est une réaction à un référé de la Cour des comptes critiquant le manque de cohérence générale des attributions des secrétariats généraux⁷⁰⁰. La Cour appelle ainsi à la définition réglementaire d'un « socle minimal de compétences » et juge opportune la pratique des ministères consistant à regrouper, au sein du secrétariat général, l'ensemble des services ministériels assumant des « fonction de soutien ». Il importe de noter que la Cour des comptes n'intègre pas explicitement l'expertise juridique parmi ces fonctions. En effet, le référé se borne à mentionner les affaires financières, la gestion des ressources humaines, les systèmes d'information et le contrôle interne⁷⁰¹. Si cette liste est parfois ouverte, la Cour ne mentionne jamais ni l'expertise juridique ni même la gestion des affaires contentieuses⁷⁰². Anticipant la publication du référé, le Premier ministre procède à la définition attendue des attributions des secrétaires généraux de ministère. Le

⁶⁹⁴ Décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, JORF du 10 juillet 2008, texte n° 3.

⁶⁹⁵ Décret n° 2008-636 du 30 juin 2008 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère chargé de l'agriculture, de l'alimentation, de l'agroalimentaire et de la forêt, JORF du 1^{er} juillet 2008, texte n° 17.

⁶⁹⁶ Décret n° 2009-1393 du 11 novembre 2009 relatif aux missions et à l'organisation de l'administration centrale du ministère de la culture et de la communication, JORF du 15 novembre 2009, texte n° 17.

⁶⁹⁷ Décret n° 2009-639 du 8 juin 2009 relatif à l'administration centrale des ministères chargés de la santé, des affaires sociales, de la protection sociale, des sports, de la jeunesse et de la vie associative et complétant le décret n° 2005-1795 du 30 décembre 2005 portant organisation de l'administration centrale du ministère de la jeunesse, des sports et de la vie associative, JORF du 9 juin 2009, texte n° 22. Il s'agit d'abord de la direction des affaires financières, juridiques et des services. Créée en 2011, la délégation des affaires juridiques est directement placée sous l'autorité du secrétariat général (décret n° 2011-499 du 5 mai 2011 relatif aux attributions du secrétaire général des ministères chargés des affaires sociales, JORF du 6 mai 2011, texte n° 34).

⁶⁹⁸ Décret n° 2013-728 du 12 août 2013 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et du ministère des outre-mer, JORF du 14 août 2013, texte n° 19.

⁶⁹⁹ J. MAÏA, Entretien n° 10.

⁷⁰⁰ COUR DES COMPTES, *Référé n° 70554 relatif aux secrétaires généraux et secrétariats généraux de ministères*, 25 juillet 2014. Publié un jour avant que le référé ne soit rendu, le décret de 2014 anticipe largement les critiques et les recommandations de la Cour des comptes.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁰² La Cour des comptes n'est pas revenue sur son approche des « fonctions de soutien » (ou « fonctions de support »). Elle continue d'exclure implicitement les activités de conseil juridique parmi ses fonctions (v., par ex., COUR DES COMPTES, *Les services déconcentrés...*, *op. cit.*, p. 169 : la Cour compte alors parmi les fonctions support des services déconcentrés dont elle étudie la mutualisation les fonctions « budgétaires, RH, achat, immobilier, informatique »).

décret du 24 juillet 2014 modifie le décret du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des administrations centrales et dispose que :

« Sauf dérogation prévue par décret et sans préjudice d'autres attributions qui peuvent lui être conférées par le décret régissant l'organisation du ministère, le secrétaire général a la responsabilité, pour l'ensemble du ministère, des fonctions transverses suivantes : 1° La fonction financière ; 2° Le contrôle de gestion et le pilotage des dispositifs de contrôle interne ; 3° La politique ministérielle de gestion des ressources humaines ; 4° Les achats et marchés ; l'immobilier ; 5° La politique de développement des systèmes d'information ; 6° *Le conseil juridique* ; 7° L'information et la communication ; 8° La coordination de la tutelle sur les opérateurs relevant du ministère [...] »⁷⁰³.

262. Le Gouvernement adopte donc une approche différente de celle retenue par la Cour des comptes en choisissant d'intégrer le « conseil juridique » parmi les fonctions transverses du ministère. Cette approche est, de prime abord, surprenante. Peut-on réellement placer sur le même niveau le conseil juridique et l'immobilier ou la communication ministérielle ? Si l'animation des fonctions de soutien revêt une dimension stratégique pour les administrations, toutes ces fonctions n'ont évidemment pas la même implication dans la conception et la mise en œuvre des politiques publiques. Le conseil juridique exerce une influence sur le sens des choix opérés par les autorités politiques et administratives. Une analyse juridique peut infléchir le contenu d'une décision politique. Dès lors, l'expertise juridique ne saurait être reléguée au rang de fonction support, accessoire à l'activité administrative et politique du ministère. Considérer l'inverse conduirait à dégrader la place de l'expertise juridique dans la conception et la réalisation de la fonction administrative et, finalement, diminuer l'importance du droit pour administrer.

263. Le raisonnement qui sous-tend le décret n'est probablement pas aussi radical. En effet, le décret du 24 juillet 2014 prend garde à ne pas employer l'expression de « fonctions support ». Il lui préfère celle, plus neutre, de « fonctions transverses ». Ce choix sémantique est judicieux. D'une part, il évite de recourir, dans un texte réglementaire, à l'usage maladroit de termes managériaux, souvent imprécis, pour définir les attributions d'un organe administratif. D'autre part, il élude habilement la question de la nature de l'activité de conseil juridique. En effet, contrairement à l'expression de « fonctions support », qui renseigne déjà sur la nature d'une activité (qui « supporte » l'activité principale d'un organe), celle de « fonctions transverses » n'indique que le champ de celle-ci. Le conseil juridique est effectivement une activité transversale car elle s'exerce au profit de l'ensemble des services et des agents du ministère. Mais l'activité de conseil juridique n'est

⁷⁰³ Art. 2 du décret n° 2014-834 du 24 juillet 2014 relatif aux secrétaires généraux des ministères, JORF du 25 juillet 2014, texte n° 3.

transversale que dans la mesure où elle est confiée à des services horizontaux, extérieurs aux directions sectorielles. Avant que les directions des affaires juridiques ne soient instituées, le conseil juridique s'exerçait principalement au sein de ces directions sectorielles. Or, il n'aurait pu être envisagé, dans une telle configuration, de reconnaître aux secrétariats généraux une quelconque responsabilité sur cette activité sans empiéter sur les prérogatives et l'organisation des directions métiers. Dès lors, il semble que c'est en raison des conditions dans lesquelles s'exerce le conseil juridique au sein des ministères que celui-ci a été considéré comme une fonction transverse, dont le secrétariat général pouvait avoir la responsabilité. Pour le dire autrement, c'est parce que les directions des affaires juridiques sont des directions transversales que le conseil juridique a été confié aux secrétariats généraux, appelés à regrouper l'ensemble des services transversaux des ministères. Bien que le décret du 24 juillet 2014 ne se prononce pas définitivement sur la nature de la fonction de conseil juridique, l'opportunité de l'intégration des directions des affaires juridiques aux secrétariats généraux de ministères reste à éprouver.

2. L'opportunité de l'intégration

264. Plus de dix ans après l'intégration des directions aux secrétariats généraux des ministères, plusieurs observations peuvent être formulées sur les avantages et les inconvénients d'un tel choix. Le bilan est globalement positif. Si les directions des affaires juridiques rencontrent parfois des freins dans l'exercice de leur activité, ces obstacles, qui seront mis en lumière lors de la seconde partie de cette recherche, ne résultent pas de leur rattachement aux secrétariats généraux. Au contraire, les réticences initiales des directeurs des affaires juridiques ont été levées au fil de la pratique administrative⁷⁰⁴.

265. Les directions des affaires juridiques tirent profit de la position institutionnelle des secrétariats généraux. Alors que les directions des affaires juridiques n'étaient créées que depuis quelques années, leur absorption au sein des secrétariats généraux a pu participer à leur intégration au sein des administrations centrales. Elles ont pu bénéficier de l'autorité dont bénéficie le secrétaire général au sein du ministère et de leur stabilité face à l'évolution des structures gouvernementales. Comme le souligne la Cour des comptes :

« La permanence des secrétaires généraux, comme celle des contrôleurs budgétaires et comptables ministériels, permet d'atténuer les inconvénients pour le fonctionnement de l'administration du

⁷⁰⁴ S. LASVIGNES, Entretien n° 9.

changement fréquent des périmètres ministériels et de la déconnexion régulière entre, d'un côté, l'organisation gouvernementale et, de l'autre, l'organisation administrative qui en est la conséquence. L'existence d'un secrétaire général, chargé du soutien et de la gestion d'un ensemble de services, indépendant de la configuration gouvernementale, facilite les transitions lors des changements de gouvernement ou de remaniements ministériels, en évitant les pertes de temps et d'énergie que causeraient des réorganisations administratives »⁷⁰⁵.

266. Au sein des secrétariats généraux des ministères, les directions des affaires juridiques sont épargnées par les fluctuations ministérielles. Elles font partie de pôles administratifs stables, attachés à de grands domaines intangibles de l'action publique (l'agriculture, la culture, les affaires étrangères, les affaires sociales, la défense, la justice, l'éducation et l'enseignement supérieur, l'écologie et les transports, l'économie et les finances, l'intérieur). Tous les ministres, dont le nombre et les domaines d'attributions dépendent des choix opérés lors de la formation du gouvernement, peuvent alors, selon leurs décrets d'attribution, avoir autorité sur ces pôles administratifs ou en disposer. L'intégration des directions des affaires juridiques aux secrétariats généraux de ministère facilite donc la mise à disposition d'un pôle d'expertise juridique pour chaque membre du Gouvernement.

267. Toutefois, du fait de leur situation nouvelle, les directions des affaires juridiques ne sont plus des directions d'administration centrale de plein exercice. L'accès direct aux ministres dont elles disposaient est, sur le plan hiérarchique, rompu : le secrétaire général a autorité directe sur le directeur des affaires juridiques. On peut gager toutefois que les relations des directeurs aux ministres ne sont pas bridées par ces éléments hiérarchiques. Il s'agit de relations de confiance interpersonnelles qui se nouent et se construisent au fil de la pratique ministérielle. Il appartient, en effet, au ministre et à son cabinet de consulter la direction des affaires juridiques et de l'associer aux travaux du ministère. De même, il incombe à la direction de proposer des solutions juridiques utiles aux ministres pour obtenir sa confiance. Néanmoins, il est possible de regretter que, dans de nombreux ministères, les directeurs des affaires juridiques ne soient pas conviés aux réunions régulières tenues entre les directeurs de l'administration centrale du ministère⁷⁰⁶. Il semble en effet crucial que la direction puisse avoir accès à toute l'information utile sur les dossiers en cours au ministère, afin de garantir la sécurité juridique des activités menées par les services. Même placées au sein des secrétariats généraux des ministères, les directions doivent être regardées comme des

⁷⁰⁵ COUR DES COMPTES, Référé n° 70554, précité, p. 3.

⁷⁰⁶ Selon les témoignages des directeurs des affaires juridiques interrogés, il semblerait que seuls les directeurs des affaires juridiques des ministères de l'Intérieur et des Affaires étrangères soient régulièrement conviés à de telles réunions.

acteurs de la construction des politiques publiques.

*

268. La refonte de l'expertise juridique n'a pas été coordonnée. Les réorganisations successives ont été actées et menées à la faveur des opportunités administratives et des contingences ministérielles. La multitude des initiatives rend encore plus flagrante l'unité de la réponse apportée au besoin d'expertise juridique ministériel. Le modèle de la direction des affaires juridiques s'est bien diffusé au sein des administrations centrales.

Conclusion du chapitre

269. L'institution des directions des affaires juridiques est apparue comme la solution administrative la plus adaptée pour renforcer l'expertise juridique ministérielle. Cette formule est l'expression d'un choix politique et administratif. Certaines solutions plus audacieuses, inspirées de pays voisins, n'étaient tout simplement pas transposables à la France, sauf à revenir sur des éléments fondamentaux de l'organisation du travail administratif et gouvernemental. La création d'un organe interministériel d'expertise juridique n'a jamais été réellement envisagée, dans la mesure où celui-ci aurait empiété sur le rôle traditionnel du Conseil d'État et le rôle émergent du Secrétariat général du Gouvernement dans le travail d'élaboration des normes. Un tel organe aurait peut-être aussi bridé la relative autonomie dont jouissent les ministres dans l'élaboration des politiques publiques et dans la gestion des contentieux qui les concernent. La création des directions des affaires juridiques visait à adapter les structures administratives et non bouleverser le modèle administratif.

270. Après plusieurs initiatives ministérielles plus modestes, l'institution des directions des affaires juridiques constitue une avancée notable dans l'entreprise de revalorisation de l'expertise juridique ministérielle. Il est d'abord fait le choix, sur le plan structurel, d'élever l'organe d'expertise juridique du ministère au rang de direction d'administration centrale. Cette formule permet de valoriser le service juridique au sein du ministère, tout en lui conférant un champ d'action transversal. La démarche suit une logique bureaucratique classique selon laquelle plus le problème et la tâche confiés à un organe sont importants, plus celui-ci occupera un rang élevé dans la hiérarchie ministérielle. Au-delà de la position des directions dans l'organigramme ministérielle, l'institution des directions des affaires juridiques constitue un moment de réflexion de l'administration d'État sur son expertise juridique et sur la manière la plus adéquate de l'organiser. L'énumération des attributions des directions, rédigées en des termes presque identiques, participe à la redéfinition de la fonction d'expertise juridique ministérielle.

Chapitre 3

L'organisation et le fonctionnement des directions des affaires juridiques

271. Les directions des affaires juridiques sont des directions d'administration centrale comme les autres. Les règles relatives à leur organisation et à leur fonctionnement correspondent aux règles communes aux administrations centrales, qu'il s'agisse de la compétence ministérielle d'organisation des services, de la nomination du directeur des affaires juridiques, du recrutement des agents ou encore de la répartition des crédits budgétaires. Tout en identifiant ces règles, il s'agit ici d'apprécier leur adéquation à la fonction d'expertise juridique confiée aux directions. Des moyens inadéquats et une organisation inadaptée peuvent en effet apparaître comme des obstacles réels à l'exercice quotidien de l'activité des directions. Par exemple, la plus-value d'une direction des affaires juridiques ne réunissant que des administrateurs généralistes, peu formés au droit, serait moindre, dès lors que les services ministériels recherchent précisément auprès de la direction une connaissance plus experte de la technique juridique. Ainsi, la question des moyens et de l'organisation interne demeure capitale lorsqu'il s'agit d'apprécier la façon dont un organe administratif exerce effectivement la mission qui lui est confiée.

272. Après avoir exposé l'organisation interne des directions, c'est-à-dire l'agencement des sous-directions et bureaux qui les composent (**Section 1**), les humains et matériels dont elles disposent seront mis en évidence (**Section 2**).

SECTION 1. L'ORGANISATION INTERNE DES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES

273. L'étude de la façon dont l'ensemble des bureaux qui composent les directions des affaires juridiques sont agencés comporte de prime abord une évidente dimension descriptive. L'exploration des organisations administratives est austère ; le commentaire des organigrammes,

qui sont la représentation graphique des composantes d'une structure et de leurs relations, est aussi passé de mode. S'il a connu un certain âge d'or⁷⁰⁷, cet exercice est désormais le marqueur d'une certaine manière de faire de la science administrative, influencée par l'essor de la sociologie des organisations⁷⁰⁸. Cette ère de la discipline semble aujourd'hui révolue : « il s'agit moins d'étudier ce que *sont* les administrations (d'un point de vue interne) que ce qu'elles *font* (d'un point de vue externe) »⁷⁰⁹, le paradigme des politiques publiques se substituant au paradigme organisationnel⁷¹⁰. Pourtant, « on peut faire dire vite beaucoup de choses par des organigrammes »⁷¹¹ : traduction sur le plan organisationnel des attributions administratives, leur comparaison dans le temps révèle tant l'évolution des missions de l'administration que la transformation de la manière même d'administrer. L'organigramme demeure surtout un document clé de la vie administrative : utile aux agents, en particulier dans le cadre de l'élaboration des délégations de signature, il est aussi précieux aux usagers lorsqu'ils cherchent à identifier leur interlocuteur au sein d'une administration.

274. Les directions des affaires juridiques se comprennent à l'aune de leurs organisations internes. Le découpage d'une direction en sous-directions, divisées en bureaux, et la répartition des tâches entre tous ces services renseignent sur la nature des missions confiées aux directions ainsi que sur les conditions concrètes de leur réalisation. Si l'on sait, par exemple, que la fonction d'expertise juridique confiée aux directions consiste en une activité de conseil et une activité contentieuse, l'étude des organisations internes permet d'observer la façon dont ces deux activités sont prises en charge. S'agit-il d'isoler les bureaux chargés du contentieux, afin de permettre aux agents de se spécialiser dans l'activité de défense du ministre devant les juridictions, ou de distribuer les dossiers contentieux à des bureaux spécialisés selon les domaines d'activité du ministère, de sorte que les activités de conseil et de contentieux s'enrichissent mutuellement ? Cette question n'est qu'un

⁷⁰⁷ Comme en témoigne la publication d'un ouvrage dédié : G. DUPUIS, *Organigrammes des institutions françaises*, Armand Colin, « Collection U Série Droit public interne », 1971. La dimension organisationnelle est alors structurante dans les ouvrages de science administrative (J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, *Science administrative*, t. II, LGDJ, 1978, p. 44) atténuée par la suite (J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, « Thémis Droit », 6^e édition, 2019).

⁷⁰⁸ Sous l'influence des travaux de Michel Crozier et du Centre de sociologie des organisations qui ont aussi porté sur le phénomène administratif (par ex., M. CROZIER, « Pour une sociologie de l'action publique », *RFSP*, vol. 6, 1956, p. 750). La science administrative emprunte alors à la sociologie certaines de ses méthodes d'investigation (v., par ex. L. BOULET, « La méthode en science administrative », in J.-M. AUBY, P. BANDET, L. BOULET et al. (dir.), *Traité de science administrative*, Mouton, 1966, p. 133) et s'attache à regarder l'agencement des structures administratives.

⁷⁰⁹ J. CHEVALLIER, « La science administrative et le paradigme de l'action publique », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 267 ; v. égal. G. TIMSIT, « La science administrative d'hier à demain... et après-demain », *RDP*, 1982, p. 929 et J. CAILLOSSE, « Quel espace pour la science administrative aujourd'hui ? Interrogations sur la distribution actuelle des « sciences de l'État », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, « Droit et Société », 2007, p. 369.

⁷¹⁰ J. CHEVALLIER, *ibid.*

⁷¹¹ G. VEDEL, « Préface », in G. DUPUIS, *op. cit.*, p. 3.

exemple de celles qui dictent les choix d'organisation interne des directions des affaires juridiques.

275. L'agencement des services des directions est aussi une voie d'accès à l'analyse plus générale de l'évolution des règles de répartition des compétences d'organisation des administrations centrales. Le faible intérêt porté à ces règles de droit administratif institutionnel, dont l'application ne crée aucun enjeu contentieux, explique sans doute que les modifications du régime juridique survenues ces dernières années aient été ignorées. Pourtant, le cadre général de l'organisation des administrations centrales s'est progressivement assoupli, afin de faciliter la réorganisation des services et d'adapter les structures administratives à l'évolution de leurs missions. Il convient donc de présenter, d'abord, le nouveau régime d'organisation des directions des administrations centrales **(I.)**, pour identifier, ensuite, les règles et principes d'organisation interne des directions des affaires juridiques **(II.)**.

I. UNE LIBERTÉ D'ORGANISATION CROISSANTE

276. Autonomie et souplesse semblent être les maîtres-mots de l'évolution des règles d'organisation interne des administrations centrales. L'exemple des directions des affaires juridiques montre, en effet, combien ces règles générales ont été assouplies dans le but de simplifier les structures administratives et de rendre le travail administratif plus efficace. Ainsi, la liberté du ministre de fixer, par arrêté, les sous-directions des directions d'administration centrale **(A.)** est désormais complétée par un mouvement récent de déréglementation de l'organisation des échelons inférieurs du ministère **(B.)**.

A. La liberté renforcée des ministres

277. Directions d'administration centrales comme les autres, malgré leur rattachement aux secrétariats généraux des ministères, les directions des affaires juridiques sont organisées selon les règles posées par le décret du 15 juin 1987. Ainsi, l'organisation des directions d'administration centrale en sous-directions relève de la compétence exclusive du ministre. En effet, si le décret du 15 juin 1987 dispose d'abord que « l'organisation des services centraux de chaque ministère en directions générales, directions et services est fixée par décret », il prévoit ensuite que « l'organisation des directions générales, directions et services des administrations centrales en sous-

directions est fixée par un arrêté du ministre concerné»⁷¹². L'état actuel du droit correspond à un assouplissement de la règle initiale qui exigeait un arrêté conjoint du Premier ministre et du ministre concerné. Cette exigence est supprimée par le décret du 14 février 2005⁷¹³ : le ministre dispose d'une compétence exclusive pour organiser les directions en sous-directions. La détermination du ministre compétent résulte des décrets d'attributions de chacun des membres du Gouvernement. En effet, seul le ministre *ayant autorité sur* une direction ministérielle est compétent pour fixer les sous-directions de celle-ci. Les membres du Gouvernement dont les décrets d'attributions indiquent qu'ils *disposent* d'un service ne peuvent l'organiser. Dans le cas particulier, mais récurrent, d'une direction des affaires juridiques commune à plusieurs ministères, les ministres ayant autorité conjointe sur la direction sont alors les coauteurs de l'arrêté d'organisation⁷¹⁴. Par exemple, la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers est organisée par arrêté conjoint du ministre de l'Économie et des Finances et du ministre des Comptes publics sous l'autorité desquels elle est actuellement placée. En revanche, le ministre de la Transformation et de la Fonction publiques, qui dispose de la direction « pour l'exercice de ses attributions en matière de modernisation de l'action publique »⁷¹⁵, n'a aucune compétence d'organisation de cette dernière.

278. L'exercice de cette compétence ministérielle reste néanmoins supervisé par le Premier ministre et ses services. En effet, le *Guide de légistique*, qui présente aux administrateurs les consignes relatives à la préparation des textes d'organisation des administrations centrales, précise que le secrétariat général de Gouvernement doit être consulté sur les projets d'arrêtés lorsque ces derniers procèdent à une réforme « substantielle »⁷¹⁶ des services centraux du ministère. Le secrétariat général du Gouvernement intervient alors à un stade précoce de l'élaboration du texte, puisque le projet doit lui être soumis avant l'engagement des procédures de consultation internes. L'objectif de « cohérence générale de l'organisation des administrations centrales de l'État »⁷¹⁷ justifie l'intervention des services du Premier ministre sur une question qui relève, pourtant, de l'ordre strictement intérieur des ministères. Reste que la cohérence des structures ministérielles fonde traditionnellement la compétence du Premier ministre pour déterminer l'ossature générale des

⁷¹² Art. 2 du décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale, JORF du 15 juin 1987.

⁷¹³ Art. 1^{er} du décret n° 2005-124 du 14 février 2005 modifiant le décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale et le décret n° 97-464 du 9 mai 1997 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale, JORF du 16 février 2005, texte n° 1.

⁷¹⁴ V., sur la question des arrêtés interministériels nés « de l'organisation même de l'Administration », H. BELRHALL, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 231, 2003, p. 63.

⁷¹⁵ Art. 4 du décret n° 2022-842 du 1^{er} juin 2022 relatif aux attributions du ministre de la transformation et de la fonction publiques, JORF du 2 juin 2022, texte n° 27.

⁷¹⁶ SGG, *Guide de légistique*, La Documentation française, 3^e édition, 2017, p. 539.

⁷¹⁷ *Ibid.*

ministères, conformément à l'article 2 du décret de 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale. L'assouplissement des règles d'agencement interne des directions ministérielles depuis 2005 connaît dorénavant une contrepartie : même si elles sont désormais réalisées par un simple arrêté du ministre, les réorganisations des directions centrales doivent, malgré tout, être signalées aux services du Premier ministre. Cette obligation est apparue tardivement : alors que les premières versions du *Guide de légistique* étaient contemporaines à l'assouplissement des règles d'organisation des ministères⁷¹⁸, la saisine du secrétariat général du Gouvernement n'a été consacrée que dans l'ultime version du Guide, en 2017. Cette évolution est l'une des illustrations de l'extension plus générale de la place du secrétariat général du Gouvernement dans le travail gouvernemental et ministériel⁷¹⁹. Toutefois, la notion de « réforme substantielle » reste vague. Si elle laisse aux ministères la latitude d'apprécier ce dont ils souhaitent informer les services du Premier ministre, elle peut aussi conduire à ce que toute réforme organisationnelle soit communiquée au Secrétariat général du Gouvernement afin d'obtenir son appui. Dans la pratique, l'intermède des services du Premier ministre peut aussi conduire à ce que ce dernier cosigne les arrêtés d'organisation des ministères, qui ne relèvent pourtant pas de sa compétence. La réorganisation de la nouvelle direction des affaires juridiques des ministères sociaux a ainsi été réalisée, en 2021, par un arrêté conjoint du Premier ministre et des ministres concernés⁷²⁰.

279. L'arrêté d'organisation d'une direction ministérielle doit être soumis à la consultation du comité social du ministère⁷²¹. Instance de représentation des agents au sein de l'administration à laquelle ils appartiennent⁷²², le comité est compétent sur toute question relative à l'organisation des services centraux du ministère⁷²³. Malgré les tentatives régulières de revaloriser le poids de ces instances de dialogue social, leur influence réelle sur les projets de texte relatifs à l'organisation du ministère peut toujours être mise en doute. Comme le regrette Anthony Taillefait : « les avis des comités sont souvent formulés après que les projets aient été décidés et parfois en partie réalisés »⁷²⁴. L'avis du comité social n'en constitue pas moins une exigence procédurale dont la méconnaissance

⁷¹⁸ V. s'agissant de règles relatives à l'élaboration des textes d'organisation des administrations centrales, SGG, *Guide de légistique*, 1^{ère} édition, 2005, p. 351 et 2^e édition, 2007, p. 422.

⁷¹⁹ V. *infra*, §. 609.

⁷²⁰ Arrêté du 23 mars 2021 relatif à la fonction juridique des ministères sociaux, JORF du 24 mars 2021, texte n° 17.

⁷²¹ Depuis la loi du 6 août 2019, les comités sociaux ministériels regroupent les comités techniques et les comités d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail.

⁷²² La composition du comité est fixée par le décret du 20 novembre 2020. Le comité comprend, « outre son président, le responsable ayant autorité en matière de gestion des ressources humaines ainsi que des représentants du personnel. » (art. 13 du décret n° 2020-1427 du 20 novembre 2020 relatif aux comités sociaux d'administration dans les administrations et les établissements publics de l'État, JORF du 22 novembre 2020, texte n° 26).

⁷²³ Art. 48 du décret n° 2020-1427 du 20 novembre 2020 précité.

⁷²⁴ A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, « Précis », 9^e édition, 2022, §. 208.

entacherait d'illégalité l'arrêté d'organisation⁷²⁵.

280. Le ministre jouit donc d'une grande liberté pour procéder à l'organisation de la direction des affaires juridiques en sous-directions, sous la supervision circonstanciée des services du Premier ministre. L'étape suivante de l'organisation des directions, consistant à diviser les sous-directions en bureaux, a été récemment assouplie.

B. L'autonomie nouvelle des directeurs d'administration centrale

281. L'ultime étape de l'agencement des directions des affaires juridiques, à savoir la division des sous-directions en bureaux, a été considérablement assouplie, jusqu'à être soustraite de l'exercice du pouvoir réglementaire d'organisation dont disposent les ministres sur leurs services.

282. Dans le cadre du décret du 15 juin 1987, la pratique ministérielle a longtemps consisté à mentionner, dans les arrêtés d'organisation des directions d'administration centrale, l'ensemble des bureaux qui composent chaque sous-direction⁷²⁶. Cette mention n'est toutefois pas exigée par le décret. Pour guider les ministres dans la composition des bureaux, autant que pour veiller à la cohérence des choix ministériels, le Premier ministre prend périodiquement des circulaires relatives à l'organisation des administrations centrales. La circulaire du 15 juin 1987, qui accompagne le décret du même jour, invoque un « effort de rigueur »⁷²⁷ et pose des consignes strictes : chaque sous-direction doit se composer de trois bureaux maximum⁷²⁸. Le cadre est ensuite assoupli par la circulaire du 9 mai 1997 qui reconnaît à chaque ministre la possibilité d'organiser les sous-directions de son administration « de la manière qui lui semblera la plus appropriée »⁷²⁹. La circulaire ajoute, par ailleurs, que l'évolution des attributions des administrations centrales « n'implique plus nécessairement la structure hiérarchisée traditionnelle des sous-directions en bureaux ». En somme,

⁷²⁵ Lorsqu'elle est exigée, la consultation du comité technique ministériel constitue, au sens de la jurisprudence *Danthony*, une garantie pour les agents du ministère dont l'omission constitue une irrégularité de nature à entacher la légalité de l'acte administratif pris (v., par ex. : CE, 9 décembre 2015, n° 385962, *Syndicat national Solidaires-Justice* : en l'espèce, il s'agissait d'une note du ministre de la Justice dont les incidences sur les méthodes de travail des agents imposaient que le comité technique ministériel soit consulté).

⁷²⁶ Par exemple, l'arrêté du 8 avril 2011 portant organisation de la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense précise, dans sa version initiale, les bureaux qui composent chacune des sous-directions.

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ Circulaire du 15 juin 1987 relative à l'organisation des administrations centrales et à la délégation de signature des ministres, JORF du 17 juin 1987, p. 6457.

⁷²⁹ Circulaire du Premier ministre du 9 mai 1997 relative aux règles d'organisation des administrations centrales et des services à compétence nationale et de délégation de signature, JORF du 10 mai 1997, p. 7067.

les choix relatifs à l'organisation interne des sous-directions sont libres.

283. Ce cadre juridique a récemment été modifié par la circulaire du Premier ministre du 5 juin 2019 relative à la transformation des administrations centrales⁷³⁰. Au détour d'une tentative assez classique de rationalisation des structures administratives, et parmi de nombreuses autres mesures⁷³¹, le Premier ministre soustrait l'agencement des bureaux des textes réglementaires d'organisation des ministères. En effet, la circulaire de 2019 consacre, de façon inédite, une forme « d'auto-organisation » des sous-directions ministérielles. L'objectif est simple : « Les directions d'administration centrale doivent pouvoir s'adapter plus aisément et rapidement aux priorités des plans de transformation ministériels et à leur réalisation. ». À cette fin, la circulaire octroie aux secrétaires généraux et aux directeurs d'administration centrale « liberté de proposition » pour « fixer leur organigramme, avec notamment l'objectif de réduire le nombre d'échelons hiérarchiques, ainsi que pour constituer des équipes projets »⁷³². La circulaire précise ensuite les nouvelles modalités d'organisation des directions des administrations centrales et des secrétariats généraux des ministères :

« Les propositions d'organisation seront soumises à l'accord du ministre, mais ne donneront plus lieu à un encadrement réglementaire au fond et à un contrôle interministériel de son respect. En contrepartie, les organigrammes devront être rendus publics et mis à jour sur une base régulière sur le site de chacun des ministères ».

Les dispositions de la circulaire sont reprises par l'article 2 du décret du 24 juillet 2019⁷³³ :

« Chaque ministre identifie, à partir d'un rapport du secrétaire général, les évolutions à apporter à l'organisation de son administration afin, notamment, de faciliter son adaptation à la conduite de projets et de supprimer les fonctions redondantes. Il modifie, en conséquence, les textes

⁷³⁰ Circulaire du Premier ministre du 5 juin 2019 relative à la transformation des administrations centrales et aux nouvelles méthodes de travail, JORF du 6 juin 2019, texte n° 1. Cette circulaire constitue le second temps d'une réflexion gouvernementale entamée en 2018. En effet, par une première circulaire du 24 juillet 2018, le chef du Gouvernement avait appelé les ministres à formuler, avec l'aide de la direction interministérielle de la transformation publique, des propositions portant, notamment, sur la « réorganisation des administrations centrales ». La circulaire de 2019 prend acte de ces propositions.

⁷³¹ La circulaire du 5 juin 2019 comporte plusieurs séries de mesures relatives à la réduction du nombre de comités et d'instances rattachés aux administrations centrales, à la délocalisation de certaines activités ministérielles et à l'approfondissement de la déconcentration, à l'organisation du travail interministériel ou encore à la pratique du recours aux circulaires.

⁷³² Il s'agit d'équipes « transversales et pluridisciplinaires composées d'agents publics appartenant à des services différents, et le cas échéant de personnalités extérieures, entre lesquels les rapports inter-individuels reposent sur d'autres liens que le respect hiérarchique » (J.-F. KERLÉO, « L'administration de projet : pérenniser le provisoire et l'agilité dans les structures publiques », *RFAP*, n° 175, 2020, p. 721).

⁷³³ Art. 2 du décret n° 2019-760 du 24 juillet 2019 relatif aux secrétaires généraux des ministères et à la transformation des administrations centrales, JORF du 25 juillet 2019, texte n° 2.

d'organisation du ministère avant le 31 décembre 2019. ».

284. Toutefois, le décret du 15 juin 1987 n'est pas modifié. Son article 3, en particulier, demeure inchangé. Dès lors, l'«organisation des directions générales, directions et services des administrations centrales» demeure fixée par un arrêté ministériel. Seuls les derniers échelons de l'organisation ministérielle, à savoir les bureaux, sont soustraits aux textes réglementaires. Les décrets et les arrêtés réglementaires d'organisation des administrations centrales ont ainsi fait l'objet d'une réécriture entre décembre 2019 et janvier 2020. La plupart des modifications apportées ont tout simplement consisté à supprimer les références aux bureaux qui composent les sous-directions⁷³⁴.

285. La liberté octroyée aux directeurs d'administration centrale et aux secrétaires généraux est indéniablement un gage de souplesse. S'il donne son accord à chaque réorganisation, il n'est plus nécessaire que le ministre prenne un arrêté chaque fois qu'un changement est apporté à l'agencement interne des sous-directions : de nouveaux bureaux peuvent être créés, leurs intitulés et leurs attributions peuvent évoluer sans qu'il soit nécessaire de lancer l'élaboration d'un nouvel acte. Les directeurs d'administration centrale et les secrétariats généraux de ministère sont par conséquent dispensés de procéder à la consultation des comités sociaux des administrations centrales⁷³⁵. Par extension, le secrétariat général du Gouvernement n'est plus informé de ces modifications. L'agencement des échelons inférieurs des administrations centrales n'est donc pas considéré comme une réorganisation « substantielle » au sens du *Guide de légistique*. Les modifications opérées à ce niveau sont considérées comme n'étant pas suffisamment décisives pour relever de l'objectif de cohérence des choix organisationnels sur lequel veillent les services du Premier ministre.

286. Justifié par la volonté de rendre les structures centrales facilement adaptables, le nouveau régime les rend aussi plus opaques. Jusqu'alors, la consultation des textes réglementaires d'organisation des administrations centrales suffisait pour connaître l'ensemble des cellules administratives d'un ministère. Désormais, les arrêtés ne mentionnent plus les bureaux qui composent les sous-directions, ni ne consignent les réorganisations opérées. Afin d'anticiper cette conséquence, et pour permettre que l'organisation ministérielle reste accessible, la circulaire du

⁷³⁴ V. par exemple, l'arrêté du 28 juin 2019 modifiant l'arrêté du 17 février 2014 modifié fixant l'organisation de l'administration centrale des ministères de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 30 juin 2019, texte n° 40.

⁷³⁵ V. *supra*, §. 279.

5 juin 2019 prévoit une contrepartie : les organigrammes des administrations centrales doivent être publiés sur les sites internet des ministères et « mis à jour sur une base régulière ». Ces documents administratifs deviennent ainsi l'instrument indispensable de la connaissance de l'agencement des structures ministérielles. Leur valeur juridique n'en est que renforcée. En effet, sous l'empire du régime précédent, l'organigramme n'est que la transcription, sous une forme imagée et schématique, d'une organisation posée par des actes administratifs réglementaires. Dorénavant, il présente aussi des règles qui n'ont pas été exprimées dans un texte réglementaire, puisque l'organisation des sous-directions ministérielles n'est plus mentionnée par les arrêtés ministériels. L'organigramme devient alors l'unique support graphique de certaines des règles fixant l'organisation des administrations centrales. Le régime contentieux des organigrammes dépend alors de l'importance des changements structurels qu'il consigne. Il est en effet probable que le juge administratif regarde ces changements comme des mesures d'ordre intérieur, sauf à ce qu'ils aient produit des conséquences importantes sur l'activité des agents en affectant, notamment, la nature des tâches qui leur sont confiées. Reste que les organigrammes publiés en ligne ne sont pas systématiquement actualisés. De plus, la plupart se bornent à indiquer la division des directions en sous-directions, en ignorant les niveaux inférieurs. Si les administrés ont donc désormais accès aux informations relatives à l'organisation du ministère sur les supports simplifiés que constituent les organigrammes mis en ligne, moins d'informations leur sont effectivement livrées. En somme, l'assouplissement offert par la circulaire du 5 juin 2019 s'est accompagné d'un assombrissement de l'ordre intérieur des ministères. Voulant valoriser l'intérêt pédagogique et scientifique des organigrammes ministériels, Georges Vedel les compare au croquis de la configuration du lieu d'un crime, indispensable à la résolution d'une énigme policière⁷³⁶. Au prétexte de sa modernisation, l'État s'évertue à brouiller les pistes de la compréhension de son appareil administratif.

287. Le cadre général de l'organisation des services d'administration centrale rappelé, les choix retenus pour agencer les bureaux des directions des affaires juridiques peuvent désormais être identifiés.

II. L'ADAPTATION DE L'ORGANISATION INTERNE DES DIRECTIONS À L'EXERCICE D'UNE FONCTION D'EXPERTISE JURIDIQUE

288. Les sous-directions et des bureaux doivent être adaptés aux missions nouvelles des directions et doivent être agencés rationnellement. Il s'agit plus particulièrement de rechercher l'existence de

⁷³⁶ G. VEDEL, « Préface », in G. DUPUIS, *op. cit.*, p. 4.

potentiels « modèles » d'organisation, en identifiant des principes communs que l'on trouverait adoptés par plusieurs directions des affaires juridiques pour spécialiser et répartir leurs bureaux. La présentation de ces modèles, de leurs avantages et de leurs inconvénients demeure essentiellement théorique. Tout en essayant d'être la plus rationnelle possible, l'organisation interne des directions des affaires juridiques compose avec une multitude de données qui limitent les options ouvertes aux ministres. Ces contraintes tiennent à la fois aux conditions dans lesquelles les directions sont instituées et aux évolutions qu'elles connaissent, aux ressources internes dont elles disposent et aux moyens juridiques des services qui les entourent, aux spécificités de l'activité des ministères dans lesquels elles sont implantées et aux expertises juridiques qu'elle requiert. Malgré ces réserves, la comparaison de l'organisation de chaque direction des affaires juridiques permet d'identifier trois principaux modèles (**A.**) dont la pertinence peut être évaluée (**B.**).

A. Les différents modèles d'organisation des directions

289. L'organisation des directions des affaires juridiques évolue au fil des attributions qui leur sont confiées. Ainsi peut-on expliquer la création de « missions » (au sens organique) particulières⁷³⁷ ou le rattachement de certains services⁷³⁸. Ces cas particuliers ne seront pas étudiés en détail. En effet, ces cellules administratives ne participent pas directement à l'exercice de la fonction d'expertise juridique ministérielle. Pour les mêmes raisons, les services de gestion interne que les directions peuvent comprendre ne seront pas examinés⁷³⁹. Sous réserve de ces cas particuliers, et malgré une inévitable diversité, trois modèles d'organisation sont identifiables. Les sous-directions et les bureaux peuvent être spécialisés par politiques publiques (**1.**), par matières juridiques (**2.**) et par attributions (**3.**).

⁷³⁷ Depuis 2015, la direction des affaires juridiques comprend une « mission des archives » puisque lui a été confiée l'élaboration et la mise en œuvre de la politique d'archivage du ministère (art. 3 du décret n° 2015-369 du 30 mars 2015 modifiant le décret n° 2008-636 du 30 juin 2008 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère chargé de l'agriculture, de l'alimentation, de l'agroalimentaire et de la forêt, JORF du 1er avril 2015, texte n° 39). Dans un tout autre domaine, la direction des affaires juridiques intègre, depuis 2019, la « mission d'appui au patrimoine immatériel de l'État » (art. 2 du décret n° 2019-1454 du 24 décembre 2019 relatif à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, JORF du 27 décembre 2019, texte n° 31).

⁷³⁸ Tel que le service d'assurance automobile du ministère de l'Intérieur, rattaché à la direction des libertés publiques et des affaires juridiques.

⁷³⁹ La direction des affaires juridiques du ministère de la Défense dispose, par exemple, d'un « bureau de pilotage des ressources humaines, financières et documentaires ». De même, la direction des affaires juridiques de Bercy comprend un « département des ressources », composé d'un « pôle – ressources humaines », d'un « pôle finances – logistique », d'un « bureau ressources informatiques et documentaires », d'un « pôle de contrôle de gestion » et d'un « pôle communication ».

1. Une organisation par politiques publiques

290. Les directions des affaires juridiques peuvent tout d'abord être divisées suivant les domaines d'action de l'administration centrale qu'elles assistent. L'organisation de la direction est alors modelée sur celle du ministère et reprend, dans une certaine mesure la répartition des attributions entre les directions sectorielles.

291. La direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur constitue l'exemple type d'une telle organisation. En effet, la direction est divisée, depuis sa création en 1996, en deux sous-directions : la « sous-direction des affaires juridiques de l'enseignement scolaire » et « la sous-direction des affaires juridiques de l'enseignement supérieur et de la recherche »⁷⁴⁰. L'arrêté ministériel attribue à chacune une mission identique. Elles assurent, dans leurs domaines respectifs, « le traitement des affaires contentieuses et la représentation du ministère devant les juridictions des ordres administratif et judiciaire, les consultations juridiques suscitées par le ministre et son cabinet ainsi que les fonctions d'information, de conseil et d'expertise juridique auprès des directions, des services déconcentrés et des établissements »⁷⁴¹. Dans une moindre mesure, une organisation analogue peut être observée à la direction des affaires juridiques des ministères chargés de la Transition écologique, de la cohésion des territoires et de la mer. La direction se compose ainsi d'une « sous-direction des affaires juridiques de l'administration générale », d'une « sous-direction de l'environnement, de l'urbanisme et de l'habitat » et d'une « sous-direction des affaires juridiques de l'énergie et des transports »⁷⁴². La répartition des attributions entre ces trois sous-directions fait de la « sous-direction des affaires juridiques de l'administration générale » la cellule d'expertise de « droit commun »⁷⁴³ au sein de la direction. Les deux autres sous-directions offrent une expertise plus

⁷⁴⁰ Art. 24 de l'arrêté du 17 février 2014 fixant l'organisation de l'administration centrale des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur et de la recherche, JORF n° 0041 du 18 février 2014.

⁷⁴¹ La formule des articles 25 et 26 de l'arrêté du 17 février 2014 précité est identique. En outre, l'article 26 précise que la sous-direction de l'enseignement supérieur et de la recherche est chargée de coordonner « les travaux de transposition des directives communautaires pour l'ensemble des matières concernant le ministère ». La sous-direction des affaires juridiques de l'enseignement scolaire est logiquement dépourvue d'une telle attribution, dans la mesure où l'Union européenne n'exerce en la matière qu'une compétence d'appui, selon l'article 6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁷⁴² Art. 2.3 de l'arrêté du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, JORF n° 0160 du 10 juillet 2008, modifié par l'arrêté du 30 décembre 2019, JORF n° 0303 du 31 décembre 2019, texte n° 62.

⁷⁴³ Ainsi, elle est saisie de toute question juridique et de tout projet de texte relatifs « à l'administration générale et à l'organisation des services, aux marchés publics, au droit pénal et à la procédure pénale, au droit privé et au droit des technologies de l'information ». La sous-direction « assure la coordination du suivi de la transposition des directives et du programme de travail législatif et réglementaire » avec le Secrétariat général du Gouvernement et du Secrétariat

ciblée dans les domaines d'action principaux des ministères qui relèvent du secrétariat général des ministères⁷⁴⁴. Ces deux directions sont toutefois les seules dont la structure interne est directement fondée sur les politiques publiques conçues et animées par les directions ministérielles qu'elles assistent. En effet, les sous-directions et les bureaux des directions des affaires juridiques sont plus souvent agencés par matières juridiques.

2. Une organisation par matières juridiques

292. Les directions des affaires juridiques peuvent aussi être organisées suivant les différentes matières juridiques nécessaires à la réalisation de l'action ministérielle. Cette méthode dicte, dans les grandes lignes, l'organisation des directions des ministères de la Défense⁷⁴⁵, des Affaires étrangères⁷⁴⁶ et de ministères économiques et financiers⁷⁴⁷. Ainsi, la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense comprend, outre la sous-direction du contentieux et la division des affaires pénales militaires, une « sous-direction du droit public et du droit privé »⁷⁴⁸ et une « sous-

général des affaires européennes. Ses attributions contentieuses sont également étendues puisqu'elle est en charge du contentieux général, du contentieux institutionnel, du contentieux de la fonction publique, du contentieux relatif à l'ingénierie publique et des contentieux judiciaires, en lien avec l'agent judiciaire de l'État. Enfin, la sous-direction assiste l'administration centrale pour toutes les questions relatives aux agents, au droit de la commande publique, et au traitement des données personnelles. Parallèlement aux larges attributions de la sous-direction des affaires juridiques de l'administration générale, les deux autres sous-directions assument des missions semblables dans les domaines qu'elles prennent en charge.

⁷⁴⁴ La sous-direction de l'environnement, de l'urbanisme et de l'habitat « est associée par les directions concernées et notamment la direction des affaires européennes et internationales à la préparation, à l'élaboration, aux procédures de ratification et à la mise en œuvre des conventions internationales en matière d'environnement et de développement durable » ; elle coordonne la transposition des textes communautaires en matière environnementale. Enfin, la sous-direction « conseille les services centraux et déconcentrés sur l'application des dispositions relatives à la police de l'environnement ». La sous-direction des affaires juridiques de l'énergie et des transports dispose d'attributions plus réduites, puisqu'elle est seulement chargée du traitement des contentieux, des questions juridiques et des projets de textes dans ses domaines de compétence, ainsi que des questions de domanialité publique et de droit public économique.

⁷⁴⁵ Arrêté du 8 avril 2011 portant organisation de la direction des affaires juridiques, modifié par l'arrêté du 30 décembre 2019 modifiant l'organisation des états-majors, directions et services du ministère des armées, JORF du 31 décembre 2019, texte n° 32.

⁷⁴⁶ Arrêté du 28 décembre 2012 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères modifié par l'arrêté du 9 août 2022 modifiant l'arrêté du 28 décembre 2012 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, JORF du 11 août 2022.

⁷⁴⁷ Arrêté du 24 décembre 2019 portant organisation de la direction des affaires juridiques des ministères JORF du 27 décembre 2019, texte n° 39.

⁷⁴⁸ Elle est chargée de préparer les projets de loi intéressant le ministère de la Défense et d'assister le cabinet du ministre lors de leur examen par le Parlement ; de préparer les « projets de textes réglementaires qui sont présentés à la signature ou au contreseing du ministre » ainsi que « les avis du ministre sur les projets de textes élaborés par les autres ministères ». La sous-direction est également investie d'une mission générale de conseil juridique puisqu'elle est chargée, d'une part, « de connaître, sous réserve des attributions dévolues à la direction des affaires financières et à la direction des ressources humaines du ministère de la Défense, de toute question de droit public et de droit privé intéressant le ministère de la Défense » et, d'autre part, « d'assurer une fonction de conseil juridique au profit des états-majors, directions et services du ministère dans son domaine de compétences ». Enfin, la sous-direction du droit public et du droit privé prend en charge les attributions traditionnellement dévolues aux services juridiques ministériels : un service

direction du droit international et du droit européen»⁷⁴⁹. Cette organisation est choisie dès la création de la direction 1999⁷⁵⁰. De même, la direction des affaires juridiques du Quai d'Orsay s'organise par « branches du droit » : elle est divisée en quatre sous-directions dédiées au « droit international public », aux « droit de l'Union européenne et droit international économique », aux « droits de l'homme » et aux « droit de la mer, droit fluvial et des pôles ». Chaque sous-direction traite « toute question juridique » relative à son domaine de compétence⁷⁵¹. Enfin, la direction des affaires juridiques de Bercy a aussi adopté, dès sa création en 1998, une organisation fondée sur la spécialisation des sous-directions par matières juridiques⁷⁵². À l'exception de la sous-direction du « droit de la commande publique », qui anime la politique publique en la matière, la direction comprend une sous-direction de « droit privé et droit pénal », une sous-direction de « droit public et droit européen et international » et une sous-direction de « droit des régulations économiques »⁷⁵³.

293. Les directions des affaires juridiques peuvent aussi emprunter à l'une ou l'autre de ces méthodes d'organisation, en panachant les critères selon lesquels les services internes peuvent être spécialisés. Ainsi, la direction des affaires juridiques du ministère de l'Agriculture est organisée selon une méthode mixte, puisqu'elle se divise en une sous-direction du droit public général, dont les bureaux sont répartis par matières juridiques, et une sous-direction des politiques agricoles, dont les composantes reprennent les domaines d'activités du ministère⁷⁵⁴. Enfin, l'organisation interne des directions peut être calquée sur les attributions qui leur sont confiées.

3. Une organisation par attributions

294. Une dernière méthode consiste à agencer les services des directions selon la nature des

dédié en son sein assure la publication des textes au Bulletin officiel des armées, tandis qu'un autre assiste le délégué à la protection des données personnelles du ministère. La sous-direction est le correspondant ministériel du Défenseur des droits et de la Commission d'accès aux documents administratifs.

⁷⁴⁹ La sous-direction traite les questions juridiques qui naissent des activités internationales des états-majors et des services ministériels, notamment en matière d'opérations extérieures ; des contrats, des exportations et des programmes d'armement et de désarmement, ainsi que les questions relatives à la construction de l'Europe de la défense. Elle participe à l'élaboration et à la négociation des accords internationaux et des arrangements techniques intéressant le ministère de la Défense.

⁷⁵⁰ Arrêté du 8 mars 1999 portant organisation de la direction des affaires juridiques, JORF du 9 mars 1999, p. 3521.

⁷⁵¹ Arrêté du 28 décembre 2012 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, précité.

⁷⁵² Arrêté du 2 novembre 1998 portant organisation de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, JORF du 3 novembre 1998, p. 16580.

⁷⁵³ Art. 1^{er} de l'arrêté du 24 décembre 2019 portant organisation de la direction des affaires juridiques des ministères JORF du 27 décembre 2019, texte n° 39.

⁷⁵⁴ Art. 3 de l'arrêté du 30 juin 2008 portant organisation et attributions du secrétariat général du ministère chargé de l'agriculture modifié par l'arrêté du 28 février 2022, JORF du 1^{er} mars 2022, texte n° 48.

attributions qui leur sont confiées. Comme observé, la fonction d'expertise juridique s'articule autour de trois missions principales : la gestion et le traitement des contentieux du ministère, le conseil juridique et la participation à l'élaboration des projets de textes. La distinction de ces trois types d'activités fonde parfois l'organisation interne des directions. Cette méthode a récemment été retenue lors de la réorganisation de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux réalisée en 2021⁷⁵⁵. Dans sa forme nouvelle, la direction se compose de quatre sous-directions : la sous-direction de la législation, la sous-direction de l'administration, la sous-direction du contentieux et la sous-direction des politiques⁷⁵⁶. Une organisation similaire est adoptée par la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Culture qui se compose d'un bureau du contentieux, d'un bureau de la législation et d'un bureau de la propriété intellectuelle⁷⁵⁷.

B. La pertinence des modèles d'organisation

295. Les modèles d'organisation qui viennent d'être identifiés ne sont pas nécessairement transposables à toutes les directions. L'homogénéité des structures ne doit pas être recherchée à tout prix. En la matière, « peu importent les dysharmonies ou les dissymétries » : « la tentation de la géométrie [...] doit être rejetée et le principe d'uniformité [...] n'a pas de valeur propre »⁷⁵⁸. Néanmoins, chacun de ces modes d'organisation interne traduit une certaine conception de l'exercice de la fonction d'expertise juridique dévolue aux directions. Le premier favorise la relation des directions avec leurs interlocuteurs au sein du ministère, le deuxième repose sur la constitution d'une véritable expertise juridique interne tandis que le troisième œuvre à l'ancrage institutionnel des directions.

296. Au premier abord, l'agencement des directions des affaires juridiques suivant les domaines des politiques publiques menées par le ministère s'apparente à la solution la plus adaptée du point de vue des besoins des agents des ministères. En effet, la correspondance entre l'organisation interne de la direction et le découpage des domaines d'action ministériels favorise un système de « guichet » : les services ministériels demandeurs identifient aisément le bureau de la direction

⁷⁵⁵ V. *supra*, §. 254.

⁷⁵⁶ Art. 1^{er} de l'arrêté du 23 mars 2021 relatif à la fonction juridique des ministères sociaux, JORF du 24 mars 2021, texte n° 17.

⁷⁵⁷ Selon l'organigramme du secrétariat général du ministère de la Culture, publié sur le site internet du ministère et mis à jour en juillet 2023.

⁷⁵⁸ G. DUPUIS, « L'adaptation des structures aux objectifs dans l'administration », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* vol. 6, 1975, p. 133.

auquel ils doivent adresser leur demande de consultation. Quelle que soit la nature de la question juridique posée, un seul bureau demeure l'interlocuteur principal et privilégié d'une direction centrale pour résoudre l'ensemble des difficultés juridiques qu'elle peut rencontrer. Une relation de travail suivie peut alors se construire, rapprochant les bureaux des directions métiers de ceux de la direction juridique. Poussée à l'extrême, une telle organisation pourrait toutefois limiter l'opportunité de concentrer l'expertise juridique ministérielle au sein d'une direction des affaires juridiques transversale en incitant, au contraire, à réintégrer ces bureaux spécialisés au sein des directions sectorielles afin de placer l'expertise juridique au plus près de la conception des politiques publiques.

297. En revanche, lorsque l'activité juridique du ministère comporte une forte dimension de droit international, européen ou privé, une organisation par matières juridiques a spontanément été adoptée comme aux ministères des Affaires étrangères, de la Défense et de Bercy. L'intérêt principal de cette méthode est de constituer, au sein du ministère, des équipes de juristes de haut niveau, très spécialisés. Une telle organisation peut, en revanche, ralentir l'instruction des demandes de consultations lorsque celles-ci portent sur des questions juridiques transversales. Il est alors impératif que la direction établisse une méthode de travail claire, de façon à fluidifier les échanges entre les services concernés par la demande⁷⁵⁹.

298. La distinction des activités de conseil juridique et de gestion du contentieux au sein des composantes de la direction paraît enfin pertinente afin d'asseoir la place de la direction au sein du ministère. Adoptée par une bonne partie des directions des affaires juridiques, cette méthode d'organisation favorise la définition de lignes directrices claires dans l'administration des dossiers contentieux et des demandes de consultation. Elle permet ainsi aux directions des affaires juridiques de construire et de mener une véritable politique contentieuse et d'adopter une doctrine cohérente en matière de qualité de la réglementation.

*

299. Dans un cadre juridique assoupli, l'agencement interne des directions des affaires juridiques n'est pas un jeu simple. Il n'existe pas de bonne ou de mauvaise solution en la matière. Seuls le temps et l'épreuve de l'exercice concret de la fonction d'expertise juridique permettent de confirmer

⁷⁵⁹ À la direction des affaires juridiques de Bercy, un « bureau pilote » est par exemple désigné lorsqu'un dossier relève des attributions de plusieurs bureaux (K. GILBERG, Entretien n° 9).

la pertinence des choix réalisés.

SECTION 2. LES MOYENS DES DIRECTIONS

300. L'efficacité de la fonction d'expertise juridique confiée aux directions des affaires juridiques dépend aussi des moyens mis à leur disposition.

301. L'étude de leurs moyens matériels n'appelle que deux remarques. Il faut d'abord rappeler combien la localisation géographique des directions peut influencer leur activité et leur position au sein des ministères. Leur installation dépend avant tout de la disponibilité des locaux au sein des immeubles affectés aux ministères, mais elle témoigne aussi d'une politique de regroupement ou de délocalisation des services dictée par la nature de l'activité qu'ils prennent en charge. Le choix de placer la direction des affaires juridiques dans le même bâtiment que le cabinet ministériel ou, à l'inverse, de l'installer dans l'une des annexes du ministère plus ou moins proche de son état-major révèle parfois l'importance accordée à leur fonction d'expertise juridique. La proximité géographique favorise en effet l'association des directions des affaires juridiques à la construction de l'action ministérielle, puisqu'elle facilite les échanges quotidiens et informels⁷⁶⁰. Il faut ensuite souligner l'enjeu que représente, pour les directions, la mise à disposition de logiciels performants. La question de ces logiciels, qui doivent permettre de suivre les dossiers attribués à la direction en matière contentieuse comme en matière consultative, est ainsi apparue comme l'une des préoccupations le plus souvent évoquées lors des entretiens réalisés avec les directeurs ou sous-directeurs des affaires juridiques. Si certaines directions utilisent des instruments qu'elles jugent fonctionnels ou qu'elles sont en train d'améliorer⁷⁶¹, d'autres signalent toutes les difficultés qu'elles rencontrent à bénéficier d'un logiciel adapté⁷⁶². Or, la spécificité des systèmes informatiques de chaque ministère empêche qu'un logiciel soit purement et simplement diffusé d'un ministère à l'autre⁷⁶³. L'installation géographique et les ressources informatiques montrent ainsi que la question des moyens matériels est loin d'être négligeable dans l'exercice quotidien d'une activité

⁷⁶⁰ J. VAUVILLIERS, « Les couloirs administratifs », *Revue administrative*, n° 273, 1993, p. 202 ; C. DE SALINS, Entretien n° 16.

⁷⁶¹ Comme au ministère de l'Intérieur (V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13), à Bercy (K. GILBERG, Entretien n° 9) ou au ministère de l'Écologie (O. FUCHS, Entretien n° 6).

⁷⁶² La sous-direction des affaires juridiques et contentieuses du ministère de la Justice ne disposait pas, en 2021, de logiciel de suivi des litiges (G. CONTREPOIS, Entretien n° 3).

⁷⁶³ *Ibid.*

administrative.

302. Toutefois, l'analyse de l'adéquation des moyens des directions à l'exercice de leur fonction repose principalement sur l'identification du profil de leurs agents, afin d'établir si ces derniers disposent d'une formation juridique suffisante au regard des tâches qui leur sont confiées (**I.**), ainsi que sur la détermination des ressources budgétaires allouées à l'expertise juridique ministérielle chaque année (**II.**).

I. UN SAVOIR JURIDIQUE

303. Si l'existence de ces directions a pour objectif de pallier l'insuffisante formation juridique des fonctionnaires, ce but ne peut être atteint qu'à la condition que les agents de la direction détiennent, eux-mêmes, un savoir juridique. La nomination du directeur des affaires juridiques (**A.**) doit être logiquement distinguée du recrutement des agents des directions (**B.**).

A. La nomination du directeur des affaires juridiques

304. Au regard des règles qui encadrent sa nomination et sa révocation, le directeur des affaires juridiques est un directeur d'administration centrale comme les autres. Il s'agit d'un emploi à la décision du gouvernement dont la position, « à la charnière de la décision politique et de la mise en œuvre administrative »⁷⁶⁴, engendre une procédure de dévolution particulière, résultant de l'application conjointe de l'article 13 de la Constitution et de l'article 25 du statut général de la fonction publique⁷⁶⁵. Ces dispositions constitutionnelle et législative permettent au pouvoir exécutif de s'émanciper des procédures de droit commun de nomination et de révocation au sein de la fonction publique, afin de nommer aux postes stratégiques de l'administration d'État des personnes

⁷⁶⁴ G. MARCOU, *L'accès aux emplois publics*, LGDJ, « Systèmes », 2014, p. 80.

⁷⁶⁵ D'une part, l'alinéa 2 de l'article 13 de la Constitution dispose que le Président de la République « nomme aux emplois civils et militaires de l'État », l'alinéa 3 précisant que les directeurs des administrations centrales sont nommés en Conseil des ministres. D'autre part, l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 dispose qu'un « décret en Conseil d'État détermine, pour chaque administration et service, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement ». Le décret n° 85-779 du 24 juillet 1985, appliquant l'article 25 à la fonction publique d'État, mentionne alors de nouveau les directeurs des administrations centrales. Les directeurs des affaires juridiques, en tant que directeurs d'administration centrale, forment donc un ensemble commun à l'article 13 de la Constitution et à l'article 25 de la loi de 11 janvier 1984. L'article 13 de la Constitution reconnaît au Président de la République une compétence nominale de nomination, exercée sur proposition du Premier ministre et des ministres concernés, en application de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984.

de confiance. Les contraintes juridiques pesant sur la nomination⁷⁶⁶ et la révocation⁷⁶⁷ des directeurs des affaires juridiques sont donc restreintes et laissent aux autorités de nomination une grande latitude dans le choix de celle ou de celui qui sera responsable de l'expertise juridique du ministère.

305. Si aucune règle n'exige que le directeur des affaires juridiques soit issu d'un corps de la fonction publique particulier, ni même qu'il s'agisse d'un fonctionnaire titulaire⁷⁶⁸, certaines pratiques de nomination sont pourtant bien établies. En principe, le directeur des affaires juridiques du ministère est membre du Conseil d'État. Alors que rien ne l'impose⁷⁶⁹, sept des dix postes de directeurs des affaires juridiques sont occupés par un membre de l'institution en 2023⁷⁷⁰. Sur les trois postes récents, deux ont été attribués à un magistrat administratif⁷⁷¹. Seul le ministère des Affaires étrangères tend, depuis une dizaine d'années à développer une pratique différente en nommant des membres du corps diplomatique⁷⁷².

⁷⁶⁶ La collation du poste demeure soumise à plusieurs règles fondamentales telles que la vacance du poste (art. 12 de la loi du 13 juillet 1983), sa permanence (CE, 7 février 1973, *Rullier*, n° 83496, Rec. p. 117) ainsi que le caractère non-rétroactif de la nomination (CE, 30 décembre 1939, *Andrieux*, Rec., p. 277). En outre le choix du directeur des affaires juridiques peut être indirectement orienté par l'objectif de parité. Cet objectif est à l'origine d'une « obligation de nominations équilibrées » aux emplois supérieurs de l'État, posée par la loi Sauvadet du 12 mars 2012 (loi n° 2012-347). Toutefois, l'objectif de parité ne constitue qu'une contrainte indirecte, son respect étant apprécié selon une perspective d'ensemble pour chaque département ministériel. Dans le cadre du dispositif législatif en vigueur, rien n'oblige le Président de la République à nommer une directrice plutôt qu'un directeur. Cependant, la nomination de l'un plutôt que l'autre pourrait participer à la méconnaissance de l'obligation de nominations équilibrées. En 2023, quatre des dix directions des affaires juridiques (ou service équivalent) sont dirigées par une femme. Il s'agit des directions des affaires juridiques des ministères sociaux (dirigée par Pearl Nguyễn-Duy, nommée en 2022), des ministères économiques et financiers (dirigée par Laure Bédier, nommée en 2016), du ministère de la Défense (dirigée par Laurence Marion, nommée en 2022) et de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur (dirigée par Pascale Léglise, nommée en 2021). Certaines directions sont plus féminines que d'autres. Ainsi, le ministère de la Défense a connu depuis 1999 quatre directrices pour un seul directeur. Le même ratio peut être observé au ministère de l'Agriculture. D'autres directions révèlent une stricte alternance entre la nomination de femme et d'homme, comme à la direction des affaires juridiques de Bercy ou à celle des Affaires sociales. Enfin, certains ministères demeurent très masculins : l'actuelle directrice des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur succède à dix directeurs.

⁷⁶⁷ Contrepartie de la souplesse accordée pour nommer le directeur des affaires juridiques, le Gouvernement peut mettre fin à ses fonctions « librement dans l'intérêt du service » (selon la formule employée dans l'arrêt CE, 24 juin 1949, *Nègre*, Rec. p. 304). L'acte de nomination n'étant pas, dans cette hypothèse, créateur de droits, cette révocation n'a pas à être motivée (CE, 14 mai 2014, *Comis*, n° 363529, Rec. T. p. 490). En outre, le titulaire du poste peut être retiré de ses fonctions sans qu'aucune faute ne lui soit reprochée (CE, 10 décembre 1948, *Lavaud*, Rec. p. 407).

⁷⁶⁸ De façon générale, une personne non titulaire peut être nommée à un emploi à la décision du Gouvernement.

⁷⁶⁹ Le poste de directeur des affaires juridiques se distingue ainsi de ceux dont les textes exigent qu'il soit spécialement pourvu par un membre du Conseil d'État ou par un membre de la juridiction administrative, v. sur cette question, T. BOUSSARIE, « Le pouvoir du vice-président du Conseil d'État de désigner des membres de la juridiction administrative dans l'administration », *RFDA*, 2020, p. 851.

⁷⁷⁰ Cet inventaire inclut le poste de chef de service des affaires juridiques et internationales du ministère de la Culture.

⁷⁷¹ Il s'agit de Pascale Léglise, directrice des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur nommée en 2021, et de Gérald Contrepois, sous-directeur des affaires juridiques et contentieuses du ministère de la Justice, également nommé en 2021. Avant la nomination de Pascale Léglise, qui était jusqu'alors directrice adjointe, la DLPAJ a toujours été dirigée par un membre du Conseil d'État.

⁷⁷² Le directeur des affaires juridiques actuel (Diego Colas, nommé en 2022) et son prédécesseur (François Alabrune, directeur de 2008 à 2022) sont diplomates. L'un comme l'autre avait par le passé exercé à la direction des affaires

306. Deux séries d'arguments peuvent expliquer la surreprésentation du Conseil d'État au sein des directions. D'une part, l'expertise des membres de l'institution est recherchée par l'administration d'État au regard de la particularité des fonctions de directeur des affaires juridiques. D'autre part, ces nominations renforcent l'influence du Palais-Royal sur l'activité juridique de l'État.

307. Il faut rappeler, tout d'abord, que la nomination des directeurs des affaires juridiques n'est pas un cas isolé au sein de l'administration d'État. Elle n'est qu'une illustration, parmi tant d'autres, du rôle de vivier de l'administration assumé par le Conseil d'État⁷⁷³. En effet, de nombreuses fonctions administratives sont, par tradition, systématiquement confiées à un membre de l'institution. Ainsi le secrétaire général du Gouvernement, le directeur du Secrétariat général du Gouvernement, ou encore le directeur général du travail au ministère du Travail sont des membres du Conseil d'État⁷⁷⁴. Le point commun entre ces fonctions et celles de directeur des affaires juridiques réside dans la forte dimension juridique des activités dirigées. Les membres du Conseil d'État sont regardés par le pouvoir exécutif comme les hauts fonctionnaires dont le profil est le plus adapté pour ces postes exigeant une bonne maîtrise de la technique juridique. L'analogie que l'on peut faire entre les attributions des directions des affaires juridiques et celles du Conseil d'État conforte aussi ce choix : à leurs échelles respectives, ils assurent bien des missions de conseil juridique et de contentieux. Les membres du Conseil d'État, à l'instar des magistrats administratifs qui sont parfois nommés, mettent notamment à la disposition des ministres leur connaissance du contentieux administratif⁷⁷⁵. Cette expertise est jugée d'autant plus précieuse que les directions des affaires juridiques administrent les contentieux du ministère et défendent le ministre devant les juridictions. Mais l'on pressent alors les difficultés pouvant naître de la situation particulière dans laquelle un membre de la juridiction administrative représente et défend le ministère devant celle-ci⁷⁷⁶. Ces nominations contribuent, en tout état de cause, « aux liens étroits entre le Conseil d'État et l'administration »⁷⁷⁷.

308. Cette pratique de nomination est aussi utile au Conseil d'État. Aux membres nommés,

juridiques avant d'y être nommé directeur. À l'exception de Guy Ladreit de Lacharrière (directeur de 1969 à 1979) qui était aussi diplomate, les directeurs des affaires juridiques nommés entre 1979 et 2008 sont membres du Conseil d'État.

⁷⁷³ J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 12.

⁷⁷⁴ Une telle énumération est réalisée, en 2007, par B. RIBADEAU DUMAS, « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 84. Toutefois, les pratiques de nomination sont évolutives. Ainsi, il semblerait que l'usage de nommer un membre du Conseil d'État à la direction générale de l'administration et de la fonction ait été abandonné ces dernières années.

⁷⁷⁵ Il est fréquent que les directeurs des affaires juridiques aient préalablement exercé les fonctions de rapporteur public.

⁷⁷⁶ V. *infra* §. 493.

⁷⁷⁷ M. LONG, « Le Conseil d'État, rouage de l'administration et juge administratif suprême », *Revue administrative*, n° 283, 1995, p. 7.

d'abord : le passage par une direction des affaires juridiques peut être une étape précieuse dans la perspective de l'évolution de leurs carrières. À cet égard, plusieurs des observations faites par Luc Rouban au sujet de la nomination des membres du Conseil d'État dans les cabinets ministériels peuvent être transposées aux directions des affaires juridiques⁷⁷⁸. Il constate notamment que « la participation aux cabinets ministériels se fait plutôt en début de carrière, car [...] c'est un des moyens de diversifier sa trajectoire professionnelle par la suite et de ne pas rester enfermé au Palais-Royal à s'occuper des dossiers contentieux »⁷⁷⁹. Il indique aussi que « le nombre de participations est limité » : la plupart des membres du Conseil d'État ne fréquentent qu'un ou deux cabinets ministériels, mais ils y restent plus longtemps⁷⁸⁰. Les trajectoires des directeurs des affaires juridiques correspondent, dans la moyenne, à ces deux dynamiques. Même s'il existe des exceptions, les directeurs nommés ont moins de dix ans d'ancienneté au Palais-Royal⁷⁸¹. À la différence du passage en cabinet, qui pourrait toujours être lu comme un engagement partisan⁷⁸², les fonctions exercées au sein d'une direction des affaires juridiques permettent aux membres de se prévaloir d'une « participation technique à l'action du Gouvernement »⁷⁸³. La durée de leurs fonctions varie entre deux et neuf ans, mais l'étude du parcours de l'ensemble des directeurs ne permet de dégager aucune règle empirique en la matière. Tout au plus pourrait-on observer que les directeurs des affaires juridiques du Quai d'Orsay tendent à exercer leurs fonctions sur une durée plus longue. Cette particularité pourrait s'expliquer par la volonté d'assurer une continuité dans l'établissement de la politique juridique extérieure de l'État. Mais, ici encore, le passage par la direction des affaires juridiques offre une voie d'accès à d'autres fonctions prestigieuses telles que celle de juge international⁷⁸⁴.

309. Ces nominations apparaissent, ensuite, comme la prolongation de l'influence du Palais-Royal sur l'activité juridique des ministères. Il a été observé combien le Conseil d'État s'était engagé dans la réorganisation de l'expertise juridique ministérielle. Il l'a d'abord promue, à travers la rédaction d'une série d'études spécifique. Il l'a ensuite accompagnée, en assistant ponctuellement les

⁷⁷⁸ L. ROUBAN, *Le Conseil d'État 1958-2008. Sociologie d'un grand corps*, FNNSP-CNRS, Cahiers du CEVIPOF, 2008, p. 97.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 98.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 99.

⁷⁸¹ Ces informations provenant des décrets de nomination au sein du corps des membres du Conseil d'État (en tant qu'auditeur ou en tant que maître des requêtes dans le cadre d'une nomination au tour extérieur) et des décrets de nomination à la tête de la direction des affaires juridiques.

⁷⁸² Les intéressés se gardent toutefois d'assimiler les fonctions en cabinets à des fonctions partisans (v. L. ROUBAN, *op. cit.*, p. 102, et M.-C. KESSLER, *Le Conseil d'État*, Presses de la FNNSP, 1968, p. 239).

⁷⁸³ Selon l'expression de Luc Rouban, employée au sujet du passage en cabinet ministériel avant les années 1990 (*ibid.*).

⁷⁸⁴ En effet, plusieurs anciens juristes du ministère ont été par la suite nommés juges à la Cour internationale de justice (Guy Ladreit de Lacharrière, Gilbert Guillaume et Ronny Abraham), à la Cour pénale internationale (Marc Perrin de Brichambaut) ou à la Cour permanente d'arbitrage de la Haye (Edwige Belliard).

ministères dans l'adaptation de leurs structures. Désigner un membre du Conseil d'État à la tête des directions est alors la suite logique et l'étape ultime de l'engagement de l'institution dans la refonte de l'expertise juridique ministérielle. C'est aussi une contrepartie nécessaire. En effet, l'institution des directions génère une concurrence directe avec les missions ponctuelles que les membres du Conseil d'État pouvaient réaliser auprès des administrations centrales, individuellement ou dans le cadre de « missions juridiques »⁷⁸⁵. Face à cette pratique administrative ancienne, que les ministères ont le plus grand mal à abandonner⁷⁸⁶, choisir le directeur des affaires juridiques parmi les maîtres des requêtes et les conseillers d'État présente trois intérêts pour l'administration et le Conseil d'État. D'une part, l'attribution de ces postes est une façon, pour les ministères, de ne pas couper le lien avec le Palais-Royal et de donner des gages de l'importance qu'ils accordent à l'expertise de ses membres. D'autre part, elle permet, au Conseil d'État de conserver la maîtrise des conseillers juridiques des ministères puisque le vice-président propose aux autorités de nomination des noms. Enfin, c'est un choix nécessaire afin d'asseoir l'autorité des directions des affaires juridiques vis-à-vis des services des ministères et au regard des analyses des membres du Conseil d'État ponctuellement sollicités. L'enjeu est fondamental : il s'agit de faire de la direction des affaires juridiques le conseiller juridique de référence au sein des ministères.

310. La nomination des directeurs des affaires juridiques est une nouvelle facette de la participation du Conseil d'État à l'activité juridique de l'État. Elle aboutit à une configuration dans laquelle l'institution collabore, grâce au déploiement de ses membres dans les administrations centrales, à chaque étape de cette activité. Dans le cas topique de l'élaboration des principaux projets de textes, le Conseil d'État est représenté au stade ministériel de la préparation, lors de la relecture opérée par la direction, dirigée par un membre du Conseil d'État, puis au stade interministériel, à travers l'intervention du Secrétariat général du Gouvernement, dirigé par un membre du Conseil d'État, avant que les sections administratives n'examinent le texte. De même, si un acte du ministre est contesté devant le juge administratif, le ministère peut encore être défendu, devant le Conseil d'État, par le directeur des affaires juridiques, membre du Conseil d'État. Il n'est pas douteux que les membres qui exercent des fonctions administratives agissent dans l'intérêt des administrations au sein desquelles ils sont détachés. S'ils conservent avec l'institution à laquelle ils appartiennent des liens privilégiés, ils n'en sont pas les ambassadeurs. Les directeurs des affaires juridiques portent les vues et poursuivent les ambitions du ministère, et non celles du Palais-Royal. Toutefois, l'omniprésence des membres du Conseil d'État à chaque étape de l'activité

⁷⁸⁵ P. GONOD, « À propos de l'article R. 137-3 du code de justice administrative », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 254.

⁷⁸⁶ V. *infra* §. 363.

juridique ministérielle et gouvernementale permet de constater l'hégémonie de l'institution dans la définition du savoir juridique de l'État.

B. La diversification nécessaire des profils des agents des directions des affaires juridiques

311. Aux côtés du directeur, les agents des directions doivent être aptes à mobiliser un raisonnement juridique afin d'assister les services ministériels. Il importe alors que le mode de leur recrutement garantisse leur connaissance du droit et leur maîtrise de la technique juridique⁷⁸⁷. L'organisation de la fonction publique d'État pourrait contrecarrer l'ambition de renforcer l'expertise juridique ministérielle que portent les directions des affaires juridiques.

312. Il n'existe pas de « filière juridique » dans l'administration française. Contrairement à d'autres États voisins, tels que le Royaume-Uni ou l'Espagne⁷⁸⁸, aucun corps de la fonction publique n'a pour objet de réunir des juristes, spécialement sélectionnés à l'aune de leurs connaissances en droit (attestées par un diplôme ou par la réussite à un concours spécial) afin d'assister juridiquement les organes de l'État. La création d'une telle filière a été proposée, en 2018, par une mission d'information du Sénat⁷⁸⁹, qui « suggère de considérer la création, au sein de l'administration publique, d'une filière d'« avocats d'État », rassemblant des agents spécialisés dans le conseil et le contentieux et mis au service des ministères, comme cela est déjà le cas en Espagne et en Italie ». Selon la mission, « cette filière permettrait, par un recrutement de haut niveau, par l'organisation de parcours de carrière et de formation adéquats, et par le regroupement d'une expertise variée, de renforcer plus encore la défense de l'État »⁷⁹⁰, « elle contribuerait à rendre ces métiers plus attractifs, et [à] les ouvrir aux compétences extérieures, en attirant des juristes de haut niveau souhaitant mettre leur expertise au service de l'État »⁷⁹¹. Les sénateurs estiment enfin que la gestion de ce nouveau corps pourrait être confiée à la direction des affaires juridiques de Bercy, cette dernière assurant déjà la défense interministérielle de l'État devant les juridictions judiciaires dans le cadre

⁷⁸⁷ Même si, comme le souligne Yves-Henri Gaudemet, à propos des juristes sous la III^e République, la seule qualité de licencié en droit ne suffit pas à identifier un « juriste » (Y.-H. GAUDEMET, *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, PUF, 1978).

⁷⁸⁸ V. *supra*, §. 182.

⁷⁸⁹ SÉNAT, *Rapport n° 1310 relatif à la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État*, présenté par R. Grau et V. Louwagie, 2018, p. 13. Il s'agit de la proposition n° 13 : « Considérer la création d'une filière d'avocats d'État ».

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 67.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 86.

de son activité d'agent judiciaire de l'État. Toutefois, cette proposition n'a pas été suivie. Sans doute a-t-elle été jugée trop contraignante et difficile à mettre en œuvre pour constituer une solution pertinente au besoin d'expertise juridique des ministères. En effet, la création d'une filière de « juristes d'État » ou « d'avocats d'État » va à rebours de la dynamique de la fonction publique d'État tendant à faire de l'administrateur un généraliste, plutôt qu'un spécialiste.

313. En l'absence de « filière juridique », les directions des affaires juridiques sont destinées à trouver une partie de leurs agents parmi les administrateurs généralistes. Ces derniers sont, le plus souvent, issus des deux corps de fonctionnaires les plus représentés au sein des administrations centrales : les administrateurs d'État et les attachés d'administration d'État. Le savoir juridique dont disposent les directions pour exercer leurs missions dépend alors du niveau des connaissances juridiques de ces fonctionnaires. Faute d'étudier de façon systématique les diplômes et les trajectoires individuelles des agents, il est impossible de préjuger de leurs compétences juridiques. Tout au plus peut-on formuler plusieurs observations, à partir du niveau général de la formation en droit des fonctionnaires. Le déclin de cette formation a été identifié comme l'une des causes de l'institution des directions des affaires juridiques au sein des ministères. Or, l'étude des programmes des concours d'entrée aux écoles administratives et le programme des enseignements qui y sont dispensés n'attestent pas d'une revalorisation manifeste de la place de l'enseignement juridique dans la formation initiale des administrateurs⁷⁹². Au contraire, la tendance reste celle de son déclin, comme en atteste le programme du concours et de la formation de l'Institut national du service public qui a succédé à l'École nationale d'administration le 1^{er} janvier 2022⁷⁹³. Si le concours conserve une épreuve de droit public, le tronc commun d'enseignement ne comporte aucune matière juridique autre que le traditionnel cours de légistique, créé à l'École nationale d'administration dans les années 1970. Le contenu de la formation offerte par les instituts régionaux d'administration semble plus équilibré⁷⁹⁴ : même si le programme des cours varie selon chaque institut, le contrat d'objectifs et de performance des instituts pour la période 2020-2022 rappelle que l'enseignement se compose de « six grands domaines de compétences à acquérir », dont le

⁷⁹² L. ISRAËL, R. VANNEUVILLE, « Enquêter sur la formation au droit en France. L'exemple des formations extra-universitaires », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 72, 2014, p. 141. Cette étude souligne par ailleurs un surprenant mouvement de « chassé-croisé » : le déclin de la formation au droit dans les lieux de formation des fonctionnaires survient alors que cet enseignement est revalorisé dans les écoles de commerce.

⁷⁹³ Décret n° 2021-1556 du 1^{er} décembre 2021 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Institut national du service public, JORF du 2 décembre 2021, texte n° 39.

⁷⁹⁴ O. QUÉRÉ, « La fabrique des cadres intermédiaires de la fonction publique. Enseigner et assigner un positionnement aux attachés dans les instituts régionaux d'administration », *Gouvernance et action publique*, vol. 4, 2015, p. 33.

« domaine juridique »⁷⁹⁵. Malgré cela, l'enseignement du droit reste envisagé sous le prisme exclusif de la rédaction des textes juridiques et de l'initiation à la légistique⁷⁹⁶. La place de l'enseignement du droit dans les dispositifs de formation initiale des administrateurs généralistes n'a donc pas été revalorisée.

314. Ainsi, la configuration de la fonction publique d'État conduit à une situation paradoxale. D'un côté, les directions des affaires juridiques sont instituées pour accompagner les administrateurs des ministères, ces derniers ne pouvant parfaitement maîtriser un cadre juridique de plus en plus complexe. De l'autre, les agents des directions des affaires juridiques, dont il est attendu qu'ils apportent aux ministères un savoir juridique, sont eux-mêmes des administrateurs généralistes dont rien ne garantit, du point de vue de leur formation initiale, qu'ils soient juristes.

315. Toutefois, cette appréciation pessimiste du niveau de connaissances juridiques des agents des directions peut être doublement nuancée. En premier lieu, les connaissances juridiques des fonctionnaires s'approfondissent au fil de leur expérience au sein des directions. Cet apprentissage du droit « sur le tas » est favorisé par les dispositifs de formation continue proposés aux agents⁷⁹⁷. Du point de vue des directions des affaires juridiques, une telle logique n'est vertueuse que si les agents demeurent en poste suffisamment longtemps pour être formés et réemployer leur expertise. Or, cela n'a rien de systématique dès lors que la structure de la fonction publique incite au contraire les agents à évoluer et de changer de poste. Au sein du ministère des Affaires étrangères, par exemple, la direction des affaires juridiques ne constitue qu'une « phase dans la carrière »⁷⁹⁸ des agents à leur sortie de l'École nationale d'administration, ou après la réussite d'un concours. Ils changent ensuite rapidement de fonctions⁷⁹⁹.

316. En second lieu, le profil des agents des directions des affaires juridiques se diversifie. D'une

⁷⁹⁵ Ministère de la transformation et de la fonction publiques, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, « Contrat d'objectifs et de performance des instituts régionaux d'administration. 2020- 2022 », p. 10-11. À l'inverse des enseignements juridiques dispensés à l'École nationale d'administration et qui relèvent d'un module « Management public » (L. ISRAËL, R. VANNEUVILLE, *op. cit.*, p. 149).

⁷⁹⁶ O. QUÉRÉ, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁹⁷ Le droit des agents titulaires à la formation professionnelle est à l'article 22 de la loi du 13 juillet 1983, tel qu'il est modifié à la suite de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique (JORF du 6 février 2007, texte n° 2). Les dispositifs de formation continue sont supervisés par la direction générale de l'administration et de la fonction publique.

⁷⁹⁸ M.-R. D'HAUSSY, « Droit et diplomatie : la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères », *in* *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Pedone, 2008, p. 138.

⁷⁹⁹ S. BARBIER, Entretien n° 2.

part, les directions sont une voie d'accès, pour les magistrats, à l'administration centrale⁸⁰⁰. Les magistrats administratifs sont particulièrement représentés. Certaines directions accueillent aussi des magistrats judiciaires au sein de services spécialisés en droit privé ou en droit pénal⁸⁰¹. D'autre part, les directions recrutent des agents contractuels. La proportion exacte de ces agents n'est pas connue, l'évaluation du nombre d'agents non titulaires dans la fonction publique faisant l'objet d'une approche globale par la direction générale de l'administration et de la fonction publique. Leur recrutement offre aux directions des affaires juridiques le moyen de disposer de juristes très spécialisés dans des domaines juridiques complexes. Ainsi les directions des affaires juridiques de Bercy et du ministère des Affaires étrangères embauchent souvent de jeunes docteurs spécialisés en droit économique, en droit européen ou en droit international. Reste que ces agents sont soumis à la limite de durée propre aux contrats de la fonction publique.

II. DES RESSOURCES BUDGÉTAIRES

317. Comme tout service administratif, les directions des affaires juridiques disposent de moyens budgétaires, autorisés annuellement par le vote de la loi de finances⁸⁰². Malgré une information lacunaire, l'expertise juridique et les directions des affaires juridiques ne sont pas totalement ignorées des documents budgétaires accessibles au public. Les projets et les rapports annuels de performance annexés aux lois de finances y consacrent, parfois, des développements spécifiques. Ces documents offrent un aperçu d'une approche budgétaire de l'expertise juridique ministérielle (**A.**) et des dépenses que celle-ci recouvre (**B.**).

A. Une approche budgétaire de l'expertise juridique ministérielle

318. Jusqu'à présent, l'expertise juridique ministérielle a été envisagée selon une double approche, fonctionnelle et organique : il existe une fonction d'expertise juridique singulière au sein des administrations centrales et cette fonction est principalement dévolue aux directions des affaires juridiques. Cette lecture peut être complétée par une troisième approche, d'ordre budgétaire.

⁸⁰⁰ L'étude du profil des sous-directeurs ou des chefs de bureaux actuels atteste aussi de la présence, bien plus rare, d'administrateurs des affaires maritimes et d'administrateurs du Sénat.

⁸⁰¹ La sous-direction du droit privé et du droit pénal de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers ; le département droit privé et déontologique du service de la législation et du conseil de la direction des affaires juridiques des ministères chargés des affaires sociales sont dirigés par un magistrat. Cette partition n'est en rien figée : la sous-direction des droits de l'homme de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères est également sous la direction d'un magistrat.

⁸⁰² Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances, JORF du 2 août 2001, texte n° 1.

Autrement dit, l'expertise juridique ministérielle ne se conçoit pas uniquement à travers le prisme des missions confiées à certains organes pour sécuriser juridiquement l'action ministérielle. Elle peut aussi être abordée à l'aune des dépenses qu'elle engendre. Rien ne garantit alors que l'approche de l'expertise juridique retenue au sein des documents budgétaires élaborés par l'administration d'État soit alignée sur les approches fonctionnelle et organique présentées jusqu'à présent. Pour le mesurer, il est nécessaire de retrouver, au préalable, la trace des postes de dépenses relatifs aux directions des affaires juridiques – ou, plus largement, à l'expertise juridique – au sein de la nomenclature budgétaire en vigueur depuis la loi organique relative aux lois de finances (LOLF). En effet, les crédits autorisés annuellement par le Parlement sont regroupés en missions qui expriment les grands domaines des politiques publiques conduites par l'État. Dans chacune de ces missions, les crédits sont ensuite ventilés en programmes, « destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation »⁸⁰³. C'est donc au sein des programmes budgétaires que les références aux directions des affaires juridiques, ou à l'expertise juridique, doivent être recherchées. Ces mentions sont rares⁸⁰⁴. Toutefois, lorsqu'elles sont explicitement évoquées, les directions des affaires juridiques – ou le poste de dépenses « expertise juridique » – relèvent systématiquement des programmes budgétaires dits de « Conduite et pilotage » ou de « Soutien » des politiques des ministères⁸⁰⁵. De tels programmes regroupent les crédits affectés aux activités transversales des ministères placées sous la responsabilité des secrétariats généraux des ministères⁸⁰⁶.

319. L'approche budgétaire de l'expertise juridique ministérielle peut ensuite être plus particulièrement étudiée à travers les documents budgétaires annexés aux projets de lois de finances. Chaque programme budgétaire est accompagné d'un projet annuel de performance, puis

⁸⁰³ Art. 7 de la LOLF.

⁸⁰⁴ Les crédits affectés à l'expertise juridique sont alors fondus au sein d'enveloppes budgétaires plus larges, dont le détail n'est pas indiqué au stade du programme budgétaire. Par exemple, le programme de « soutien aux politiques du ministère de la Culture » dilue les crédits de la sous-direction des affaires juridiques du ministère au sein d'une enveloppe plus large de « crédits de fonctionnement courant en administration centrale » (Ministère de la Culture, Projet annuel de performance relative au programme n° 224, « Soutien aux politiques du ministère de la Culture », annexé au projet de loi de finances pour 2023, p. 30).

⁸⁰⁵ Il s'agit des programmes budgétaires n° 105 « Action de la France en Europe et dans le monde » ; n° 212 « Soutien de la politique de la défense » ; n° 155 « Conception, gestion et évaluation des politiques de l'emploi et du travail » ; n° 214 « Soutien de la politique de l'éducation nationale » ; n° 215 « Conduite et pilotage des politiques de l'agriculture » ; n° 216 « Conduite et pilotage des politiques de l'intérieur » ; n° 217 « Conduite et pilotage des politiques de l'écologie, du développement et de la mobilité durables » ; n° 218 « Conduite et pilotage des politiques financières » ; n° 224 « Soutien aux politiques du ministère de la culture » et n° 310 « Conduite et pilotage de la justice ».

⁸⁰⁶ Art. 2 du décret n° 2014-834 du 24 juillet 2014 relatif aux secrétaires généraux des ministères, JORF du 25 juillet 2014, texte n° 3 ; art. 3-8 du décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale modifié par le décret n° 2014-834 précité.

d'un rapport annuel de performance⁸⁰⁷. Cette documentation est élaborée par les services ministériels, sous la supervision de la direction du Budget. Sa finalité première est d'éclairer les parlementaires dans le cadre du vote de la loi de finances initiale, puis du vote de la loi de règlement. À cet effet, les projets annuels de performance (dits « bleus budgétaires ») présentent d'abord les objectifs poursuivis, les coûts prévus et les résultats attendus. Puis, au terme de l'exercice budgétaire, les rapports annuels de performance exposent les écarts survenus entre les prévisions du Gouvernement et la réalité de l'exécution budgétaire.

320. Or, les informations chiffrées que ces documents comportent sont loin d'être exhaustives et n'offrent pas une image claire des crédits alloués aux directions des affaires juridiques ni à l'expertise juridique ministérielle. En effet, la logique de performance portée par la LOLF oriente la nature de l'information budgétaire communiquée aux parlementaires et donc rendue publique. L'administration doit rendre compte d'objectifs et de résultats. À cet effet, l'information indiquée dans les projets et les rapports annuels de performance qui accompagnent les programmes budgétaires est présentée sous la forme d'« actions » auxquelles sont associés « des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus »⁸⁰⁸. L'information transmise aux parlementaires ne porte donc pas sur les crédits alloués à chaque service ministériel, mais sur les crédits consacrés aux différentes actions qui sont fixées par le Gouvernement lui-même. Dès lors, pour que le montant des crédits affectés à l'expertise juridique soit explicitement donné par les documents budgétaires, il faut que le Gouvernement ait décidé d'ériger l'expertise juridique en « action », dont il décide de communiquer les résultats au Parlement. Par ailleurs, le découpage des actions n'est pas aligné sur les services ministériels : plusieurs services peuvent concourir à la même action et un service peut participer à plusieurs actions. La répartition définitive des crédits entre les services ministériels n'est pas communiquée au Parlement puisqu'elle ne relève pas de l'autorisation parlementaire, mais de l'exécution du budget⁸⁰⁹. La ventilation définitive des crédits autorisés est fixée par les budgets opérationnels de programme, subdivisés en unités opérationnelles⁸¹⁰. Or, ces budgets ne sont pas rendus publics. Autrement dit, il est impossible, de

⁸⁰⁷ Art. 51, 5° de la LOLF s'agissant des projets annuels de performance, art. 54, 4° s'agissant des rapports annuels de performance.

⁸⁰⁸ Art. 7 de la loi organique relative aux lois de finances.

⁸⁰⁹ Cela correspond à l'un des objectifs de la réforme de 2001. Dans le cadre juridique antérieur, fixé par l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, l'unité de base de la nomenclature budgétaire est le chapitre, groupant « les dépenses selon leur nature ou selon leur destination » (art. 7 de l'ordonnance). Jugée trop rigide, cette nomenclature est renouvelée par la LOLF : l'autorisation parlementaire n'intervient plus au niveau du chapitre, mais au niveau, plus large, du programme, permettant aux ministres de répartir de façon plus libre les crédits au sein des programmes.

⁸¹⁰ Articles 64 et 65 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, JORF du 10 novembre 2012, texte n° 6 ; v. sur le régime des budgets opérationnels de programme : J.-P. DUPRAT, M.

l'extérieur des ministères, de connaître le montant de l'enveloppe budgétaire dont dispose, chaque année, une direction des affaires juridiques pour son activité.

321. Exceptionnellement, les documents budgétaires apportent une information plus complète lorsque l'expertise juridique fait l'objet d'une action spécifique d'un programme. Ainsi, les crédits alloués à la direction des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur peuvent être appréciés grâce au projet annuel de performance accompagnant le programme budgétaire de « soutien de la politique de l'éducation nationale ». En effet, l'« expertise juridique » est l'une des actions qui concourent à l'objectif budgétaire d'« optimisation des fonctions support »⁸¹¹. Le bleu budgétaire indique que les crédits de l'action « expertise juridique » regroupent : les « crédits de rémunération des personnels en charge de l'expertise juridique », les « crédits de fonctionnement du médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur » et les crédits de fonctionnement de la direction des affaires juridiques ainsi que les « crédits relatifs aux frais de justice et aux réparations civiles »⁸¹². L'ensemble de ces crédits représentent, pour l'exercice 2023, un montant de 17 671 671 €, dont 11 691 763 € de dépenses de personnel⁸¹³. Le projet annuel de performance justifie auprès des parlementaires la destination de ces crédits qui permettent :

« la mise à disposition de tous les services et personnels de l'éducation nationale d'outils et d'informations juridiques permettant de sécuriser juridiquement leur action, notamment en les assistant lors de la production de normes juridiques ; la constitution de ressources documentaires (centre de documentation spécialisé chargé de diffuser l'information juridique à tous les services du ministère, base de données jurisprudentielles de l'éducation nationale) ; d'élaborer des publications juridiques, notamment lettre d'information juridique, CIDJ-info ; d'apporter conseil et assistance en cas de contentieux »⁸¹⁴.

La justification des crédits affectés à l'expertise juridique ne s'accompagne donc pas de véritables objectifs d'économie des ressources budgétaires. Il s'agit surtout pour le ministère de rappeler les

SIMMONY, « Les budgets opérationnels des programmes », *RFFP*, n° 93, 2006, p. 127 ; M. SIMMONY, « Les BOP : origines et régime », *Gestion et Finances publiques*, n° 8, 2011, p. 624 ; C. PIERUCCI, « Le choix des gestionnaires de budget opérationnel de programme, la gestion publique entre empirisme et réglementation », in *Mélanges en l'honneur de Robert Hertzog*, *Economica*, 2010, p. 439.

⁸¹¹ Ministère de l'Éducation nationale, Projet annuel de performance relatif au programme n° 214 de « Soutien de la politique de l'éducation nationale », annexé au projet de loi de finances 2023, p. 50.

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ Pour l'exercice 2022, le montant total était de 17 119 814 € dont 11 139 906 € de dépenses de personnel. Réalisée à plafonds d'emploi équivalents, cette hausse peut certainement être expliquée par l'évolution du traitement de certains agents. (Ministère de l'Éducation nationale, Projet annuel de performance relatif au programme n° 214 de « Soutien de la politique de l'éducation nationale », annexé au projet de loi de finances 2022, p. 54.).

⁸¹⁴ *Ibid.*

attributions de la direction des affaires juridiques et son apport à l'action ministérielle.

322. La généralisation d'une présentation détaillée des crédits alloués aux directions des affaires juridiques, sur le modèle du bleu budgétaire de l'Éducation nationale, pourrait être envisagée. Il est en effet souhaitable que les parlementaires, comme le public, disposent de l'information la plus complète possible sur les crédits budgétaires que les ministres consacrent à l'expertise juridique. Ces crédits ne couvrent pas seulement les dépenses de personnel et de fonctionnement courant des directions. Ils englobent aussi l'ensemble des frais qui résultent de contentieux impliquant l'État, tels que les frais de justice et les intérêts moratoires, les condamnations pécuniaires, les montants versés dans le cadre de transactions ou encore les montants versés au titre de la protection fonctionnelle des agents. Les « dépenses juridiques », comme les nomment parfois les documents budgétaires⁸¹⁵, couvrent aussi les honoraires d'avocats et toutes les consultations juridiques que les ministères peuvent commander⁸¹⁶. Alors que les pouvoirs publics se penchent sur les pratiques gouvernementales en matière de recours aux prestations de conseil extérieur⁸¹⁷, il est regrettable que les informations sur le sujet demeurent parcellaires. En effet, lorsque les documents budgétaires indiquent un montant de consultations juridiques, le montant donné ne permet pas de distinguer entre les prestations commandées par les services centraux du ministère, voire par la direction des affaires juridiques, ou les prestations achetées par les services déconcentrés. Il en est ainsi des consultations juridiques commandées par le ministère de l'Éducation nationale en 2022 : le rapport annuel de performance établi par le ministère indique que ces commandes ont représenté un montant de 136 685 €⁸¹⁸, sans préciser si elles sont le fait des services déconcentrés du ministère (les services académiques et les rectorats) ou de l'administration centrale, ni s'il s'agit de consultations juridiques ou de prestations de représentation en justice.

323. Si l'apport des documents budgétaires à l'étude de la fonction d'expertise juridique ministérielle est donc limité, ces derniers livrent parfois un premier aperçu du montant des crédits

⁸¹⁵ Par ex., Ministère de l'Éducation nationale, Rapport annuel de performance relatif au programme n° 214 de « Soutien de la politique de l'éducation nationale », annexé au projet de loi de règlement pour 2022, p. 61.

⁸¹⁶ Ministère de l'Intérieur, Projet annuel de performance relatif au programme n° 216 « Conduite et pilotage des politiques de l'intérieur », annexé au projet de loi de finances pour 2023, p. 58.

⁸¹⁷ COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux conseils extérieurs*, 2014, suivi d'un rapport du SÉNAT, *Rapport n° 319 fait au nom de la commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative au recours par l'État aux conseils extérieurs*, 2015 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 4298 relatif aux différentes missions confiées par l'administration de l'État à des prestataires extérieurs (outsourcing)*, 2022 ; SÉNAT, *Rapport n° 578 fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques »*, 2022 ; COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux prestations intellectuelles de cabinets de conseil*, 2023.

⁸¹⁸ Ministère de l'Éducation nationale, Rapport annuel de performance relatif au programme n° 214 de « Soutien de la politique de l'éducation nationale », annexé au projet de loi de règlement pour 2022, p. 61.

affectés à l'expertise juridique ministérielle et renseignent sur les objectifs budgétaires que le Gouvernement peut se donner en matière d'expertise juridique.

B. La maîtrise des « dépenses juridiques » de l'État par les directions des affaires juridiques

324. L'exercice de la fonction juridique ministérielle implique d'anticiper et de maîtriser autant que possible les « dépenses juridiques » de l'État. L'approche budgétaire amalgame sous cette appellation générique des frais variés : les « dépenses juridiques » couvrent à la fois les dépenses de personnels et les frais de fonctionnement des directions, le coût des consultations juridiques ainsi que l'ensemble des frais qui résultent d'un contentieux impliquant l'État. Les directions des affaires juridiques jouent un rôle clé dans l'anticipation de ces dépenses. Elles assurent, en particulier, l'exercice d'estimation des provisions pour litiges (1.). Dans un contexte budgétaire par ailleurs contraint, l'exercice de la fonction d'expertise juridique est influencé par l'objectif général de réduction des coûts (2.).

1. L'estimation des provisions pour litiges

325. Les directions des affaires juridiques sont chargées de l'estimation des provisions pour litiges de l'État⁸¹⁹. Il s'agit de recenser les contentieux en cours et d'évaluer la charge financière qu'ils peuvent représenter sur le budget des ministères afin que les services financiers puissent provisionner les montants correspondants. Cet exercice est périlleux : « les contentieux génèrent un volume de dépenses obligatoires difficilement prévisibles puisque conditionnées par le sens des décisions rendues par les juridictions administratives. »⁸²⁰. L'anticipation des conséquences budgétaires des contentieux est pourtant indispensable. En 2017, un rapport de l'Assemblée nationale insiste sur « les enjeux grandissants posés par la multiplication des contentieux, ainsi que les difficultés de l'État à anticiper, à évaluer, et à gérer le risque budgétaire associé. »⁸²¹. Le rapport part d'un « constat alarmant » : « Chaque année, les dépenses associées aux contentieux attendraient 3,6 milliards d'euros en moyenne [...] la provision pour litiges s'élève à près de 25 milliards d'euros

⁸¹⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 1310 relatif à la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État*, 2018, p. 23.

⁸²⁰ Ministère de la Transition écologique, *Projet annuel de performance relatif au programme n° 217, « Conduite et pilotage des politiques de l'écologie du développement et de la mobilité durables »*, annexé au projet de loi de finances pour 2021, p. 33.

⁸²¹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport précité*, p. 9.

soit, 8 % des recettes nettes du budget général de l'État, et cette provision a été multipliée par cinq en dix ans.»⁸²². Les contentieux fiscaux représentent, en 2022, 53 % du montant total des provisions pour litiges⁸²³. Parmi les litiges non fiscaux faisant l'objet d'une provision d'un montant notable en 2022, peut être mentionnée la hausse des provisions comptabilisées par le ministère de la Transition écologique (de plus de 7 915 milliards d'euros)⁸²⁴. Cette hausse est la conséquence d'un recours indemnitaires introduit par la société EDF dans le cadre du relèvement du plafond de l'ARENH⁸²⁵. L'estimation des provisions pour litige est au croisement de deux enjeux cruciaux pour l'État : maîtriser la dépense publique et assurer une bonne gestion des contentieux dans lesquels il est impliqué.

326. Les textes d'organisation des administrations centrales n'attribuent pas explicitement cette mission d'estimation aux directions des affaires juridiques. Néanmoins, ces dernières sont les seuls services à même de disposer des informations sur les contentieux en cours, sur la probabilité, même grossière, de condamnation de l'État ainsi que sur le montant, le cas échéant, de la condamnation. Les directions raisonnent « à partir de faisceaux d'indices » en tenant compte de trois inconnues, « le juge, les justiciables et l'administration »⁸²⁶. Comme le relève Théo Ducharme :

« La mécanique à l'œuvre pour l'inscription en comptabilité générale d'une provision pour litige. Celle-ci repose sur un savant mélange d'appréciation de la jurisprudence européenne ou interne et des écrits de la doctrine scientifique. En somme, à partir de faisceaux d'indices la DAJ en arrive à proposer l'inscription d'une provision pour risques contentieux. L'édifice repose sur une probabilité de condamnation de l'État supérieure à 50 %. »⁸²⁷.

327. La pratique du ministère de l'Agriculture offre un exemple de la procédure suivie au sein des ministères. L'estimation des provisions pour litiges est répartie entre la direction des affaires juridiques et les directions régionales du ministère, chaque service recensant les contentieux

⁸²² *Ibid.*, p. 10. Le rapport indique que ce montant a été obtenu à partir des informations communiquées par les directions des affaires juridiques des ministères, mais il précise que « ces données ne sont pas non plus exhaustives, puisque tous les ministères n'ont pas répondu » (p. 23).

⁸²³ Compte général de l'État, Annexe au projet de loi de règlement du budget et d'approbation des comptes 2022, p. 86.

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ Dans le cadre de l'« Accès régulé à l'électricité nucléaire historique », EDF a l'obligation, depuis 2010, de vendre à ses concurrents à un prix réglementé l'électricité qu'elle produit à partir de l'énergie nucléaire. Afin de réagir à la crise énergétique, le décret n° 2022-342 du 11 mars 2022 augmente les volumes d'électricité qu'EDF devait fournir à ses concurrents, ce que la société contestait devant la juridiction administrative. Concernant la légalité du décret en question, v. CE, 3 février 2023, n° 462840, *Fédération Chimie Energie FCE-CFDT*.

⁸²⁶ T. DUCHARME, « La comptabilité générale au service des litiges perdus par l'État », *Gestion et finances publiques*, n° 3, 2023, p. 40.

⁸²⁷ *Ibid.*

relevant de ses attributions. Les services déconcentrés sont assistés par la direction des affaires juridiques et par les conseillers juridiques interrégionaux déployés auprès des directions régionales de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt. Une note du secrétariat général du ministère précise que « doivent être recensés [...], les contentieux pour lesquels une instance est en cours au 31 octobre de l'année N, et qui portent sur un litige dont l'enjeu financier est supérieur à 100 000 € ». Ce montant s'apprécie « au regard des prétentions indemnitaires totales des parties, incluant les dépens ou frais prévus à l'article L. 761-1 du code de justice administrative »⁸²⁸. Les contentieux les plus sensibles sont présentés par la direction des affaires juridiques au comité des risques. Les projets de transaction doivent également être recensés.

328. L'estimation du montant des provisions pour litiges est un exercice complexe car il repose sur de nombreuses incertitudes. Pour être mené à bien, cet exercice requiert une vision globale et fiable du nombre et de la nature des contentieux en cours, ainsi qu'une connaissance fine du droit permettant d'estimer le risque de condamnation. Les directions des affaires ont été généralisées alors que les pouvoirs publics s'inquiétaient du coût financier et politique, pour l'État, d'être mal défendu en justice. L'approche budgétaire permet de percevoir que la création des directions n'a pas pour seul objectif d'assurer convenablement la défense de l'État. Elles concourent également à l'indispensable anticipation des conséquences financières de ses condamnations potentielles.

2. La gestion par la performance des directions des affaires juridiques

329. Les directions des affaires juridiques sont instituées comme une réponse à la dérive managériale des administrations de l'État. Toutefois, en tant que service de l'État, elles ne sont pas épargnées par la logique de performance consacrée par la LOLF. L'activité des directions est appréciée à l'aune d'un objectif de rentabilité. Dans cet esprit, « les données de performance doivent permettre de montrer comment, dans le cadre des moyens alloués, l'effet des politiques ou la qualité des services publics peuvent être accrus au meilleur coût »⁸²⁹. Les directions des affaires juridiques ont ainsi quantifié leur charge de travail, ainsi que les résultats qu'elles obtiennent afin de justifier des crédits qui leur sont affectés. L'élaboration de rapports d'activité annuels⁸³⁰ et le développement

⁸²⁸ V. not. Ministère de l'Agriculture, Note de service SG/SAJ/SDDACPJC/2020-508 du 10 août 2020 relative à la déconcentration des transactions et au rôle des conseillers juridiques interrégionaux (CJI) dans le traitement du contentieux, la conclusion des transactions et le recensement des litiges, p. 6.

⁸²⁹ Ministère de l'action et des comptes publics, Direction du Budget, *Guide de la performance*, 2020, p. 5.

⁸³⁰ Les directions des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, des ministères sociaux et des ministères économiques et financiers publient, chaque année, leur rapport d'activité.

d'outils statistiques présentant le nombre annuel de consultations juridiques et de dossiers contentieux traités⁸³¹ participent à cet effort de présentation stratégique de l'activité des directions.

330. Le ministère de l'Intérieur constitue un bon exemple de cette logique. Depuis près de dix ans, l'objectif d'« optimisation de la fonction juridique » est rappelé, chaque année, par le projet annuel de performance accompagnant le programme de « conduite et de pilotage des politiques de l'intérieur », consacré aux services transversaux du ministère⁸³². L'optimisation recherchée porte plus particulièrement sur la défense de l'État devant les juridictions administratives et judiciaires. L'activité de conseil juridique, pourtant partie intégrante de la fonction d'expertise juridique ministérielle, n'est pas envisagée, ce qui se comprend d'un point de vue pratique : l'administration centrale, même mue par une ambition de restriction des dépenses, n'est pas en mesure d'estimer le coût de l'activité de conseil juridique interne au ministère. Le traitement des agents de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques n'est d'aucun secours dans cette estimation. En effet, ils exercent autant des missions de conseil juridique que de gestion des contentieux. Les deux indicateurs utilisés par le Gouvernement afin d'évaluer les résultats obtenus dans la poursuite de cet objectif « d'optimisation » confirment cette restriction. Il s'agit, d'une part, du taux de réussite de l'État devant les juridictions administratives et judiciaires et, d'autre part, du coût moyen de la fonction juridique du ministère de l'Intérieur. Ce second indicateur s'avère bien plus ciblé que son intitulé ne le laisserait penser. Il agrège, en effet, le coût moyen de la protection fonctionnelle des agents du ministère⁸³³, le coût moyen d'un contentieux en matière de droit des étrangers⁸³⁴, le coût moyen de la protection auto-assurantielle des véhicules opérationnels⁸³⁵ et le coût moyen des refus de concours de la force publique⁸³⁶. La direction des libertés publiques et des affaires juridiques,

⁸³¹ V. par ex., DAJ des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, *Bilan d'activité 2022*, p. 37.

⁸³² Ministère de l'Intérieur, *Projet annuel de performance relatif au programme n° 216 « Conduite et pilotage des politiques de l'intérieur »*, annexé au projet de loi de finances pour 2023, p. 11-12.

⁸³³ Ce coût est estimé en comptant les frais d'avocats et le coût d'instruction du dossier de protection fonctionnelle par les agents.

⁸³⁴ Ce coût est estimé en prenant en compte le coût d'un litige perdu ainsi que les coûts d'instruction du dossier par les agents des préfectures qui en ont la charge (ou, le cas échéant, de leur externalisation si la préfecture choisit de faire appel à un cabinet d'avocats).

⁸³⁵ Les sinistres des véhicules opérationnels du ministère sont gérés en « auto-assurance », conformément à la dérogation prévue à l'article L. 211-1 du code des assurances. Sur le principe, rarement étudié, selon lequel l'État est son propre assureur v., B. DELAUNAY, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 2014, p. 287. Au ministère de l'Intérieur, les dossiers sont instruits par le service d'assurance automobile du ministère, service à compétence nationale rattaché à la direction des libertés publiques et des affaires juridiques (Arrêté du 4 septembre 2020 portant création du service à compétence nationale dénommé « service d'assurance automobile du ministère de l'intérieur », *JORF* du 11 septembre 2020, texte n° 6). Le coût moyen de la protection assurantielle, considéré dans le cadre de l'estimation du coût moyen de la fonction juridique, comprend les indemnités versées dans le cadre de cette assurance ainsi que les coûts d'instruction des dossiers.

⁸³⁶ Ce coût est estimé en prenant en compte le coût des agents instruisant les demandes de concours de la force publique ainsi que les indemnités versées, le cas échéant, à la suite du refus de ce concours.

qui est l'organe central d'expertise juridique du ministère, ne peut pas grand-chose s'agissant de la réduction du coût moyen de la fonction juridique, tel qu'apprécié par le ministère. L'instruction des dossiers de protection fonctionnelle, de contentieux de droit des étrangers, de protection auto-assurantielle des véhicules et de refus de concours de la force publique ne relève pas directement de ses missions. Elle est attribuée aux services juridiques des préfetures, des secrétariats généraux pour l'administration du ministère de l'Intérieur ou au service d'assurance automobile du ministère. La DLPAJ peut, tout au plus, accompagner ces services en répondant à leurs demandes de consultation juridique ou en leur adressant des consignes générales. En revanche, le taux de réussite de l'État devant les juridictions administratives et judiciaires est calculé sur la base de l'ensemble des contentieux du ministère, à l'exception du contentieux en matière de droit des étrangers et du contentieux du refus de concours de la force publique⁸³⁷. Les dossiers sont donc traités par la DLPAJ ou, dans le cas de première instance devant les tribunaux administratifs, par les services préfectoraux ou les secrétariats généraux d'administration du ministère répartis sur l'ensemble du territoire. L'objectif d'optimisation de la fonction juridique concorde avec la réorganisation ministérielle réalisée depuis 2016. En effet, la direction des libertés publiques et des affaires juridiques a œuvré à l'implantation de sept « pôles d'appui juridique » auprès des services déconcentrés. Le rôle de ces pôles est d'assister les services préfectoraux et les services des secrétariats généraux d'administration du ministère de l'Intérieur dans le traitement des contentieux de première instance relevant de leurs attributions. À cet effet, les pôles sont spécialisés par domaine juridique et contentieux et conseillent l'ensemble du territoire, indépendamment de leur lieu d'implantation. On mesure que la logique budgétaire et ses indicateurs de performance convergent avec l'évolution des structures.

⁸³⁷ Ministère de l'Intérieur, Projet annuel de performance relatif au programme n° 216 « Conduite et pilotage des politiques de l'intérieur », *op. cit.*, p. 11.

Conclusion du chapitre

331. Le succès du renforcement de l'expertise juridique ministérielle dépend dans une large mesure de l'adéquation de l'organisation et des moyens des directions des affaires juridiques à l'exercice de leur fonction.

332. L'organisation interne des directions des affaires juridiques est déterminée dans le cadre d'un régime juridique récemment assoupli, accordant aux directeurs d'administration centrale une plus large autonomie pour agencer leurs services. La revue des organigrammes révèle la diversité logique des solutions retenues : la répartition des sous-directions et des bureaux est une façon d'adapter l'exercice de la fonction d'expertise juridique aux singularités de chaque ministère. L'exemple des ministères sociaux le démontre parfaitement puisque la refonte de la direction des affaires juridiques réalisée en 2021 a consisté à étendre les attributions de la direction, tout en réaménageant totalement ses services⁸³⁸.

333. L'efficacité de la fonction d'expertise juridique des directions reste tributaire de leurs ressources ainsi que de leur capacité à assurer leur propre savoir juridique. À cet égard, l'étude des profils des directeurs des affaires juridiques et de leurs agents appelle deux remarques. Premièrement, la présence hégémonique de membres du Conseil d'État à la tête des directions saute aux yeux. Cette pratique prolonge l'influence du Palais-Royal sur l'activité juridique des ministères. Grâce à ces nominations, le Conseil d'État renforce « son emprise sur tous les maillons de la production juridique, de l'amont à l'aval, de l'élaboration à l'application »⁸³⁹ du droit. Une telle emprise peut être bénéfique à la qualité juridique de l'action ministérielle, mais elle génère assurément des difficultés dans certaines situations contentieuses lors desquelles la défense du ministère devant le Conseil d'État est assurée par un membre du Conseil d'État⁸⁴⁰. Deuxièmement, on observe une tendance à la diversification des profils des agents des directions. Ainsi leurs effectifs comptent des administrateurs généralistes, mais aussi des magistrats administratifs et judiciaires détachés et de nombreux agents contractuels, formés au sein des facultés de droit. Ces pratiques de recrutement permettent aux directions de combler l'absence de filière juridique au sein de la fonction publique d'État. Alors que les facultés de droit ont été progressivement écartées de

⁸³⁸ V. *supra* §. 254.

⁸³⁹ J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans l'élaboration des normes », *Droit et Société*, n° 69, 2011, p. 630.

⁸⁴⁰ V. *infra* §. 493.

la formation des administrateurs⁸⁴¹, il est remarquable que ce soit auprès de juristes formés par celles-ci que l'administration d'État construit sa fonction d'expertise juridique.

⁸⁴¹ V. *supra* §. 150.

Conclusion de la première partie

334. « Bien entendu, il y a, en tout pays, des sous-équipements plus graves que le sous-équipement juridique. Mais il en est peu, par contre, auquel on puisse remédier à si peu de frais »⁸⁴². La création d'une direction des affaires juridiques constitue la principale option choisie, au sein de l'administration d'État, pour structurer l'« équipement juridique » interne des ministères. Au fil des réorganisations ministérielles successives, pour la plupart réalisées entre les années 1990 et 2010, cette forme d'organisation s'est diffusée.

335. Dans le cas présent, l'institution de l'organe semble bien avoir créé la fonction. En effet, en énumérant les missions confiées aux nouvelles directions, le pouvoir réglementaire s'est attaché à redéfinir la fonction d'expertise juridique ministérielle. Tirant les conséquences de l'insuffisance des services juridiques préexistants, cette fonction renouvelée est à la fois plus complète et plus ambitieuse. Outre l'affirmation claire du rôle des directions en matière de conseil juridique et de gestion des contentieux, l'innovation principale consiste à reconnaître leur participation à l'élaboration des projets de texte. Par l'effet d'une assimilation implicite de l'expertise juridique à l'expertise légistique, les directions des affaires juridiques sont ainsi appelées à concourir à la qualité de la réglementation. Le conseil, le contentieux, le concours à l'élaboration des textes constituent ainsi le cœur de la fonction d'expertise juridique ministérielle. À côté de ces attributions principales figurent des missions annexes dont l'importance ne doit pas être négligée. L'affirmation selon laquelle les directions assurent « la diffusion des compétences et des connaissances juridiques » au sein des ministères pourrait s'apparenter à un vœu pieux. Le projet de revaloriser la place du droit dans la réalisation de l'action ministérielle invite toutefois à prendre au pied de la lettre une telle attribution. Cette dernière habilite les directions des affaires juridiques à prendre les initiatives utiles à l'amélioration de la culture juridique des administrateurs. Elle les invite, finalement, à mener une politique du droit au service de l'action ministérielle.

336. Par la position occupée par les directions des affaires juridiques au sein des ministères comme par l'étendue des missions qui leur sont confiées, l'administration d'État semble avoir pris au

⁸⁴² J. RIVERO, « Le sous-équipement juridique des administrations centrales », *D.*, 1967, p. 243.

sérieux la nécessité de revaloriser la place du droit dans l'action administrative. Néanmoins, le succès de ce projet dépend des moyens humains et budgétaires qu'elle concède aux directions et de leur association effective au travail administratif et gouvernemental.

Seconde partie

L'apport des directions des affaires juridiques à l'action ministérielle

337. Le mouvement de refonte de l'expertise juridique ministérielle, engagé à partir du milieu des années 1990, semble aujourd'hui achevé : chaque ministère dispose d'une direction des affaires juridiques. Cette forme d'organisation est désormais stabilisée ; il devient donc possible d'apprécier, de manière générale, ce qu'elle apporte à l'action ministérielle. Après avoir analysé la façon dont les directions se sont implantées au sein des administrations centrales et après avoir défini les contours de leur fonction, il s'agit à présent d'étudier les conditions de l'exercice de leurs attributions, d'identifier les difficultés qu'elles peuvent rencontrer et de rechercher les évolutions qu'elles sont susceptibles d'avoir produites au sein de l'appareil administratif d'État. Cela revient à s'interroger sur les conditions d'intégration d'un nouvel acteur au sein du travail ministériel et gouvernemental. La consistance de la fonction d'expertise juridique ministérielle confiée aux directions dépend dans une large mesure de la propension des ministres et de leurs services à les associer à leurs travaux. Il s'agit, en somme, de se demander si la greffe a pris.

338. Dans cette perspective, l'apport concret des directions des affaires juridiques à l'action ministérielle se mesure à l'aune des objectifs immédiats de leur activité. Par leur fonction d'expertise juridique, les directions poursuivent en effet trois objectifs fondamentaux : sécuriser juridiquement l'action administrative en assurant sa légalité (**Chapitre 1**), défendre les intérêts de l'État devant les juridictions (**Chapitre 2**) et améliorer la qualité du droit (**Chapitre 3**).

Chapitre 1

Le concours à la sécurité juridique de l'action ministérielle

339. L'expertise juridique ministérielle a été pensée et structurée autour des directions des affaires juridiques dans le but premier de sécuriser juridiquement l'action ministérielle, c'est-à-dire de prévenir sa remise en cause en assurant, autant que possible, sa conformité au droit. Les directions veillent à la conformité juridique des actes du ministère, mais elles n'en sont pas les seules garantes. La charge du respect du principe de légalité repose sur chaque agent, au sein de chaque service. Les directions ne sauraient exercer un contrôle juridique systématique de l'ensemble des initiatives ministérielles. En revanche, il leur appartient d'apporter toute l'assistance nécessaire aux administrateurs.

340. Les directions des affaires juridiques participent principalement à la légalité de l'action ministérielle au moyen d'une activité de conseil juridique. Si une telle mission est des plus classiques s'agissant d'un service juridique, il reste à établir le positionnement qu'adoptent les directions lorsqu'elles conseillent l'administration. Pour avertir les ministres et leurs services des risques contentieux, ou estimer la faisabilité juridique d'un projet, les directions pourraient tenter d'anticiper le travail du juge et se comporter à son image. Mais la posture de censeur interne paraît d'emblée peu pertinente. Tout l'intérêt de la structuration de l'expertise juridique est de rendre les analyses des directions utiles aux services du ministère et mobilisables pour la construction de l'action ministérielle. L'analyse juridique doit être une ressource, non un frein.

341. S'il se bornait à leur activité de conseil juridique, le concours des directions des affaires juridiques à la légalité de l'action ministérielle ne s'exercerait que dans les limites de leur consultation. Bien que les demandes d'analyses soient toujours plus nombreuses, au point d'inciter parfois les directions à rationaliser les saisines, une telle approche est réductrice. Les directions des affaires juridiques conçoivent et animent un ensemble d'initiatives dans le but de diffuser l'information juridique au sein des ministères et d'améliorer les compétences en droit des administrateurs. Se faisant, les directions semblent bien poursuivre une véritable politique du droit

au sein des ministères.

342. Les directions des affaires juridiques concourent à la légalité de l'action ministérielle grâce aux analyses qu'elles livrent aux ministres et à leurs services dans le cadre de consultations (**Section 1**), et par le biais des initiatives qu'elles conçoivent pour assurer la diffusion du droit au sein de l'appareil administratif d'État (**Section 2**).

SECTION 1. LA CONSULTATION JURIDIQUE

343. Le conseil juridique est au cœur de la fonction d'expertise des directions des affaires juridiques et le moyen principal de leur concours à la légalité de l'action ministérielle. Le champ de cette activité a été pensé de la façon la plus étendue : la direction des affaires juridiques est l'organe de conseil juridique de l'ensemble du ministère. Elle peut être interrogée par les services centraux, comme par les services déconcentrés du ministère et les établissements publics placés sous la tutelle du ministre. Il n'est pas rare, par ailleurs, qu'une direction des affaires juridiques soit amenée à conseiller une autre administration ministérielle sur des questions de droit relevant de son domaine particulier d'expertise⁸⁴³. L'on perçoit alors l'une des vertus de l'institution et de la répartition de ces nouvelles directions au sein des ministères : former un réseau de correspondants et de ressources juridiques au sein de l'appareil administratif d'État⁸⁴⁴. En revanche, les directions ne peuvent être interrogées ni par les agents au sujet de leur situation personnelle⁸⁴⁵, ni par les administrés⁸⁴⁶. Leur activité de conseil juridique est entièrement, mais uniquement, destinée à la construction et à la réalisation de l'action ministérielle et gouvernementale.

344. Ainsi convient-il d'envisager le principe du recours à la direction des affaires juridiques (**I.**), la pertinence des modalités de sa consultation (**II.**) et les usages faits de ses analyses (**III.**).

⁸⁴³ Les directions des affaires juridiques de Bercy et du Quai d'Orsay sont ainsi régulièrement sollicitées par les autres ministères. Les demandes sont adressées directement à la direction, si elles sont formulées par un service avec lequel elle entretient des relations de travail suivies, ou transitent par le cabinet du ministre.

⁸⁴⁴ Ce réseau, encore informel, inclut le Secrétariat général du Gouvernement, v. *infra* §. 605.

⁸⁴⁵ À l'exception des demandes de protection fonctionnelle, qui relèvent des attributions des directions des affaires juridiques.

⁸⁴⁶ Toutefois, les directions répondent plus régulièrement aux demandes d'informations qui leur adressent les administrés au titre de leur fonction de réglementation, v., par exemple, le bureau des établissements de jeux, intégré à la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur, répondant à la demande adressée par une Fédération au sujet de l'interprétation, par l'administration, de la réglementation relative aux casinos (CE, 21 juillet 2022, n° 449388, *Fédération des employés et cadres Force ouvrière*, N. CHIFFLOT, *Procédures*, n° 10, p. 25 ; G. EVEILLARD, *Droit administratif*, n° 12, p. 27 ; O. LE BOT, *JCP A*, n° 45, p. 16).

I. LE RECOURS À LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

345. La consultation de la direction des affaires juridiques est l'expression d'un double choix : choisir de solliciter une expertise juridique dans le cadre du processus décisionnel (**A.**), choisir de privilégier l'expertise juridique ministérielle aux conseils juridiques extérieurs (**B.**).

A. Une étape du processus décisionnel

346. Les directions sont résolument envisagées comme des prestataires de services à la disposition des ministères. Leur concours à la légalité de l'action ministérielle dépend donc de la propension des services à requérir leur expertise, en les consultant. Une telle approche oriente la façon dont leur activité de conseil s'intègre dans le processus décisionnel ministériel, ainsi que le régime contentieux de leurs analyses.

347. La consultation de la direction des affaires juridiques est une séquence de la fabrication de l'action ministérielle. En principe, cette étape est facultative. Il ne saurait en être autrement au regard de l'objet même de cette activité de conseil : la vocation de la direction des affaires juridiques est d'éclairer, ou d'assister, les services ministériels. Ces derniers demeurent donc libres de la solliciter pour lui soumettre les difficultés auxquelles ils sont confrontés. L'enjeu pour la direction consiste alors à gagner la confiance des services, ainsi qu'à apporter la preuve de ses compétences et de l'utilité de ses analyses⁸⁴⁷. Il est des cas particuliers, bien identifiés, dans lesquels la consultation est obligatoire. Ainsi, plusieurs directions des affaires juridiques ont obtenu d'être systématiquement consultées avant que le ministère n'ait recours à un prestataire juridique extérieur. Elles apprécient alors l'opportunité de l'externalisation et examinent le marché passé⁸⁴⁸. Surtout, les directions des affaires juridiques sont presque toutes systématiquement consultées lors du processus d'élaboration des projets de textes législatifs et des textes réglementaires les plus importants⁸⁴⁹. Dans ces deux hypothèses, la finalité de la consultation évolue. Il s'agit moins de rechercher le regard du juriste pour éclairer l'action ministérielle, que de faire appel à sa vigilance afin de veiller à la cohérence de l'activité juridique des ministères.

348. Le terme de « consultation » désigne tout à la fois le processus consistant à interroger la

⁸⁴⁷ C. DE SALINS, Entretien n° 16.

⁸⁴⁸ V. *infra* §. 381.

⁸⁴⁹ V. *infra* §. 588.

direction des affaires juridiques et le produit de celui-ci, c'est-à-dire la réponse apportée par la direction aux questions qui lui sont adressées. La consultation, en tant que produit, peut également être envisagée selon une approche matérielle et une approche formelle. Matériellement, la consultation désigne « l'opinion émise dans le but d'influencer son destinataire, par une personne indépendante et compétente qui répond à des questions juridiques, à la suite d'une analyse rationnelle conduite dans l'intérêt du demandeur de conseil et dans le respect du droit »⁸⁵⁰. Il s'agit de l'analyse juridique préparée et communiquée par la direction aux services qui l'ont interrogée. Formellement, la consultation doit être entendue de la façon la plus large possible puisque l'analyse de la direction peut être transmise par tout moyen. Selon la difficulté, la sensibilité ou encore l'urgence de la question posée, la direction peut très bien répondre par une simple analyse orale ou par un courriel. Le plus souvent, les analyses de la direction sont formalisées au sein de documents administratifs internes prenant généralement la forme de note administrative⁸⁵¹. Plusieurs directions des affaires juridiques tendent aussi à distinguer les « fiches » des « notes », seules ces dernières étant visées par le directeur ou le sous-directeur⁸⁵². Il importe donc de distinguer l'analyse préparée des documents par lesquels elle est éventuellement présentée.

349. Le régime contentieux de cette documentation découle de l'objet et du contenu des consultations rendues. La note, la fiche, ou tout autre document par lequel la direction répond à la demande qui lui est adressée ont pour but d'éclairer l'autorité administrative dans le cadre d'un processus de décision. L'analyse de la direction consiste alors répondre juridiquement à une demande. La consultation de la direction des affaires juridiques ne saurait donc être regardée comme une décision administrative : il ne s'agit jamais de la « signification impérative de la volonté unilatérale et arrêtée d'une autorité administrative »⁸⁵³. Elle peut orienter, influencer, inspirer ou déterminer le contenu de la décision, mais elle ne se confond pas avec celle-ci.

350. Cependant, si les analyses de la direction ne sont pas des décisions, elles pourraient tout de même, en l'état actuel du droit, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir s'il est établi qu'elles font grief. À cet égard, il convient de distinguer selon la nature de l'analyse rendue par la direction. En effet, en principe, seuls peuvent être contestés les documents de portée générale. Autrement

⁸⁵⁰ J.-J. ALEXANDRE, *La prestation de conseil juridique en droit français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 101.

⁸⁵¹ Se pose alors la question d'un éventuel phénomène de « déécriture » du droit. Vincent Forray et Sébastien Pimont défendent ainsi l'idée selon laquelle l'activité de description du droit positif par les juristes participerait déjà à façonner et transformer les règles juridiques décrites (V. FORRAY, S. PIMONT, *Décrire le droit et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2017).

⁸⁵² F. PUIGSERVER, Entretien n° 14, K. GILBERG, Entretien n° 7.

⁸⁵³ B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2015, t. 286, §. 452.

dit, la généralité de la réponse apportée par la direction influence son régime contentieux.

351. La direction des affaires juridiques peut être sollicitée au sujet d'une situation particulière. Dans ce cas, son analyse semble devoir être regardée comme un acte préparatoire, préalable à la décision individuelle que l'administration prendra. C'est d'ailleurs ainsi que le Conseil d'État a qualifié une note préparée par la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense, produite dans le cadre de l'examen d'un recours administratif :

« Considérant que la note dont [il] s'agit a été produite par l'administration devant la commission de recours des militaires dans le cadre de l'examen du recours de M. A, préalablement à l'intervention de la décision du ministre de la défense du 7 avril 2009 ; qu'elle n'est pas constitutive d'une décision faisant grief ; que par suite ces conclusions ne sont pas recevables »⁸⁵⁴.

352. Dans cette hypothèse, la relation temporelle entre la consultation et la décision administrative est claire : l'analyse de la direction des affaires juridiques, formalisée par la note, est établie dans l'objectif d'éclairer une décision individuelle future⁸⁵⁵. La note de la direction constitue non seulement un document préparatoire, distinct de la décision administrative, mais aussi un document de portée limitée, dans la mesure où son contenu ne porte que sur le cas au sujet duquel elle a été sollicitée.

353. Toutefois, ce premier cas d'école n'est qu'une expression parmi d'autres de la diversité des demandes qui peuvent être adressées à la direction, et des réponses que cette dernière peut apporter. En la matière, les configurations sont multiples : le degré de généralité du contenu de la note varie, tout comme le nombre de ses destinataires et les modalités de sa diffusion. De l'autre côté du spectre, un second cas d'école pourrait être envisagé : celui dans lequel la réponse présente ou interprète l'état du droit sur une question donnée, dans des termes généraux et abstraits, et a vocation à être mobilisée pour orienter le traitement de nombreuses décisions administratives futures. Il s'agit alors d'envisager les conditions dans lesquelles le document administratif qui consigne ces analyses pourrait être regardé comme un document de portée générale, dont le juge pourrait apprécier les effets et, le cas échéant, examiner la légalité. En effet, en l'état actuel de sa jurisprudence, le juge administratif a ouvert son contrôle de l'excès de pouvoir aux « documents de portée générale émanant des autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires,

⁸⁵⁴ CE, 28 juin 2010, n° 326019, *M. A.*

⁸⁵⁵ En cela, la décision de 2010 confirme une position ancienne du juge administratif s'agissant des notes élaborées en vue d'éclairer le processus d'édiction d'un acte individuel (CE, 6 décembre 1991, n° 94201-n° 99223, *M. Joel C.*, Rec. p. 422).

instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif», lorsque ces documents «sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre»⁸⁵⁶. La jurisprudence *GISTI* fait donc naître une double question, celle de la portée des documents élaborés par la direction, et celle de leurs effets potentiels sur les tiers.

354. Loin d'être fixée à ce jour par le juge, la solution repose sur une approche au cas par cas de la documentation élaborée par la direction. Il faut d'abord isoler le cas des publications que la direction rédige spontanément, hors du cadre d'une demande de consultation, et dans lesquelles elle présente un état du droit. Élaborés dans un souci de pédagogie juridique, ces documents bénéficient de la publicité correspondante puisqu'ils peuvent être diffusés sur le réseau intranet du ministère, ou même être rendus accessibles au public et étant mis en ligne sur le site internet du ministère. De tels documents peuvent être considérés comme ayant une portée générale et leurs effets peuvent alors être appréciés suivant les critères posés par la jurisprudence *GISTI*⁸⁵⁷. De même, la direction des affaires juridiques décide, parfois, de donner à l'une de ses analyses une plus large audience. Estimant que la solution qu'elle apporte dans le cadre d'une consultation particulière peut être utile aux administrateurs, elle choisit de la diffuser à l'ensemble des services, voire de la publier en ligne, sur l'intranet ou sur le site internet du ministère⁸⁵⁸. Dans cette configuration, les destinataires de l'analyse de la direction sont multipliés puisqu'il s'agit de tous les agents du ministère qui appliqueront potentiellement les règles présentées. Le document peut alors être considéré comme un document de portée générale. Reste alors à en mesurer les effets potentiels sur les tiers. Leur appréciation s'avère éminemment délicate, car le critère est ici finaliste⁸⁵⁹. Le juge semble, en effet, mobiliser un faisceau d'indices en tenant compte, notamment, du contenu du document⁸⁶⁰, de la publicité dont il a fait l'objet⁸⁶¹ et de ses conséquences concrètes sur les situations individuelles⁸⁶². En l'état actuel de la jurisprudence, l'éventualité d'une justiciabilité des analyses des

⁸⁵⁶ CE, Sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*, Rec. p. 192, concl. G. ODINET, *RFDA*, 2020, p. 785 ; note F. MELLERAY, *RFDA*, 2020, p. 801 ; note B. SEILLER, *Gaz. pal.*, 2020, n° 35, p. 23 ; note N. CHIFFLOT, *Procédures*, 2020, n° 8, p. 40 ; comm. G. EVEILLARD, *Droit administratif*, n° 10, p. 31.

⁸⁵⁷ V. *infra* §. 425.

⁸⁵⁸ À l'image de la direction des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur dont certaines des consultations sont reproduites dans la « lettre d'information juridique » dont la publication, sur le site des ministères, est bimensuelle (v. *infra* §. 421).

⁸⁵⁹ E. BARBIN, « Un prétendant au titre de critère de l'acte administratif : présentation du "finaliste" », *Droit administratif*, 2023, n° 10, p. 10.

⁸⁶⁰ CE, 18 octobre 2023, n° 468888, *Association Fédération Environnement Durable*.

⁸⁶¹ CE, 13 juillet 2023, n° 455803, *Mme A. et Mme D.*

⁸⁶² CE, 10 juillet 2021, n° 444849, *Syndicat national des journalistes et a.* En l'espèce, le juge se contente ici d'affirmer que le document contesté est susceptible d'avoir des effets notables sur la situation des requérants, plutôt que d'expliquer son raisonnement.

directions s'avère plus qu'hypothétique. Le but premier de la consultation reste d'obtenir, dans le cadre d'un processus décisionnel, l'éclairage du point de vue du juriste. Les analyses des directions peuvent alors être concurrencées par celles d'autres conseils juridiques.

B. Des analyses juridiques concurrencées

355. L'utilité des directions dépend aussi de la faculté à s'imposer comme les conseils juridiques de référence des ministères. L'administration a toujours eu la faculté de solliciter des conseils juridiques extérieurs pour l'accompagner dans la réalisation de son activité. De longue date, les ministères ont associé à leurs travaux des magistrats, des professeurs de droit, des membres du Conseil d'État et, dans une moindre mesure, des avocats. L'institution de directions des affaires juridiques n'a eu ni pour but, ni pour effet, de priver l'administration du bénéfice de ces expertises. Il est même souhaitable qu'elle puisse tirer parti des savoirs et des « compétences rares pour les mettre au service de l'intérêt général »⁸⁶³. Cependant, la consultation de conseils juridiques extérieurs n'est justifiée que si elle permet de combler un manque d'expertise au sein des structures administratives, de satisfaire un besoin ponctuel sur des questions complexes ou d'éclairer l'action administrative par un regard extérieur. Elle doit demeurer exceptionnelle. Dans le cas contraire, la pertinence de choix actuels d'organisation de l'expertise juridique ministérielle serait contestée. Parmi les nombreux juristes auxquels les administrations centrales peuvent faire appel, l'activité de conseil juridique des directions compose principalement avec l'expertise traditionnelle du Conseil d'État, ce « conseiller intime et secret du Gouvernement pour toutes les questions juridiques »⁸⁶⁴ (1.), et avec l'essor récent du recours aux cabinets d'avocats (2.).

1/ Le Conseil d'État

356. Les directions des affaires juridiques ministérielles ont pu être qualifiées de « petits Conseil d'État »⁸⁶⁵ déployés au sein des principaux ministères. La comparaison inverse est possible. Le

⁸⁶³ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 4928 relatif aux différentes missions confiées par l'administration de l'État à des prestataires extérieurs (outsourcing)*, 2022, p. 11.

⁸⁶⁴ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, 1996, réed. Flammarion, « Champs essais », 2022, p. 62.

⁸⁶⁵ Selon l'expression de Christine Lagarde, « Allocution d'ouverture », in *Actes du colloque « Quel avenir pour les directions des affaires juridiques ? »*, Colloque du dixième anniversaire de la direction des affaires juridiques de Bercy, 2009.

Conseil d'État demeure le premier « conseiller juridique du Gouvernement »⁸⁶⁶. À travers sa fonction consultative, l'institution exerce, aussi, une fonction d'expertise juridique pour le Gouvernement, au service de la qualité juridique de son action : lors de l'examen des projets de textes qui lui sont soumis pour avis⁸⁶⁷, dont il contrôle notamment de la conformité juridique et la qualité légistique, ou à l'occasion de l'étude des questions de droit que peuvent lui adresser les membres du Gouvernement. Les directions des affaires juridiques ne concurrencent pas le Palais-Royal, mais elles participent à une transformation progressive de ses modes de collaboration à l'action ministérielle, qu'il s'agisse des demandes d'avis sur questions (a.) ou des « missions juridiques » constituées au sein des ministères (b.).

a. Les questions posées par le Gouvernement

357. Le Conseil d'État est parfois comparé à un « bureau d'études juridiques »⁸⁶⁸ lorsqu'il examine les demandes que lui adresse le Gouvernement sur le fondement de l'article L. 112-2 du code de justice administrative. Sollicité au sujet d'une ou de plusieurs questions de droit, il réalise une véritable consultation juridique, présentée sous la forme particulière d'un avis dont la forme reprend celle des arrêts⁸⁶⁹. Toute question peut être posée à la condition qu'elle ne fasse pas déjà l'objet d'un recours juridictionnel⁸⁷⁰ et qu'elle soit formulée en des termes précis. En effet, le Conseil d'État n'a pas vocation, dans le cadre de cette procédure, à être saisi d'une « consultation générale

⁸⁶⁶ Ce qualificatif, qui n'est jamais utilisé dans les textes définissant les attributions du Conseil, est régulièrement employé par une partie de la doctrine (v., par ex. D. CHAGNOLLAUD, J.-L. QUERMONNE, *Le Gouvernement de la France sous la V^{ème} République*, 1996, p. 261 ; B. PLESSIX, *Droit administratif*, LexisNexis, « Manuel, 4^e édition, 2022, §. 328) ou par l'institution elle-même qui revendique régulièrement ce rôle (v., par ex., M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 787 ; l'expression est aussi employée par le vice-président du Conseil d'État lors de ses allocutions, ainsi que dans la documentation que l'institution publie en ligne).

⁸⁶⁷ Art. L. 112-1 du code de justice administrative. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, la possibilité pour le Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale de saisir pour avis le Conseil d'État sur une proposition de loi avant son passage en commission conduit également ce dernier à livrer une expertise juridique au bénéfice des parlementaires. Un raisonnement similaire peut être mis en œuvre s'agissant de l'examen des lois de pays de Nouvelle-Calédonie (L. 112-6 du code de justice administrative).

⁸⁶⁸ D. CHABANOL, F. BOURRACHOT, *Code de justice administrative*, Le Moniteur, 9^{ème} édition, 2019, p. 44.

⁸⁶⁹ L'ensemble des avis cités dans ces développements sont des avis rendus publics et reproduits, ou référencés, dans la base de données du Conseil d'État *Conciliaveb*.

⁸⁷⁰ CE, avis, 8 décembre 1988, n° 344158, *Demande d'avis sur les conséquences de l'illégalité d'un plan d'occupation des sols*. Même si le Conseil d'État apprécie parfois de façon assez souple le lien entre les questions qui lui sont soumises et les contentieux en cours., v. par ex. CE, avis, 8 juin 2023, n° 407003, *Avis portant sur la sécurisation des mesures permettant d'assurer une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans l'équilibre des contrats de concession autoroutière* : « le Conseil d'État note que le contentieux introduit par trois SCA historiques devant le tribunal administratif de Paris, quelques jours après la saisine du Conseil d'État de la présente demande d'avis, ne présente, compte tenu de son objet et de la portée très générale des questions qu'il soulève, qu'un lien très direct et très partiel avec les questions soulevées par la présente demande d'avis et ne fait donc pas obstacle à ce que le Conseil d'État y réponde ».

sur un travail préparé par l'administration. [Son] avis doit seulement porter sur des points qui présentent pour le Gouvernement une difficulté certaine et nettement précisée»⁸⁷¹. Même si les sections consultatives chargées de l'examen des demandes précisent qu'elles apportent leurs réponses « sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux compétents »⁸⁷², l'autorité de l'institution, qui résulte de sa double qualité de conseil et de juridiction suprême de l'ordre administratif, confère à ses avis un poids tout particulier.

358. Le travail d'analyse juridique réalisé par les sections consultatives du Conseil d'État et les directions des affaires juridiques ministérielles est, dans une certaine mesure, comparable : les premières comme les secondes mettent en œuvre un raisonnement juridique afin de répondre à une question de droit apparue dans l'exercice de la fonction administrative. Toutefois, l'usage de ces expertises diffère, le recours à la procédure de l'article L. 112-2 étant désormais exceptionnel. La tendance générale est à la diminution du nombre de questions de droit transmises au Conseil d'État : en moyenne, moins d'une quinzaine d'avis sont rendus annuellement depuis 2010, contre une quarantaine durant les années 1990⁸⁷³. L'institution des directions des affaires juridiques pourrait expliquer cette diminution. Assumant pleinement le rôle de « bureau d'études juridiques » interne des ministères, les directions prendraient en charge des questions autrefois transmises au Conseil d'État⁸⁷⁴, la nomination d'un membre de l'institution à leur tête favorisant d'ailleurs ce transfert. Les directions satisferaient, en partie, le besoin d'expertise juridique que la procédure de demande d'avis avait pour objet de combler jusqu'alors.

359. Néanmoins, l'institution des directions des affaires juridiques n'est pas la cause exclusive de la diminution du nombre des demandes d'avis. Le processus gouvernemental de transmission des demandes a également été allongé. Bien que l'article L. 112-2 du code de justice administrative accorde aux ministres la faculté de saisir directement le Conseil d'État sur une question de droit, il s'agit en réalité d'une procédure gouvernementale maîtrisée par le Premier ministre. En effet, le

⁸⁷¹ CE, avis, 20 juin 1969, n° 301554. V., égal., CE, avis, 3 février 1998, n° 361785 : l'une des questions posées par le Gouvernement « ne comportant pas l'énoncé d'une difficulté certaine et nettement précisée, il n'appartient pas au Conseil d'État d'y apporter une réponse ».

⁸⁷² Par ex., CE, avis, 30 novembre 1954, n° 263394, *Demande d'avis sur l'interprétation et l'application des textes régissant les rapports de l'État et de la Société française des Nouvelles-Hébrides, en vue du règlement des litiges qui les opposent*; CE, avis, 15 septembre 2022, n° 405540, *Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*.

⁸⁷³ Le nombre d'avis sur questions est systématiquement indiqué dans les rapports annuels d'activité du Conseil d'État. Toutefois, ce nombre correspond au total des avis donnés sur questions, en confondant les questions posées par le Gouvernement et celles adressées par des collectivités d'Outre-mer. En 2022, le Conseil d'État a rendu 12 avis sur questions, contre 13 en 2021, 8 en 2020 et 15 en 2019.

⁸⁷⁴ Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, M. LONG, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, « Grands avis », 3^e édition, 2008, p. 29.

ministre qui souhaite interroger le Conseil d'État doit transmettre son projet de demande d'avis au service de la législation et de la qualité du droit du Secrétariat général du Gouvernement. Ce dernier se charge alors, une fois l'accord du Premier ministre obtenu, de la saisine du Conseil d'État en reformulant, le cas échéant, les questions posées⁸⁷⁵. Cette étape est aujourd'hui rappelée par le *Guide de légistique*⁸⁷⁶, après avoir été exigée par des circulaires du Premier ministre⁸⁷⁷. Justifiée par la coordination de l'action gouvernementale, l'intervention croissante des services du Premier ministre en la matière participe à la définition d'une doctrine juridique uniforme. Les ministres ne sauraient faire cavalier seul. Les difficultés juridiques rencontrées par les services ministériels ne pouvant être résolues en interne, notamment par la direction des affaires juridiques, doivent être portées à un niveau interministériel. Les ministères concernés sont alors informés du projet de demandes d'avis et invités à exprimer leur position sur cette initiative. Les différentes directions des affaires juridiques ministérielles peuvent être associées à la préparation des observations de leur ministère de rattachement. Ainsi, le choix de saisir le Conseil d'État n'appartient plus aux ministres. C'est une décision du Premier ministre, suggérée par le Secrétariat général du Gouvernement, et tenant compte de l'intérêt politique du Gouvernement à recourir à cette expertise juridique extérieure. Dès lors, la procédure gouvernementale de transmission des demandes d'avis au Conseil d'État limite doublement le nombre des demandes. Outre qu'elle a précisément pour objet de trier les questions posées⁸⁷⁸, elle est susceptible de freiner les initiatives des ministères. L'ensemble des directeurs des affaires juridiques interrogés décrivent la procédure de demandes d'avis au Conseil d'État comme lourde et donc très exceptionnellement mise en œuvre.

360. Il n'existe ni concurrence ni chevauchement entre la mission de conseil des directions des affaires juridiques et la procédure de demande d'avis de l'article L. 112-2. Coordonnée par le Secrétariat général du Gouvernement, la pratique gouvernementale consiste à ne transmettre que les questions pour lesquelles le Gouvernement trouve un intérêt particulier à obtenir l'analyse du

⁸⁷⁵ Même si les demandes d'avis des ministres sont adressées en leur nom et sous leur timbre (SGG, *Guide de légistique*, 3^e édition, 2017, p. 133).

⁸⁷⁶ SGG, *Guide de légistique*, 3^e édition, 2017, p. 133. Selon Nicole Belloubet-Frier, cette règle existerait depuis une circulaire du 24 novembre 2003 (N. BELLOUBET-FRIER, « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 35).

⁸⁷⁷ La procédure était toutefois moins stricte. Selon la circulaire du 30 janvier 1997 « la transmission de la demande d'avis au Conseil d'État ne doit intervenir qu'après information préalable du Premier ministre (secrétariat général du Gouvernement) et à défaut d'opposition de celui-ci dans un délai de 10 jours ». Le Secrétariat général du Gouvernement se charge de la transmission des questions relatives à l'interprétation des dispositions de la Constitution et des lois organiques (Circulaire du 30 janvier 1997 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre, JORF du 1^{er} février 1997, p. 1720). Cette seconde règle reprend une disposition de la circulaire du 31 juillet 1974 relative à l'élaboration des projets de lois et des textes publiés au « Journal officiel » (reproduite dans la *Revue administrative*, n° 162, 1974, p. 554).

⁸⁷⁸ N. BELLOUBET-FRIER, *op. cit.*, p. 35. ; v. égal. *Les grands avis du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 29.

Conseil d'État⁸⁷⁹. Si la complexité juridique ou la sensibilité politique⁸⁸⁰ d'une question peuvent justifier qu'elle soit soumise, le Gouvernement cherche tout autant à se prévaloir d'une position du Palais-Royal sur un sujet donné⁸⁸¹. Pour le dire autrement, le Gouvernement recourt à la procédure de demande d'avis afin d'obtenir, dans une finalité politique, tant un éclairage juridique qu'une position d'autorité. En effet, même si les avis ne lient pas les juridictions administratives, et même si le Gouvernement n'y est jamais contraint, il autorise fréquemment la publication des avis obtenus. Le recensement des avis rendus publics par le Gouvernement entre 2013 et 2023 montre que le Conseil d'État est consulté sur des questions totalement inédites, telles que la réglementation des nouvelles technologies⁸⁸²; sur des questions politiquement sensibles⁸⁸³, telles que les projets de réformes fiscales⁸⁸⁴ ou les questions relatives aux droits et libertés individuelles⁸⁸⁵, ou encore sur des questions à fort enjeu pratique ou financier, telles que le régime des contrats administratifs et la propriété publique⁸⁸⁶, les règles de la fonction publique⁸⁸⁷ ou le droit applicable en outre-mer⁸⁸⁸.

361. En toute hypothèse, les directions des affaires juridiques sont associées à la demande. Elles peuvent participer à la rédaction de la question transmise, voire prendre l'initiative d'une demande d'avis. Par exemple, la direction des affaires juridiques de Bercy est à l'origine de la demande d'avis

⁸⁷⁹ G. CONTREPOIS, Entretien n° 3 ; V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13, F. PUIGSERVER n° 14.

⁸⁸⁰ L'exemple le plus fréquemment cité est celui de « l'affaire du voile islamique » (CE, Ass., avis, 27 novembre 1989, n° 346893, *Demande d'avis sur la question de savoir si le port d'un signe d'appartenance religieuse, dans un établissement scolaire, est ou non compatible avec le principe de laïcité*).

⁸⁸¹ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

⁸⁸² V., par exemple, les deux avis de 2020 et 2021 relatifs à la réglementation de l'usage des drones : CE, avis, 20 octobre 2020, n° 401214, *Avis relatif à l'usage de dispositifs aéroportés de captation d'images par les autorités publiques*; CE, avis, 12 octobre 2021, n° 404020, *Avis relatif à l'usage de dispositifs aéroportés de captation d'images lors d'une opération de police judiciaire*. V. également les avis demandés en matière de protection des données personnelles : CE, avis, 7 juin 2013, n° 387597, *Avis relatif à la création d'un registre national des crédits aux particuliers*; CE, avis, 23 février 2016, n° 391080, *Avis relatif à la possibilité de créer un fichier regroupant les données relatives aux cartes nationales d'identité et aux passeports*; CE, avis, n° 401853, 16 février 2021, *Avis relatif au cadre juridique de l'identité numérique sécurisée*.

⁸⁸³ CE, Ass., avis, 26 avril 2018, n° 394398, *Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique*.

⁸⁸⁴ CE, Ass., avis, 21 mars 2013, n° 387402, *Avis relatif aux conditions de recevabilité d'une contribution sur les très hauts revenus*; CE, avis, 29 mai 2018, n° 392777, *Avis sur la fiscalité de la transmission des entreprises*; CE, Ass., avis, 31 janvier 2019, n° 397755, *Avis relatif aux conditions de constitutionnalité d'une réforme sur la taxe d'habitation*.

⁸⁸⁵ CE, avis, 7 avril 2015, n° 389851, *Avis relatif au projet de fichier judiciaire des auteurs d'infractions de terrorisme*.

⁸⁸⁶ CE, avis, 3 octobre 2017, n° 393554, *Avis portant sur la qualification de divers matériels, par les cahiers des charges type des concessions d'énergie hydraulique (versions 1920 et 1999), de biens de retour ou de biens de reprise*; CE, avis, 2 juillet 2019, n° 397961, *Avis relatif aux contrats de partenariat marketing conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques*; CE, avis, 15 septembre 2022, n° 405540, *Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*.

⁸⁸⁷ CE, avis, 29 novembre 1998, n° 396046, *Avis relatif au champ d'application de la protection fonctionnelle*; CE, avis, 11 juillet 2023, n° 407156, *Avis portant sur la possibilité de cumuler la qualité de fonctionnaire ou de magistrat français avec celle de fonctionnaire de l'Union européenne*.

⁸⁸⁸ Par ex., s'agissant d'une demande d'avis soumise par le ministre de l'Éducation nationale : CE, avis, 5 février 2020, n° 401268, *Avis relatif à l'actualisation et à l'adaptation du code de l'éducation en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie*.

relative aux possibilités de modification des prix et des tarifs dans les contrats de la commande publique soumise au Conseil d'État en 2022⁸⁸⁹. De même, la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur a rédigé les deux demandes d'avis relatifs à l'usage des drones⁸⁹⁰.

362. Si l'institution des directions des affaires juridiques participe à infléchir la pratique gouvernementale des demandes d'avis au Conseil d'État, elle doit surtout remettre en cause la propension des ministères à solliciter individuellement ses membres.

b. Les missions juridiques

363. Le recours ponctuel aux membres du Conseil d'État est une pratique ancienne et bien ancrée dans les usages ministériels, désormais codifiée à l'article R. 137-3 du code de justice administrative⁸⁹¹. Modifié par le décret du 21 juin 2023⁸⁹², cet article dispose que :

« Le Premier ministre peut demander au vice-président du Conseil d'État de désigner un membre chargé, auprès des ministres, de la préparation des mesures réglementaires nécessaires à l'application d'une loi.

Les ministres peuvent demander au vice-président du Conseil d'État que des membres du Conseil d'État apportent leur concours aux travaux de leur administration.

Dans le cadre de cette mission d'appui à la conception et à la mise en œuvre des politiques publiques, les membres du Conseil d'État peuvent être chargés de donner leur avis sur les questions juridiques intéressant le ministère ou les organismes qui en dépendent et de lui faire des propositions sur la solution des problèmes qui leur sont soumis ».

364. Les « missions juridiques du Conseil d'État » constituent la forme la plus organisée de cette collaboration. Créées par un arrêté ministériel, elles se composent d'un ou de plusieurs membres chargés de répondre aux consultations des services du ministère auprès duquel elles sont placées⁸⁹³.

⁸⁸⁹ CE, avis, 15 septembre 2022, n° 405540, *Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*. La direction des affaires juridiques a ensuite rédigé une note informative sous la forme d'un mode d'emploi de l'avis pour les acheteurs publics.

⁸⁹⁰ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13 ; CE, avis, 20 octobre 2020, n° 401214, précité et CE, avis, 12 octobre 2021, n° 404020, précité.

⁸⁹¹ P. GONOD, « À propos de l'article R. 137-3 du Code de justice administrative », in *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 249 ; v. *supra* §. 94.

⁸⁹² Art. 6 du décret n° 2023-485 du 21 juin 2023 relatif à l'échelonnement des grades et emplois et au reclassement indiciaire des membres du Conseil d'État et portant diverses dispositions modifiant le code de justice administrative, JORF du 22 juin 2023, texte n° 17.

⁸⁹³ V. par ex. l'arrêté du 8 juillet 2005 portant création d'une mission juridique du Conseil d'État auprès du ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, JORF du 21 juillet 2005, texte n° 57.

Ces missions ont longtemps été considérées comme partie intégrante de l'arsenal d'expertise juridique sur lequel les services ministériels pouvaient s'appuyer. La circulaire du 30 juillet 1974 incite par exemple les ministres à recourir aux missions afin de préparer la saisine du Conseil constitutionnel pour une procédure de délégalisation⁸⁹⁴. Le Conseil d'État les recense à son tour, lors de son étude de 1983, pour tenter de déterminer les ressources d'expertise juridique dont dispose chaque administration centrale⁸⁹⁵. Les membres du Conseil d'État peuvent aussi être sollicités individuellement, hors du cadre d'une mission juridique⁸⁹⁶. Dans les deux cas, les membres sollicités peuvent appartenir aussi bien aux sections administratives qu'à la section du contentieux. Leurs analyses n'engagent pas le Conseil d'État, ni ne peuvent être considérées comme des avis rendus par les sections administratives⁸⁹⁷. Elles permettent toutefois aux ministères de trouver au sein de l'administration d'État une expertise et un regard extérieurs propres à éclairer l'action administrative.

365. La généralisation des directions des affaires juridiques au sein des ministères pose la question de l'intérêt de maintenir et d'employer cette forme particulière d'expertise juridique. En toute logique, le renforcement de l'expertise juridique interne aux ministères devrait rendre moins utile le recours aux membres du Conseil d'État. En effet, si les directions des affaires juridiques assument le rôle de conseiller juridique principal des ministères, les missions juridiques n'ont pas vocation à demeurer une solution pérenne et régulière pour l'administration. Certes, l'un des avantages des missions juridiques est de mettre à la disposition des ministres des membres du Conseil d'État dont les compétences en droit sont considérées, de l'avis général, comme les meilleures au sein de l'administration d'État. Reste que, dans la mesure où les directions des affaires juridiques sont presque toujours dirigées par un membre de l'institution, cet intérêt paraît aujourd'hui relatif, sauf à considérer le maintien d'un rapport d'influence⁸⁹⁸.

⁸⁹⁴ Circulaire du 30 juillet 1974 relative à l'élaboration des projets de loi et des textes publiés au « Journal officiel », reproduite in *Revue administrative*, n° 162, 1974, p. 554.

⁸⁹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, « Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État », Annexe I, « Liste des missions juridiques au 20 novembre 1982, Étude non publiée, disponible aux Archives nationales.

⁸⁹⁶ J.-P. COSTA, *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Economica, « Mieux connaître », 1993, p. 150 ; P. GONOD, *op. cit.*, p. 253.

⁸⁹⁷ Comme le rappelle la Commission d'accès aux documents administratifs. CADA, conseil n° 2011-4982, 22 décembre 2011, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé* : « La commission considère qu'à la différence des avis émis par le Conseil d'État en vertu des articles L. 112-1 et L. 112-2 du code de justice administrative, les avis émis par les missions juridiques créées en application des dispositions de l'article R. 137-3 du même code, qui n'engagent que les membres de ces missions et ne sauraient être regardés comme rendus par le Conseil d'État lui-même, ne constituent pas des "avis du Conseil d'État" au sens des dispositions du 1° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 et ne sont donc, par suite, pas soustraits à ce titre du champ du droit d'accès instauré par l'article 2 de cette même loi ».

⁸⁹⁸ P. GONOD, *op. cit.*, p. 253.

366. Les usages ministériels souffrent d'une certaine opacité. Il est difficile d'établir avec certitude le nombre de missions juridiques et la teneur des tâches qui leur sont confiées au sein de chaque ministère. Si les missions peuvent être repérées grâce aux arrêtés ministériels qui les constituent, ces actes ne sont pas toujours abrogés lorsque la mission devient inactive. Lorsque les membres interviennent hors du cadre d'une mission juridique, leur collaboration est tout simplement indétectable, faute de pouvoir consulter les dossiers individuels des membres⁸⁹⁹. Il faut alors interroger directement les acteurs pour tenter de découvrir les usages de chaque administration centrale.

367. La pratique des missions juridiques du Conseil d'État tend à disparaître. Certains ministères, tels que ceux chargés de la Justice⁹⁰⁰, de la Défense⁹⁰¹, des Affaires étrangères⁹⁰² et de l'Intérieur⁹⁰³, indiquent tout simplement ne pas disposer d'une telle cellule. De même, les ministères de l'Agriculture⁹⁰⁴ et les ministères sociaux⁹⁰⁵ ont mis fin à leur mission juridique entre 2018 et 2021. Cependant, d'autres administrations centrales continuent de recourir ponctuellement aux services des membres du Conseil d'État. Les ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur sont ainsi assistés par un membre de l'institution qui assure les travaux de codification ou de maintenance des codes⁹⁰⁶, tandis que les missions juridiques des ministères chargés de l'Écologie et de la Culture sont toujours actives⁹⁰⁷. Or, même limité, le recours aux membres du Conseil d'État n'est pas exempt de critiques. Outre son manque de transparence, cette pratique est susceptible de nuire à l'autorité des directions des affaires juridiques et brouille la séparation entre le Conseil d'État et l'administration active.

368. Le recours aux membres du Conseil d'État, sollicités individuellement ou réunis en mission, peut nuire à l'exercice de la fonction d'expertise juridique confiée aux directions. Les moyens que les ministères consacrent à cette expertise extérieure sont autant de ressources budgétaires dont les services ministériels pourraient bénéficier afin de développer une véritable politique d'expertise juridique. Les prestations de conseil ont un coût, les membres des missions juridiques étant

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ G. CONTREPOIS, Entretien n° 3.

⁹⁰¹ C. FAURE, Entretien n° 4 ; L. MARION, Entretien n° 11.

⁹⁰² S. BARBIER, Entretien n° 2.

⁹⁰³ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

⁹⁰⁴ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

⁹⁰⁵ C. TOUBOUL, Entretien n° 17.

⁹⁰⁶ G. ODINET, Entretien n° 12.

⁹⁰⁷ Y. FAURE, Entretien n° 5 ; O. FUCHS, Entretien n° 6.

directement rémunérés par les ministères qui s'attachent leurs services⁹⁰⁸. Ainsi, le souci d'économiser les deniers publics et le coût des missions juridiques sont parfois avancés par les directeurs des affaires juridiques pour justifier leur suppression⁹⁰⁹. Au ministère de l'Agriculture, les économies réalisées ont par exemple permis de dégager des crédits afin d'abonner la DAJ à plusieurs bases de données juridiques⁹¹⁰. Cependant, la rémunération des membres du Conseil d'État qui fournissent ces prestations rend aussi plus délicate la question de la suppression des missions juridiques, les initiatives en la matière pouvant rencontrer quelques résistances.

369. Plus fondamentalement, la consultation de membres du Conseil d'État, lorsqu'elle n'est pas coordonnée par la direction des affaires juridiques, crée une concurrence avec l'activité de cette dernière. L'organisation pérenne d'une mission juridique et sa consultation régulière peuvent, dans une certaine mesure, freiner le développement et l'exercice de la fonction d'expertise juridique confiée aux directions. En effet, la présence de la mission juridique conduit à ce qu'il y ait toujours un conseiller juridique plus prestigieux, considéré comme plus compétent que la direction, pour examiner les questions juridiques épineuses. Le cabinet du ministre et les directions opérationnelles tendent alors à consulter les membres de la mission juridique et à faire prévaloir ses analyses sur celles de la direction des affaires juridiques du ministère. Mise de côté lorsque des sujets juridiques sensibles et complexes surgissent, la direction court le risque de perdre en autorité, d'être moins associée à la construction stratégique de l'action ministérielle et, *in fine*, de voir son activité de conseil reléguée au rang de simple « fonction support ». La suppression de la mission juridique ou sa mise en sommeil peuvent être justifiées par la volonté de renforcer l'autorité de la direction en tant qu'expert juridique par excellence du ministère⁹¹¹. Toutefois, dans la pratique, les directions des affaires juridiques elles-mêmes trouvent parfois un bénéfice à recourir à cette expertise extérieure, lorsqu'elles estiment ne pas disposer des compétences suffisantes en interne ou lorsqu'elles souhaitent obtenir un regard neuf sur une question de droit particulière⁹¹². Dans ce cas, il est sans doute préférable que cette expertise complémentaire soit recherchée auprès du Conseil d'État, « au sein de la maison État »⁹¹³, plutôt qu'auprès d'un prestataire privé. En tout état de cause, il est

⁹⁰⁸ En principe, les membres sont rémunérés sous la forme de vacations : J.-P. COSTA, *op. cit.*, p. 150 ; COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux conseils extérieurs*, 2014, p. 42. Les montants de ces rétributions ne sont pas rendus publics.

⁹⁰⁹ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14 ; C. TOUBOUL, Entretien n° 17.

⁹¹⁰ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

⁹¹¹ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14 ; C. TOUBOUL, Entretien n° 17.

⁹¹² Lors de sa création en 2011, la direction des affaires juridiques des ministères sociaux a délibérément maintenu la mission juridique du Conseil d'État et l'a sollicitée sur des questions relatives aux marchés publics (C. DE SALINS, Entretien n° 16).

⁹¹³ P. RANQUET, Entretien n° 15.

impératif que la consultation de membres du Conseil d'État soit supervisée par la direction des affaires juridiques. C'est à la direction, organe central d'expertise juridique du ministère, de prendre connaissance de la question et de la transmettre, si elle le juge utile, à la mission juridique ou d'indiquer au cabinet ministériel qu'il peut être utile de solliciter un membre du Conseil d'État.

370. La modification récente de l'article R. 137-3 du code de justice administrative a peut-être acté la disparition progressive de la formule des « missions juridiques » du Conseil d'État auprès des ministères. En effet, dans sa rédaction initiale, qui résulte du décret du 30 juillet 1963, l'article évoque directement les « missions ». Les ministres peuvent demander au vice-président du Conseil d'État que les membres sollicités « soient réunis en une mission » dont le président « est désigné d'un commun accord par le ministre et par le vice-président du Conseil d'État »⁹¹⁴. Le décret du 21 juin 2023 efface ces mentions. Le code de justice administrative prévoit dorénavant que les ministres peuvent demander le concours de membres du Conseil d'État, sans préciser la forme de cette collaboration. De même, les tâches susceptibles de leur être confiées semblent avoir été circonscrites. Jusqu'alors, l'alinéa 4 de l'article R. 137-3 admettait que les membres puissent être chargés de « donner leur avis sur les questions juridiques intéressant le ministre ou les organismes qui en dépendent ainsi que sur les projets de textes préparés par ses services, et notamment sur ceux qui doivent être soumis à l'examen du Conseil d'État, de l'assister dans la présentation au Parlement des projets de lois, et plus généralement de lui faire des propositions sur la solution des problèmes qu'il leur soumet ». La version de l'article issue du décret du 21 juin 2023 est bien plus succincte puisque toute la seconde partie de l'alinéa a été supprimée⁹¹⁵. Intervenue près de 60 ans après le décret du 30 juillet 1963, qui organise pour la première fois de façon systématisée la collaboration des membres du Conseil d'État aux travaux ministériels, cette refonte est bienvenue. Les conditions d'exercice de l'expertise juridique ministérielle ont changé. Les missions juridiques du Conseil d'État sont le vestige d'un autre temps, d'une période durant laquelle la fonction d'expertise juridique interne n'était ni pensée, ni organisée. L'institution des directions des affaires juridiques a remis en cause la pertinence de cette organisation et la disparition à terme des missions juridiques du Conseil d'État semble logique. Néanmoins, il est encore trop tôt pour apprécier la

⁹¹⁴ Les missions sont alors considérées comme des relais entre les sections administratives du Conseil d'État et les ministères dans le cadre de l'élaboration des projets de texte. L'article R. 137-3 dispose en effet que « le président de la section administrative dont relève le ministère intéressé veille à ce que la mission assure la liaison nécessaire entre la section et le ministère ; il peut charger le président ou les membres de la mission d'établir les rapports des textes présentés à la section par le ministère ou d'assister le rapporteur dans sa tâche ».

⁹¹⁵ Le code se borne dorénavant à prévoir que « dans le cadre de [leur] mission d'appui à la conception et à la mise en œuvre des politiques publiques, les membres du Conseil d'État peuvent être chargés de donner leur avis sur les questions juridiques intéressant le ministère ou les organismes qui en dépendent et de lui faire des propositions sur la solution des problèmes qui leur sont soumis ».

portée de la réécriture de l'article R. 137-3 et ses conséquences sur les pratiques ministérielles. Malheureusement, sous couvert de moderniser un dispositif administratif ancien, le décret de 2023 pourrait avoir rendu la collaboration des membres du Conseil d'État aux travaux de l'administration encore plus opaque qu'elle ne l'était déjà. Constituées par arrêtés ministériels, les missions présentaient au moins l'avantage d'une relative transparence que n'a pas le recours individuel aux membres de l'institution.

371. L'institution des directions des affaires juridiques a participé à transformer l'usage que les ministres pouvaient faire de l'expertise juridique du Conseil d'État et des compétences de ses membres. Plus que jamais, le Conseil d'État demeure « le plus haut conseil de l'administration »⁹¹⁶ : les demandes d'avis qui lui sont adressées sont exceptionnelles, afin de ne porter que sur les matières les plus difficiles ou les plus sensibles. Les sections administratives étant déchargées d'une partie des questions juridiques qui leur étaient adressées, la fonction consultative du Conseil d'État se recentre sur l'examen des projets de texte et des questions les plus importantes. Dans le même temps, la formule des missions juridiques du Conseil d'État tend à décliner. Si les administrations centrales continuent à associer ponctuellement des membres du Conseil d'État à leurs travaux, il paraît aujourd'hui indispensable que ces collaborations gagnent en transparence et soient supervisées par les directions des affaires juridiques. Ces dernières doivent maîtriser le recours à tout type d'expertise juridique extérieure pour assurer l'efficacité de leur fonction.

2/ Les avocats

372. Si la consultation d'avocats est longtemps demeurée marginale⁹¹⁷, les pratiques évoluent à partir des années 1980⁹¹⁸. L'État recourt désormais plus régulièrement aux services d'avocats dans le cadre contentieux autant que pour demander des consultations juridiques⁹¹⁹. Selon Antoine Vauchez et Pierre France, cette transformation des usages administratifs résulte de la diversification des activités de l'État et de son intervention croissante dans la sphère économique et financière⁹²⁰. Les compétences des avocats d'affaires sont ainsi particulièrement recherchées par les ministères

⁹¹⁶ A. VIVIEN, *Études administratives*, Cujas, 3^e édition, 1859, t. 1, p. 93.

⁹¹⁷ L. KARPIK, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché XIII^e – X^e siècle*, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1995, p. 450 ; v., du même auteur, « Builders of Liberal Society: French Lawyers and Politics », in T. C. HALLIDAY, L. KARPIK (dir.), *Lawyers and the rise of western political liberalism*, Oxford socio-legal studies, Clarendon Press Oxford, 1997, p. 101.

⁹¹⁸ A. VAUCHEZ, P. FRANCE, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Presses de Science Po, « Collection académique », 2017 p. 50.

⁹¹⁹ E. SAGALOVITSCH, « Les avocats, nouveaux conseillers des pouvoirs publics », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 12, p. 27.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 50.

économiques et financiers lors des opérations de privatisation. Plus récemment, la Cour des comptes relève que l'Agence des participations de l'État continue de recourir à des cabinets d'avocats lors d'opérations boursières et financières complexes⁹²¹. Dans un autre domaine, elle constate que la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer est régulièrement conseillée dans le cadre de plusieurs grandes opérations d'infrastructures de transport⁹²².

373. L'achat de prestations de conseil juridique est aujourd'hui analysé dans le cadre d'une réflexion plus large, relative aux recours par l'administration d'État à des conseils privés lors de la conception des politiques publiques. Des rapports de la Cour des comptes⁹²³, de l'Assemblée nationale⁹²⁴ et du Sénat⁹²⁵, ainsi que des enquêtes journalistiques⁹²⁶ ont mis au jour un phénomène qualifié de « tentaculaire »⁹²⁷ de recours aux cabinets de conseil. Les risques financiers, politiques, juridiques et stratégiques que l'externalisation régulière de prestations intellectuelles présente pour l'État sont réels. Outre son coût élevé, ses résultats parfois décevants et le risque d'ingérence des structures privées dans l'action administrative qu'il engendre, le recours aux consultants extérieurs interroge plus fondamentalement la capacité de l'administration à réaliser, par ses propres moyens, les missions qui lui incombent. Même s'il est indispensable que l'État puisse solliciter des expertises rares, et si certaines tâches techniques se prêtent à l'externalisation, l'achat régulier de prestations intellectuelles fait aussi naître le risque d'une perte de compétences pour l'administration. Certaines de ces menaces pèsent aussi, dans une moindre mesure, sur la fonction d'expertise juridique ministérielle.

374. Un cas emblématique illustre particulièrement ces enjeux. En 2019, la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM) du ministère chargé de l'Écologie a confié la rédaction de l'étude d'impact du projet de loi d'orientation des mobilités à un cabinet d'avocats

⁹²¹ COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux conseils extérieurs*, 2014, p. 57 ; v. égal., A. VAUCHEZ, P. FRANCE, *op. cit.*, p. 52.

⁹²² COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 31 ; COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux prestations intellectuelles de cabinets de conseil*, 2023, p. 52.

⁹²³ COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux conseils extérieurs*, 2014 ; COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux prestations intellectuelles de cabinets de conseil*, 2023.

⁹²⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 4928 relatif aux différentes missions confiées par l'administration de l'État à des prestataires extérieurs (outsourcing)*, 2022.

⁹²⁵ SÉNAT, *Rapport n° 319 fait au nom de la commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative au recours par l'État aux conseils extérieurs*, 2015 ; SÉNAT, *Rapport n° 578 fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques »*, présenté par A. Bazin et E. Assassi, 2022.

⁹²⁶ M. ARON, C. MICHEL-AGUIRRE, *Les infiltrés. Comment les cabinets de conseil ont pris le contrôle de l'État*, Allary Éditions, 2022.

⁹²⁷ Il s'agit de l'expression choisie pour le titre du rapport de la commission d'enquête du Sénat sur le recours aux cabinets de conseil, rendu en 2022.

international⁹²⁸. D'emblée, cette initiative a été relevée et critiquée⁹²⁹. L'élément le plus choquant était que l'appel d'offres initial comprenait aussi la rédaction de l'exposé des motifs du projet de loi⁹³⁰. Or, cet exposé, qui introduit le projet et est destiné à « éclairer le Parlement sur le sens et la portée des dispositions qui lui sont soumises »⁹³¹, exprime l'ambition politique du Gouvernement, incarnée par le texte soumis à la représentation nationale⁹³². Externalisée, la rédaction de l'exposé des motifs perd de son sens politique et de son intérêt légistique. En effet, la légistique propose d'agencer les étapes de conception d'un projet de sorte qu'elles se suivent logiquement et d'aboutir à un texte « nécessaire, bien conçu, juridiquement solide et clairement écrit »⁹³³. Or, la démarche du ministère a souligné de façon singulière le décalage entre cet idéal théorique et la réalité administrative. Soumis à des délais contraints et disposant de ressources limitées, les services ministériels qui ont porté le projet de loi donnent l'impression d'aborder chacune des phases de son élaboration comme autant de tâches indépendantes, segmentables, et donc susceptibles d'être déléguées à des prestataires extérieurs. Comme s'il suffisait presque d'assembler le fruit de chacune de ces étapes pour confectionner un texte juridique. Qu'elle soit le fait d'une étourderie, d'une maladresse ou d'une indifférence, la démarche d'externalisation de l'élaboration du texte renvoie, en tout état de cause, un signal négatif : celui d'une administration ministérielle qui, faute de temps ou de compétences, délègue le cœur de son activité⁹³⁴. Même si la rédaction de l'exposé des motifs a finalement été retirée du marché⁹³⁵, le ministère a tout de même choisi d'externaliser une partie de la conception du projet de loi « mobilités ». L'évaluation préalable des dispositions du projet et la rédaction de l'étude d'impact, c'est-à-dire le document final annexé au projet de loi rendant compte aux parlementaires du résultat de cette évaluation⁹³⁶, ont été confiées à un prestataire

⁹²⁸ SÉNAT, « *Un phénomène tentaculaire...* », *op. cit.*, p. 167.

⁹²⁹ B.-L. COMBRADE, « Faut-il s'inquiéter de l'externalisation de l'évaluation législative ? », *AJDA*, 2018, p. 2417.

⁹³⁰ A. MICHEL, « Quand l'État décide de sous-traiter la rédaction de "l'exposé des motifs" de la loi "mobilités" », *Le Monde*, 29 novembre 2018 ; E. GIRARD, « Quand le Gouvernement paie un cabinet privé pour rédiger sa loi... flinguée par le Conseil d'État », *Marianne*, 13 février 2019.

⁹³¹ SGG, *op. cit.*, p. 263.

⁹³² « Les projets de loi sont précédés de l'exposé de leurs motifs », art. 7 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF du 16 avril 2009, texte n° 1.

⁹³³ Selon le vœu formulé lors de l'avant-propos du *Guide de légistique* rédigé par le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État.

⁹³⁴ À cet égard, les ministères ne sont pas les seuls à pécher : la commission des lois de l'Assemblée nationale ayant elle-même associé, en 2008, un prestataire privé à la rédaction d'une proposition de loi (P. GONOD, « L'externalisation de la fonction législative », *AJDA*, 2010, p. 617).

⁹³⁵ SÉNAT, « *Un phénomène tentaculaire...* », *op. cit.*, p. 167.

⁹³⁶ Art. 8 de la loi organique n° 2009-403 précitée.

extérieur⁹³⁷.

375. Devant la commission d'enquête sénatoriale sur le recours aux cabinets de conseil, la DGITM justifie son choix par l'insuffisance des compétences ministérielles en la matière. Selon son directeur, le projet de loi « mobilités » était « un acte législatif particulièrement ambitieux, mobilisateur pour la [direction générale] », alors que « l'expérience de cette [dernière] en matière de constitution d'actes législatifs de cette envergure était faible, voire inexistante »⁹³⁸. Par ailleurs, « les compétences n'étaient pas disponibles ou mobilisables dans les délais requis, notamment dans les domaines d'expertise pointue (juridique et interfaces technico-juridiques) ». Pour le ministère, l'externalisation de l'évaluation préalable et de la rédaction de l'étude d'impact du projet de loi était donc fondée puisqu'elle visait à combler les besoins nés des lacunes de l'administration. Simple, cet argumentaire n'en est pas moins sévère au regard de l'organisation de l'expertise juridique interne du ministère chargé de l'Écologie, auquel est rattachée la DGITM.

376. Tout l'objet de la structuration de l'expertise juridique ministérielle est de permettre aux directions sectorielles de trouver, au sein du ministère, l'assistance juridique qu'elles peuvent requérir dans le cadre de leurs activités. Instituées alors que l'appareil administratif d'État commence à se préoccuper de la qualité de sa production normative⁹³⁹, les directions des affaires juridiques ont notamment vocation à accompagner les services ministériels dans l'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires. La direction des affaires juridiques du ministère de l'Écologie comprend notamment une sous-direction de l'énergie et des transports, pouvant être « saisie des questions juridiques et des projets de lois et de décrets relatifs aux infrastructures et à l'accessibilité dans les transports, aux transports et à l'énergie »⁹⁴⁰. Dans ce cadre, l'externalisation de l'étude d'impact, éclairée par les arguments invoqués par la DGITM, semble signaler l'impuissance, voire l'insuffisance de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Écologie dont l'expertise n'a, semble-t-il, pas permis d'éviter le recours à un prestataire extérieur. Cette décision n'est pas nécessairement prise contre l'avis de la direction des affaires juridiques qui bénéficie d'un droit de regard en la matière. En effet, celle-ci peut avoir estimé qu'elle n'était pas

⁹³⁷ Le marché, d'un montant de 58 000 euros, a inclus « la “rédaction de la synthèse des éléments de référence de la loi”, la “rédaction de l'étude d'impact” et la “mise à jour de l'étude d'impact des mesures de la loi” » (SÉNAT, « *Un phénomène tentaculaire...* », *op. cit.*, p. 167).

⁹³⁸ SÉNAT, « *Un phénomène tentaculaire...* », *op. cit.*, audition de M. Marc Papinutti, directeur général des infrastructures, des transports et de la mer, p. 168.

⁹³⁹ V. *supra* §. 145.

⁹⁴⁰ Art. 2.2.3. de l'arrêté du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale des ministères chargés de la transition écologique, de la cohésion des territoires et de la mer, dans sa version en vigueur à la date de l'élaboration du projet de loi « mobilités » par la DGITM.

en mesure de prendre le relais et d'assurer l'élaboration de l'étude d'impact, confirmant à son tour la nécessité de passer un marché de prestation juridique. En effet, la capacité de la direction à assister les services ministériels dépend autant de ses propres compétences que de sa charge de travail, rapportée aux moyens humains dont elle dispose. L'exemple des conditions d'élaboration du projet de loi « mobilités » illustre ainsi le besoin des directions des affaires juridiques d'administrer leur activité de conseil juridique afin d'être en mesure d'assister les services ministériels dans leur activité normative⁹⁴¹.

377. Dans le cas du projet de loi « mobilités », la consultation d'un cabinet d'avocats ne semble pas avoir été particulièrement bénéfique. En effet, le Conseil d'État a jugé très sévèrement l'étude d'impact, dont il a relevé les lacunes. Dans son avis donné sur le projet de loi :

« Le Conseil d'État regrette, à titre liminaire, les insuffisances de l'étude d'impact qui ne satisfait pas, en ce qui concerne ces dispositions, aux exigences posées par la loi organique du 15 avril 2009. Non seulement elle ne présente ni le dispositif retenu ni les objectifs qu'il poursuit, mais, en outre, elle met en avant, pour le justifier, un constat erroné »⁹⁴².

Sans surprise, le recours à un conseil juridique extérieur n'est donc pas une solution miracle pour assurer la qualité du droit. Reste que le Conseil constitutionnel a admis cette pratique. Saisi de la constitutionnalité de la loi d'orientation des mobilités, il a jugé que « la participation d'un prestataire privé sous la direction et le contrôle du Premier ministre à la rédaction de son exposé des motifs et de son étude d'impact ne méconnaît pas l'article 39 de la Constitution ni aucune autre règle constitutionnelle ou organique »⁹⁴³. Il n'existe donc aucun obstacle d'ordre constitutionnel à l'externalisation de certaines des étapes de l'élaboration de textes législatifs. Le précédent du ministère chargé de l'Écologie n'est encore qu'un épiphénomène : les ministères sollicitent des cabinets de conseil dans le cadre de la conception intellectuelle des réformes, mais la rédaction à proprement parler des textes et des documents qui les accompagnent est encore rarement externalisée. L'actualité médiatique, politique et juridique de la question du recours aux cabinets de conseil tend peut-être un miroir déformant aux pratiques ministérielles la matière. Mais l'opportunité d'une telle pratique demeure largement discutable. Outre son coût et ses résultats, elle atteint le sens même de l'activité normative de l'État⁹⁴⁴. Du point de vue particulier des

⁹⁴¹ V. *infra* §. 388.

⁹⁴² CE, Ass., 15 novembre 2018, n° 395539, *Avis sur un projet de loi d'orientation des mobilités*, §. 9.

⁹⁴³ Cons. constit., déc. n° 2019-794 DC, 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, cons. 6.

⁹⁴⁴ V. not. P. DEUMIER, « Quand la loi est rédigée par des prestataires privés », *RTD Civ*, 2020, p. 581 ; J.-F. KERLÉO, « À quoi servent nos gouvernants ? » (note sous décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019), *Droit administratif*, 2020, n° 4, p. 31.

directions des affaires juridiques, la consultation régulière de prestataires extérieurs nuirait à leur fonction d'expertise juridique, en la vidant de son objet. Les directions ne sont pas seulement instituées pour conseiller ponctuellement les services. Elles peuvent, et doivent, aussi participer à la construction de l'action ministérielle en réalisant, si besoin, les étapes de l'élaboration des projets de texte que les services ministériels ne s'estiment pas en mesure d'assurer. En somme, en laissant la place à des conseils extérieurs, les ministères renoncent à développer le potentiel des directions des affaires juridiques et à en tirer profit.

378. Du point de vue des directions des affaires juridiques, le recours aux prestations d'avocats est jugé limité et maîtrisé. Les témoignages des directeurs des affaires juridiques font état d'une pratique rare, voire exceptionnelle. Marchés de représentation en justice mis à part⁹⁴⁵, la consultation d'avocats est considérée comme une solution de dernier recours⁹⁴⁶. En premier lieu, les directions indiquent qu'elles essaient de privilégier les expertises disponibles au sein de l'État. Ainsi préfèrent-elles interroger les membres du Conseil d'État et solliciter, le cas échéant, la mission juridique du ministère⁹⁴⁷. En effet, il existerait une différence d'état d'esprit, de vision et de pratique du droit entre les avocats, « marchands de droit »⁹⁴⁸, et les juristes de l'État, regroupés au sein du Conseil d'État et des services juridiques des administrations. Les compétences des membres du Conseil d'État seraient implicitement regardées comme plus compatibles avec l'action administrative⁹⁴⁹. En second lieu, certaines directions redoutent que le recours à un cabinet d'avocats soit chronophage. Il faut en effet préparer la passation du marché de prestations juridiques, réfléchir à la meilleure manière de mobiliser des avocats et suivre l'exécution du marché. Par ailleurs, pour apprécier la qualité de la réponse apportée, les directions s'efforcent de réexaminer, elles-mêmes, la question juridique posée⁹⁵⁰. En troisième lieu, et même si les directions

⁹⁴⁵ Si les administrations centrales font un peu plus appel aux avocats dans le cadre de procédures contentieuses et juridictionnelles, cette pratique demeure limitée, v. *infra*, §. 476.

⁹⁴⁶ Les marchés de services juridiques sont alors conclus selon les conditions posées par le code de la commande publique, les règles de passation étant plus ou moins strictes selon le type de marché juridique dont relèvent les prestations achetées. En vertu de l'article R. 2122-8 du code, les marchés d'un montant inférieur à 40 000 euros hors taxes sont dispensés des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables. Cette dispense générale s'applique aussi aux marchés de services juridiques. Par ailleurs, depuis la loi du 7 décembre 2020 dite « ASAP », l'article L. 2512-5 8° du code prévoit que les marchés de services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits et les services de consultation juridique fournis par un avocat en préparation de l'une de ces procédures sont également dispensés des formalités préalables de publicité et de mise en concurrence. V. NEVEUX, « Marchés publics de services juridiques : l'avocat est en dehors du champ de la concurrence », *Rev. UE*, 2020, p. 12.

⁹⁴⁷ P. RANQUET, Entretien n° 15.

⁹⁴⁸ Y. DEZALAY, « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et *aggiornamento* dans le champ du droit », *Politix*, n° 10-11, 1990, p. 70.

⁹⁴⁹ P. RANQUET, Entretien n° 15.

⁹⁵⁰ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

ne l'expriment jamais directement, la consultation fréquente d'avocats pourrait, à terme, remettre en cause les compétences juridiques des directions, leur apport à l'action ministérielle et, finalement, leur légitimité. Il n'est pas de leur intérêt de solliciter, trop régulièrement, des avocats. En conséquence, les directeurs des affaires juridiques indiquent que les consultations juridiques commandées portent sur des questions juridiques qui ne correspondent pas au travail quotidien de leurs services. Il ne s'agit d'obtenir ni une contre-expertise ni un avis juridique supplémentaire, mais plutôt de compléter des lacunes dans certaines matières. Par exemple, la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Culture privilégie le recours aux avocats pour des questions de droit privé⁹⁵¹. Parfois, c'est précisément la culture juridique particulière, transactionnelle, des cabinets d'avocats qui peut être recherchée. Ainsi la direction des affaires juridiques des ministères sociaux a été assistée par un cabinet lors de la renégociation des indemnités de l'État dans le dossier du stade de France⁹⁵². En somme, pour les directions des affaires juridiques, la consultation d'avocats demeure une pratique résolument marginale. Cette analyse est corroborée par le témoignage de l'actuelle Secrétaire générale du Gouvernement. Lors de son audition devant la commission d'enquête sénatoriale sur le recours par l'État aux cabinets de conseil, Claire Landais indique que l'administration est « bien armée dans le champ de l'expertise juridique » et affirme ne pas avoir eu recours à des prestations de conseil juridique lors de ses fonctions au Secrétariat général du Gouvernement et au sein de directions juridiques ministérielles⁹⁵³. Ainsi, aux yeux des juristes de l'État, la consultation d'avocats est limitée, maîtrisée et ne dévoile pas de failles dans l'organisation de l'expertise juridique ministérielle.

379. Malgré tout, l'expérience des directions n'est pas représentative de celles des administrations centrales. Les services ministériels peuvent solliciter, de leur propre initiative, l'assistance d'un avocat. Le discours des directions des affaires juridiques, qui souligne le caractère exceptionnel de l'achat de prestations de conseil juridique, ne rend donc pas nécessairement compte de la pratique générale au sein de l'État. Toutefois, il reste difficile d'estimer le montant exact des consultations juridiques commandées annuellement par chaque ministère, les données budgétaires rendues publiques étant limitées en matière d'expertise juridique⁹⁵⁴. Lors de l'élaboration de son rapport en 2014, la Cour des comptes insiste d'ailleurs sur les difficultés qu'elle a rencontrées lorsqu'il s'est agi

⁹⁵¹ Y. FAURE, Entretien n° 5.

⁹⁵² C. DE SALINS, Entretien n° 16. Sur ce dossier, v. SÉNAT, *Rapport n° 86, Grands stades et arènes : pour un financement public les yeux ouverts*, 2013, p. 13-14 et p. 54.

⁹⁵³ SÉNAT, Commission d'enquête sur les cabinets de conseils, Compte rendu de la séance du 5 janvier 2022, audition de Mme Claire Landais, Secrétaire générale du Gouvernement.

⁹⁵⁴ V. *supra*, §. 318.

de mesurer le recours aux conseils extérieurs et de chiffrer son coût⁹⁵⁵. Certes, la transparence en la matière progresse. Depuis la publication du rapport du Sénat de 2022, le Gouvernement présente dans un jaune budgétaire sa stratégie de recours aux conseils extérieurs, ainsi que le montant des dépenses engagées⁹⁵⁶. Au premier semestre 2022, les dépenses relatives « au conseil et à l'expertise juridique » – prestations de représentation en justice exclues – ont représenté, pour l'ensemble des ministères, un montant de 11,9 millions d'euros, soit 8 % des dépenses de conseil de l'État⁹⁵⁷. En revanche, les informations indiquées pour chaque ministère restent lacunaires. Par exemple, les dépenses de conseil juridique du ministère de l'Agriculture sont fondues avec les dépenses de communication⁹⁵⁸. De même, une partie des dépenses fichées comme relevant du conseil juridique du ministère de l'Intérieur correspondent à des prestations d'assistance juridique réalisées dans les centres de rétention administrative et devant être externalisées⁹⁵⁹. Enfin, le choix de recourir à un cabinet d'avocats demeure faiblement encadré. Certes, les travaux de la commission d'enquête du Sénat ont conduit le Premier ministre à prendre une circulaire relative aux prestations de conseil, mais il ne donne aucune consigne relative à l'achat de prestations juridiques⁹⁶⁰. La proposition de loi faisant suite aux travaux de la commission d'enquête du Sénat⁹⁶¹ exclut également ces prestations de son champ d'application⁹⁶².

380. En tant que tel, l'achat de prestations juridiques n'est pas à proscrire. Il exige toutefois une

⁹⁵⁵ Lors de son rapport de 2014, la Cour des comptes chiffre le montant des prestations juridiques commandées par l'État entre 2011 et 2013 à 40 millions d'euros. Toutefois, cette estimation comprend les dépenses liées à la représentation de l'État devant les juridictions (COUR DES COMPTES, *Le recours par l'État aux conseils extérieurs*, 2014, p. 28).

⁹⁵⁶ Jaune budgétaire, « Recours aux conseils extérieurs », annexe au projet de loi de finances pour 2023, p. 19. Les jaunes budgétaires sont des documents annexés au projet de loi de finances initiale afin de présenter au Parlement « l'effort financier de l'État dans un domaine d'intervention donné, conduit par plusieurs ministères ». (<https://www.economie.gouv.fr/cedef/documents-budgetaires>).

⁹⁵⁷ Jaune budgétaire, « Recours aux conseils extérieurs », annexe au projet de loi de finances pour 2023, p. 19. Les dépenses de conseil juridique ont représenté 18,78 millions d'euros en 2021.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁶⁰ Circulaire du 19 janvier 2022 relative à l'encadrement du recours par les administrations et les établissements publics de l'État aux prestations intellectuelles, n° 6329/SG.

⁹⁶¹ Déposée le 21 juin 2022, la « proposition de loi encadrant l'intervention des cabinets de conseils privés dans les politiques publiques » est adoptée par le Sénat le 18 octobre 2022, transmise à l'Assemblée et renvoyée à la Commission des lois. Au 18 octobre 2023, elle n'a pas encore été examinée.

⁹⁶² L'article 1^{er} de la proposition de loi fait référence aux professions mentionnées à l'article 56 de la loi du 31 décembre 1971. Il s'agit des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, des avocats inscrits à un barreau français, des notaires, des huissiers de justice, des commissaires-priseurs judiciaires, des administrateurs judiciaires et des mandataires-liquidateurs. Les sénateurs justifient cette exclusion par le fait que ces professionnels « sont déjà soumis à des obligations déontologiques sous le contrôle de leurs ordres professionnels respectifs » (SÉNAT, *Rapport n° 38 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi encadrant l'intervention des cabinets de conseil privés dans les politiques publiques*, présenté par C. Cukierman, 2022, p. 7).

réflexion préalable à laquelle les directions des affaires juridiques doivent être associées au titre de leur fonction d'expertise juridique. En effet, les directions sont les plus à même de déterminer, en lien avec le service ministériel qui en fait la demande, si l'administration centrale du ministère dispose des compétences juridiques nécessaires, ou s'il convient de solliciter un conseil extérieur. Une fois le principe de l'externalisation arrêté, les directions peuvent ensuite participer à la rédaction de la consultation, afin de formuler clairement et précisément les questions de droit soumises. Enfin, elles peuvent accompagner, ou superviser, la passation du marché de services juridiques en veillant à sa régularité, puis assurer son suivi.

381. Dans plusieurs administrations centrales, la direction des affaires juridiques est déjà associée à la conclusion des marchés de prestations juridiques. Parfois cette mission figure explicitement parmi ses attributions. Ainsi, les textes d'organisation des administrations centrales des ministères sociaux⁹⁶³ et du ministère de l'Écologie⁹⁶⁴ prévoient que la direction des affaires juridiques « donne son accord pour tout recours à des prestations juridiques extérieures et coordonne l'intervention des conseils juridiques ». Dans d'autres ministères, ce droit de regard a été obtenu au fil de la pratique ministérielle, sans être consacré. Par exemple, la direction des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur est devenue le « guichet unique » de l'ensemble des services ministériels pour recourir à un expert juridique extérieur : elle « centralise les demandes et vérifie qu'elle ne dispose pas des ressources en interne pour répondre au besoin exprimé » et assure le « suivi de la prestation et de l'archivage des livrables »⁹⁶⁵. Le service des affaires juridiques et internationales du ministère de la Culture assure une mission comparable⁹⁶⁶. Néanmoins, faire de la direction des affaires juridiques le point de passage obligé pour la passation des marchés de services juridiques peut générer des résistances au sein des ministères. Du point de vue des directions sectorielles, le choix de recourir à une expertise juridique extérieure fait partie intégrante de la stratégie qu'ils adoptent dans l'élaboration des politiques publiques dont ils ont la charge. La supervision de la direction des affaires juridiques peut donc être perçue comme une ingérence dans l'exercice de leurs attributions. À la suite d'un rapport de l'Inspection générale des finances, une décision ministérielle du 29 octobre 2013 a confié à la direction des affaires juridiques

⁹⁶³ Décret n° 2013-727 du 12 août 2013 portant création, organisation et attributions d'un secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales, article 7 modifié par le décret n° 2021-307 du 23 mars 2021 relatif à la fonction juridique des ministères sociaux, JORF du 28 août 2021, texte n° 8.

⁹⁶⁴ Art. 2. II. du décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale des ministères chargés de la transition écologique, de la cohésion des territoires et de la mer, JORF du 10 juillet 2008.

⁹⁶⁵ Annexe au projet de loi de finances pour 2023, « Recours aux conseils extérieurs », p. 25. Les « livrables » désignent la documentation remise par le prestataire.

⁹⁶⁶ Y. FAURE, Entretien n° 4.

de Bercy le monopole de la passation des marchés de prestations juridiques⁹⁶⁷. À l'occasion de son rapport d'activité, publié l'année suivante, la direction veille à préciser que ce nouveau rôle ne conduit pas à « un transfert de compétence quant à l'appréciation ultime de la pertinence du recours à un conseil » et qu'il « importe de concilier l'impératif de mutualisation des achats de prestations juridiques avec le nécessaire maintien d'une souplesse d'emploi de ces prestations pour les directions : qu'il s'agisse de conseil ou de représentation sur des contentieux pointus, les prestations sont souvent liées de façon étroite à la conduite des politiques publiques du ressort de chaque direction ». Le monopole n'a été véritablement effectif qu'à partir de 2016, lors de la création d'une cellule dédiée au sein de la direction.

382. Par leur rôle croissant dans l'engagement des prestations juridiques, les directions des affaires juridiques sont associées à la stratégie de chaque direction ministérielle souhaitant recourir aux services de cabinets d'avocat. En effet, le fait de solliciter des expertises juridiques extérieures devient un élément à part entière de la stratégie juridique ministérielle. Pour la direction des affaires juridiques, conserver un droit de regard sur cette externalisation, c'est encore assumer sa fonction d'expertise et de conseil juridique. Cette faculté confirme la dimension stratégique de cette activité de conseil.

II. L'ENCADREMENT NÉCESSAIRE DE LA CONSULTATION DE LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

383. La définition préalable des modalités de consultation des directions des affaires juridiques, c'est-à-dire des conditions dans lesquelles leur fonction de conseil juridique s'opère⁹⁶⁸, a pour but de faciliter l'analyse des questions juridiques qui leur sont adressées (**A.**). Ces modalités de consultation sont parfois formalisées en étant présentées ou rappelées au sein de documents administratifs internes (**B.**).

A. La définition des modalités de consultation

384. Dans chaque ministère, la définition des modalités de consultation de la direction des affaires juridiques permet davantage qu'une simple organisation bureaucratique des échanges entre les

⁹⁶⁷ Décision des ministres du 29 octobre 2013 relative à la mutualisation des fonctions supports, citée *in* DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2014*, p. 13 ; J. MAÏA, Entretien n° 10.

⁹⁶⁸ Les modalités sont les « conditions particulières selon lesquelles une chose est exécutée » (v° « Modalités », *Trésor de la langue française*).

services. En facilitant ou en encadrant la saisine, les modalités adoptées révèlent une certaine conception du rôle de « prestataire de services » qui lui est assigné. Il s'agit tout à la fois d'améliorer les échanges entre la direction des affaires juridiques et les services demandeurs (1.) et de rationaliser le nombre des demandes de consultation (2.).

1/ L'amélioration des échanges entre la direction des affaires juridiques et les services

385. Indépendamment de leur formalisation juridique éventuelle, les modalités de consultation sont, dans chaque ministère, l'expression d'un choix relatif à l'agencement des relations entre la direction des affaires juridiques et les services qu'elle assiste. Ces modalités tentent, en effet, de concilier des impératifs parfois divergents. D'une part, la sécurité juridique de l'action ministérielle exige que la direction des affaires juridiques puisse être interrogée sur toute question de droit qui émergerait ou subsisterait à toute étape et à tout niveau du travail ministériel. Il importe donc que sa consultation soit facile, c'est-à-dire peu contrainte par des obligations formelles ou procédurales. D'autre part, la légalité de l'action ministérielle requiert aussi que l'organe de conseil juridique soit en mesure d'analyser convenablement l'ensemble des demandes qui lui sont adressées. La direction des affaires juridiques doit instruire chaque saisine, dans un délai à la fois suffisamment court pour être utile à l'action administrative, et suffisamment long pour permettre une analyse approfondie. Or, les directions indiquent toutes être confrontées à l'augmentation continue du nombre des demandes qui leur sont adressées. L'activité de conseil juridique implique alors de gérer le flux des saisines et administrer les demandes de consultation. Chaque ministère se trouve donc confronté à un jeu subtil, consistant à définir chacun des paramètres de consultation afin de déterminer le degré d'ouverture de la saisine de la direction des affaires juridiques. L'entreprise est d'autant plus délicate que ces leviers, par les effets indirects qu'ils sont susceptibles de générer, peuvent autant servir que desservir l'activité de conseil juridique.

386. Le choix des canaux par lesquels la direction peut être interrogée révèle d'emblée combien l'entreprise de définition des modalités de consultation est délicate. Une saisine par tous moyens favorise indéniablement la demande d'analyses juridiques. Autoriser les bureaux à appeler directement la direction des affaires juridiques leur permet d'obtenir, rapidement, un éclairage sur une question de droit. Si cette possibilité a naturellement la faveur des services du ministère, elle complique cependant l'exercice concret de l'activité de conseil juridique. En effet, du point de vue des directions des affaires juridiques, la saisine par voie téléphonique présente deux inconvénients. D'une part, elle ne leur permet pas de maîtriser le flux des demandes qui leur sont adressées. D'autre

part, elle les empêche de suivre les consultations, de les quantifier et de les archiver, afin de conserver la mémoire des analyses apportées. Par conséquent, la plupart des directions exigent désormais d'être saisies par voie écrite (par courrier interne ou courrier électronique) ou par l'intermédiaire d'une plateforme électronique dédiée. Par la suite, l'identification de l'interlocuteur pertinent, auquel les demandes doivent être adressées, dépend de l'organisation interne de la direction. Par exemple, la création d'une adresse électronique fonctionnelle, afin de centraliser les demandes, exige une plus grande coordination du travail des bureaux de la direction. Le directeur des affaires juridiques, qui dispose par ce biais d'une vue d'ensemble des saisines, procède ainsi à la distribution des dossiers entre les bureaux en pouvant tenir compte de leur charge respective de travail⁹⁶⁹. Toutefois, une telle méthode n'est possible que lorsque les bureaux sont faiblement spécialisés et que les dossiers peuvent être redistribués. À l'inverse, les services demandeurs sont parfois invités à saisir directement le bureau compétent lorsqu'ils le connaissent⁹⁷⁰. Cette seconde option favorise la collaboration et les relations interpersonnelles entre la direction des affaires juridiques et les bureaux des directions métiers, dans la mesure où les interlocuteurs sont bien identifiés. Elle permet aussi d'accélérer le traitement des demandes en évitant l'étape préalable de la répartition des saisines. Toutefois, pour être efficace, cette solution exige que les services demandeurs disposent d'une bonne connaissance des différents bureaux de la direction des affaires juridiques. Finalement, le recensement des modes de consultation des directions des affaires juridiques ministérielles prouve qu'il n'existe aucun modèle en la matière. En revanche, il permet de constater une tendance générale à la procéduralisation de la consultation juridique, dès le stade initial de la saisine de la direction des affaires juridiques.

387. Dans le cadre d'une procédure de consultation écrite, le développement d'une plateforme numérique de saisine offre une perspective intéressante afin d'améliorer les échanges entre les services demandeurs et les directions des affaires juridiques. Depuis 2021, la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'Écologie est consultée par le biais d'une telle application, accessible depuis le réseau intranet du ministère⁹⁷¹. De la saisine de la direction à l'archivage des consultations, l'activité de conseil juridique est désormais entièrement couverte par cette nouvelle interface numérique dont les avantages semblent nombreux. La saisine de la direction par un formulaire unique permet de cadrer les demandes et de les orienter automatiquement vers le bureau

⁹⁶⁹ P. RANQUET, Entretien n° 15.

⁹⁷⁰ Selon la convention de service conclue entre la direction des affaires juridiques et les directions des ministères sociaux, dans sa version en vigueur en 2022 : « Lorsque l'entité compétente de la DAJ n'est pas connue du demandeur, l'envoi peut être fait soit au sous-directeur le plus susceptible d'être compétent soit au chef de cabinet ou à son adjoint ».

⁹⁷¹ Il s'agit de la plateforme « Partaj », présentée en ligne : <https://beta.gouv.fr/startups/partaj.html> ; O. FUCHS, Entretien n° 6.

compétent au sein de la direction. La plateforme indique aussi l'avancée des saisines et permet d'ajouter les demandes utiles à leur compréhension. Elle offre enfin à la direction un instrument de gestion des demandes : la direction est en mesure de prioriser les saisines en fonction des délais indiqués par les demandeurs, de générer des statistiques sur son activité de conseil, mais aussi d'archiver les consultations rendues afin de construire une base de données interne. Ainsi présentée, l'initiative du ministère de l'Écologie paraît donc prometteuse. Mais le « solutionnisme technologique »⁹⁷² ne peut pas résoudre l'ensemble des problèmes liés à l'afflux de demandes ou aux difficultés de traitement qui résultent de la surcharge de travail des directions juridiques. En effet, déterminer les modalités de la consultation ne consiste pas uniquement à définir des procédés et des méthodes pour consulter les directions juridiques. Il s'agit, de plus en plus, de poser des conditions à la saisine afin de rationaliser le nombre des demandes.

2/ La rationalisation des saisines

388. Les directions des affaires juridiques peuvent tenter de rationaliser le nombre de demandes qui leur sont transmises en mettant en place des mécanismes de sélection préalables. Il s'agit plus précisément d'exiger un visa hiérarchique sur les demandes de consultation transmises par les directions ministérielles. Ainsi, plusieurs directions des affaires juridiques exigent d'être saisies par les directeurs ou les chefs de service. Les bureaux des directions métiers, confrontés à une difficulté juridique, doivent obtenir l'accord de leur supérieur avant que la direction des affaires juridiques ne soit interrogée. Un tel filtre conduit les directions métiers à examiner, de façon plus poussée, s'il y a lieu d'interroger la direction des affaires juridiques. Selon l'instruction ministérielle rappelant les modalités de consultation de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Agriculture, « ce niveau de validation hiérarchique garanti[t] la pertinence de la saisine et la hiérarchisation des demandes »⁹⁷³. Le but de cette condition est donc clair : trier les questions de droit posées à la direction des affaires juridiques du ministère pour en limiter le nombre.

389. L'exigence d'un visa hiérarchique n'est pas anodine. Elle atteste de l'intention de recadrer l'activité de conseil juridique des directions. La direction des affaires juridiques a vocation à être

⁹⁷² L'expression désigne la tendance « qui — dans de nombreux domaines — pousse irrésistiblement à adopter des dispositifs techniques (en particulier numériques) censés produire les effets que les comportements humains ou les normes juridiques peinent à apporter aux problèmes complexes de notre temps », B. WARUSFEL, « La place de l'image : caméras et vidéoprotections dans la sécurité globale », *JCP Adm*, 2021, 2219 ; v. égal., E. MOROZOV, *Pour tout résoudre, cliquez ici. L'aberration du solutionnisme technologique*, FYP éditions, 2014.

⁹⁷³ Ministère de l'Agriculture, Note de service SG/DAJ/MPDIJ/2022-688 du 13 septembre 2022 rappelant les modalités de consultation de la direction des affaires juridiques.

sollicitée pour les questions présentant une certaine complexité. À l'inverse, les questions juridiques simples doivent être résolues au sein des directions sectorielles. Dans cette configuration, la condition du visa hiérarchique confirme que l'expertise juridique ministérielle s'organise en deux niveaux : le premier au sein des directions métiers, le second à la direction des affaires juridiques. La viabilité de cette organisation repose toutefois sur la maîtrise basique du droit par les administrateurs, sans laquelle le filtre devient contre-productif, ou sur le maintien de cellules d'expertise juridique au sein des directions sectorielles. Dans le cas contraire, le filtre devient contre-productif : soit toutes les questions juridiques, même les plus élémentaires, sont transmises à la direction, au risque d'en submerger les bureaux, soit elles ne sont pas traitées du tout.

390. En définitive, fixer les modalités de consultation repose sur un arbitrage. Il s'agit toujours de concilier les intérêts des services demandeurs et ceux de la direction des affaires juridiques. Les premiers ont besoin de saisir facilement la direction et d'obtenir rapidement son analyse. La seconde doit gérer le flux des demandes qui lui sont adressées, au risque de ne pouvoir réaliser au mieux son activité de conseil. Toutefois, la définition préalable des modalités de saisine de la direction des affaires juridiques ne doit pas faire obstacle au pragmatisme indispensable à la bonne conduite de l'action ministérielle. D'une part, les exigences de forme et de procédure qui peuvent exister sont écartées lorsque la demande est urgente. D'autre part, elles ne sauraient s'appliquer à l'administration d'État-major du ministère, c'est-à-dire au cabinet du ministre ou au secrétariat général.

391. Après avoir relevé que les modalités de consultation de la direction des affaires juridiques sont encadrées, d'une manière ou d'une autre, dans tous les ministères, il convient d'en rechercher la formalisation éventuelle.

B. La formalisation des modalités de consultation

392. Les modalités de consultation des directions des affaires juridiques sont plus ou moins formalisées (1.) et peuvent être négociées sous la forme de conventions de service (2.).

1/ Une échelle de formalisation

393. Une précision préalable s'impose lorsqu'il s'agit d'étudier la formalisation juridique des modalités de consultation des directions des affaires juridiques. En la matière, les catégories

habituelles permettant de classer les actes de l'administration s'avèrent inopérantes. Forgées par le juge dans une perspective contentieuse, elles ne permettent pas de rendre compte de la diversité des mesures prises pour guider la « vie intérieure »⁹⁷⁴ des ministères. En dépit des intitulés qui leur sont donnés, et derrière la variété des documents administratifs qui les consignent, ces règles sont d'authentiques « actes d'administration intérieure »⁹⁷⁵. Leur objet consistant exclusivement à agencer les relations de travail des services au sein d'une même administration, la probabilité que le juge puisse être amené à les connaître est nulle. L'étude de la formalisation des modalités de consultation des directions invite alors plutôt à envisager les canaux par lesquels une administration exprime, dans son ordre intérieur, les règles nécessaires à l'activité quotidienne de ses services.

394. Lorsqu'il s'agit d'exprimer les modalités de consultation de la direction des affaires juridiques, les usages ministériels dévoilent une échelle de méthodes pour agencer « l'intimité organisée »⁹⁷⁶ de l'institution ministérielle. Le plus souvent, les modalités de consultation de la direction des affaires juridiques se définissent spontanément. Dans de nombreux ministères, aucun document ne formalise les conditions de saisines de la direction des affaires juridiques. Elles relèvent alors de la pratique administrative, en étant continuellement répétées par les services ministériels⁹⁷⁷. Lorsqu'il apparaît nécessaire de réorienter les usages quotidiens, le travail administratif et les relations entre les services peuvent être organisés au moyen de documents internes, dont la publication est loin d'être systématique et la formalisation plus ou moins aboutie. Ainsi les modalités de saisine des directions peuvent être rappelées par des « guides de saisine » ou de « chartes » élaborés par les directions elles-mêmes⁹⁷⁸. Elles peuvent aussi être rappelées au détour d'un rapport administratif interne⁹⁷⁹. Certaines directions des affaires juridiques choisissent encore de prévoir les conditions de réalisation de leur activité de conseil au moyen de conventions conclues avec les autres organes du ministère⁹⁸⁰. Cette « littérature grise »⁹⁸¹ s'apparente à un droit souple interne ministériel. Première étape d'une formalisation des modalités de saisine de la direction des affaires juridiques,

⁹⁷⁴ M. HAURIUO, Note sous CE, 22 février 1918, *Cochet d'Hattecourt, S.*, 1921.3.9.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930, p. 287.

⁹⁷⁷ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *Economica*, « Recherches juridiques », 2002, §. 81.

⁹⁷⁸ Un guide de saisine a été élaboré par la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères (S. BARBIER, Entretien n° 2). Une charte est en cours d'élaboration au ministère de l'Écologie (O. FUCHS, Entretien n° 6).

⁹⁷⁹ Comme aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur (G. ODINET, Entretien n° 12).

⁹⁸⁰ Comme aux ministères sociaux et aux ministères économiques et financiers (J. MAÏA, Entretien n° 10 ; K. GILBERG, Entretien n° 7, v. *infra* §. 396.)

⁹⁸¹ V. à ce sujet : G. KOUBI (dir.), *La littérature grise de l'administration. La grammaire juridique des circulaires*, Berger Levrault, « Au fil du débat », 2015 ; S. COTTIN, « Les “données grises” des administrations publiques », *I2D – Information, données et documents*, n° 52, 2015, p. 32.

elle vise à orienter les comportements des agents, avant qu'un acte décisive ne devienne nécessaire. Dans cette ultime hypothèse, une mesure prise sur le fondement d'un pouvoir hiérarchique d'organisation des services, que celui-ci résulte de la jurisprudence *Jamart*⁹⁸² ou des attributions réglementaires des autorités administratives qui les prennent, encadre les conditions de consultation de la direction. Ainsi, il entre certainement dans les attributions d'un secrétaire général de ministère, responsable de la coordination des activités des services, d'organiser la saisine de la direction des affaires juridiques⁹⁸³. L'instruction du 13 septembre 2022 par laquelle la secrétaire générale du ministère de l'Agriculture rappelle aux directions ministérielles les modalités de consultation de la direction des affaires juridiques en constitue un exemple⁹⁸⁴.

395. Cette échelle dévoile les différents usages que l'administration peut faire de l'instrument juridique pour s'organiser. L'élaboration d'une instruction ministérielle ou d'un document interne moins contraignant, à l'image d'une charte ou d'un guide, est d'abord l'expression d'un choix entre imposer, orienter et laisser la pratique administrative s'agencer par elle-même. Le principe est celui de la souplesse et de l'ajustement spontané des interactions quotidiennes entre la direction des affaires juridiques et les services demandeurs. À l'inverse, l'encadrement de la consultation par une décision administrative s'avère une solution exceptionnelle. L'intervention d'une instruction signée par un supérieur hiérarchique⁹⁸⁵ a pour objectif de corriger des pratiques ministérielles jugées insatisfaisantes, du point de vue de la direction des affaires juridiques. Ainsi, l'instruction précitée du secrétaire général du ministère de l'Agriculture évoque les « difficultés rencontrées » pour justifier le rappel des règles de forme et de fond de saisine de la direction des affaires juridiques⁹⁸⁶. Entre l'émergence spontanée et la définition hiérarchique, l'élaboration de conventions de services offre une troisième voie pour que les directions des affaires juridiques et les services demandeurs puissent coorganiser leurs relations de travail.

⁹⁸² CE, Sect., 7 février 1936, n° 43321, *Jamart*, Rec., p. 172, GAJA n° 43, S., 1937.3.113, note J. RIVERO.

⁹⁸³ Par exemple, le Secrétaire général du ministère de l'Agriculture « coordonne l'action de l'ensemble des services du ministère et participe à leur évaluation » et « définit les modalités de traitement des questions juridiques et veille à leur mise en œuvre » (art. 2 du décret n° 2008-636 du 30 juin 2008 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère chargé de l'agriculture, de l'alimentation, de l'agroalimentaire et de la forêt, JORF du 1^{er} juillet 2008, texte n° 7).

⁹⁸⁴ Ministère de l'Agriculture, Note de service SG/DAJ/MPDIJ/2022-688 du 13 septembre 2022 rappelant les modalités de consultation de la direction des affaires juridiques.

⁹⁸⁵ Même si les secrétaires généraux de ministère ne sont pas les supérieurs hiérarchiques des directeurs d'administrations centrales, les directions sectorielles étant placées le plus souvent sous l'autorité du ministre.

⁹⁸⁶ Note de service précitée.

2/ Le cas des conventions de service

396. Les directions des affaires juridiques et leurs interlocuteurs peuvent définir conjointement les modalités de leurs interactions au moyen de « conventions de services ». Dans le cadre d'une démarche résolument assumée de « contractualisation de ses relations avec ses commanditaires »⁹⁸⁷, la direction des affaires juridiques de Bercy recourt à ce procédé depuis 2008. Des « conventions de service », dont la nature sera précisée par la suite, encadrent désormais l'activité de conseil juridique réalisée par la direction au profit des services ministères économiques et financiers⁹⁸⁸ et d'autres directions des affaires juridiques ministérielles⁹⁸⁹. Régulièrement renouvelées, ces conventions sont négociées et élaborées afin de préciser les « modalités de coopération » entre la direction des affaires juridiques et le service cosignataire. Elles indiquent notamment les domaines dans lesquels la direction peut être saisie ainsi que les modalités de la saisine, la forme de la réponse apportée et la procédure de suivi de la consultation. Hors de Bercy, il semble que seule la direction des affaires juridiques des ministères sociaux ait recouru à un tel procédé. Depuis sa création en 2011, elle a signé des conventions avec l'ensemble des directions des ministères des Affaires sociales⁹⁹⁰, qu'elle a renouvelé après sa réorganisation en 2021⁹⁹¹.

397. Aux ministères économiques et financiers, le développement des conventions de service s'est inscrit dans le cadre de la refonte générale des méthodes de travail de la direction des affaires juridiques. Au tournant des années 2010, cette dernière a complètement revu son organisation et son fonctionnement en se prévalant, très directement, d'une logique de performance⁹⁹². L'usage des conventions de services au sein des ministères sociaux s'apparente à une reprise des méthodes de Bercy. En effet, lors de sa création en 2011⁹⁹³, la nouvelle direction des affaires juridiques des ministères sociaux a conclu une convention de service avec celle de Bercy, la seconde apportant son expertise à la première dans les domaines dans lesquels elle n'avait pas encore réuni des

⁹⁸⁷ DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport annuel d'activité 2019*, p. 88.

⁹⁸⁸ Dans un premier temps, des conventions ont été conclues avec l'Inspection générale des Finances, les services du Contrôle général économique et financier, la direction générale des entreprises, la direction du budget et l'Agence des participations de l'État. En 2019, la direction des affaires juridiques est partie à près d'une vingtaine de conventions passées avec ses « principaux clients » (*Rapport public annuel 2019*, p. 88).

⁹⁸⁹ La direction des affaires juridiques a ainsi conclu une convention de service avec la direction juridique du ministère de l'Écologie (*Rapport annuel d'activité 2009*, p. 54).

⁹⁹⁰ C. DE SALINS, Entretien n° 16 ; P. RANQUET, Entretien n° 15.

⁹⁹¹ C. TOUBOUL, Entretien n° 17.

⁹⁹² La certification « ISO 901 » des activités d'Agent judiciaire de l'État réalisée à partir des années 2010 participe également à cette recherche d'une légitimation par la performance des activités de la direction juridique, v. *infra*, §. 523.

⁹⁹³ La « délégation » des affaires juridiques devient une « direction » en 2012. Ce changement n'a toutefois aucune conséquence sur ses attributions.

compétences suffisantes⁹⁹⁴. Par la suite, la direction des affaires juridiques a conclu ses propres conventions afin d'encadrer l'activité de conseil juridique qu'elle exerce au profit des services des ministères sociaux.

398. Il semble indispensable d'établir d'abord la nature et les effets des conventions de services pour pouvoir ensuite apprécier l'intérêt de la généralisation éventuelle de ce procédé. Ces conventions sont l'une des manifestations du phénomène de contractualisation de l'organisation et de l'action administratives⁹⁹⁵. Plus particulièrement, la conclusion de « contrats de service » a été encouragée, dans le cadre des relations entre les services centraux et déconcentrés, par la circulaire du Premier ministre du 26 juillet 1995⁹⁹⁶. Même si ces documents administratifs sont parfois formellement qualifiés de contrats par l'administration, on ne peut leur reconnaître une telle nature⁹⁹⁷. En effet, un contrat repose sur la rencontre des volontés d'au moins deux sujets de droit distincts puisqu'il est impossible de contracter avec soi-même⁹⁹⁸. Or, les « conventions » ou les « contrats » de service sont signés entre les composantes d'une personne morale unique, l'État. Les « parties » à la convention ne jouissent pas de la capacité contractuelle, laquelle est un attribut de la personnalité juridique et le versant de la capacité patrimoniale des sujets de droit⁹⁹⁹. Elles ne peuvent donc s'engager contractuellement. « La volonté étatique est une, le contrat entre deux organes ou deux autorités de l'État est proprement inconcevable »¹⁰⁰⁰. La direction des affaires juridiques et le service ministériel qui ordonnent leurs relations au moyen d'une convention ou d'un « contrat » de service ne sont pas liés par des obligations contractuelles.

399. L'injusticiabilité et l'inopposabilité des conventions de service ne font donc aucun doute. Ni leur existence, ni leur méconnaissance ne peuvent être invoquées devant le juge ou opposées aux

⁹⁹⁴ Une convention de 18 mois conclue le 7 novembre 2011, renouvelée le 7 mai 2013 pour deux ans.

⁹⁹⁵ S. HOURSON, *Les conventions d'administration*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 277, 2014, §. 310 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE, n° 59, La Documentation française, 2008.

⁹⁹⁶ Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, JORF du 28 juillet 1995. Selon la circulaire, les contrats de service doivent permettre « de déterminer les objectifs assignés aux services opérateurs, les marges de manœuvre qui leur sont garanties dans la négociation d'un budget global incluant le personnel, les modalités d'évaluation de leurs coûts et de leurs résultats, et les conditions dans lesquelles les services et les agents peuvent bénéficier d'un intéressement aux gains de productivité ».

⁹⁹⁷ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, « Manuel », 4^e édition, 2022, §. 18 ; C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, PUF, « Thémis Droit », 2^e édition, 2022, §. 5. V., cependant, pour une position contraire, A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFD*, 1997, p. 1129.

⁹⁹⁸ L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ-Lextenso, « Manuel », 12^e édition, 2021, §. 18.

⁹⁹⁹ S. HOURSON, *op. cit.*, §. 325.

¹⁰⁰⁰ L. RICHER, F. LICHÈRE, *op. cit.*, §. 18.

« tiers ». Aussi, ces conventions, reléguées au rang de « faux contrats »¹⁰⁰¹ ou de « trompe-l'œil »¹⁰⁰², sont parfois considérées comme de simples « engagements politiques ou moraux »¹⁰⁰³. Elles ont une « portée morale, une portée politique, mais pas de valeur juridique »¹⁰⁰⁴. À l'heure de la pleine reconnaissance des conséquences juridiques du droit souple¹⁰⁰⁵, cette perception des conventions de service, qui conditionne leur juridicité à leur justiciabilité, conduit toutefois à minimiser les effets qu'elles peuvent générer au sein des structures administratives. En effet, même si elles ne sont pas obligatoires, les conventions de services produisent des effets juridiques dès lors qu'elles ont pour objectif d'orienter les comportements des parties signataires. Pour en rendre compte, Sébastien Hourson propose de considérer ces documents à l'aune d'une nouvelle catégorie juridique, alternative au contrat et à la décision administrative : les « conventions d'administration »¹⁰⁰⁶. Selon lui, la convention d'administration est un « acte résultant d'un accord de volontés, présentant un caractère de réciprocité, et dont les stipulations comportent des énoncés directifs »¹⁰⁰⁷. Elle partage avec le contrat sa forme consensuelle, ainsi que la réciprocité des engagements de ses signataires. Elle s'en distingue toutefois par sa normativité moindre, puisque son contenu n'est pas impératif. Sébastien Hourson inclut notamment dans cette nouvelle catégorie les conventions passées entre les services d'une même personne publique dans le but d'encadrer leurs relations¹⁰⁰⁸. S'ils ne disposent pas de la capacité contractuelle, ces services jouiraient néanmoins d'une capacité conventionnelle leur permettant de passer des conventions ne créant aucune obligation juridique¹⁰⁰⁹.

400. À première vue, la définition de la convention d'administration pourrait s'appliquer, pour partie, aux conventions de services conclues par les directions des affaires juridiques de Bercy et des ministères sociaux. D'une part, ces documents sont bien le produit d'un accord de volonté et de l'échange des consentements des deux chefs de service désireux d'organiser l'activité de leurs bureaux. D'autre part, les stipulations des conventions comportent des engagements réciproques. Par exemple, les services signataires s'engagent chacun à mettre en œuvre tous les moyens

¹⁰⁰¹ M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.* §. 18.

¹⁰⁰² R. DENOIX DE SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.

¹⁰⁰³ CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁰⁴ R. DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, p. 970.

¹⁰⁰⁵ V. not. CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, *EDCE*, n° 64, La Documentation française, 2013.

¹⁰⁰⁶ S. HOURSON, *Les conventions d'administration*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 277, 2014.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, §. 509.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, §. 561.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

nécessaires afin de garantir la confidentialité des questions qu'ils examinent ensemble¹⁰¹⁰. En revanche, pour Sébastien Hourson, les conventions d'administration se distinguent essentiellement des contrats par le caractère directif, et non impératif, de leurs stipulations¹⁰¹¹. Contrairement à celles du contrat, les clauses de la convention d'administration ne comportent pas de stipulations impératives créant des obligations. Cette distinction entre contrat et convention correspond à une partie du phénomène de contractualisation de l'action publique qu'expriment les contrats d'objectifs ou les contrats de performance. Elle ne rend toutefois pas totalement compte du phénomène des conventions de service que peuvent conclure les directions des affaires juridiques. En effet, ces conventions peuvent comprendre des énoncés impératifs. Dans l'une d'entre elles, il est notamment indiqué que le service demandeur « doit adresser ses demandes » à une adresse électronique prédéfinie, ou encore qu'« en cas de saisine de la DAJ parallèlement à un autre service ou conseil juridique, la direction ou le service demandeur s'engage à en informer sans délai la DAJ et à lui communiquer les éléments d'analyse correspondants »¹⁰¹². Si les conventions de service signées par les directeurs des affaires juridiques ne sont pas obligatoires, ce n'est donc pas parce que les énoncés qu'elles comportent ne sont pas impératifs. L'absence de caractère juridiquement obligatoire des conventions de service découle de l'absence de mécanisme juridique de sanction, lequel résulte du fait que la convention n'est reconnue ni comme un contrat, du fait de l'incapacité contractuelle des signataires, ni comme un acte administratif décisoire, en raison de leur caractère conventionnel.

401. La nature et le régime des conventions de service peuvent être déterminés à l'aune de leur finalité qui est, avant tout, organisationnelle. Ces documents sont négociés, élaborés et signés afin d'encadrer les conditions dans lesquels les services exercent leurs attributions. Le chef de service dispose d'un pouvoir réglementaire spécial qu'il exerce sur les agents placés sous son autorité. Lorsque les attributions d'un service reposent sur sa collaboration et ses interactions avec d'autres services, les chefs de service peuvent, de la même façon, ordonner les mesures nécessaires à leur collaboration. Outils de gestion interne, les conventions de service sont des éléments de l'ordre juridique intérieur des administrations centrales. À l'instar du régime des circulaires, lorsque certaines de leurs dispositions d'une convention de service ont un caractère impératif, rien n'empêche de les regarder comme des décisions administratives conjointes prises par deux chefs

¹⁰¹⁰ Convention de service conclue entre l'Agence des participations de l'État et la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers en date du 4 avril 2014, transmise par la direction des affaires juridiques du ministère.

¹⁰¹¹ S. HOURSON, *op. cit.*, §. 142.

¹⁰¹² Convention de service entre l'Agence des participations de l'État et la direction juridique précitée.

de service. Cette façon de rendre compte des conventions de service a le mérite de ne pas exclure du droit des documents juridiques internes à l'administration qui comportent des énoncés à caractère impératif. En outre, leur qualification de décisions administratives unilatérales conjointes entre deux chefs de service correspond mieux au fonctionnement d'un département ministériel où règnent le pouvoir du chef de service et l'unilatéralité, et où le phénomène conventionnel ne saurait avoir de place. Il s'agirait ainsi d'une modalité atypique et consensuelle d'exercice du pouvoir d'organisation, ou de co-organisation, des services.

402. Cette proposition heurte certainement la perception que les acteurs, au sein de l'administration, se font de ces instruments. Si les directeurs des affaires juridiques prennent l'initiative de signer une convention de service afin d'encadrer les relations des services qu'ils dirigent, il n'est en revanche pas certain qu'ils se considèrent comme liés juridiquement par celle-ci¹⁰¹³. Les chefs de service rejetteraient certainement l'idée qu'ils « font du droit » lorsqu'ils recourent à de tels instruments, mais avant tout parce que la reconnaissance de la valeur juridique d'un acte est assimilée, dans le sens commun des juristes, à sa justiciabilité. Or, ici, la reconnaissance de la valeur juridique des conventions de service ne conduit pas à admettre leur justiciabilité, puisqu'elles demeurent des mesures d'ordre intérieur. Les conventions de service produisent pourtant des effets juridiques, même si ces effets sont limités dès lors qu'ils ne se déploient qu'au sein du ministère et que la méconnaissance des stipulations des conventions n'est pas sanctionnée.

403. La définition des modalités de consultation des directions des affaires juridiques participant à l'efficacité de leur fonction de conseil juridique, l'élaboration de conventions de service peut alors être une option afin de formaliser ces modalités. Lorsqu'aucune instruction ministérielle n'a été rédigée en ce sens, la convention de service guide la saisine de la direction des affaires juridiques et organise ses relations avec le service demandeur. Ce mode de formalisation, négocié et concerté, sera peut-être plus facilement reconnu et accepté par les services du ministère, puisqu'ils y sont associés. Des clauses particulières peuvent y être intégrées : les conventions de service conclues par la direction des affaires juridiques des ministères sociaux se composent de clauses générales et des clauses particulières pour chaque direction du ministère. Enfin, au terme de la convention, dont la durée est limitée, la direction des affaires juridiques et le service signataire peuvent faire le bilan de leur collaboration en vue de l'améliorer. L'intérêt de conclure une convention de service est moindre si les modalités de saisine de la direction sont déjà bien ordonnées par la pratique. À l'inverse, l'élaboration d'un nouveau document négocié peut être intéressante lorsque la direction

¹⁰¹³ P. RANQUET, Entretien n° 15.

des affaires juridiques vient d'être réorganisée, ou lorsque de nouvelles attributions lui sont confiées. La signature d'une convention participe à la diffusion, au sein de l'administration centrale, du nouveau positionnement de la direction des affaires juridiques. La pratique des conventions place ainsi les services d'une même administration dans une relation semblable à un rapport de clientèle. Mais si les services ministériels s'approprient le vocabulaire des relations marchandes, la nature de leurs relations demeure hiérarchique puisqu'elles sont organisées selon la volonté conjointe de deux chefs de service. Par ailleurs, les conséquences d'une hypothétique insatisfaction des directions durant l'exécution de la convention sont limitées. Certes, les services peuvent décider de ne pas renouveler la convention de service, voire même de la dénoncer¹⁰¹⁴. Mais leurs relations et l'activité de conseil juridique de la direction demeurent, en tout état de cause, régies par les dispositions réglementaires.

404. La définition des modalités de consultation des directions des affaires juridiques est essentielle afin que ces dernières soient en mesure de répondre, dans un délai utile, à l'ensemble des questions qui leur sont adressées. S'il n'est pas indispensable qu'elles soient posées par un acte administratif décisif, il est toutefois préférable que les modalités de consultation soient clairement énoncées dans un document interne. Les conventions de service, documents administratifs négociés entre deux chefs de service, offrent une option intéressante pour définir, de façon concertée, les relations entre la direction des affaires juridiques et les services qu'elles assistent et conseillent.

III. LES USAGES DES ANALYSES DES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES

405. Certains directeurs des affaires juridiques le reconnaissent : il est impossible de déterminer la plus-value réelle, pour l'action ministérielle, des analyses des directions¹⁰¹⁵. Les effets de leurs interventions sont dilués dans les étapes successives du processus décisionnel ministériel. La décision, administrative comme politique, est le produit d'une multitude d'influences portées par l'ensemble des acteurs qui y prennent part. Faute de pouvoir établir les conséquences qu'une analyse juridique particulière a pu avoir lors de la conception d'un projet, l'apport de la consultation des directions s'apprécie à l'aune des différents usages que les ministres et leurs services en font. Ainsi, une classification des usages des analyses juridiques livrées par les directions souligne leur

¹⁰¹⁴ Convention de service entre la direction des affaires juridiques et les directions et services des ministères sociaux, Clauses générales, mars 2022.

¹⁰¹⁵ P. RANQUET, Entretien n° 15.

dimension stratégique. Le recours aux directions ne vise pas seulement la régularité des actes, des comportements ou des positions des ministres et de leurs services. L'expertise juridique est aussi recherchée pour elle-même, afin de mobiliser un argument juridique au service de la construction de l'action ministérielle (A.) et de sa défense (B.).

A. Construire l'action ministérielle

406. Pour apprécier les effets de l'activité des directions des affaires juridiques sur la qualité juridique de l'action ministérielle, une première voie pourrait consister à se demander si leurs analyses sont suivies. À première vue, il n'y aurait pas meilleur critère pour juger de l'utilité de leur mission de conseil. Sur ce point, les témoignages ministériels concordent. La plupart des directeurs des affaires juridiques concèdent lucidement que leurs analyses et les solutions qu'ils proposent sont loin d'être toujours retenues. À rebours de cette appréciation générale, la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense se démarque et affirme être systématiquement suivie¹⁰¹⁶. Ce discours particulier de la direction sur sa pratique et sur sa place au sein du ministère résulte certainement de la spécificité du domaine dans lequel elle intervient. En effet, la direction veille notamment au respect, par les armées, du droit international humanitaire applicable aux conflits armés¹⁰¹⁷. Dans le contexte de sa judiciarisation croissante depuis les années 1990¹⁰¹⁸, la sensibilité politique, internationale et pénale de cette matière explique le discours institutionnel de la direction. Laisser entendre qu'elle n'est pas suivie pourrait laisser penser que les armées sont susceptibles de méconnaître le droit de la guerre, ce qui est politiquement inenvisageable.

407. Malgré tout, il est sans doute réducteur de ne penser l'efficacité du travail des directions des affaires juridiques qu'au regard de la propension des services ministériels à suivre leurs analyses. Implicitement, cette manière de concevoir l'efficacité d'un service juridique repose sur l'identification de son activité à la fonction de « dire le droit », telle qu'elle est exercée par le juge. Le juge détermine le sens des règles pour les appliquer à un cas d'espèce et mettre fin à un différend par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée, tandis que le juriste interprète et agence les règles afin de défendre une position. Le juge administratif contrôle l'activité administrative. Le

¹⁰¹⁶ C. FAURE, Entretien n° 4 ; L. MARION, Entretien n° 11.

¹⁰¹⁷ Art. 4 de l'arrêté du 8 avril 2011 portant organisation de la direction des affaires juridiques, JORF du 19 avril 2011, texte n° 8. L'expertise de la direction ne se limite toutefois pas au droit international humanitaire, puisqu'elle conseille l'administration centrale dans l'ensemble des branches du droit (statut et pensions des militaires et personnels civils de la défense, marchés publics, domaine...).

¹⁰¹⁸ Sur ce sujet, v. le dossier « La judiciarisation des conflits militaires », *Inflexions*, La Documentation française, n° 15, 2010, p. 7.

juriste, dans l'administration, participe à la réalisation de la fonction administrative au moyen d'un raisonnement juridique. La direction des affaires juridiques ne se contente pas de dire au ministre et aux services ministériels ce qui est possible et ce qui ne l'est pas au regard des règles juridiques en vigueur. Elle identifie et développe des arguments juridiques afin de rendre une volonté politique réalisable. En ce sens, les directeurs des affaires juridiques insistent sur le positionnement singulier des services qu'ils dirigent : les directions des affaires juridiques ne sont pas les « censeurs intransigeants »¹⁰¹⁹ de l'administration, ce sont plutôt ses avocats.

408. Par conséquent, l'apport des directions des affaires juridiques se mesure plutôt à leur capacité à être associées à la construction de l'action ministérielle. L'exercice de l'activité de conseil juridique se conçoit d'emblée comme un travail d'alerte autant qu'un travail de proposition, consistant à offrir aux ministères des alternatives face à un problème donné. Concevoir de la sorte le travail des directions des affaires juridiques permet de changer de regard sur le rôle du droit au sein de l'administration. Les modalités actuelles d'organisation de l'expertise juridique au sein des ministères favorisent cette ambition. La spécialisation d'une direction d'administration centrale, distincte des directions opérationnelles, est une formule propre à permettre le développement d'une réflexion juridique plus approfondie, redonnant au droit sa « fonction instrumentale »¹⁰²⁰ pour l'administration. La technique juridique ne permet pas seulement de composer avec un ensemble de contraintes juridiques préexistantes. Elle oriente aussi l'action publique pour lui permettre d'être efficace. Certaines matières se révèlent propices à l'inventivité et à la créativité juridiques. L'existence des directions des affaires juridiques peut notamment être précieuse dans le cadre de la conception de dispositifs d'expérimentation normative réalisés par les ministères sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution¹⁰²¹. Ainsi la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'Écologie a été particulièrement sollicitée lors de la préparation de plusieurs expérimentations législatives¹⁰²².

¹⁰¹⁹ Selon l'expression de la directrice du ministère de la Défense, N. HERVIEU, « Entretien avec Claire Landais, directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, n° 7, 2015.

¹⁰²⁰ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 63.

¹⁰²¹ Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, l'article 37-1 de la Constitution dispose que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Le Conseil d'État a fait le bilan des initiatives en la matière en 2019 : CONSEIL D'ÉTAT, « Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ? », Rapport au Premier ministre, 2019.

¹⁰²² Il s'agit notamment de dispositifs d'expérimentation prévus par la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019, de la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire du 10 février 2022 et de la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets du 22 août 2021 (A. BRETONNEAU, « La mission juridique de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Environnement », *RDP*, n° 1, 2022, p. 19).

409. Il est des domaines dans lesquels le potentiel instrumental de l'analyse juridique se dévoile encore plus nettement. Le droit des conflits armés en est une illustration significative. En effet, de façon peut-être paradoxale, de prime abord, les responsables politiques et militaires ont particulièrement pris conscience de la dimension instrumentale du droit international humanitaire dans les limites duquel ils doivent agir. Le concept de *lawfare* tente de rendre compte de cette mobilisation stratégique¹⁰²³. Il désigne « l'utilisation du droit visant à établir, pérenniser ou renverser un rapport de force dans le but de contraindre un adversaire »¹⁰²⁴. Selon Amélie Ferey, quatre catégories d'usages stratégiques peuvent être identifiées : le *lawfare* peut consister à défendre une interprétation des règles existantes dans un sens favorable aux initiatives et objectifs militaires de l'État, à émettre de nouvelles règles au moyen d'un « lobbying juridique » mené auprès de la communauté internationale, à engager des procédures juridictionnelles contre un État, ou à contraindre les actions d'un État en l'accusant de ne pas respecter le droit international¹⁰²⁵. Le *lawfare* repose donc sur une proposition forte : le droit n'est pas seulement un moyen de faire la paix, il est aussi l'un des instruments de la guerre ou, du moins, des rivalités internationales. L'intérêt de ce concept émergent peut toutefois être discuté : il est pour le moins limité, s'il ne s'agit que de mettre en lumière la dimension stratégique de l'usage du droit par les États. Les règles juridiques ont toujours été instrumentalisées par les acteurs. Même en matière militaire, « le recours au droit répond toujours à une démarche intéressée »¹⁰²⁶. En réalité, la plus-value du concept de *lawfare* est de souligner la nécessité, pour les États, de penser leur doctrine juridique en matière de conflits armés. Cela exige des administrations militaires qu'elles consacrent les ressources utiles à l'élaboration de cette stratégie. Le développement du concept de *lawfare* et les pratiques étatiques s'entretiennent. En effet, l'idée de *lawfare* émerge d'abord aux États-Unis, au début des années 2000, pour convaincre les autorités militaires que le droit n'est pas qu'une contrainte et qu'il peut, aussi, servir des objectifs opérationnels¹⁰²⁷. Dans un contexte de médiatisation et de judiciarisation des conflits

¹⁰²³ Le terme anglais *lawfare*, contraction de *law*, le droit, et de *warfare*, la guerre, pourrait être traduit par les expressions « guerre des normes » ou « guerre du droit ». Néanmoins, la doctrine et l'administration française emploient directement le terme de *lawfare*, sans le traduire.

¹⁰²⁴ A. FERÉY, « Vers une guerre des normes ? Du *lawfare* aux opérations juridiques », *Focus stratégiques*, IFRI, n° 108, 2022, p. 11 ; v. égal., de la même auteure, « Droit de la guerre ou guerre du droit ? Réflexions françaises sur le *lawfare* », *Revue Défense nationale*, n° 806, 2018, p. 55.

¹⁰²⁵ A. FERÉY, « Vers une guerre des normes ?... », *op. cit.*, p. 11.

¹⁰²⁶ A. SCHU, « *Lawfare* : critique d'un concept défaillant », *Raisons politiques*, n° 85, 2022, p. 48.

¹⁰²⁷ Le concept de *lawfare* est d'abord développé aux États-Unis, par le colonel Charles Dunlap. Son objectif consiste alors à présenter le droit international comme un outil, utile aux armées pour maximiser leurs actions (v. C. DUNLAP, « Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts », Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Carr Center for Human Rights Policy, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, D.C., 29 novembre 2001) ; J. HERNANDEZ, « Lawfare : le droit comme continuation de la guerre par d'autres moyens », *JCP G*, 2019. 1108 ; A. ESTÈVE, « Le "lawfare" ou les usages stratégiques du droit », in B. PELOPIDAS, F. RAMEL, *Guerres et conflits armés au XXIème siècle*, Presses de Science Po, 2018, p. 201.

armés, et alors que la Cour pénale internationale est instituée, les responsables politiques et militaires deviennent sensibles à l'argument juridique. Le développement d'une réflexion juridique militaire prend alors appui sur les services juridiques des armées que les États renforcent progressivement à cette fin. Dans le même temps, les interventions militaires étatiques et les raisonnements juridiques qui les fondent sont de plus en plus analysés par les juristes, ce qui permet au concept de *lawfare* de trouver un écho doctrinal toujours plus important. C'est dans ce contexte à la fois politico-militaire et doctrinal que la direction des affaires juridiques du ministère français de la Défense a participé à une réflexion sur le *lawfare*. Lancé en 2020, il s'agit d'un projet gouvernemental, piloté par Secrétariat général pour la défense et la sécurité nationale (SGDSN)¹⁰²⁸. Le groupe de travail permanent constitué par le SGDSN conclut que le *lawfare* couvre trois principales menaces : « l'instrumentalisation par certains États de leur propre droit, qui se traduit notamment par le développement de normes extraterritoriales ; l'utilisation stratégique des normes internationales ; le risque d'exploitation par des acteurs tiers de droit interne et des engagements européens [de la France] »¹⁰²⁹. Malgré cet intérêt récent¹⁰³⁰, la pratique française demeure bien moins avancée que celle des États-Unis, de la Russie ou encore d'Israël. À ce stade, l'approche française du *lawfare* semble s'inscrire dans une logique principalement défensive. Du point de vue de la direction des affaires juridiques, le *lawfare* est surtout envisagé dans une perspective juridictionnelle¹⁰³¹. Cette approche minimale pourrait s'expliquer par la spécificité de la culture juridique française, qui relève d'une tradition juridique continentale, positiviste. Celle-ci peut apparaître plus hostile que la culture juridique anglo-saxonne, de *common law*, à une démarche dont l'objet consiste, finalement, à tordre les règles de droit international humanitaire à des fins militaires. Encore balbutiante, et loin d'être confirmée, la réflexion gouvernementale sur le *lawfare* constitue toutefois une rare occasion lors de laquelle l'État se confronte directement à la question de l'usage stratégique des analyses juridiques, et aux moyens qu'il consacre à cette fin.

410. L'existence des directions des affaires juridiques favorise une vision stratégique du droit et, se faisant, revalorise sa place dans l'exercice de la fonction administrative. Alors qu'elle était une réaction institutionnelle au déclin de la technique juridique et de sa maîtrise dans l'exercice de la fonction administrative, l'institution d'une cellule dédiée à l'expertise juridique permet finalement l'élaboration, pour le ministère, d'une pensée sur le droit qu'il applique et qu'il crée.

¹⁰²⁸ A. FERREY, « Vers une guerre des normes ? ... », *op. cit.*, p. 33.

¹⁰²⁹ SGDSN, *Rapport d'activité 2021*, p. 16.

¹⁰³⁰ « Paris cherche à se saisir du concept protéiforme de "lawfare" », *Intelligence online*, 23 septembre 2022.

¹⁰³¹ L. MARION, Entretien n° 11.

B. Défendre la position ministérielle

411. Les analyses des directions des affaires juridiques sont aussi mobilisées vers l'extérieur, pour défendre les intérêts du ministère. Elles peuvent notamment servir à soutenir la position ministérielle dans le cadre d'un arbitrage, ou attester du bien-fondé de l'action ministérielle.

412. En premier lieu, les analyses des directions des affaires juridiques servent la position du ministre dans le cadre d'arbitrages interministériels. L'action gouvernementale ne se réduit pas à la somme des activités de chaque ministère : les politiques publiques relèvent souvent des attributions de plusieurs ministres et revêtent une dimension interministérielle. Dès lors, le travail gouvernemental repose sur la coordination des activités des administrations centrales et nécessite qu'il soit procédé à des arbitrages, lorsque les positions défendues par les ministres divergent. Plusieurs espaces d'arbitrage sont ainsi institutionnalisés. Outre le Conseil des ministres hebdomadaire tenu à l'Élysée, les réunions les plus importantes sont organisées à Matignon¹⁰³², en présence de membres du cabinet du Premier ministre et du Secrétariat général du Gouvernement¹⁰³³. Les représentants des ministères peuvent aussi assister à des « réunions interservices » auxquelles les services du Premier ministre ne participent pas¹⁰³⁴. À chacune de ces occasions, l'argument juridique figure au nombre de ceux pouvant être mobilisés par les participants. Les notes des directions des affaires juridiques, ou la substance de leurs analyses, peuvent alors être produites pour tenter d'obtenir gain de cause. La Commission d'accès aux documents administratifs reconnaît d'ailleurs que la note élaborée par une direction des affaires juridiques, afin de déterminer la position du ministre et celle du Gouvernement sur des amendements à un projet de loi, « est couverte par le secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables devant l'exécutif »¹⁰³⁵.

¹⁰³² Le déroulement des réunions interministérielles n'est pas codifié juridiquement. Il répond pourtant à de nombreux usages dont la symbolique est forte ; v. not. O. SCHRAMEK, *À l'ombre de la République. Les cabinets ministériels*, Dalloz, 2006, p. 145 ; D. DULONG, P. FRANCE, J. LE MAZIER, « À quoi riment les "RIM" ? Les réunions interministérielles ou l'ordinaire du travail gouvernemental », *RFAP*, n° 171, 2019 et J. FOURNIER, *Le travail gouvernemental*, Presses de la FNSP, Dalloz, « Amphitêatre », 1987, p. 201.

¹⁰³³ Les réunions interministérielles les plus formelles sont présidées par le cabinet du Premier ministre, en présence du Secrétariat général du Gouvernement. Les décisions actées, approuvées formellement par le cabinet du Premier ministre, sont consignées dans les « bleus », c'est-à-dire les procès-verbaux des réunions établis par le SGG sur un papier de couleur bleue. En revanche, les réunions interministérielles informelles ne réunissent que les représentants des ministres et du cabinet du Premier ministre. Dans la mesure où le Secrétariat général du Gouvernement n'y assiste pas, ces réunions n'aboutissent pas à un « bleu » (A. WINSBACK, Entretien n° 19).

¹⁰³⁴ A. WINSBACK, Entretien n° 19.

¹⁰³⁵ CADA, avis, 26 mai 2016, n° 20161149. En l'espèce, le document demandé est une note de la DAJ de Bercy, préparée pour le secrétaire d'État chargé du numérique dans le cadre de la discussion parlementaire du projet de loi

413. L'analyse en droit offre de potentiels arguments rhétoriques. En effet, les responsables politiques et administratifs peuvent se montrer sensibles à la probabilité qu'un risque contentieux se réalise¹⁰³⁶. Néanmoins, selon le témoignage de participants, la valeur de l'argument juridique lors des réunions interministérielles n'atteint généralement pas celle de l'argument budgétaire¹⁰³⁷. Mais le succès d'une argumentation juridique dépend aussi de l'objet des réunions, comme du profil de ceux qui y prennent part. Les directions des affaires juridiques y assistant rarement¹⁰³⁸, la présence de l'un de leurs agents est un bon indicateur des enjeux juridiques d'un dossier. Sur une même question, les ministères peuvent d'ailleurs développer des argumentations juridiques divergentes¹⁰³⁹ devant, à leur tour, faire l'objet d'un arbitrage par le cabinet du Premier ministre, avec l'aide du Secrétariat général du Gouvernement¹⁰⁴⁰. Lorsqu'un doute persiste, une demande d'avis peut être transmise au Conseil d'État sur le fondement de l'article L.112-2 du code de justice administrative¹⁰⁴¹.

414. En second lieu, les analyses des directions des affaires juridiques peuvent être employées afin de légitimer l'action ministérielle. L'usage de l'argument juridique s'illustre singulièrement dans le cadre du contrôle parlementaire de l'activité gouvernementale¹⁰⁴². Interrogés par les assemblées, les membres du Gouvernement, comme les hauts fonctionnaires, invoquent régulièrement les notes et les suggestions des directions des affaires juridiques des ministères¹⁰⁴³. Alors que la mise en œuvre des dispositifs de contrôle s'apparente parfois à une forme de « contestation de l'exécutif »¹⁰⁴⁴, se prévaloir des analyses juridiques qui les ont guidées est un moyen de démontrer tant la légalité que l'opportunité des décisions contestées. Le droit est un argument qui compte lors de la mise en cause régulière de la responsabilité politique du Gouvernement. La logique légale rationnelle du modèle administratif est ici pleinement à l'œuvre : conforme au droit, la décision est « légitime parce que

pour une République numérique. Le principe du secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif est consacré à l'article L. 311-5 2° a) du CRPA.

¹⁰³⁶ C. DE SALINS, Entretien n° 16.

¹⁰³⁷ D. DULONG, P. FRANCE, J. LE MAZIER, « À quoi riment les “RIM” ? Les réunions interministérielles ou l'ordinaire du travail gouvernemental », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 704.

¹⁰³⁸ A. WINSBACK, Entretien n° 19.

¹⁰³⁹ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

¹⁰⁴⁰ CONSEIL D'ÉTAT, INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES, *Rapport n° 2007-M-020-01 sur la coordination du travail interministériel*, 2007, p. 15.

¹⁰⁴¹ V. *supra* §. 360.

¹⁰⁴² Art. 24 al. 1 de la Constitution.

¹⁰⁴³ V. par exemple : ASSEMBLÉE NATIONALE, Commission des affaires économiques, Compte rendu n° 14, séance du 24 octobre 2012, audition de Mme Delphine Batho, ministre de l'Écologie, du développement durable et de l'énergie ; SÉNAT, Compte rendu de la séance du 21 novembre 2017, Question n° 067, JORF du 22 novembre 2017, p. 5380.

¹⁰⁴⁴ P. NORTON, « La nature du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, n° 134, 2010, p. 17.

légal ; légal donc rationnel ; légitime puisque rationnel »¹⁰⁴⁵. Les comptes-rendus des auditions menées par la commission d'enquête parlementaire créée, en 2013, à la suite de « l'affaire Cahuzac » offrent une illustration frappante de cette pratique¹⁰⁴⁶. À la suite de la démission du ministre délégué chargé du budget, soupçonné puis condamné pour fraude fiscale, l'Assemblée nationale a recherché l'existence de dysfonctionnements au sein des services des ministères économiques et financiers, de l'Intérieur et de la Justice dans la gestion de cette affaire¹⁰⁴⁷. Le ministre de l'Économie, son directeur de cabinet et la directrice de cabinet du ministre délégué au Budget ont notamment été interrogés sur les conditions dans lesquelles leurs services ont exercé leurs activités, tandis que le ministre soupçonné demeurait en fonction. L'enjeu était d'éviter les conflits d'intérêts entre le ministre délégué au Budget et l'administration fiscale qui diligentait l'enquête dont il faisait l'objet. Le ministre de l'Économie et les directeurs de cabinet ont expliqué que la solution choisie par le ministère avait consisté à mettre en place une « muraille de Chine »¹⁰⁴⁸ : il s'agissait de contraindre le ministre soupçonné à se déporter dans tous les dossiers susceptibles de le concerner. Pour prouver son bien-fondé, ils insistent sur l'origine de cette solution suggérée par une note conjointe de la direction générale des finances publiques et de la direction des affaires juridiques. L'expérience de cette dernière est également évoquée, celle-ci ayant fondé sa proposition « sur des cas de conflits d'intérêts potentiels qu'elle avait eu à traiter dans le passé et qui ne concernaient d'ailleurs pas le domaine fiscal »¹⁰⁴⁹. La direction des affaires juridiques a ensuite corédigé l'instruction ministérielle mettant en place la « muraille de Chine » et organisant le travail des services¹⁰⁵⁰. Ainsi, dans cette affaire, l'état-major de Bercy a directement justifié ses décisions, prises le contexte sensible d'une situation de crise administrative et politique, en invoquant les propositions et l'intervention de la direction des affaires juridiques.

*

415. Les consultations sont le principal vecteur par lequel les directions assurent la sécurité

¹⁰⁴⁵ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁴⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 1408 fait au nom de la commission d'enquête relative aux éventuels dysfonctionnements dans l'action du Gouvernement et des services de l'État, notamment ceux des ministères de l'économie et des finances, de l'intérieur et de la justice, entre le 4 décembre 2012 et le 2 avril 2013, dans la gestion d'une affaire qui a conduit à la démission d'un membre du Gouvernement*, 2013.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁴⁸ Nouvelle illustration d'un emprunt du langage administratif au vocable privé et économique, l'expression « muraille de Chine » provient du secteur bancaire. Elle désigne les procédures destinées à prévenir la circulation indue d'informations confidentielles lorsqu'une situation présente des risques de conflits d'intérêts.

¹⁰⁴⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 1408* précité, audition d'Amélie Verdier, directrice de cabinet du ministre délégué au budget, p. 174.

¹⁰⁵⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 1408* précité, audition de Remy Rioux, directeur de cabinet du ministre de l'Économie et des Finances, p. 193.

juridique de l'action administrative. Leurs analyses ne consistent pas uniquement à avertir les ministres et les services des risques contentieux potentiels d'une initiative. Les directions des affaires juridiques n'envisagent pas leur rôle comme celui d'un censeur interne de l'administration. Au contraire, elles tentent de proposer des solutions pour construire et fonder des décisions ministérielles et elles mènent parfois des réflexions prospectives afin de penser, à terme, l'action juridique de l'État. La contribution des directions des affaires juridiques à la légalité de l'action ministérielle se mesure aussi à l'aune de l'ensemble des initiatives qu'elles prennent afin de recréer un « réflexe juridique »¹⁰⁵¹ chez les administrateurs.

SECTION 2. LA DIFFUSION DU DROIT

416. Restaurer un réflexe juridique et valoriser la place du droit dans la réalisation de l'action ministérielle est une entreprise ambitieuse qui ne saurait reposer sur la seule action des directions. Elle exige un changement de culture administrative et politique plus radical, se traduisant en particulier par la revalorisation de l'enseignement du droit dans la formation initiale et continue des agents publics. S'il est toujours possible d'espérer une telle évolution, cette voie n'est pas celle qu'emprunte aujourd'hui l'administration d'État. Au contraire, à l'occasion de l'inauguration de l'Institut national du service public en janvier 2021¹⁰⁵², le Premier ministre affirme même qu'il « faut faire un poil reculer la prédominance du droit et de l'économie au profit du management, des sciences humaines et sociales et de la psychologie »¹⁰⁵³ et ajoute que les futurs administrateurs devront d'abord gérer « la psychologie de la nation, l'acceptabilité »¹⁰⁵⁴ des politiques publiques¹⁰⁵⁵.

417. Dans ce contexte, les directions des affaires juridiques s'engagent spontanément dans une

¹⁰⁵¹ SÉNAT, *Rapport n° 400 de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques*, présenté par H. Haenel, 1992, p. 178.

¹⁰⁵² L'Institut national du service public remplace l'École nationale d'administration depuis le 1^{er} janvier 2020 (A. TAILLEFANT, « La mise en place de l'Institut national du service public, *RFDA*, 2022, p. 735).

¹⁰⁵³ J. CASTEX, *Discours d'inauguration de l'Institut national du service public*, prononcé le 28 janvier 2021, disponible en ligne.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ Tel qu'il est résumé par le Premier ministre, le renouvellement du savoir administratif poursuivi par la création de l'Institut national du service public s'inscrit dans la continuité des précédents projets de refonte de l'École nationale d'administration. Ainsi, la réforme de 2016 a espéré faire de l'ENA une « école supérieure de management public » (selon l'expression de sa directrice d'alors Nathalie Loiseau, citée par ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 3809 de la mission d'évaluation et de contrôle sur la formation continue et la gestion des carrières dans la haute fonction publique*, présenté par J. Launay et M. Zumkeller, 2016, p. 31). La revalorisation des enseignements juridiques est alors nullement recherchée. À cet égard, seul un rapport 2014 propose un projet alternatif et insiste sur le besoin « d'une formation juridique de haut niveau pour tous les élèves sortant de l'ENA » (A. TEYSSIER, E. FERRI et al., *L'encadrement supérieur et dirigeant de l'État*, 2014).

mission de diffusion du droit auprès des ministères. Cependant, cette activité nouvelle reste d'une importance bien moindre que celle de conseil juridique qui constitue le cœur de leur fonction. Malgré tout, des initiatives, même timides, sont menées par les directions selon les ressources dont elles disposent. Elles confortent l'hypothèse, exposée au début de cette recherche, selon laquelle les directions des affaires juridiques peuvent être l'instrument d'une revalorisation de la place du droit dans la culture administrative. Par leur mission de diffusion du droit, les directions partagent l'information juridique (I.) et concourent à l'amélioration des connaissances juridiques des administrateurs (II.).

I. L'INFORMATION JURIDIQUE

418. À la différence de la consultation, qui a pour but d'obtenir une analyse, en droit, d'une question donnée, l'information juridique ne présente, en principe, qu'un caractère documentaire. Elle consiste simplement à renseigner sur l'état du droit. Les directions des affaires juridiques participent assurément à l'information juridique des ministères en présentant spontanément, hors du cadre de la consultation, le droit positif. Les canaux de cette information sont multiples : les directions diffusent le droit par la préparation de veilles juridiques, la rédaction de guides, la publication d'articles dans des revues spécialisées ou encore l'envoi périodique des lettres d'actualités. Parmi toutes les initiatives, l'information juridique réservée aux ministères peut être distinguée de celle diffusée plus largement et rendue accessible au public. Il est en effet remarquable que l'information juridique assurée par les directions dépasse désormais le cadre ministériel. Dans une conception classique de la fonction d'expertise juridique ministérielle, celle-ci s'exerce pour les ministères : l'information juridique est un levier, parmi d'autres, pour assurer, sur le long cours, la sécurité juridique de l'action ministérielle. Les publications d'information juridique n'ont donc vocation qu'à être diffusées en interne. Le partage, même sporadique, de l'information juridique au public par les directions est alors tout à fait original. Il signale, peut-être, la poursuite de nouveaux objectifs. Par leur action, les directions des affaires juridiques viseraient aussi à améliorer la connaissance du droit par les administrés, à renforcer la lisibilité de la législation et à assurer l'acceptabilité de l'action administrative.

419. Les directions publient d'abord régulièrement des veilles juridiques (A.). Elles élaborent ensuite, dans des cas plus rares, une documentation de portée générale destinée à rendre le droit positif plus accessible (B.). Enfin, lors de leurs prises de parole publiques, les directeurs des affaires juridiques réalisent implicitement une stratégie de justification de l'activité juridique ministérielle (C.).

A. La publication de veilles juridiques

420. Les directions des affaires juridiques participent spontanément à la diffusion de l'information juridique en prenant l'initiative de préparer et de partager des veilles juridiques. Leur position au sein des ministères favorise ces initiatives. Contrairement aux directions sectorielles, qui connaissent et mobilisent chacune leur propre réglementation, les directions juridiques disposent d'une vue d'ensemble des évolutions du droit positif. Dans le cadre de leur double fonction de conseil et de gestion des dossiers contentieux, elles relèvent les évolutions juridiques textuelles ou jurisprudentielles intéressant l'activité des services ministériels. Les directions sont alors les plus à même d'assurer, pour les ministères, la veille juridique indispensable à l'information des services.

421. Les expériences ministérielles donnent à voir des usages contrastés des publications administratives d'information juridique. Ces publications peuvent être distinguées selon leur audience et leur contenu. Certaines lettres d'actualité juridique, comme celle élaborée par le service des affaires juridiques et internationales du ministère de la Culture, sont réservées aux agents du ministère et ne sont diffusées qu'en interne¹⁰⁵⁶. Leur lectorat est parfois plus ciblé encore : la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense adresse périodiquement, aux conseillers juridiques en opération du ministère, un bulletin relatif au droit international humanitaire. À l'inverse, ces publications sont parfois mises en ligne pour être diffusées au plus grand nombre. La *Lettre d'information juridique* de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur est désormais, deux fois par mois, sur le site internet du ministère¹⁰⁵⁷. Cette lettre reprend d'ailleurs systématiquement, dans l'une de ses rubriques, certaines consultations que la direction a pu donner dans les derniers mois afin de leur donner une audience plus large¹⁰⁵⁸. De même, la *Lettre de la DAJ* des ministères économiques et financiers est accessible au public depuis sa création en 2007. Cette publication, qui est la plus suivie de toutes celles rédigées par les directions juridiques, ne se borne pas à l'actualité juridique des ministères économiques et financiers. Elle présente l'actualité juridique d'autres institutions publiques et confie chacun de ses

¹⁰⁵⁶ Y. FAURE, Entretien n° 5.

¹⁰⁵⁷ La *Lettre d'information juridique* est publiée par la direction des affaires juridiques depuis 1996. Elle prend la suite d'une précédente publication, réservée aux agents du ministère et intitulée « Organe de liaison des responsables juridiques et contentieux ». Sa commercialisation jusqu'en 2014 a notamment conduit le juge administratif à s'interroger sur les conditions auxquelles cette publication pouvait bénéficier du régime fiscal et des tarifs postaux préférentiels applicables aux « journaux et écrits périodiques présentant un lien direct avec l'actualité », CE, 30 juin 2010, n° 319041, *Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*.

¹⁰⁵⁸ Par exemple, la *Lettre d'information juridique* n° 226 de juillet 2023 reproduit, entre autres, une note de la DAJ du 26 avril 2023 relative au régime juridique de l'éméritat, ainsi qu'une note de la DAJ du 31 mars 2023 relative aux mesures susceptibles d'être prises face à des étudiants en état d'ébriété dans un établissement d'enseignement supérieur.

éditoriaux à une personnalité de l'administration pour un libre propos. Lorsqu'elles sont accessibles au public, les lettres d'information juridique sont un moyen, pour la direction, de faire connaître son activité et de conforter sa place en tant qu'expert juridique de référence au sein du ministère. Ainsi, la *Lettre de la DAJ* de Bercy fait partie intégrante de son identité et sert son rayonnement au sein des administrations centrales.

422. La fonction des lettres d'actualité juridique évolue : il s'agit parfois moins de transmettre l'information en droit que de faire connaître le travail de la direction juridique et, ce faisant, de justifier sa place au sein du ministère. Les usages numériques facilitent les initiatives et les formats des publications se diversifient grâce à l'usage des réseaux sociaux qui offrent un nouveau support « d'information et de promotion de l'action publique »¹⁰⁵⁹. Des comptes sur *X* (anciennement *Twitter*) et *Facebook* sont créés pour chaque ministère afin de faire connaître leurs actions, tandis qu'une charte des réseaux sociaux de l'État, élaborée par le service d'information du Gouvernement, expose aux agents les règles et les principes à suivre dans l'utilisation de ces nouvelles plateformes¹⁰⁶⁰. Contrairement à certains services, agences ou directions ministérielles¹⁰⁶¹, aucune direction des affaires juridiques ne dispose, à ce jour, d'un compte *Twitter* ou *Facebook*. En revanche, les directions des affaires juridiques des ministères sociaux, de Bercy et du ministère de l'Intérieur ont désormais une page *LinkedIn*. Cette plateforme étant spécialisée dans la mise en relation professionnelle, les directions y ont d'abord recherché un outil de gestion des ressources humaines pour relayer leurs offres d'emploi. Toutefois les directions des affaires juridiques de Bercy et des ministères sociaux y publient aussi des actualités juridiques. Elles relaient notamment l'entrée en vigueur de nouveaux textes juridiques. La direction des affaires juridiques des ministères sociaux considère cette page comme le « vecteur principal de diffusion de l'information juridique vers l'extérieur » et le « relais privilégié de l'actualité de la direction »¹⁰⁶². L'utilisation des réseaux sociaux semble favoriser l'accès du plus grand nombre à l'information juridique diffusée par les directions. Toutefois les réseaux sociaux privilégient l'immédiateté et les informations publiées par chaque utilisateur sont noyées dans le flux des publications. Ce mode de communication peut donc être pertinent pour diffuser l'information juridique « vers l'extérieur » et s'adresser aux administrés, mais il ne saurait se substituer aux canaux plus classiques de diffusion de l'actualité juridique au sein des

¹⁰⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, Étude annuelle 2022, EDCE, n° 73, La Documentation française, 2022, p. 159.

¹⁰⁶⁰ La charte est disponible en ligne : <https://www.gouvernement.fr/charte/charte-reseaux-sociaux/introduction>.

¹⁰⁶¹ Les exemples sont nombreux. Peuvent notamment être cités le Secrétariat général de l'administration du ministère de la Défense, la Direction générale de l'aviation civile ou la Direction générale du Trésor.

¹⁰⁶² DAJ des ministères sociaux, *Rapport d'actualité* 2021, p. 36. En octobre 2023, la page *LinkedIn* de la direction est suivie par 2 042 abonnés.

ministères que sont les bulletins et les lettres périodiques.

423. En principe, une veille juridique qui se borner à résumer l'actualité législative, réglementaire ou jurisprudentielle dans les domaines d'intervention du ministère ne saurait être regardée comme faisant grief. La jurisprudence *GISTI* exige, en effet, que le document de portée générale soit susceptible d'avoir des effets notables sur les tiers. La plupart du temps, une simple veille n'aura pas de tels effets. Mais ces veilles comportent parfois des contenus allant au-delà de simples résumés d'actualités, comme l'attestent les consultations publiées dans les *Lettres d'information juridiques* de la direction juridique des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur. En outre, même lorsque les contenus des lettres d'information paraissent se limiter à un résumé d'actualités juridiques, ils pourraient, dans certains cas, être regardés comme faisant grief. Dans un arrêt du 13 octobre 2023, le Conseil d'État a ainsi tiré les conséquences de l'annulation d'une ordonnance en prononçant l'annulation, par voie de conséquence, des documents administratifs publiés qui en reprenaient la teneur. Parmi ces documents figurait une lettre d'information juridique de la direction des affaires juridiques de Bercy, dont l'une des rubriques résumait le contenu de l'ordonnance litigieuse¹⁰⁶³. Cette annulation par voie de conséquence implique implicitement, mais nécessairement, que la lettre en question était regardée comme ayant des effets notables sur les tiers et faisait donc grief. Par construction, le juge ne peut en effet annuler un acte ne faisant pas grief. Reste que cette annulation contentieuse n'a pas conduit, à ce jour, au retrait de la publication de la lettre sur le site internet des ministères économiques et financiers.

424. La diversification des canaux de diffusion de l'information juridique révèle le renouvellement des objectifs poursuivis par les directions. «Le message, c'est le médium»¹⁰⁶⁴ : leur usage des réseaux sociaux atteste que la publication en ligne d'une veille juridique est autant le moyen de diffuser le droit qu'un instrument en puissance de leur rayonnement dans le champ juridique.

B. L'élaboration d'une documentation juridique de portée générale

425. La mission de diffusion du droit confiée aux directions des affaires juridiques par les textes réglementaires aurait pu les conduire à élaborer, de façon régulière, une documentation de portée générale servant de référence juridique à l'administration. Rien ne fait obstacle à ce qu'elles soient

¹⁰⁶³ CE, 13 octobre 2023, n° 441663, *Union fédérale des consommateurs*.

¹⁰⁶⁴ M. McLuhan, *Pour comprendre les médias : les prolongements technologiques de l'homme*, 1964, trad. Seuil, « Points », 1968, p. 25.

ponctuellement sollicitées pour préparer des notes, des guides ou tout autre document de portée général dont l'objet est de présenter une réglementation, en l'interprétant le cas échéant. Ainsi, la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères s'est attelée à la rédaction d'un « Guide de bonnes pratiques en matière de négociation et de conclusion des engagements internationaux de la France »¹⁰⁶⁵. Diffusé auprès des ministères, le document est « destiné à rappeler les principes de base relatifs à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, explicités notamment dans la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997, et à l'élaboration des autres catégories d'engagements internationaux de la France »¹⁰⁶⁶. Son but est autant d'explicitier la circulaire de 1997, organisant le dispositif gouvernemental d'élaboration des traités et accords internationaux, que de rappeler le rôle de la direction des affaires juridiques du Quai d'Orsay dans ce processus. Toutefois, ce guide reste un cas relativement isolé. De façon générale, l'élaboration d'une documentation de portée générale par les directions des affaires juridiques est exceptionnelle.

426. Plusieurs raisons expliquent la rareté de cette pratique. La première tient au fait que la confection de tels documents relève en principe des directions sectorielles qui ont préparé la réglementation à interpréter. L'organisation interne des ministères suit en cela une distribution logique du travail ministériel : l'interprétation des règles posées prolonge la fonction de réglementation confiée aux directions d'administration centrale. La seconde raison résulte de l'insuffisance des ressources que les directions pourraient consacrer à une telle activité, dans la mesure où elles connaissent déjà un risque réel d'engorgement, tant dans leur activité consultative que contentieuse¹⁰⁶⁷. L'élaboration de documents de portée générale ne relevant pas du noyau dur de leurs attributions, elle n'est donc pas regardée comme une priorité. Enfin, les directions n'ont pas toujours intérêt à figer leur interprétation du droit positif, au risque de se retrouver liées par celle-ci auprès des services, voire démenties par le juge.

427. Dans un tel contexte, les directions des affaires juridiques de Bercy et de la Défense se démarquent en ayant mis en ligne des guides juridiques. L'élaboration de ces documents de portée générale résulte des spécificités de leurs champs d'intervention.

428. Dans le prolongement de ses attributions en la matière, la direction des affaires juridiques de

¹⁰⁶⁵ S. BARBIER, Entretien n° 2.

¹⁰⁶⁶ DAJ du ministère des Affaires étrangères, *Guide de bonnes pratiques en matière de négociation et de conclusion des engagements internationaux de la France*, 2020, communiqué par la direction.

¹⁰⁶⁷ V. *supra* §. 388.

Bercy est la principale productrice de la doctrine administrative de la commande publique¹⁰⁶⁸ : elle expose l'interprétation des dispositions du droit de la commande publique nécessaires à leur application par les acteurs¹⁰⁶⁹. Sa doctrine est diffusée sur le site internet de la direction, par l'intermédiaire de plusieurs types de documents (« vade-mecum », guides, fiches techniques, formulaires de « questions/réponses »). Du point de vue contentieux, il ne fait aucun doute que cette documentation entre dans le champ d'application de la jurisprudence *GISTI* du 12 juin 2020¹⁰⁷⁰. Quel que soit l'intitulé que leur donne la direction, ces documents expliquent aux acheteurs publics la manière dont ils doivent appliquer les règles de la commande publique. Les positions de la direction en la matière sont d'ailleurs recherchées par les praticiens, et considérées comme faisant autorité. La documentation générale qu'elle produit est donc susceptible de produire des effets notables, ou d'influer de « manière significative » sur leurs comportements des administrés. Le juge admet alors de les contrôler¹⁰⁷¹.

429. Circonscrite principalement au droit de la commande publique, la pratique de la direction confirme la répartition du travail précédemment décrite : la direction en charge de l'élaboration d'une réglementation en est la première interprète au sein de l'administration d'État. Par ailleurs, tout incite la direction à faire preuve d'activisme en la matière et rendre le droit de la commande publique plus accessible. Les enjeux économiques sont importants, la commande publique représentant près de 8 % du PIB, et la réglementation de plus en plus complexe de la commande publique doit être comprise par des acheteurs publics, notamment locaux, qui ne disposent pas toujours des compétences juridiques pour l'interpréter.

430. Dans un tout autre domaine, la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense a, elle aussi, assuré la rédaction et la publication d'un guide juridique. Le *Manuel de droit des opérations militaires* a paru en 2022¹⁰⁷². Il vise à exposer « la synthèse des principales règles régissant l'emploi de la force par les forces armées tout en mettant l'accent sur les enjeux juridiques actuels, tels que

¹⁰⁶⁸ D. DI FRANCESCO, *La doctrine administrative de la commande publique*, thèse, Université Paris II, 2018. Elle assume toutefois ce rôle avec la Mission d'appui au financement des infrastructures (décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures, JORF du 29 avril 2016, texte n° 18).

¹⁰⁶⁹ Le sens de ces interprétations est parfois contesté : SÉNAT, Question écrite n° 21411, JO du Sénat, 21 avril 2016, p. 1640, Réponse du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique, JO du Sénat, 9 juin 2016, p. 2559.

¹⁰⁷⁰ CE, Sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*, Rec. p. 192 ; v. *supra* §. 354.

¹⁰⁷¹ Le juge adapte toutefois son contrôle en tenant compte « de la nature et des caractéristiques » du document, « ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane ». Le recours doit être accueilli notamment si le document « fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en œuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure » (CE, Sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI* précité).

¹⁰⁷² DAJ, ÉTAT-MAJOR DES ARMÉES, *Manuel de droit des opérations militaires*, 2022, disponible en ligne.

les fondements du recours à la force armée par les États dans les relations internationales, la qualification des conflits armés, les principes régissant la conduite des hostilités, ainsi que les enjeux opérationnels »¹⁰⁷³. La position de la direction des affaires juridiques au sein du ministère explique qu'elle ait naturellement pris la responsabilité de superviser ce manuel, en lien avec l'État-major des Armées. Elle est à la fois la seule direction normative du ministère et la référente en matière de droit des conflits armés¹⁰⁷⁴. Toutefois, le guide aurait pu rester un document interne, destiné aux militaires et, en particulier, aux conseillers juridiques en opération dont la direction assure la formation¹⁰⁷⁵. À l'exception des chercheurs en droit international humanitaire, auprès desquels la direction a d'ailleurs largement communiqué, le manuel n'intéresse pas le grand public comme peut le faire, par exemple, la documentation élaborée par Bercy. La décision de le rendre public, en le publiant sur le site internet du ministère, peut donc se comprendre comme la manifestation d'une stratégie d'influence, menée par la France, sur le droit international humanitaire. La direction des affaires juridiques annonce à demi-mots cette ambition en indiquant, lors de l'introduction du manuel, que celui-ci « reflète les positions de la France en matière d'application et d'interprétation du droit international »¹⁰⁷⁶. Dès lors, sa publication s'inscrit dans le cadre de la politique juridique extérieure de la France.

C. L'explicitation de la stratégie juridique du Gouvernement

431. Les directions des affaires juridiques des ministères participent encore à la diffusion du droit lorsque le directeur, ou l'un de ses agents, s'exprime publiquement, dans un cadre médiatique ou scientifique. Le but premier de ces interventions est de présenter la direction des affaires juridiques et son travail. Les interviews¹⁰⁷⁷, les articles¹⁰⁷⁸ ou les communications à une manifestation

¹⁰⁷³ C. FAURE, « Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur le droit des opérations militaires », *AJDA*, 2023, p. 990.

¹⁰⁷⁴ Art. 4 de l'arrêté du 8 avril 2011 portant organisation de la direction des affaires juridiques, *JORF* du 19 avril 2011, texte n° 8.

¹⁰⁷⁵ V. *infra*, §. 441.

¹⁰⁷⁶ C. FAURE, *op. cit.*, p. 990.

¹⁰⁷⁷ C. BERGEAL, « Le traitement des problèmes juridiques au ministère de la Défense », *Droit administratif*, 2006, n° 11, entretien n° 1 ; « La direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la Recherche. Entretien avec Thierry-Xavier Girardot, directeur », *Droit administratif*, n° 4, 2001, entretien n° 1 ; N. HERVIEU, « Entretien avec Claire Landais, directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense », et « Entretien avec François Alabrune, directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères », *Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015

¹⁰⁷⁸ C. FAURE, *op. cit.*, p. 990 ; E. BELLARD, « La direction juridique du ministère des Affaires étrangères », *D.*, 2007, p. 1256 ; A. BRETONNEAU, « La mission juridique de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Environnement », *RDP*, 2022, p. 19.

scientifique¹⁰⁷⁹ permettent d'abord d'ouvrir l'administration au public et de dévoiler, dans une mesure encore très limitée, les coulisses de l'exercice de l'État.

432. De telles prises de paroles conduisent aussi les directeurs des affaires juridiques, juristes de l'administration d'État, à s'exprimer, en qualité, sur certaines des questions juridiques et contentieuses qu'ils ont examinées. Ils sont alors les porte-paroles ministériels de la stratégie juridique du Gouvernement. Les exemples sont nombreux. Ainsi, en 2004, le directeur des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur s'est exprimé sur le principe de laïcité à l'école, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse¹⁰⁸⁰. Plus récemment, la directrice juridique du ministère de la Défense a évoqué les opérations militaires de la France au Mali et en République centrafricaine¹⁰⁸¹, tandis que celle de Bercy a accompagné l'entrée en vigueur du nouveau code de la commande publique d'une tribune¹⁰⁸². Le directeur des affaires juridiques des ministères sociaux a aussi régulièrement commenté la production normative de la crise sanitaire¹⁰⁸³.

433. Cette fonction de porte-parole est encore plus flagrante dans le domaine des relations internationales, le directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères s'exprimant régulièrement. Sa position reste cependant délicate puisque, sur la scène internationale, les États sont susceptibles d'être engagés par les déclarations publiques de leurs agents. Aussi le directeur des affaires juridiques précise, presque systématiquement, qu'il n'exprime que son point de vue personnel et que ses propos n'engagent pas l'État français¹⁰⁸⁴. Malgré cet avertissement compréhensible, il paraît malaisé de ne voir dans ces interventions que des opinions personnelles du directeur, en faisant abstraction des analyses juridiques du ministère élaborées par ses services. Ainsi, lorsque le directeur rédige une contribution relative au cadre juridique des frappes françaises

¹⁰⁷⁹ Les directions elles-mêmes se plaisent à organiser des conférences et des colloques pour célébrer leurs anniversaires. Peuvent ainsi être mentionnés les deux colloques organisés pour les dix et les vingt ans de la direction des affaires juridiques de Bercy (« Quel avenir pour les directions des affaires juridiques ? », colloque organisé le 11 février 2009 et « Les directions des affaires juridiques entre tradition et modernité. Les 20 ans de la DAJ », colloque organisé le 11 décembre 2018), ainsi que la journée d'étude célébrant les 300 ans de la fonction de juriconsulte du ministère des Affaires étrangères (« Droit et diplomatie », colloque organisé le 29 septembre 2022).

¹⁰⁸⁰ « La direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. Entretien avec Thierry-Xavier Girardot, directeur », *Droit administratif*, n° 4, 2001, entretien 1.

¹⁰⁸¹ N. HERVIEU, « Entretien avec Claire Landais, directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, n° 7, 2015.

¹⁰⁸² L. BÉDIER, « Une boîte à outils organisée selon la vie du contrat », *AJDA*, 2018, p. 2364.

¹⁰⁸³ C. TOUBOUL, « « La crise sanitaire a révélé l'intérêt d'une plus forte centralisation de la fonction juridique », 3 questions à Charles Touboul, directeur des affaires juridiques des ministères sociaux (DAJMS) », *JCP G*, 2021, p. 606 ; « La quantité de normes a été contrainte durant la crise sanitaire », *Gazette des communes*, n° 2645, 2022, p. 48 et « La catastrophe sanitaire a-t-elle engendré une catastrophe normative ? », *JCP G*, 2021, Supplément au n° 3, p. 54.

¹⁰⁸⁴ V. par ex., F. ALABRUNE, « Les frontières de la France », *Pouvoirs*, n° 165, 2018, p. 51.

en Syrie¹⁰⁸⁵, il s'efforce de fonder juridiquement l'action militaire française et, ce faisant, de la justifier.

434. L'activité de diffusion du droit prise en charge par les directions des affaires juridiques dépasse la seule information juridique. Elle se traduit aussi par l'organisation d'une formation juridique destinée aux agents des ministères.

II. LA FORMATION JURIDIQUE

435. L'administrateur n'est pas toujours un juriste, mais il doit disposer d'une culture juridique minimale, c'est-à-dire « de connaissances, d'une méthode, d'un état d'esprit »¹⁰⁸⁶ lui permettant de mobiliser la technique juridique. À cette fin, les directions des affaires juridiques organisent spontanément une offre de formation (A.). La direction des affaires juridiques de la Défense constitue, à nouveau, un cas particulier puisqu'elle est directement intégrée au processus ministériel de formation et de certification des conseillers juridiques chargés de donner des avis aux états-majors militaires (B.).

A. Une nécessité : la participation des directions des affaires juridiques à la formation juridique

436. L'amélioration de la formation juridique des administrateurs est à la fois une nécessité et un objectif pour l'administration d'État. Les directions des affaires juridiques sont associées à cet objectif à travers la mission de diffusion des connaissances juridiques qui leur est confiée. Il s'agit de trouver, au sein de l'administration, les ressources utiles pour assurer une formation minimale des administrateurs au droit. Le renforcement institutionnel de l'expertise juridique devient ainsi l'un des instruments de la revalorisation du droit dans la culture administrative.

437. Les directions des affaires juridiques se sont emparées de ce rôle. Elles organisent fréquemment des formations au droit et à la légistique pour les agents des ministères. Les pratiques varient suivant les administrations et les époques : les formations peuvent être organisées en ligne ou dans les murs de l'administration, elles peuvent être dispensées par les agents de la direction

¹⁰⁸⁵ F. ALABRUNE, « Le cadre juridique des actions militaires menées par la France en Syrie le 14 avril 2018 », *Revue générale de droit international*, t. 122, 2018, p. 545 ; v. égal. du même auteur, « Fondements juridiques de l'intervention militaire française contre Daech en Irak et en Syrie », *RGDIP*, vol. 120, 2016, p. 41.

¹⁰⁸⁶ J. RIVERO, « Formation juridique et fonction administrative », *RDP*, 1948, p. 558.

juridique ou par des intervenants extérieurs, dont des membres du Conseil d'État¹⁰⁸⁷, elles peuvent avoir lieu sous la forme de petit déjeuner, de conférence ou de séminaires¹⁰⁸⁸. En somme, les directions bénéficient d'une grande liberté d'initiative qui ne semble bornée que par les moyens matériels et humains dont elles disposent.

438. Le développement des activités de formations est un souhait partagé par les directeurs des affaires juridiques qui souvent regrettent de ne pas être en mesure d'en organiser davantage. Bien que la diffusion des connaissances juridiques relève de leurs attributions, la formation des administrateurs ne fait pas partie du « cœur de métier » des directions. L'essentiel de leur activité demeure le conseil et le contentieux. L'augmentation du nombre de formations nécessiterait plus d'agents disponibles pour les concevoir et les dispenser. Or les directions juridiques indiquent déjà être en sous-effectifs pour leurs activités principales de consultation juridique et de traitement des contentieux. Outre ces contraintes d'effectifs réelles, la fonction de formation des directions juridiques gagnerait à faire l'objet d'une réflexion stratégique, menée dans chaque ministère avec le concours des directions des ressources humaines, afin d'identifier le niveau de connaissances juridiques des agents et leurs besoins de formation.

439. L'organisation de formations par les directions juridiques présente de nombreux intérêts. En premier lieu, on peut raisonnablement supposer que ces formations sont nécessaires et utiles aux agents, qu'elles participent à améliorer leurs connaissances en droit et qu'elles permettent de développer chez eux un réflexe juridique. Elles peuvent d'ailleurs utilement se combiner aux publications d'information juridique élaborées par les directions. En second lieu, ces formations peuvent être le moyen de faciliter le travail des directions des affaires juridiques. Elles fluidifient, indirectement, leurs relations avec les services ministériels. Chaque formation crée l'occasion d'un échange entre les juristes de la direction et les agents qu'elle conseille. Elle permet des retours d'expérience qui peuvent contribuer à améliorer les conditions dans lesquelles s'exerce le conseil juridique.

440. Bien que moins stratégique pour les directions des affaires juridiques que leur fonction de conseil et de contentieux, le développement de leur activité de formation est donc bénéfique pour l'ensemble des services du ministère. Il doit pour cela être réalisé dans le cadre d'une réflexion ministérielle coordonnée faisant le bilan des besoins des agents et des capacités de la direction

¹⁰⁸⁷ DAJ des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, *Bilan d'activité 2017*, p. 76.

¹⁰⁸⁸ O. FUCHS, Entretien n° 6 ; C. TOUBOUL, Entretien n° 17 ; DAJ des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, *Bilan d'activité 2017*, p. 76.

juridique.

B. Une obligation conventionnelle : la formation et de la certification des conseillers juridiques en opération

441. La direction des affaires juridiques du ministère de la Défense assure la formation et la certification « des conseillers juridiques en opération »¹⁰⁸⁹. Ces conseillers, que le jargon militaire désigne également sous le diminutif de « LEGAD », pour *legal adviser*¹⁰⁹⁰, sont des officiers militaires formés au droit international humanitaire et habilités à donner des avis juridiques aux commandements militaires¹⁰⁹¹. Leur présence sur le terrain, lors des opérations extérieures, est exigée par les règles du droit international humanitaire applicables aux conflits armés¹⁰⁹². Selon l'article 82 du Premier protocole additionnel aux Conventions de Genève :

« Les Hautes Parties contractantes en tout temps, et les Parties au conflit en période de conflit armé, veilleront à ce que des conseillers juridiques soient disponibles, lorsqu'il y aura lieu, pour conseiller les commandants militaires, à l'échelon approprié, quant à l'application des Conventions et du présent Protocole et quant à l'enseignement approprié à dispenser aux forces armées à ce sujet »¹⁰⁹³.

442. Les États ont donc l'obligation d'adopter « toute réglementation appropriée pour que des conseillers juridiques soient à la disposition des forces armées »¹⁰⁹⁴. Ils peuvent toutefois choisir l'échelon de commandement auquel ces conseillers seront placés¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁹ Instruction n° 15795/ARM/SGA/DAJ/DIE relative à la gestion des conseillers juridiques opérationnels du 27 septembre 2021, BOAM n° 77 du 8 octobre 2021, texte n° 2.

¹⁰⁹⁰ Commission d'enrichissement de la langue française, « Vocabulaire de la défense », *BO Enseignement supérieur, recherche et innovation*, 14 janvier 2021, NOR : CTNR2033237K, p. 4.

¹⁰⁹¹ J. MARIONNEAU, « Le conseiller juridique : une aide à la décision », *Inflexions*, 2010, n° 15, p. 91-99 ; J. CARIO, « Le conseiller juridique en opération, le chef militaire et le droit des conflits armés », in J. GRIGNON (dir.), *Hommage à Jean Pictet par le Concours de droit international humanitaire Jean-Pictet*, Schulthess, p. 580.

¹⁰⁹² Le droit des conflits armés résulte principalement des Conventions de La Haye, consacrées aux droits et devoirs des belligérants, ainsi que des Conventions de Genève de 1949 et de leurs trois protocoles additionnels, dédiés à la protection des personnes.

¹⁰⁹³ Selon cette disposition, la mission des conseillers juridiques est double et varie en temps de paix et lors d'un conflit armé. Dans ce dernier cas, le conseiller juridique doit veiller au respect du droit international humanitaire posé par les Conventions de Genève et les trois protocoles additionnels. En temps de paix, les conseillers juridiques sont chargés d'une mission d'enseignement et de transmission du droit international humanitaire. Leur présence fait ainsi écho à l'article 6 du Premier Protocole additionnel, relatif aux « personnels qualifiés », qui impose aux États, en temps de paix, « de former un personnel qualifié en vue de faciliter l'application des Conventions ».

¹⁰⁹⁴ « Article 82 » in C. PILLOUD, Y. SANDOZ (dir.), *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge, 1986, §. 3340.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, §. 3345.

443. Le texte conventionnel a laissé aux États une liberté presque totale afin de constituer leur « vivier »¹⁰⁹⁶ de conseillers juridiques¹⁰⁹⁷. Néanmoins, ils sont tenus de s'assurer de leurs connaissances en droit international humanitaire et d'organiser leur formation régulière¹⁰⁹⁸. La plupart des administrations militaires organisent celle-ci grâce à leur département juridique¹⁰⁹⁹. Au Royaume-Uni, par exemple, la formation juridique des militaires est assurée par les services juridiques de chacun des trois corps de l'armée anglaise¹¹⁰⁰. En France, l'institution de la direction des affaires juridiques en 1999 a permis d'organiser de façon plus systématique la procédure ministérielle de formation des conseillers juridiques¹¹⁰¹.

444. La formation et la certification des conseillers juridiques en opération sont réalisées sous l'autorité de l'État-major des armées. La direction des affaires juridiques, principal expert juridique du ministère et responsable de la diffusion du droit international humanitaire, est associée à toutes les étapes de ce processus. L'étendue de son rôle est actuellement précisée par une instruction ministérielle du 27 septembre 2021¹¹⁰². La direction intervient tout d'abord au stade de l'élaboration du programme de formation. Le bureau des conflits armés¹¹⁰³ est représenté au sein du comité de pilotage de la formation des conseillers juridiques, compétent pour définir le contenu et le déroulement de la formation¹¹⁰⁴. Certains enseignements sont ensuite directement dispensés par des agents du bureau des conflits armés. Ils enseignent plus particulièrement dans le cadre du second niveau de la formation, plus poussé, aboutissant à la certification en tant que LEGAD des élèves¹¹⁰⁵. La direction des affaires juridiques veille ensuite à la formation continue des conseillers juridiques. Depuis 2021, elle rédige un bulletin d'actualité en droit humanitaire à leur intention.

¹⁰⁹⁶ Le ministère de la Défense utilise cette expression pour désigner « l'ensemble des officiers formés au droit des opérations militaires et qualifiés pour assurer le conseil juridique en opération » (Instruction relative à la gestion des conseillers juridiques opérationnels du 27 septembre 2021, BOAM n° 77 du 8 octobre 2021, texte n° 2).

¹⁰⁹⁷ CICR, *Commentaires du Premier Protocole additionnel*; G.I.A.D. DRAPER, « Le rôle des conseillers juridiques auprès des forces armées », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1978, p. 6.

¹⁰⁹⁸ Ce qui n'est pas sans générer de potentielles inégalités entre les États selon les ressources dont ils disposent pour mettre en place cette formation. Ce risque est d'ailleurs relevé dès l'entrée en application de l'article 82 du Premier protocole (G.I.A.D. DRAPER, *op. cit.*, p. 12).

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ D. TURNS, « Some reflections on teaching the law of armed conflict in national and multinational contexts: a view from the United Kingdom », *Israel Defense Forces Law Review*, n° 3, 2007, p. 26.

¹¹⁰¹ L. MARION, Entretien n° 11.

¹¹⁰² Instruction n° 15795/ARM/SGA/DAJ/DIE relative à la gestion des conseillers juridiques opérationnels du 27 septembre 2021, BOAM n° 77 du 8 octobre 2021, texte n° 2.

¹¹⁰³ Arrêté du 8 avril 2011 portant organisation de la direction des affaires juridiques, JORF du 19 avril 2011, texte n° 8.

¹¹⁰⁴ Ce programme se compose d'un plan annuel de formation et d'un plan semestriel de mise en formation.

¹¹⁰⁵ Les enseignements de niveau I, qui permettent aux militaires qui en ont bénéficié de « dispenser des instructions juridiques générales en droit international humanitaire et de participer à un exercice comme conseiller juridique », sont articulés autour du cours annuel de droit international humanitaire de l'Institut international de droit humanitaire de San Remo.

Enfin, certains agents de la direction des affaires juridiques disposent eux-mêmes de la certification LEGAD et peuvent être « projetés » lors d'opérations¹¹⁰⁶.

445. La formation et la certification des conseillers juridiques en opération livrent ainsi l'exemple le plus abouti d'intégration d'une direction des affaires juridiques au processus de diffusion et de transmission des connaissances juridiques. La reconnaissance particulière du rôle clé de la direction résulte des exigences du droit international humanitaire et du besoin impérieux d'assurer la conformité des opérations militaires au droit. Cependant, de façon générale, les initiatives prises par les directions des affaires juridiques en matière de formation juridique attestent d'un paradoxe. En dépit du discours sur le besoin de renforcer la formation juridique des administrateurs, les réformes de la fonction publique n'ont pas procédé à la revalorisation des enseignements juridiques dans les écoles administratives.

*

446. Bien que l'ensemble des initiatives puissent être développées et généralisées, une tendance se dessine : depuis leur création, les directions des affaires juridiques se sont progressivement engagées dans une entreprise de diffusion du droit. Toutefois, celle-ci demeure contrainte par les ressources limitées des directions et la priorité logiquement donnée à leurs activités consultatives et contentieuses.

447. La diffusion du droit par les directions des affaires juridiques est précieuse afin de renforcer la place du droit dans la culture administrative. À cet égard, elle est avant tout pensée pour les administrateurs, afin d'améliorer, sur le long cours, leur connaissance du droit et leur maîtrise de la technique juridique. La sécurité juridique de l'action ministérielle est donc bien le premier objectif de ces initiatives. Dans le même temps, les actions réalisées par les directions participent à renforcer leur visibilité au sein de l'appareil administratif d'État et la légitimité de leur action. En étant tournée vers l'extérieur du ministère, la diffusion du droit illustre l'évolution générale de l'administration d'État qui s'engage à rendre plus accessible le droit, faute de réussir à le rendre moins complexe.

¹¹⁰⁶ N. HERVIEU, « Entretien avec Claire Landais, Directrice des affaires juridiques du Ministère de la Défense », *La Revue des droits de l'Homme*, n° 7, 2015, p. 3.

Conclusion du chapitre

448. Pour être pleinement intégrées à l'action ministérielle, les directions des affaires juridiques doivent être effectivement associées au processus de travail ministériel. Il faut pour cela que leur position de référent juridique du ministère soit reconnue. Sur ce point, chaque configuration ministérielle est unique, mais les directions des affaires juridiques parviennent progressivement à établir leur autorité. Elles gagnent peu à peu la faculté de superviser le recours, par les ministères, aux expertises juridiques extérieures, en maîtrisant la saisine d'avocats et en marginalisant la consultation informelle de membres du Conseil d'État. Leurs analyses sont demandées et peuvent être mobilisées à des fins stratégiques par le ministre. Preuve, s'il en fallait, de la propension des services à solliciter leur expertise, les directions sont parfois conduites à filtrer les demandes de consultation qui leur parviennent.

449. La signification du nombre croissant de saisines par les services ministériels est ambivalente. D'un côté, il atteste du bien fondé d'instituer une direction des affaires juridiques, puisqu'il confirmerait qu'il existe un réel besoin de conseil juridique au sein des ministères. De l'autre, il met en évidence les limites d'un modèle dans lequel le renforcement de l'expertise juridique ne s'est pas accompagné d'une revalorisation de la formation juridique des administrateurs. En effet, des connaissances juridiques de base apparaissent nécessaires pour que les administrateurs puissent disposer d'une certaine autonomie dans le traitement des questions juridiques qui naissent de leur activité quotidienne. À défaut, les directions courraient le risque d'être saturées par les demandes de consultation juridique et l'activité des services risquerait, en conséquence, d'être ralentie dans l'attente des analyses juridiques demandées.

450. Plus que jamais la diffusion du droit par les directions des affaires juridiques s'avère indispensable au développement de réflexes juridiques chez les administrateurs. Ainsi, les formations, les guides, les veilles juridiques participent à la constitution d'un premier niveau de compétence juridique de base dans les directions sectorielles. Les directions des affaires juridiques ne pouvant qu'apporter une expertise de second niveau. Mais à nouveau, la diffusion du droit dans les bureaux est encore considérée comme secondaire, exercée en marge d'une activité principale de conseil. Pourtant son bon exercice dépend des moyens et du temps qui lui sont alloués par les ministères.

Chapitre 2

La défense des intérêts de l'État devant les juridictions

451. Les missions des directions des affaires juridiques en matière de contentieux s'apparentent à celles de l'avocat. Elles réalisent les actes nécessaires à l'assistance et à la représentation des ministres, rédigent et signent les mémoires, et font des observations orales ou des plaidoiries à l'audience. De plus, les directions des affaires juridiques, à l'instar des avocats, élaborent pour chaque litige une stratégie contentieuse qui consiste à choisir les méthodes, les arguments et les moyens nécessaires afin de gagner le litige ou, à tout le moins, de bien le perdre. Le contentieux, pour l'administration, représente un risque à plusieurs égards. D'une part, la perte d'un procès peut engendrer un coût financier important¹¹⁰⁷. D'autre part, la condamnation de l'administration emporte un risque de réputation ; elle fragilise le gouvernement et met en doute, dans l'opinion, l'action publique¹¹⁰⁸.

452. L'administration du contentieux consiste tout à la fois à traiter isolément chaque litige, en élaborant la stratégie contentieuse adaptée, et à gérer les contentieux ministériels selon une perspective d'ensemble, en définissant une politique contentieuse. Dans cette perspective, l'étude de la gestion des contentieux administratifs (**Section 1**) doit être distinguée de celle des contentieux judiciaires et internationaux (**Section 2**).

SECTION 1. LA GESTION DES CONTENTIEUX ADMINISTRATIFS

453. Chaque direction des affaires juridiques ministérielles est compétente pour représenter le

¹¹⁰⁷ V. *supra* §. 325 ; le risque budgétaire a notamment été souligné dans un rapport de l'Assemblée nationale de 2018. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information n° 1310, relatif à la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État*, 17 octobre 2018, p. 72.

¹¹⁰⁸ La condamnation de l'État pour inaction climatique en 2021 en offre un bon exemple (TA Paris, 14 octobre 2021, n° 1904967, *Oxfam France et autres*).

ministre sous l'autorité duquel elle est placée. Disposant d'une vue d'ensemble des contentieux ministériels (I.), les directions sont en mesure d'élaborer une politique contentieuse pour les ministères (II.). Les conditions dans lesquelles elles représentent l'État devant les juridictions confortent par ailleurs la position exceptionnelle de celui-ci en tant que partie au procès administratif (III.).

I. LA COMPÉTENCE DES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES

454. Les textes réglementaires d'organisation des administrations centrales ont recours à une terminologie vague, puisqu'ils se contentent de confier aux directions des affaires juridiques la gestion des contentieux impliquant le ministère. Le terme de « contentieux » est un terme générique qui renvoie, dans le langage courant, aux litiges portés devant un juge. Cette réduction de la notion de contentieux aux contentieux juridictionnels fonde l'étude du « contentieux administratif » en tant que discipline et ensemble de règles relatives au procès administratif¹¹⁰⁹. Toutefois, le contentieux ne se limite pas à celui dont le juge est saisi. Il « désigne tout d'abord la “matière contentieuse” en elle-même »¹¹¹⁰, c'est-à-dire « l'ensemble des litiges générés par l'action ou l'inaction des personnes publiques ou des personnes privées qui leur sont associées »¹¹¹¹. La notion de contentieux ne se limite donc nullement aux contentieux juridictionnels. L'activité ministérielle est susceptible de créer une multitude de situations contentieuses dont la résolution peut être obtenue auprès du juge, mais aussi auprès du ministre en tant qu'autorité administrative et supérieur hiérarchique. L'étude de la répartition du travail administratif au quotidien montre toutefois que les attributions des directions des affaires juridiques sont réduites à une conception juridictionnelle du contentieux. Elles ne sont jamais chargées de l'instruction des recours administratifs et interviennent, tout au plus, à titre subsidiaire afin de conseiller juridiquement les services compétents (A.). Les directions des affaires juridiques ne sont en charge que de contentieux que l'on pourrait qualifier de « consolidés », parce que la phase précontentieuse a échoué et que le juge est saisi (B.).

A. L'incompétence des directions des affaires juridiques en matière de recours administratifs

455. L'instruction des recours administratifs adressés aux ministres appartient aux autorités

¹¹⁰⁹ V., par exemple, C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ-Lextenso, « Manuel », 11^e édition, 2023, §. 1.

¹¹¹⁰ F. BLANCO, *Contentieux administratif*, PUF, « Thémis », 2019, §. 1.

¹¹¹¹ *Ibid.*

désignées par les textes, lorsqu'il s'agit de recours administratifs préalables obligatoires, ou aux services ministériels dans les attributions desquels entrent les décisions administratives contestées. Néanmoins, les services instructeurs conservent la possibilité de solliciter la direction des affaires juridiques du ministère au sujet des difficultés qu'ils rencontreraient. La direction est alors saisie selon les modalités propres à chaque ministère et livre une consultation juridique. Ainsi, elle n'intervient qu'à titre subsidiaire, lorsque les services instructeurs souhaitent s'attacher ses lumières.

456. Cette répartition des rôles est, de prime abord, bien établie. Elle est la conséquence logique de la place des directions des affaires juridiques dans le travail ministériel : les directions assistent et accompagnent les services chargés de la conception et de l'animation des politiques publiques, sans les remplacer. L'autorité administrative saisie d'un recours administratif, gracieux ou hiérarchique, substitue sa décision à la décision administrative initiale ; elle exerce une fonction purement administrative. Elle apprécie tant la légalité que l'opportunité de la décision contestée. L'expertise juridique seule, domaine par excellence de la direction des affaires juridiques, n'est donc pas suffisante pour apprécier le bien-fondé du recours. Par ailleurs, s'agissant d'un recours gracieux, par lequel il est demandé à l'autorité administrative à l'origine de l'acte de le réexaminer, le transfert de l'instruction à la direction des affaires juridiques serait de nature à neutraliser les effets du nouvel examen. En effet, bien que signé par la même autorité administrative, ou en son nom¹¹¹², la décision prise à la suite du recours gracieux ne serait plus le fruit d'un nouvel examen par les services décisionnaires, mais celui d'un contre-examen réalisé de la direction des affaires juridiques. On peut imaginer les difficultés qu'une telle répartition des rôles engendrerait dans la vie des bureaux. L'intervention de la direction des affaires juridiques pourrait être perçue, par les services à l'origine de la décision contestée, comme une intrusion dans leur travail, comme une mise en cause de la qualité de leurs décisions et, plus fondamentalement, comme une ingérence dans la réalisation de leur fonction administrative. La situation de la direction des affaires juridiques ne serait pas plus simple puisqu'elle pourrait hésiter à revenir sur le travail réalisé par d'autres services. Pour ces raisons, tenant à la nature du travail d'instruction des recours administratifs, la direction des affaires juridiques est tenue hors de son champ.

457. Toutefois, l'ambition d'améliorer les conditions d'examen des recours administratifs pourrait conduire à associer davantage les directions des affaires juridiques ministérielles. Alors que « le bon fonctionnement des recours administratifs dépend beaucoup de la manière dont ils sont traités par

¹¹¹² Lorsque le service instructeur dispose d'une délégation de signature du ministre. Le décret du 27 juillet 2005 organise les modalités selon lesquelles les ministres peuvent déléguer leur signature, v. *infra* §. 488.

l'administration »¹¹¹³, il lui est souvent reproché de n'accorder qu'un intérêt limité et une attention superficielle aux réclamations qui lui sont adressées. Lorsqu'elle ne se contente pas de garder le silence, pour faire automatiquement naître une décision de rejet¹¹¹⁴, l'administration se borne souvent à reprendre, telle quelle, la décision qu'elle a initialement adoptée. Le manque de temps et de moyens humains explique le faible engagement de l'administration lors de l'examen des recours administratifs. Mais l'insuffisante formation au droit des agents des services instructeurs peut aussi être évoquée¹¹¹⁵. Peu familiers de la technique juridique, les agents se limiteraient à un examen superficiel des recours, concentré sur des considérations de fait et d'opportunité¹¹¹⁶. Or, si l'étude d'un recours administratif ne repose pas uniquement sur le strict examen de la conformité juridique de la décision, une telle analyse demeure indispensable. Les recours administratifs ne sont pas seulement les canaux d'un dialogue et d'une négociation entre l'administré et l'administration. Ils offrent aussi aux autorités administratives l'occasion d'assurer la légalité de leur action en revenant sur les décisions illégales. De la même façon, le manque de culture juridique dans l'administration a pu être avancé comme l'un des obstacles à la généralisation des recours administratifs préalables obligatoires¹¹¹⁷. Il faudrait alors « muscler » juridiquement le processus d'instruction des recours administratifs en y associant davantage les juristes des ministères. Dans cette perspective, dès 1995, le Premier ministre demande aux membres du Gouvernement d'accorder une attention particulière aux conditions dans lesquelles leurs services examinent les réclamations qui leur sont adressées. Il les invite notamment à confier l'examen des recours à une cellule spécialisée au sein de leur administration, à laquelle doit être affecté « un personnel disposant de compétences juridiques certaines, sous la responsabilité d'un agent d'un niveau hiérarchique suffisant et qui aura reçu une délégation de signature lui permettant de prendre, dans la majorité des cas, les décisions ou les

¹¹¹³ J.-C. BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 93.

¹¹¹⁴ En application de l'article L. 231-4 2° du code des relations entre le public et l'administration, le silence gardé par l'administration pendant deux mois sur une réclamation doit être interprété comme un rejet de la demande.

¹¹¹⁵ V., not., J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996, p. 471 ; J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 93 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, « Manuel », 4^e édition, 2022, §. 1075.

¹¹¹⁶ J.-F. BRISSON, *ibid.*

¹¹¹⁷ M. FROMONT, « Les modes alternatifs de règlement des litiges : l'exemple allemand », *AJDA*, 1997, p. 59. Selon Michel Fromont « il n'est pas certain que le recours administratif préalable soit transposable en France. En effet, en Allemagne, les juristes ont le monopole des emplois supérieurs dans la fonction publique. De surcroît, ce sont des juristes ayant fait de longues études et ayant la même formation universitaire et professionnelle que les magistrats eux-mêmes. La situation est évidemment très différente en France et beaucoup de fonctionnaires français s'enorgueillissent de ne pas faire ce qu'ils appellent de façon méprisante de «juridisme». Pour l'instant, la technique allemande du recours administratif préalable ne nous semble donc pas envisageable même si, en France, le recours administratif préalable fonctionne bien dans certains secteurs, tels que celui des impôts ou de la sécurité sociale ».

mesures qu'appellent ces réclamations »¹¹¹⁸. La circulaire du Premier ministre reprend sur ce point les recommandations formulées par Jean-François Brisson dans sa thèse consacrée aux recours administratifs¹¹¹⁹. Anticipant la généralisation des directions des affaires juridiques, ces appels s'inscrivent dans le contexte des années 1990, marqué par l'identification du besoin de structurer l'expertise juridique des ministères. Reste que les directions des affaires juridiques nouvellement créées n'ont pas été associées à l'examen des recours autrement qu'à titre subsidiaire. La question du renforcement de leur rôle subsiste.

458. L'attribution de l'examen des recours administratifs aux directions des affaires juridiques ou la systématisation d'une étape de révision ne sont pas des solutions adaptées aux contraintes du travail ministériel. Comme cela a été observé, l'instruction de ces recours fait partie intégrante de la fonction administrative, et il est à la fois logique et nécessaire que les services compétents sur le fond assurent cette tâche. Il existe, par ailleurs, un obstacle d'ordre pratique : en l'état, les directions des affaires juridiques ne disposent pas de ressources humaines suffisantes pour être en mesure de concentrer l'instruction des recours administratifs dont les services du ministère ont la charge. Elles ne peuvent qu'accompagner ces services. À cette fin, elles disposent de deux canaux dont elles font déjà usage. D'une part, les directions répondent aux demandes d'avis que les services instructeurs leur adressent afin de s'assurer de la conformité juridique de leur réponse. Il importe que les services instructeurs prennent la peine de solliciter la direction juridique au moindre doute et qu'une réponse leur soit apportée rapidement pour respecter le délai d'instruction¹¹²⁰. D'autre part, les directions des affaires juridiques ont vocation, à travers leur mission de « diffusion du droit et des connaissances juridiques »¹¹²¹, à améliorer les compétences des agents.

459. Dans la mesure où l'examen des recours administratifs est une composante à part entière de la fonction administrative, seuls les recours juridictionnels entrent dans le champ des attributions des directions des affaires juridiques ministérielles.

¹¹¹⁸ Circulaire du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, JORF du 15 février 1995.

¹¹¹⁹ Jean-Philippe Brisson suggère notamment que les services juridiques des administrations soient revalorisés afin qu'ils puissent être systématiquement associés à l'instruction des recours administratifs (J. -F. BRISSON, *op. cit.*, p. 473).

¹¹²⁰ Dès lors qu'après deux mois l'administration est réputée avoir rejetée la demande en vertu de l'article L. 231-4 2° du code des relations entre le public et l'administration.

¹¹²¹ V. *supra* §. 416.

B. La compétence en matière de recours juridictionnels

460. La création des directions des affaires juridiques a tenté, en renforçant les services contentieux de l'État, d'améliorer sa défense devant les juridictions. Elle a conduit au repositionnement institutionnel des services contentieux au sein des administrations centrales : les services ou les bureaux préexistants, organisés de façon très inégale au sein des directions consacrées aux politiques publiques, ont été absorbés par les nouvelles directions. Par conséquent, le principe est celui de la centralisation du traitement des contentieux au sein d'une direction ministérielle unique : les directions des affaires juridiques ont « vocation à traiter l'ensemble du contentieux du ministère »¹¹²². Considérée comme le gage d'un traitement homogène des litiges, la généralité du champ de compétences des directions des affaires juridiques favoriserait la mise en œuvre d'une politique contentieuse efficace au niveau ministériel. Cette ambition n'est contredite ni par le mouvement de déconcentration des contentieux ministériels (1.) ni par la compétence du Secrétariat général du Gouvernement pour défendre les décrets, les ordonnances et les lois devant le juge (2.).

1/ La déconcentration des contentieux

461. Plusieurs contentieux ministériels échappent aux directions des affaires juridiques. En premier lieu, certaines directions d'administration centrale ont conservé la gestion des litiges relevant de leur domaine de compétences. Par exemple, la direction générale de l'aviation civile, placée sous l'autorité du ministre chargé de l'Écologie, traite du contentieux relatif au personnel de l'aviation civile¹¹²³. De même, et de façon plus systématique, les directions d'administration centrale de Bercy traitent chacune leur contentieux, la direction des affaires juridiques n'ayant qu'une compétence résiduelle. Ces exceptions se justifient souvent par le caractère technique des matières sur lesquelles portent les contentieux, ainsi que par l'expertise particulière et reconnue dont dispose la direction qui en a la charge. Cette dernière comprend d'ailleurs généralement une cellule juridique chargée de préparer la défense du ministère¹¹²⁴. Dans ces cas, la défense de l'État est encore préparée par les services centraux des ministères, et les directions des affaires juridiques participent

¹¹²² T. -X. GIRARDOT, *Rapport de préfiguration de la direction des affaires juridiques aux ministres*, Ministère de l'Écologie, du développement et de l'aménagement durables, 2008, p. 9.

¹¹²³ Art. 6 du décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale des ministères chargés de la transition écologique, de la cohésion des territoires et de la mer, JORF du 10 juillet 2008, texte n° 3.

¹¹²⁴ Le secrétariat général de la direction générale de l'aviation civile comprend, par exemple, une sous-direction des affaires juridiques, elle-même composée d'un bureau du contentieux.

à la définition de la politique contentieuse correspondante en répondant aux éventuelles demandes de consultation.

462. En second lieu, le spectre des litiges traités par les directions des affaires juridiques est inévitablement limité par la dynamique de déconcentration du contentieux à l'œuvre depuis la fin des années 1980. Les directions des affaires juridiques sont en effet chargées du traitement des contentieux pour lesquels les ministres représentent l'État, mais ce dernier est de plus en plus souvent défendu, en première instance et en appel, par une autorité administrative déconcentrée. La déconcentration du contentieux est alors le prolongement de la déconcentration fonctionnelle puisqu'elle assure une continuité logique entre l'autorité qui prend la décision et celle qui la défend. À cet égard, la déconcentration est présentée comme un moyen « de simplifier les relations entre l'administration et le citoyen et de permettre à celui-ci d'identifier d'emblée l'autorité de l'État avec laquelle il est susceptible d'entrer en différend »¹¹²⁵. Il s'agit aussi d'une technique d'organisation du travail au sein d'un ministère, dans la mesure où la déconcentration permet de répartir les dossiers entre les services centraux et les services déconcentrés. Depuis le décret du 23 décembre 1987, la déconcentration de contentieux de première instance s'opère principalement au niveau préfectoral¹¹²⁶. Sur le fondement de l'article R. 431-10 du code de justice administrative, les préfets et les préfets de région sont en principe compétents pour représenter l'État en défense « lorsque le litige, quelle que soit sa nature, est né de l'activité des administrations civiles de l'État dans le département ou la région ». Les dossiers sont alors pris en charge par les services juridiques des préfetures. La déconcentration se réalise aussi au profit d'une multitude de services administratifs territoriaux, selon l'architecture de l'appareil administratif déconcentré de chaque ministère. Aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, par exemple, les recteurs de régions académiques¹¹²⁷, les recteurs d'académie¹¹²⁸ et, depuis 2019, les chefs d'établissements de

¹¹²⁵ Circulaire du 23 septembre 1987 relative à la déconcentration du contentieux administratif, JORF du 29 septembre 1987, p. 11329.

¹¹²⁶ Décret n° 87-782 du 23 septembre 1987 modifiant certaines dispositions du code des tribunaux administratifs, JORF du 29 septembre 1987, p. 11327 ; Circulaire du 23 septembre 1987 relative à la déconcentration du contentieux administratif, JORF du 29 septembre 1987, p. 11329.

¹¹²⁷ Les recteurs de régions académiques assurent la défense des décisions qu'ils ont prises, ou prises par leurs agents, devant les tribunaux administratifs (art. D. 222-24-8 du code de l'éducation).

¹¹²⁸ Les recteurs d'académie défendent devant le tribunal administratif les décisions qu'ils ont prises et celles prises par leurs agents (D. 222-35 du code de l'éducation). Par exception au monopole de l'agent judiciaire de l'État, les recteurs d'académie assurent aussi la défense de l'État devant le juge judiciaire dans le cadre des actions en responsabilité intentées à son encontre sur le fondement de l'article L. 911-4 du code de l'éducation relatif à la responsabilité des membres de l'enseignement public. Depuis le 1^{er} septembre 2019, ils défendent aussi les décisions du ministre prises en matière de gestion du personnel et sous leur proposition conforme. Les recteurs d'académie représentent le ministère en appel pour l'ensemble de ces litiges (art. R. 811-10-4 du code de justice administrative).

l'enseignement supérieur¹¹²⁹ se défendent eux-mêmes en première instance et, dans des cas plus limités, en appel. De même, depuis 2009, le contentieux du ministère de la Défense est pour partie déconcentré aux services locaux du contentieux qui relèvent du service du commissariat des armées¹¹³⁰. Ces services disposent notamment d'une compétence de principe pour assurer la défense du ministère devant les tribunaux administratifs, dans le cadre des recours formés contre des décisions individuelles concernant le personnel civil et militaire du ministère, à l'exception de celles relatives à la protection fonctionnelle¹¹³¹.

463. Bien qu'elle réduise le nombre de litiges pour lesquels les directions des affaires juridiques assurent directement la défense de l'État, la déconcentration du contentieux n'est pas un obstacle à la définition d'une politique contentieuse pour le ministère. Les directions des affaires juridiques définissent et animent cette politique en accompagnant et en orientant les services déconcentrés. Tout d'abord, les directions des affaires juridiques assistent les services déconcentrés dans la gestion des litiges. La déconcentration du contentieux ayant déplacé l'enjeu de l'expertise juridique ministérielle du niveau central au niveau local, la défense de l'État exige que les services déconcentrés qui en ont la charge disposent d'agents suffisamment formés au droit¹¹³². Or, les compétences juridiques des services déconcentrés sont régulièrement jugées insatisfaisantes¹¹³³. Il appartient alors aux directions des affaires juridiques, qui exercent une fonction d'expertise juridique à l'égard des services centraux et des services déconcentrés des ministères, de veiller autant que possible à la mise en œuvre de la technique juridique dans le cadre de la gestion des contentieux ministériels, même lorsque celle-ci a été déconcentrée. Les services déconcentrés disposent donc classiquement de la possibilité d'interroger la direction des affaires juridiques du ministère sur les

¹¹²⁹ Décret n° 2019-892 du 27 août 2019 relatif aux compétences des présidents des universités et des présidents et directeurs des autres établissements publics d'enseignement supérieur pour assurer la défense de l'État dans les litiges relatifs aux décisions prises en son nom, JORF du 28 août 2019, texte n° 8. Ces chefs d'établissement sont désormais compétents pour défendre devant les tribunaux administratifs (art. R. 951-1-1 du code de l'éducation) et les cours administratives d'appel (art. R. 811-10-5 du code de justice administrative) les actes qu'ils ont pris sur délégation du ministre en matière de gestion du personnel de l'enseignement supérieur. Cette dernière étape de déconcentration du contentieux s'avère presque tardive au regard de la déconcentration fonctionnelle qui existait, de longue date, en matière de gestion du personnel. Elle a tout cas permis de désengorger pour partie les services de la direction des affaires juridiques (DAJ), « Bilan de l'activité contentieuse de l'année 2021 », *Lettre d'information juridique*, Hors-série, septembre 2021).

¹¹³⁰ Arrêté du 23 décembre 2009 fixant les compétences du service du commissariat des armées en matière de règlement des dommages causés ou subis par le ministère de la défense, de défense de ce ministère devant les tribunaux administratifs et de protection juridique de ses agents militaires et civils, JORF du 30 décembre 2009, texte n° 41.

¹¹³¹ Art. 4 de l'arrêté du 23 décembre 2009 précité.

¹¹³² La circulaire du 23 septembre 1987 relative à la déconcentration du contentieux administratif avertissait déjà que « la déconcentration du traitement des affaires contentieuses est soumise à trois exigences qui doivent être satisfaites dans les meilleurs délais : affecter des agents ayant une solide formation juridique au traitement des affaires contentieuses, contribuer à l'amélioration de leur formation et organiser des circuits fiables et rapide d'information réciproque entre services centraux et déconcentrés ».

¹¹³³ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13 ; O. FUCHS, Entretien n° 6.

difficultés qu'ils rencontreraient. De façon plus ambitieuse, les directions des affaires juridiques ont également développé des canaux privilégiés afin d'assister plus étroitement les services déconcentrés dans la gestion des litiges, pour définir la stratégie contentieuse et pour rédiger les mémoires. Cette assistance s'opère par l'intermédiaire de pôles ou de référents juridiques qui assurent un relais entre la direction des affaires juridiques centrale et les services déconcentrés locaux. Ainsi, au ministère de l'Agriculture, les services déconcentrés sont accompagnés par dix « conseillers juridiques interrégionaux » qui relèvent hiérarchiquement de la direction des affaires juridiques et sont déployés au sein des directions régionales du ministère¹¹³⁴. Ces conseillers peuvent, à la demande d'un préfet, d'un directeur de service déconcentré ou même à l'initiative directe de la direction des affaires juridiques, « représenter les services de l'État aux audiences juridictionnelles ou aux réunions d'expertise »¹¹³⁵. « Ils peuvent également être associés à la relecture ou à la rédaction de projets de mémoires, notamment dans les matières dans lesquelles les contentieux administratifs sont rares ou pour lesquelles un appui technique est nécessaire »¹¹³⁶. Cette organisation de l'expertise juridique « en relais » est encore plus poussée au ministère de l'Intérieur. La direction des libertés publiques et des affaires juridiques s'est ainsi engagée dans la structuration d'une expertise juridique locale accompagnant les services préfectoraux chargés des litiges de première instance. Elle a piloté la création, en 2016, de sept « pôles d'appui juridique »¹¹³⁷ aux préfetures, répartis sur l'ensemble du territoire et spécialisés par matières¹¹³⁸. Ils interviennent à la demande expresse des services préfectoraux, pour les conseiller ou les aider dans le traitement de certains litiges complexes. Leur assistance peut consister à échanger sur la stratégie contentieuse à adopter, à relire les mémoires rédigés par les services juridiques préfectoraux, voire à prendre complètement en charge le dossier. Dans ce dernier cas, la représentation de l'État est toujours assurée par le préfet, mais la défense a été préparée par le pôle d'appui juridique¹¹³⁹. Les pôles dépendent hiérarchiquement de la préfecture dans laquelle ils sont implantés, mais ils sont fonctionnellement rattachés à la direction des libertés publiques et des affaires juridiques. La direction forme les agents des pôles et supervise leur activité grâce à des réunions

¹¹³⁴ Note de service n° SG/SAJ/2015-348 du 7 avril 2015 relative aux conseillers juridiques interrégionaux.

¹¹³⁵ Note de service n° SG/SAJ/SDDACPJC/2020-508 du 10 août 2020 relative à la déconcentration des transactions et au rôle des conseillers juridiques interrégionaux (CIJ) dans le traitement du contentieux, la conclusion des transactions et le recensement des litiges.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ T. ANDRIEU, Entretien n° 1 ; V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

¹¹³⁸ Les pôles d'appui juridique de Dijon, Orléans et Lille sont compétents en matière de police administrative ; les pôles de Marseille et de Strasbourg sont compétents en matière de concours à la force publique et de responsabilité de l'État et les pôles de Nantes et Limoges sont compétents en matière statutaire.

¹¹³⁹ GOUVERNEMENT, « En action : guide du préfet et des services déconcentrés », 2^e édition, 2022, p. 51.

hebdomadaires¹¹⁴⁰. Elle est consultée sur les questions « sensibles ou inédites »¹¹⁴¹. Ainsi, à travers les dispositifs ministériels d'assistance aux services déconcentrés dans le cadre de la gestion des contentieux, les directions des affaires juridiques constituent des « communautés de juristes » des ministères.

464. Ensuite, malgré la déconcentration des contentieux, les directions des affaires juridiques supervisent les orientations contentieuses stratégiques. Aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur, lorsque les autorités déconcentrées sont compétentes pour présenter des mémoires en appel, la décision de faire appel ou de présenter des conclusions d'appel appartient au ministre. L'appréciation de l'opportunité d'interjeter appel d'un jugement relève par suite de la direction des affaires juridiques. De la sorte, la direction assure la cohérence de la politique contentieuse des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur. De même, au ministère de la Défense, la direction des affaires juridiques précise qu'elle exerce une « tutelle fonctionnelle »¹¹⁴² sur les services locaux du contentieux et encadre leur activité au moyen d'instructions¹¹⁴³. Dans une instruction du 11 août 2017¹¹⁴⁴, la direction rappelle qu'elle « fixe les principes applicables à la défense du ministère », « coordonne, anime et contrôle l'action des services locaux du contentieux en vue d'assurer un traitement uniforme et cohérent de l'ensemble des dossiers contentieux » et « fournit une assistance juridique ». « En cas de question inédite posée par un contentieux, [la direction des affaires juridiques] transmet des directives et dans l'hypothèse d'un contentieux de série, un mémoire-type ». L'instruction ajoute que la direction « se réserve le droit d'instruire des dossiers qu'elle estime en opportunité devoir relever de ses services ou lorsqu'elle agréé une demande en ce sens d'un service gestionnaire. Tel est le cas, notamment, des contentieux comportant un enjeu financier ou médiatique majeur ». Cette instruction montre combien la direction des affaires juridiques retient sa faculté de supervision et de contrôle du traitement des contentieux de première instance du ministère.

¹¹⁴⁰ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

¹¹⁴¹ GOUVERNEMENT, « En action : guide du préfet et des services déconcentrés », *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁴² Instruction n° 1704405 du 11 août 2017 relative aux modalités de mise en œuvre de la déconcentration du contentieux administratif au sein du ministère des armées, BO du 24 août 2017, texte n° 3, p. 3.

¹¹⁴³ Art. 5 de l'arrêté du 8 avril 2011 portant organisation de la direction des affaires juridiques, JORF du 19 avril 2011.

¹¹⁴⁴ Instruction n° 1704405 du 11 août 2017 relative aux modalités de mise en œuvre de la déconcentration du contentieux administratif au sein du ministère des armées, BO du 24 août 2017, texte n° 3.

2/ La défense des actes assurée par le Secrétariat général du Gouvernement

465. La prise en charge des contentieux par les directions des affaires juridiques au niveau ministériel compose avec la défense des textes assurée, au niveau gouvernemental, par le Secrétariat général du Gouvernement.

466. Traditionnellement, le Secrétariat général du Gouvernement défend, devant le Conseil d'État, les décrets et les ordonnances¹¹⁴⁵. Cette mission est assurée avec le concours des ministères concernés, les directions des affaires juridiques assurant le relais des services du Premier ministre¹¹⁴⁶. La préparation de la défense de l'acte se déroule en deux temps. Les directions se chargent d'abord de l'élaboration et de la rédaction de la première mouture du mémoire. À cette fin, elles collectent les informations nécessaires auprès des directions sectorielles ayant participé à la préparation de l'acte contesté. Le projet de mémoire est ensuite transmis au Secrétariat général du Gouvernement qui se charge de le réviser, puis de produire le mémoire définitif devant le Conseil d'État¹¹⁴⁷. Ainsi, la méthode de travail gouvernemental retenue est fondée sur le principe d'une préparation concertée de la défense des actes devant le Conseil d'État car, même si les services du Premier ministre ont le dernier mot, les directions des affaires juridiques sont étroitement associées à l'élaboration des mémoires. Cette répartition des tâches présente deux intérêts pour le Gouvernement. Premièrement, elle permet de mobiliser l'essentiel des ressources juridiques gouvernementales dans le cadre de litiges portant sur les actes administratifs les plus importants. Elle sert donc la qualité de la défense gouvernementale. Deuxièmement, elle permet au Secrétariat général du Gouvernement de superviser les mémoires produits et, ce faisant, d'assurer la cohérence de la défense gouvernementale.

467. Malgré tout, la charge que représente la défense de l'ensemble des décrets et des ordonnances pour les effectifs – réduits – du Secrétariat général du Gouvernement a engendré une redistribution de cette activité contentieuse¹¹⁴⁸. Depuis 2022, la répartition du travail de défense des décrets est inversée. Désormais, les directions des affaires défendent elles-mêmes les décrets devant le Conseil d'État. Le Secrétariat général du Gouvernement n'intervient qu'en raison de la sensibilité ou de la

¹¹⁴⁵ Cette mission est consacrée par la circulaire du 30 mars 1998 relative aux observations du Gouvernement à l'occasion des recours formés contre des décrets (JORF du 1^{er} avril 1998). Toutefois, elle semble plus ancienne, Marceau Long y faisant notamment référence en 1981 (M. LONG, « Le Secrétaire général du Gouvernement », in *Les services du Premier ministre : conférences*, PUAM, 1981, p. 162).

¹¹⁴⁶ A. WINSBACK, Entretien n° 19.

¹¹⁴⁷ M. GUYOMAR, « Entretien avec Marc Guillaume », *Les Cahiers de la fonction publique*, n° 372, 2016, p. 25.

¹¹⁴⁸ A. WINSBACK, Entretien n° 19.

complexité particulière du litige. Ces critères sont appréciés par les directions des affaires juridiques. La transmission de la défense du décret au Secrétariat général du Gouvernement peut notamment résulter de l'importance politique de l'acte, de ses conséquences directes ou indirectes sur les citoyens, du caractère inédit des questions juridiques soulevées ou des enjeux budgétaires d'une annulation¹¹⁴⁹. Dans la pratique, les ministères tendent spontanément à consulter les chargés de mission du Secrétariat général du Gouvernement au moindre doute. Ces derniers participent également à l'identification des contentieux sensibles¹¹⁵⁰. La réorganisation de la défense des décrets n'a donc pas changé le principe d'une co-défense assurée au niveau ministériel et gouvernemental, son but étant principalement de délester les services du Secrétariat général du Gouvernement. Mais elle souligne le lien de confiance autant que la proximité existant entre les directions des affaires juridiques et la rue de Varenne. Il fallait en effet que les directions soient considérées comme suffisamment expertes pour que la défense des décrets puisse leur être réattribuée.

468. Les relations entre les directions des affaires juridiques et le Secrétariat général du Gouvernement se prolongent lors de la défense des textes déferés au Conseil constitutionnel. Même si ce choix a pu être contesté¹¹⁵¹, le Secrétariat général du Gouvernement assure en effet la défense de la loi dans le cadre des procédures de contrôle de constitutionnalité *a priori*¹¹⁵² et *a posteriori*¹¹⁵³. Les directions des affaires juridiques sont encore les correspondantes du Secrétariat général du Gouvernement. La nature de leur intervention dépend du stade de la procédure. Devant le Conseil d'État, les réponses aux questions prioritaires de constitutionnalité sont préparées par les ministères intéressés avec le concours des directions des affaires juridiques. Elles sont coordonnées par le Secrétariat général du Gouvernement¹¹⁵⁴. À l'inverse, devant le Conseil constitutionnel ce dernier « produit systématiquement des observations préparées avec le concours des ministères principalement intéressés »¹¹⁵⁵. Les directions des affaires juridiques sont alors

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ Sur ces débats, v. A. DECHAMBRE, *L'intégration des principes directeurs du procès dans le contrôle de constitutionnalité des lois : contribution à une étude processuelle de la question prioritaire de constitutionnalité*, thèse, université Paris I, 2019, §. 501 ; G. VEDEL, « Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Parrot*, Dalloz, 1996, p. 547 ; D. CONNIL, « La défense de la loi déferée au Conseil constitutionnel. Analyse d'un paradoxe », *RFDC*, n° 96, 2013, p. 813.

¹¹⁵² M. HÉRON DART, « Le Gouvernement dans la procédure de contrôle de constitutionnalité a priori », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, 2016, p. 7 ; Y. AGUILA, « Les grandes lignes de la défense de la loi par le Secrétaire général du Gouvernement », *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Actes du colloque des 27-28 septembre 1998, LGDJ, 1999, p. 101.

¹¹⁵³ E. CARTIER, « Le Secrétaire général du Gouvernement, défenseur attitré de la loi dans le cadre du contentieux de la QPC », *LPA*, 2013, n° 38, p. 4 ; T.-X. GIRARDOT, X. POTTIER, « Le gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, 2016, p. 17.

¹¹⁵⁴ T.-X. GIRARDOT, X. POTTIER, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 20.

consultées¹¹⁵⁶.

469. Le champ d'attribution des directions des affaires juridiques en matière contentieuse a été envisagé de la façon la plus étendue possible, dans la limite de la déconcentration nécessaire des litiges de première instance nés de l'activité des services déconcentrés et de la supervision stratégique du Secrétariat général du Gouvernement dans la défense des décrets, des ordonnances et des lois. Disposant d'une vue d'ensemble des contentieux ministériels, les directions sont en mesure de mettre en œuvre une politique contentieuse.

II. LA POLITIQUE CONTENTIEUSE MISE EN ŒUVRE

470. L'administration des contentieux par les directions des affaires juridiques requiert d'élaborer, pour chaque litige, la stratégie contentieuse la plus adaptée. Mais, avant même que la question de cette stratégie ne se pose, les directions des affaires juridiques adoptent des orientations générales relatives à la manière dont elles traitent les litiges. Ces orientations relèvent de la politique contentieuse propre à chaque ministère. Cette politique résulte, notamment, de la nature des contentieux, de leur nombre et de moyens de chaque administration centrale. Elle reflète, par ailleurs, certaines des consignes gouvernementales données à l'ensemble de l'administration de l'État. Tel est le cas de la tendance des directions des affaires juridiques à recourir à la transaction, à la suite de la promotion de ce procédé par le juge, le gouvernement et le législateur **(A.)**. Lorsqu'aucun règlement amiable des litiges ne peut être envisagé, le choix de recourir à un avocat fait encore partie intégrante de la politique contentieuse du ministère, définie par les directions des affaires juridiques **(B.)**.

A. La promotion du recours à la transaction

471. La politique contentieuse portée par les directions des affaires juridiques peut consister à favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends. La transaction¹¹⁵⁷, consacrée

¹¹⁵⁶ A. WINSBACK, Entretien n° 19, E. CARTIER, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁵⁷ Selon l'article 2044 du code civil : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ». Le contrat de transaction a force exécutoire et dispose de l'autorité de la chose jugée. Dès 1887, le Conseil d'État a admis que les ministres pouvaient transiger pour l'État (CE, 23 décembre 1887, *Evêque de Moulin*, n° 66833, Rec. p. 842 et CE, 17 mars 1893, *Cie du Nord, de l'Est et autres c. Ministre de la guerre*, n° 65961, Rec. p. 245). Toutefois, la transaction doit respecter l'ordre public et ne peut notamment conduire une personne publique à accorder des libéralités (CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962, Rec., p. 325 ; CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *Syndicat*

à l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration¹¹⁵⁸, étant particulièrement encouragée par les pouvoirs publics, les directions des affaires juridiques sont les relais utiles de cette promotion.

472. Depuis le rapport du Conseil d'État de 1993¹¹⁵⁹, le Premier ministre et les ministres incitent régulièrement les services ministériels à transiger¹¹⁶⁰. Les circulaires du Premier ministre soulignent les nombreux atouts d'un procédé qui « permet une gestion économe des deniers publics », « allège la charge de travail des juridictions »¹¹⁶¹ et « facilite le règlement rapide des différends »¹¹⁶². Plus récemment, la transaction est aussi promue par le législateur. D'une part, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle procède à une clarification du régime général de la transaction¹¹⁶³. D'autre part, la loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance compte, parmi ses objectifs, celui de « favoriser le recours à la transaction par les services de l'État »¹¹⁶⁴ et conduit indirectement à un renforcement du rôle des directions des affaires juridiques en la matière. La loi ajoute au sein du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) un nouvel article L. 423-2 selon lequel :

« Lorsqu'une administration de l'État souhaite transiger, le principe du recours à la transaction et le montant de celle-ci peuvent être préalablement soumis à l'avis d'un comité dont la composition est précisée par décret en Conseil d'État. L'avis du comité est obligatoire lorsque le montant en cause dépasse un seuil précisé par le même décret.

À l'exception de sa responsabilité pénale, la responsabilité personnelle du signataire de la transaction ne peut être mise en cause à raison du principe du recours à la transaction et de ses montants, lorsque celle-ci a suivi l'avis du comité ».

intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses, n° 249153, Rec. p. 433). La transaction est désormais consacrée à l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration.

¹¹⁵⁸ « Ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit ».

¹¹⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, « Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », 1993.

¹¹⁶⁰ Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, JORF du 15 février 1995, p. 2518 ; Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, JORF du 8 avril 2011, texte n° 1 ; Note du secrétariat général de la justice du 25 juin 2015 relative au recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, BO n° 2015-07 du 31 juillet 2015.

¹¹⁶¹ Circulaire du 6 février 1995 précitée.

¹¹⁶² Circulaire du 6 avril 2011 précitée.

¹¹⁶³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF du 19 novembre 2016, texte n° 1.

¹¹⁶⁴ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, JORF du 11 août 2018, texte n° 1, v. égal. l'exposé des motifs du projet de loi n° 424 pour un État au service d'une société de confiance, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 27 novembre 2017.

Les nouveaux comités ministériels de transaction sont chargés de l'examen des projets de transaction à fort enjeu financier¹¹⁶⁵, leur consultation devenant obligatoire lorsque le montant du projet dépasse 50 000 euros¹¹⁶⁶. En application de l'article R. 423-5 du CRPA, le « responsable » des affaires juridiques du ministère siège au sein du comité ministériel de transaction aux côtés du responsable des affaires financières¹¹⁶⁷.

473. La présence des directions des affaires juridiques au sein des comités ministériels de transaction doit encourager la pratique transactionnelle. En effet, le but premier des comités est de transformer la culture administrative et de rassurer les administrateurs. Ces derniers se montrent souvent rétifs à signer un contrat de transaction de crainte d'engager leur responsabilité personnelle, les transactions étant « fréquemment perçues comme induisant des risques importants, notamment sur le plan pénal »¹¹⁶⁸. Dans cette perspective, la création des comités « s'attelle à lever un des obstacles au recours à cette pratique : la responsabilité personnelle du signataire de la transaction pour le compte de l'État »¹¹⁶⁹. La transaction, conclue après l'avis favorable du comité ministériel de transaction, ne peut conduire à l'engagement de la responsabilité personnelle de l'administrateur qui l'a signée¹¹⁷⁰. Une responsabilité administrative collective, dont le ministre est comptable, se substitue à la responsabilité individuelle de l'administrateur. Au sein du comité, la direction des affaires juridiques livre sur les projets de transaction une analyse préalable. Elle apprécie et anticipe « la probabilité que l'administration encoure une sanction pécuniaire »¹¹⁷¹. La direction s'assure également du respect, par le projet de transaction, du principe général du droit d'interdiction des libéralités¹¹⁷². L'analyse juridique est complétée par une appréciation budgétaire de la viabilité du projet de transaction, relevant du responsable des affaires financières.

¹¹⁶⁵ Un comité est créé pour chaque ministère, ou pour plusieurs ministères lorsqu'ils partagent le même secrétariat général (art. R. 423-4 du code des relations entre le public et l'administration).

¹¹⁶⁶ Art. 1^{er} du décret n° 2018-1029 du 23 novembre 2018 relatif aux comités ministériels de transaction, JORF du 25 novembre 2018, texte n° 10.

¹¹⁶⁷ Le comité ministériel de transaction comprend, « outre le secrétaire général du ministère qui le préside, le responsable des affaires juridiques et le responsable des affaires financières, ou leurs représentants ». V., par exemple l'arrêté du 26 juin 2023 portant création et composition du comité ministériel de transaction unique des ministères chargés de l'éducation nationale, de la jeunesse, de l'enseignement supérieur, de la recherche et des sports, BO du 6 juillet 2023.

¹¹⁶⁸ Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, JORF du 18 septembre 2009, texte n° 27.

¹¹⁶⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n° 575 relatif au projet de loi pour un État au service d'une société de confiance*, présenté par S. Guérini, 2018, p. 217.

¹¹⁷⁰ Toutefois, l'article L. 423-2 du CRPA précise bien que cette exonération de responsabilité ne couvre pas la responsabilité pénale du signataire, ce qui limite l'ambition initiale du Gouvernement de faciliter les transactions.

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, précité.

474. Parallèlement, la participation des directions des affaires juridiques au comité ministériel de transaction étend leur rôle dans la phase parajudictionnelle de la gestion des litiges. D'une part, elle leur offre une perspective d'ensemble des initiatives des directions métiers en matière transactionnelle¹¹⁷³. D'autre part, elle crée un « verrou » interne en exigeant que la direction des affaires juridiques se prononce sur les projets de transaction les plus importants. Toutefois, avant même que les comités ne soient constitués, certaines directions des affaires juridiques étaient déjà fréquemment sollicitées pour rédiger les protocoles transactionnels les plus importants¹¹⁷⁴.

475. La pratique transactionnelle des directions des affaires juridiques ne se résume pas aux dossiers dont elles prennent connaissance au sein du comité ministériel de transaction. Il ne s'agit que des projets les plus importants d'un point de vue budgétaire. Les directions peuvent aussi, lors de contentieux dont les montants en jeu sont moindres, inciter les services du ministère à transiger en se faisant les relais ministériels de l'ambition de développer la transaction. Si cette volonté gouvernementale se heurte parfois à la spécificité de certains contentieux ministériels se prêtant mal aux procédés amiables¹¹⁷⁵, la sensibilité du directeur des affaires juridiques au sujet s'avère déterminante. La direction des affaires juridiques des ministères sociaux a ainsi annoncé mettre en œuvre une « stratégie de développement des modes de règlement amiable des litiges »¹¹⁷⁶. En 2021, deux protocoles transactionnels ont été signés en matière d'exposition à la poussière d'amiante et de protection sociale complémentaire¹¹⁷⁷. La transaction prospère à l'occasion de contentieux spécifiques et bien identifiés, en particulier en matière pécuniaire, et lorsqu'il semble certain que l'État risque de voir sa responsabilité engagée si le litige est porté devant le juge. À cet égard, les accidents de la circulation et les demandes d'indemnisation pour dysfonctionnement de la justice judiciaire se prêtent particulièrement à la transaction¹¹⁷⁸. Dans le cas du contentieux du dysfonctionnement de la justice judiciaire et, en particulier, des délais excessifs de jugement, la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Justice encourage activement le recours à la

¹¹⁷³ Ainsi, au ministère de la Défense, la réunion du comité ministériel de transaction met à la direction des affaires juridiques de prendre connaissance des initiatives transactionnelles de la direction générale de l'armement, ou encore du service des achats du ministère qui ne lui étaient pas systématiquement soumises auparavant (C. FAURE, Entretien n° 4).

¹¹⁷⁴ C. DE SALINS, Entretien n° 16.

¹¹⁷⁵ Ainsi la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur indique ne jamais transiger (V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13).

¹¹⁷⁶ C. TOUBOUL, Entretien n° 17 ; DAJ des ministères sociaux, *Bilan d'activité 2021*, p. 72.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Parlement pour l'année 2020 en exécution de l'article 22 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, p. 6.

transaction¹¹⁷⁹.

B. Le recours aux avocats

476. Bien que dispensé de l'obligation du ministère d'avocat devant les juridictions administratives¹¹⁸⁰, l'État a toujours la possibilité de recourir aux services d'un avocat pour préparer et assurer sa défense. Dépositaire d'un mandat de représentation et d'assistance, l'avocat réalise les actes de procédures nécessaires à l'instance, il rédige les mémoires et les observations présentées au nom de l'État et le représente aux audiences.

477. Les enjeux du recours aux avocats dans le cadre de procédures contentieuses sont différents de ceux relatifs aux demandes de consultations juridiques¹¹⁸¹. Le risque n'est pas de générer une concurrence sur l'expertise de la direction des affaires juridiques. Cette dernière disposant le plus souvent d'un monopole en la matière, elle est le service du ministère compétent pour choisir de recourir, ou non, à un avocat. De même, lorsque la gestion des contentieux est répartie entre les directions métiers, comme à Bercy, la direction des affaires juridiques a obtenu le monopole de la passation des marchés d'avocats¹¹⁸². Dès lors, la question de confier la défense du ministère à un avocat devient une simple question d'administration des litiges.

478. Comme en matière de consultations, les directions des affaires juridiques indiquent rarement recourir aux services d'avocats dans le cadre de procédures contentieuses. Au ministère de la Défense, par exemple, la pratique consiste à ne jamais faire appel à un avocat lors d'une instance devant les tribunaux administratifs. Devant les cours administratives d'appel et le Conseil d'État, le recours aux avocats est qualifié de rarissime, un cas par an pouvant tout au plus être mentionné¹¹⁸³. La pratique est tout aussi exceptionnelle au sein des administrations centrales des ministères de l'Agriculture¹¹⁸⁴, de l'Éducation nationale¹¹⁸⁵ et des ministères sociaux¹¹⁸⁶. Enfin, la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Justice¹¹⁸⁷ et la direction des libertés publiques et des

¹¹⁷⁹ *Ibid.* ; G. CONTREPOIS, Entretien n° 3.

¹¹⁸⁰ Art. R. 431-7, R. 431-12 al. 1^{er}, R. 432-4 al. 1^{er} et R. 811-10 du code de justice administrative.

¹¹⁸¹ V. *supra*, §. 372.

¹¹⁸² V. *supra*, §. 381.

¹¹⁸³ C. FAURE, Entretien n° 4.

¹¹⁸⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information n° 1310, relatif à la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État*, 17 octobre 2018, p. 72 ; F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

¹¹⁸⁵ G. ODINET, Entretien n° 12.

¹¹⁸⁶ C. TOUBOUL, Entretien n° 17 ; P. RANQUET, Entretien n° 15.

¹¹⁸⁷ G. CONTREPOIS, Entretien n° 3.

affaires juridiques du ministère de l'Intérieur¹¹⁸⁸ indiquent ne jamais s'adresser à des avocats. Si le ministère de l'Écologie, le ministère de la Culture et les ministères économiques et financiers y ont plus régulièrement recours¹¹⁸⁹, l'internalisation de la défense contentieuse demeure le principe, et le recours à un avocat, l'exception.

479. Les motifs invoqués par les directions des affaires juridiques sont du même ordre. Le plus souvent, le recours à un avocat est tout simplement jugé inutile, voire contre-productif. Les directions des affaires juridiques estiment tout d'abord qu'elles disposent des compétences suffisantes pour traiter les dossiers contentieux dont elles ont la charge¹¹⁹⁰. Leur organisation interne, et, en particulier, la spécialisation d'une sous-direction pour les affaires contentieuses, favorise le développement d'une expertise sur ces dossiers¹¹⁹¹. Elles sont le plus souvent confrontées à des litiges récurrents survenant dans des matières qu'elles maîtrisent, et sur lesquelles elles ont également l'occasion de travailler au titre de leur fonction de conseil. Telle qu'elle avait été pensée dans les années 1990, la double mission contentieuse et consultative des directions des affaires juridiques permet de renforcer l'expertise des agents dans ces deux domaines. L'externalisation du traitement des affaires contentieuses est ensuite jugée contre-productive et chronophage. Elle allonge le circuit de communication des informations nécessaires à l'examen du dossier, la direction des affaires juridiques devant alors se charger de collecter les informations auprès des services dans les attributions desquelles entre l'objet du litige, puis de les transmettre aux cabinets d'avocat. Par conséquent, les directions des affaires juridiques choisissent de s'adresser à un avocat dans des cas exceptionnels tenant soit à la complexité d'un dossier, soit au caractère sériel d'un contentieux.

480. Le choix de solliciter un avocat pour assurer la défense du ministre devant le juge administratif fait partie intégrante de la politique contentieuse élaborée par chaque direction des affaires juridiques. Cette option demeure rare. Les directions des affaires juridiques représentent le plus souvent l'État dans le cadre du procès administratif.

¹¹⁸⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information n° 1310*, précité, p. 72 ; V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

¹¹⁸⁹ Comme en atteste une lecture des arrêts rendus pour ces ministères.

¹¹⁹⁰ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

¹¹⁹¹ V. *supra* §. 294.

III. LES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES DANS LE PROCÈS ADMINISTRATIF

481. L'administration du contentieux par les directions des affaires juridiques n'est pas seulement vue de manière globale, comme une activité administrative dont il faudrait gérer efficacement les flux et les stocks par le biais d'orientations de politique contentieuse générales. Il incombe également aux directions des affaires juridiques, pour chaque litige, d'élaborer une stratégie contentieuse et de représenter l'État devant les juridictions. Les directions assument ainsi pour l'État une fonction comparable à celle de l'avocat (**A.**). Conséquence logique de cette assimilation, les ministères ne sauraient se prévaloir des frais engagés par leurs directions des affaires juridiques au titre des frais irrépétibles (**B.**).

A. La représentation de l'État

482. La mission de représentation de l'État devant les juridictions administratives des directions des affaires juridiques offre un nouveau fondement à la règle classique de la dispense pour l'État du ministère d'avocat (**1.**). Néanmoins, la représentation du ministre par le directeur des affaires juridiques (ou l'un de ses agents) n'est pas sans générer de difficultés lorsque ces derniers sont issus du Conseil d'État ou du corps des magistrats administratifs (**2.**).

1/ La justification renouvelée de la dispense de ministère d'avocat

483. L'un des privilèges de l'État réside dans la dispense générale du ministère d'avocat dont il bénéficie en demande, en défense et en intervention, devant les tribunaux administratifs¹¹⁹², les cours administratives d'appel¹¹⁹³ et le Conseil d'État¹¹⁹⁴. S'il a toujours la possibilité d'être représenté par un avocat, l'État n'est jamais tenu de le faire. La règle est ancienne et a été régulièrement réaffirmée par le Conseil d'État¹¹⁹⁵, par le pouvoir réglementaire, puis par le législateur¹¹⁹⁶. En

¹¹⁹² Art. R. 431-7 du code de justice administrative.

¹¹⁹³ Art. R. 431-12 al. 1^{er} lorsque la cour administrative d'appel est compétente en première instance, et R. 811-10 al. 1^{er} du code lorsqu'il s'agit d'un appel.

¹¹⁹⁴ Art. R. 432-4 al. 1^{er} du code.

¹¹⁹⁵ CE, 8 mars 1957, n° 7893, *Ministre des Travaux publics c. Consorts Gebhardt et Muller*, Rec. p. 161 : « Si les requêtes des parties devant le Conseil d'État doivent, sauf les exceptions prévues par la loi, être signées par un avocat au Conseil d'État, cette formalité n'est pas imposée dans les cas de recours formé par les Ministres ».

¹¹⁹⁶ Avant l'entrée en vigueur du code de justice administrative, la dispense de ministère d'avocat a été rappelée par le code des tribunaux administratifs, ainsi que par l'ordonnance de 1945 sur le fonctionnement du Conseil d'État.

revanche, sa justification n'est jamais explicitée ni par le juge, lorsqu'il rappelle le principe de la dispense¹¹⁹⁷, ni par la doctrine, lorsqu'elle le présente¹¹⁹⁸. La dispense d'avocat de l'État semble trouver sa cause dans la spécificité de la formation historique du contentieux administratif. Les conditions d'émergence et de développement de la juridiction administrative montrent que le procès administratif a d'abord été une procédure administrative, conduite au sein de l'administration, dans laquelle le requérant faisait valoir ses prétentions auprès du ministre. Le ministre, juge de droit commun et de première instance des litiges nés de l'activité de son administration, n'a d'abord pas eu besoin d'être représenté par un avocat, car il n'était tout simplement pas une partie au litige. Le développement progressif d'une procédure juridictionnelle devant le Conseil d'État n'a pas remis en cause le principe de la représentation de l'État par les ministres. Tout au plus a-t-il été envisagé, un temps, que le « ministère public » institué en 1831 devant le Conseil d'État, et devenu par la suite le commissaire du gouvernement assure la représentation de l'État devant le Conseil d'État. Le ministère public aurait dû être « l'œil du gouvernement »¹¹⁹⁹, chargé de « suppléer aux défenses produites par les ministres »¹²⁰⁰ devant le Conseil d'État. Tony Sauvel explique qu'il était originellement imaginé comme « le défenseur non seulement de la légalité abstraite, mais de l'État lui-même et plus encore du pouvoir exécutif »¹²⁰¹. Mais le ministère public, devenu commissaire du gouvernement puis rapporteur public, n'a pas assumé cette fonction. La règle de la représentation de l'État par les ministres est restée.

484. La présence des directions des affaires juridiques au sein des ministères offre à cette dispense une justification nouvelle, indirectement exprimée par le Conseil d'État dans la décision *Hofmann* du 21 décembre 2001¹²⁰². Rendue à l'occasion d'un recours contre certaines dispositions du nouveau code de justice administrative, cette décision a offert au Conseil d'État l'occasion de statuer sur la légalité de la dispense d'avocat de l'État et d'en donner, pour la première fois, une justification explicite. Dans cette affaire, les requérants mettent en cause tant la constitutionnalité que la conventionnalité de l'ensemble des dispositions réglementaires du code relatives à

¹¹⁹⁷ CE, 8 mars 1957, n° 7893, *Ministre des Travaux publics c. Consorts Gebhardt et Muller*, précité.

¹¹⁹⁸ Les manuels de contentieux administratif se contentent de rappeler que l'État bénéficie d'une dispense d'avocat, sans préciser les origines de la règle. V., par ex. C. BROYELLE, *op. cit.*, §. 254 ; F. BLANCO, *op. cit.*, §. 567 ; O. GOHIN, F. BLANCO, *Contentieux administratif*, LexisNexis, « Manuel », 11^e édition, 2023, §. 277.

¹¹⁹⁹ L. CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction pour notre monarchie constitutionnelle*, Hérissant Le Doux, 1818, p. 166.

¹²⁰⁰ M. MONGALVY, *Du Conseil d'État mis en harmonie avec les principes de la Charte constitutionnelle*, J. P. Roret, 1828, cité par T. SAUVEL, « Les origines des Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP*, 1949, p. 12.

¹²⁰¹ T. SAUVEL, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁰² CE, 21 décembre 2001, n° 222862, *Hofmann*, Rec., p. 652, concl. Roul, *D.*, 2002, p. 697.

l'obligation du ministère d'avocat. Ils estiment, entre autres, que la dispense absolue du ministère d'avocat au profit exclusif de l'État constitue une rupture d'égalité devant la loi, plus particulièrement devant la justice¹²⁰³, ainsi qu'une discrimination dans l'exercice du droit au procès équitable et du droit au recours effectif reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹²⁰⁴. Le Conseil d'État doit, par conséquent, établir s'il existe une différence de situation entre l'État et les autres justiciables pouvant justifier que l'État seul soit toujours dispensé du ministère d'avocat. Il décide :

« [...] la circonstance que l'État est dispensé devant les juridictions administratives du ministère d'avocat n'est contraire ni au principe d'égalité devant la loi, ni au principe d'égalité devant la justice, dès lors qu'en raison tant de sa position de défendeur dans les instances où il est mis en cause que du fait qu'il dispose de *services juridiques spécialisés*, l'État se trouve dans une situation différente de celle des autres justiciables ; que pour ces mêmes motifs, les requérants ne sauraient utilement invoquer une méconnaissance des stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui prohibent les discriminations dans la mise en œuvre des droits garantis par cette convention, au nombre desquels figure le droit à un procès équitable rappelé par son article 6-1 ainsi que le droit d'accès au juge mentionné par son article 13 ».

485. Par cette argumentation inédite, le Conseil d'État justifie, pour la fonder juridiquement, la dispense de ministère d'avocat de l'État. Il identifie deux éléments qui distingueraient l'État des autres parties aux litiges portés devant le juge administratif : sa position structurelle de défendeur à l'instance, d'une part, et les moyens dont il dispose pour assurer sa défense, d'autre part. L'État se différencierait d'abord des autres justiciables en ce qu'il se trouverait naturellement dans une position de défendeur à l'instance. Cet argument seul ne convainc pas totalement dans la mesure où le bénéfice de la dispense d'avocat n'est pas lié à la qualité de défendeur à l'instance. L'État peut être directement représenté par des autorités administratives, qu'il soit en défense, en demande ou qu'il intervienne. Ce n'est donc pas en raison de sa position de défendeur en tant que telle qu'il jouit de ce privilège, mais parce que cette position fait de l'État l'utilisateur habituel et régulier de la justice administrative devant laquelle il a vocation à être régulièrement attrait. L'État bénéficie, ensuite, de moyens bien plus importants que ceux des autres justiciables pour assurer sa défense : il dispose de « services juridiques spécialisés ». L'argumentation du juge aurait sans doute gagné à être plus explicite encore car il existe un lien, que le Conseil d'État ne formule pas directement,

¹²⁰³ Selon le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité devant la justice est « inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution » (décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, Rec. p. 22).

¹²⁰⁴ Art. 6 et 13 de la Convention.

entre les deux éléments qu'il identifie. La position régulière de défendeur à l'instance de l'État a justifié l'adaptation de son appareil administratif, afin de lui conférer les moyens d'assurer sa défense, en créant notamment des directions des affaires juridiques regroupant les services contentieux des ministères. Rendue en décembre 2001, la décision *Hofmann* intervient dans un contexte de structuration de l'expertise juridique ministérielle lors duquel les administrations centrales procèdent successivement à la réorganisation de leurs services contentieux¹²⁰⁵. L'existence de tels services, aujourd'hui absorbés par les directions des affaires juridiques, est donc l'une des raisons pour lesquels l'État n'est pas tenu de solliciter un avocat. Le Conseil d'État a, depuis, réaffirmé cette position¹²⁰⁶. Longtemps demeurée une pure évidence, rappelée au fil des époques, la dispense de ministère d'avocat de l'État bénéficie, enfin, d'une justification tenant à l'existence des services juridiques ministériels dont les missions sont semblables à celle de l'avocat.

2/ La mise en œuvre de la représentation de l'État

486. La représentation de l'État devant le juge administratif est dictée par des considérations d'opportunité administrative (**a.**) et pourrait, en raison de la composition des directions des affaires juridiques et de la nomination d'un membre du Conseil d'État à leur tête, être contrainte par le principe d'impartialité (**b.**).

a. Des modalités de représentation dictée par l'opportunité administrative

487. La représentation du ministre devant le juge administratif est partie intégrante de la mission de gestion des contentieux. Elle prolonge la stratégie contentieuse que les directions des affaires juridiques mettent en place pour chaque litige ou chaque « type » de contentieux. Corollaire de la marge de manœuvre dont elles disposent pour décider de la position du ministère sur le litige, les directions doivent être autonomes pour signer les actes de procédures nécessaires à l'instance, comme pour choisir les modalités selon lesquelles le ministre sera représenté aux audiences.

488. L'activité quotidienne des directions des affaires juridiques est facilitée par le régime très

¹²⁰⁵ V. *supra* §. 220.

¹²⁰⁶ CE, 17 décembre 2003, n° 258253, *M. F.* ; CE, 24 juillet 2009, n° 328915, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique*.

assoupli des délégations de signature ministérielles, fixé par le décret du 27 juillet 2005¹²⁰⁷. En effet, les agents placés à la tête des services ministériels bénéficient d'une délégation de signature du ministre du seul fait de leur nomination. L'article 1^{er} du décret de 2005 crée un mécanisme de délégation de signature fonctionnelle au bénéfice des secrétaires généraux, des directeurs d'administration centrale et de leurs adjoints, des sous-directeurs et des chefs de service. À compter de la publication de leur acte de nomination au Journal officiel, ces responsables peuvent signer, au nom du ministre, « l'ensemble des actes, à l'exception des décrets, relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité ». Le bénéfice de la délégation est maintenu même après le remplacement du ministre : seuls un nouvel arrêté ministériel ou la nomination d'un nouvel agent à l'un des emplois visés par le décret peuvent y mettre fin. Puisqu'il est fait référence aux « affaires des services placés sous leur autorité », le champ matériel de chaque délégation est indirectement déterminé par les textes réglementaires d'organisation des ministères, lesquels définissent les attributions de chaque service. La représentation du ministre devant les juridictions entre pleinement dans les attributions des directions des affaires juridiques, et la signature des mémoires et des observations du ministre devant une juridiction relève, à son tour, de la représentation du ministre. Le décret du 27 juillet 2005 permet au directeur des affaires juridiques¹²⁰⁸, à ses adjoints¹²⁰⁹, aux sous-directeurs¹²¹⁰ et aux chefs de service¹²¹¹ de bénéficier, sans qu'aucun autre acte que leur nomination ne soit nécessaire, d'une délégation pour signer, au nom du ministre, les mémoires et les recours. Par ailleurs, la subdélégation de signature demeure possible et permet d'augmenter le nombre des représentants potentiels. L'article 3 du décret du 27 juillet 2005 autorise en effet les secrétaires généraux et les directeurs d'administration centrale à « donner délégation pour tout acte relatif aux affaires pour lesquelles elles ont elles-mêmes reçu délégation aux magistrats, aux agents de catégorie A ou aux agents contractuels de niveau équivalent, qui n'en disposent pas aux titres de l'article 1^{er} » du décret. Le directeur des affaires juridiques peut donc subdéléguer la signature du ministre pour le représenter devant les juridictions¹²¹². Enfin, les agents responsables des directions des affaires juridiques placées sous l'autorité conjointe de plusieurs ministres bénéficient de la délégation de la

¹²⁰⁷ Décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, JORF du 28 juillet 2005, texte n° 3 ; J. PETIT, « Le nouveau régime de la délégation de signature des membres du Gouvernement » *JCP A*, 2005, n° 46, p. 1361 ; P. DELVOLVÉ, « Le nouveau régime des délégations de signature », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1173 ; M. LIÉBERT-CHAMPAGNE, « La réforme des délégations de signature, de nouvelles modalités alliant efficacité et respect du droit », *AJDA*, 2005, p. 1723.

¹²⁰⁸ CE, 22 décembre 2020, n° 440158, *Mme A. B.* ; CE, 13 février 2015, n° 386667, *Mme C. A.*

¹²⁰⁹ CE, 19 décembre 2019, n° 430753 *Société Efinova* ; CE, 30 décembre 2015, n° 370418, *SARL Kertrimmo*.

¹²¹⁰ CE, 28 novembre 2017, n° 406112, *Mme F. C.*

¹²¹¹ CE, 14 octobre 2019, n° 412925, *Mme A. B.* ; CE, 31 juillet 2019, n° 416005, *Mme C. A.*

¹²¹² CE, 26 juillet 2006, n° 287714, *Ministre de l'Intérieur*, s'agissant de l'adjointe d'un sous-directeur de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur.

signature de chacun d'entre eux. Ainsi, le juge administratif, examinant le moyen relatif à l'incompétence de la sous-directrice des affaires juridiques des ministères sociaux pour signer un mémoire en défense, juge que le mémoire « doit être regardé comme signé par délégation de la ministre des solidarités et de la santé et non de la ministre du travail »¹²¹³.

489. Mise en œuvre dans un cadre juridique assoupli, la représentation de l'État devant les juridictions administratives conduit les directions des affaires juridiques à procéder à deux arbitrages successifs. Elles déterminent, pour chaque affaire audenciée, s'il convient qu'un agent du ministère soit présent à l'audience et, le cas échéant, l'agent qui sera investi de cette tâche.

490. Les particularités du procès administratif peuvent tout d'abord dissuader les ministères et leurs services juridiques de se rendre aux audiences. Le caractère encore « essentiellement écrit »¹²¹⁴ de la procédure administrative juridictionnelle constitue l'une des raisons pour lesquelles les agents de la sous-direction des affaires juridiques du ministère de la Justice ne vont presque jamais aux audiences¹²¹⁵. La sous-direction des affaires juridiques se contente, dans de nombreux litiges, de rédiger les mémoires en défense du ministère. Il faut toutefois reconnaître que ce choix, aussi délibéré qu'il soit, est aussi largement dicté par l'incapacité de la sous-direction d'être représentée à chaque audience. Cette dernière connaît un nombre exponentiel de contentieux et ne dispose pas d'un nombre suffisant d'agents pour que ces derniers se déplacent. Ainsi, en 2020, le bureau du contentieux administratif et du conseil de la sous-direction des affaires juridiques, qui comprend une vingtaine d'agents permanents, a enregistré plus de 2 000 nouvelles requêtes¹²¹⁶. De façon plus pragmatique encore, les agents de la direction des affaires juridiques de l'Éducation nationale n'assistent jamais aux audiences lorsque ces dernières ont lieu hors de l'Île-de-France. À l'inverse, les agents des directions des affaires juridiques participent logiquement aux audiences de référé, qui accordent une place fondamentale à l'oralité.

491. Plusieurs facteurs sont ensuite pris en compte afin de désigner l'agent qui représentera le ministère à l'audience. Il s'agit plus particulièrement d'établir qui du directeur des affaires juridiques, de ses adjoints, des sous-directeurs ou des rédacteurs, se voit assumer cette tâche. Sur cette

¹²¹³ CE, 4 décembre 2019, n° 421750, *Association des sages femmes-échographistes*.

¹²¹⁴ CE, 27 avril 1966, *Sieur Dionnet*, n° 64489, Rec. p. 290.

¹²¹⁵ G. CONTREPOIS, Entretien n° 3.

¹²¹⁶ La croissance du nombre de requêtes est dans une très large mesure entretenue par le contentieux pénitentiaire dont le bureau a la charge, lequel a connu, selon les statistiques du ministère, une augmentation de 76 % de dossiers en trois ans (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Sous-direction des affaires juridiques, *Rapport annuel 2020 de la SDAJ*, 2021, p. 13).

question, les directions des affaires juridiques ont développé des pratiques presque équivalentes, fondées sur des considérations pragmatiques et stratégiques. Le principe est d'abord que le directeur des affaires juridiques n'assiste aux audiences ni devant les tribunaux administratifs, dans les cas où les litiges ne sont pas déconcentrés, ni devant les cours administratives d'appel. Le nombre de contentieux condamne, en toutes hypothèses, cette éventualité. La représentation du ministère est partagée entre les agents de la direction. Par exemple, le ministre de la Défense est représenté devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel par l'un des sous-directeurs ou l'un des rédacteurs de la direction des affaires juridiques et la directrice des affaires juridiques ne s'y déplace jamais¹²¹⁷. Exceptionnellement, le directeur des affaires juridiques représente et défend en personne le ministre lorsque le litige l'exige en raison de l'enjeu juridique ou politique qu'il présente¹²¹⁸. Les directeurs des affaires juridiques interviennent ainsi dans des contentieux pour lesquels la décision du juge est particulièrement suivie et attendue. Par exemple le ministre chargé de l'Écologie a été représenté par la directrice des affaires juridiques devant le tribunal administratif de Paris dans « l'affaire du siècle » relative aux manquements de l'État dans la lutte contre le réchauffement climatique et très fortement médiatisée¹²¹⁹. De même, le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale s'est rendu en personne au Conseil d'État lors des deux audiences de référés relatives à l'interdiction du port de l'abaya en milieu scolaire¹²²⁰. Enfin, le contentieux relatif à l'épidémie de covid-19 a constitué l'exemple topique d'un contentieux à fort enjeu politique. Parce qu'ils ont conduit le juge administratif à se prononcer sur les limites aux libertés individuelles que l'ordre public sanitaire pouvait autoriser, autant que parce qu'ils ont polarisé une partie des clivages partisans, les recours formés contre les mesures élaborées par le ministère de la Santé dans le cadre de la crise sanitaire ont fait l'objet d'un suivi extrêmement attentif de la part de la doctrine juridique, comme des médias généralistes¹²²¹. C'est pourquoi le directeur des affaires juridiques a choisi de représenter en personne le ministère dans plus de 200 procédures de référé devant le Conseil d'État. Il justifie aussi ce choix par les conditions d'élaboration des « mesures covid » qui étaient contestées¹²²². En effet, jusqu'au printemps 2022, l'ensemble des actes

¹²¹⁷ C. FAURE, Entretien n° 4.

¹²¹⁸ Pour Jacques Chevallier, la « portée politique d'une décision peut être d'emblée perçue, à travers l'écho qui lui est donné dans les médias, les réactions, souvent contrastées qu'elle suscite de la part des responsables politiques, les commentaires immédiats qu'elle appelle au sein de la doctrine juridique ». J. CHEVALLIER, « Argument », in T. PERROUD et al. (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, « Les grandes décisions », 2019, p. 31.

¹²¹⁹ TA de Paris, 3 février 2021, n° 1904967, *Association Oxfam France*.

¹²²⁰ CE, ord., 7 septembre 2023, n° 487891, *Association Action droits des musulmans* ; CE, ord., 25 septembre 2023, n° 487896, *Association La voix lycéenne*.

¹²²¹ Les exemples sont légion, mais l'on peut citer, entre autres, les comptes-rendus des audiences de référé publiés dans le journal *Le Monde*. Par exemple : « "Nous sommes des réanimateurs, nous aussi" : devant le Conseil d'État, le monde du spectacle plaide sa cause », *Le Monde*, 21 décembre 2020.

¹²²² C. TOUBOUL, Entretien n° 17.

réglementaires de gestion de la crise sanitaire ont été préparés en petit comité par le cabinet du ministre et le directeur des affaires juridiques¹²²³. La présence de ce dernier aux audiences a donc été justifiée par sa connaissance des actes contestés et de leurs objectifs. Dans le cadre d'une audience de référé accordant aux observations orales une place cruciale, et durant laquelle le représentant du ministre qui a pris l'acte est conduit à préciser la manière dont celui-ci doit être compris¹²²⁴, le directeur des affaires juridiques s'est imposé comme l'agent le plus à même d'assurer la défense du ministère. Par son autorité, attaché à sa place dans la hiérarchie du ministère, la présence du directeur signale enfin l'importance accordée aux enjeux du litige par le ministre.

492. Du point de vue de l'administration, le choix du représentant du ministre à l'audience est donc commandé par des considérations d'opportunité administrative tenant tout à la fois à la disponibilité des agents, à leurs connaissances des affaires audencées et à l'importance politique des litiges. Dans un cadre juridique peu contraignant, les modalités de la représentation du ministre font partie intégrante de la stratégie contentieuse élaborée et mise en œuvre par la direction des affaires juridiques. La perspective de la partie adverse est toute autre.

b. Une conciliation délicate avec le principe d'impartialité du juge

493. Le représentant du ministère incarne le ministre et, par conséquent, l'État. À l'audience, il est parfois l'unique image que le requérant perçoit de l'administration. L'attention portée à ce représentant varie évidemment selon le type de recours. Elle sera d'autant plus grande s'il est amené à prendre fréquemment la parole à l'audience, comme lors d'une audience de référé¹²²⁵. Dès lors, le choix du représentant du ministère peut susciter de nouvelles difficultés au regard du principe d'impartialité, lorsque le ministre est représenté par un membre du Conseil d'État ou un magistrat administratif détaché au sein de la direction des affaires juridiques.

494. Le directeur des affaires juridiques, membre du Conseil d'État, qui représente en personne le ministre lors d'une audience devant le Conseil d'État crée-t-il un doute dans l'esprit du requérant quant à l'impartialité du juge ? Cette question se pose aussi, dans une moindre mesure, lorsque la représentation du ministre est assurée par un magistrat administratif détaché au sein d'une direction

¹²²³ V. *infra*, §. 578.

¹²²⁴ Lorsqu'il s'agit, par exemple, de préciser que les convocations administratives et judiciaires sont considérées comme un cas d'urgence justifiant une dispense de passe sanitaire.

¹²²⁵ C. LANTERO, « L'oralité devant les juridictions administratives », in O. DESAULNAY (dir.), *La parole en droit public*, Lextenso, L'Épilogue, 2020, p. 263.

des affaires juridiques. Le justiciable pourrait croire que l'administration est favorisée parce que l'agent qui la défend appartient au même corps que les membres de la formation de jugement. Il pourrait imaginer qu'il existe entre eux des liens susceptibles d'influencer le sens de la décision du juge. Cette hypothèse n'est pas tout à fait un cas d'école. À l'occasion d'un recours formé contre une note de service du ministre de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche, le syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur demande au Conseil d'État, sur le fondement des articles R. 721-2 et suivants du code, la récusation de « tous ceux de ses membres ayant avec le directeur des affaires juridiques du ministère de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche ou son prédécesseur des liens constituant une raison sérieuse de mettre en doute leur impartialité ». Le directeur des affaires juridiques d'alors était, comme son prédécesseur et comme ses successeurs, membre du Conseil d'État. En l'espèce, le Conseil d'État répond que la demande de récusation n'est pas fondée¹²²⁶. Si cette réponse peut paraître minimaliste, elle est néanmoins justifiée par la généralité des termes employés par le requérant. Celui se contente d'évoquer d'éventuels « liens » entre les membres du Conseil d'État et le directeur des affaires juridiques, sans en préciser la nature. Il n'indique pas si ces derniers résultent simplement d'une appartenance commune à un corps de la fonction publique ou s'il existe des liens professionnels ou personnels plus étroits, pouvant mettre en doute l'impartialité des juges et fonder une demande de récusation. La récusation est l'une des garanties du principe d'impartialité prévues par le code de justice administrative¹²²⁷. Le membre de la formation de jugement est également tenu de se déporter s'il « suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir »¹²²⁸. Encore faut-il établir que la représentation du ministre par son directeur des affaires juridiques, membre du Conseil d'État, méconnaît le principe d'impartialité qui s'impose au juge.

495. Cette question doit être envisagée à l'aune de l'ensemble des dimensions et des conséquences du principe d'impartialité. Désignant l'exigence que le juge n'ait ni préjugé ni parti pris sur les affaires qu'il examine, le principe d'impartialité est un principe général du droit¹²²⁹, mais aussi une exigence conventionnelle découlant de l'article 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme emploie deux méthodes pour apprécier l'impartialité du juge. Depuis l'arrêt *Piersack* de 1982, elle distingue une « démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une

¹²²⁶ CE, 3 mars 2004, n° 253265, *M. Denis A.* ; même position : CE, 8 juin 2005, n° 263718, *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur*.

¹²²⁷ La récusation est régie par les articles R. 721-2 à R. 721-9 du code de justice administrative.

¹²²⁸ R. 721-1 du code de justice administrative.

¹²²⁹ CE, Ass., 3 décembre 1999, n° 207434, *Didier*, Rec. p. 399. CE, 20 avril 2005, n° 261706, *Karsenty*.

démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime¹²³⁰. Le principe d'impartialité, dans sa dimension objective, est donc méconnu si, « indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier »¹²³¹. Pour rechercher s'il y a lieu de douter de l'impartialité du juge, la Cour porte également son attention sur les apparences et la perception des justiciables. La « théorie des apparences »¹²³², mise en œuvre par la Cour dès les années 1970¹²³³, la conduit ainsi à se placer de son point de vue pour observer le déroulement du procès et identifier les faits de nature à mettre en cause l'impartialité du juge. Si l'usage de cette technique conduit la Cour de Strasbourg à accorder une importance réelle aux perceptions et aux ressentis des requérants, ces éléments subjectifs ne sont toutefois que les indices d'une méconnaissance potentielle de l'article 6§ 1. L'impression des justiciables joue comme une « présomption d'inconventionnalité »¹²³⁴ que l'État a la charge de renverser en apportant la preuve des garanties de l'impartialité du juge.

496. C'est dans le cadre de cette approche objective de l'impartialité du juge, éclairée par la prise en compte d'éléments subjectifs tels que les perceptions et les ressentis des justiciables, que la représentation du ministre devant le Conseil d'État par son directeur des affaires juridiques, également membre du Conseil d'État, peut être appréciée. Il s'agit d'abord d'établir s'il existe entre le directeur des affaires juridiques et les membres de la formation de jugement des liens susceptibles d'influencer le sens ou le contenu du jugement¹²³⁵. La question des conséquences de l'appartenance de certains acteurs du procès à un même grand corps de la fonction publique se pose plus particulièrement. Les membres d'une formation du jugement du Conseil d'État seraient-ils plus enclins à statuer en faveur de l'administration parce que celle-ci est défendue par l'un de ses membres détachés dans l'administration active ? À l'inverse, tâcheraient-ils d'être plus sévères à l'égard d'un membre de l'institution ? Il est impossible d'apporter à cette interrogation une réponse définitive, ni d'étayer au moyen d'éléments objectifs l'idée selon laquelle « l'esprit de corps » influencerait les juges¹²³⁶. L'appartenance du directeur des affaires juridiques au corps des membres

¹²³⁰ CEDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique*, §. 30.

¹²³¹ CEDH, 24 mai 1989, n° 10486/83, *Hanscholdt c. Danemark*, §. 48.

¹²³² V. not. F. SUDRE, « Apparences et Convention Européenne des Droits de l'Homme », in N. JACQUINOT (dir.), *Juges et apparence(s)*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, « Actes de colloques de l'IFR », 2010, p. 167.

¹²³³ CEDH, 17 janvier 1970, n° 2689/65, *Delcourt c. Belgique*.

¹²³⁴ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 179.

¹²³⁵ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, « Manuel », 11^e édition, 2023, §. 317.

¹²³⁶ M. BOYON, P. GONOD, « Entretien sur l'esprit de corps au Conseil d'État », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis : droit public*, LGDJ, 1997, p. 27.

du Conseil d'État n'est donc pas, en elle-même, de nature à mettre en doute l'impartialité des juges. En revanche, la situation est différente s'il existe entre le directeur et certains membres de la formation de jugement des liens professionnels ou personnels particuliers. Le parcours des directeurs des affaires juridiques rend cette hypothèse probable. En effet, certains d'entre eux étaient affectés, juste avant leur prise de fonction en ministère, au sein de la section du contentieux, et exerçaient parfois les fonctions de rapporteur public. Dans cette hypothèse, un doute sur l'impartialité des juges pourrait naître dans l'esprit des justiciables si le directeur des affaires juridiques venait à défendre le ministre devant une chambre dans laquelle il a récemment siégé. Restent enfin les apparences. La proximité organique des juges peut être variablement perçue selon les procédures. Le « rituel judiciaire » permet une mise à distance entre les parties et le juge de nature à renforcer la conviction des requérants que le juge est impartial¹²³⁷. Sur ce point, l'audience de référé se distingue de l'audience au fond puisqu'« aucune solennité ne préside à son déroulement », et qu'elle n'est soumise à aucun formalisme particulier¹²³⁸. Le lieu de l'audience peut aussi favoriser la proximité des participants. Ainsi, devant le Conseil d'État, les audiences de référés se tiennent fréquemment dans une salle dédiée de petite dimension, la salle Odent, autour d'une table d'une quinzaine de places présidée par le juge et à laquelle les parties sont placées en face à face. Il incombe aux participants, dans ce genre de configurations, d'être d'autant plus vigilants à ne laisser transparaître aucun lien de proximité.

497. Pensés pour le juge, les mécanismes de garantie de l'impartialité prévus par le code de justice administrative sont d'un secours très limité vis-à-vis de la suspicion que pourrait engendrer la représentation du ministre par un membre du Conseil d'État détaché dans une direction des affaires juridiques¹²³⁹. Ce sont plutôt les pratiques des directeurs des affaires juridiques qui pourraient évoluer, guidées par des principes déontologiques. « Discours sur ce qu'il faut faire »¹²⁴⁰, la déontologie a en effet pour objet « l'énoncé et la mise en pratique des devoirs professionnels dans

¹²³⁷ Selon la définition qu'en donne Antoine Garapon, le rituel judiciaire correspond à « tous les actes, conduites, prescriptions et symboles, dont l'accomplissement, sanctionné ou non par le droit dogmatique, est cependant imposé et ce, bien que l'on n'en perçoive pas l'utilité immédiate pour l'issue du litige, et qui constituent ainsi l'univers symbolique dans lequel se déroule le procès et se réalise le droit », A. GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Le centurion, « Justice Humaine », 1985, p. 16.

¹²³⁸ O. LE BOT, *Le guide des référés administratifs 2018/2019*, Dalloz, « Guides Dalloz », 2017, p. 82.

¹²³⁹ Le mécanisme de la récusation permet de garantir le principe d'impartialité dans sa dimension subjective en écartant de la formation de jugement le magistrat dont l'impartialité pourrait être mise en doute. La demande de récusation ne peut être adressée qu'à l'encontre d'un juge (CE, 19 décembre 2019, n° 430753, *Société Efnovia*). Si le recours est formé devant le Conseil d'État, les demandes de renvoi pour suspicion légitime sont irrecevables (CE, 27 mars 1991, n° 47017, *M. X.*). Les requérants ne peuvent demander que la récusation de l'un ou de plusieurs des membres de la formation de jugement.

¹²⁴⁰ « Avant-propos », *Charte de déontologie de la juridiction administrative*, 2021, p. 5.

les situations concrètes du métier, en vue du bon exercice des fonctions »¹²⁴¹. À cette fin, la Charte de déontologie de la juridiction administrative s'adresse tant aux membres du Conseil d'État et aux magistrats administratifs en exercice qu'à ceux qui n'exercent plus en juridiction, « dès lors que leur situation ou leur activité serait susceptible de porter atteinte à la dignité de leurs anciennes fonctions ou d'affecter le fonctionnement et l'indépendance de la juridiction administrative »¹²⁴².

498. La représentation d'une administration par un magistrat administratif en détachement a fait l'objet d'un avis du collège de déontologie de la juridiction administrative du 23 juin 2015¹²⁴³. Le collège pose les jalons d'une systématisation des pratiques en distinguant la possibilité pour les magistrats de rédiger et signer des mémoires pour le compte d'une autorité administrative, de la possibilité d'assister en personne aux audiences. En premier lieu, un magistrat administratif détaché peut rédiger et signer des mémoires en demande ou en défense pour une administration devant le juge administratif. Cette solution est la conséquence logique du détachement du magistrat dès lors que « la nomination dans un emploi public implique pour son titulaire l'exercice des attributions attachées à cet emploi ». Cependant, ce principe est assorti d'une consigne et d'une réserve. D'une part, il est recommandé aux signataires des mémoires de ne pas faire état de leur qualité de magistrat sous leur signature. D'autre part, dans le « cas exceptionnel » où la signature du mémoire de l'administration par un magistrat administratif détaché « pourrait être raisonnablement ressentie comme entraînant une rupture d'égalité ou pouvant influencer le juge saisi », les mémoires doivent être signés par un autre agent. En second lieu, le collège de déontologie examine la question plus sensible de la participation d'un magistrat administratif détaché aux audiences. Sa position est alors bien plus réservée. Si « l'intérêt du service » peut justifier que le magistrat qui a signé le mémoire représente également l'administration à l'audience, le collège estime, en revanche, que « dans les autres hypothèses l'opportunité d'une abstention doit être envisagée en fonction de l'ensemble des circonstances de l'espèce ». Cette réserve est opportune : l'audience est un moment particulier de l'instance durant laquelle les parties aux litiges se rencontrent, la théorie des apparences s'applique alors singulièrement. Les principes posés par l'avis du 23 juin 2015 devraient guider plus systématiquement les pratiques des directions des affaires juridiques ministérielles. Si rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un membre du Conseil d'État ou un magistrat administratif en

¹²⁴¹ Selon Christian Vigouroux la déontologie désigne « l'énoncé et la mise en pratique des devoirs professionnels dans les situations concrètes du métier, en vue du bon exercice des fonctions » (C. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, « Dalloz référence », 2^e édition, 2012, p. 15).

¹²⁴² *Charte de déontologie de la juridiction administrative* précitée, p. 5.

¹²⁴³ Collège de déontologie de la juridiction administrative, avis n° 2015/4 du 23 juin 2015, *Représentation d'une administration devant la juridiction administrative par un magistrat en détachement ou en disponibilité*.

détachement dans un ministère rédige et signe les mémoires présentés au nom du ministre, il est préférable qu'il n'assiste pas aux audiences. Le principe d'impartialité objective, dont le contrôle est renforcé par l'application de la théorie des apparences, constitue en effet un obstacle sérieux à la présence du directeur des affaires juridiques à une audience devant le Conseil d'État, en particulier lors d'une procédure de référé, lorsqu'il est lui-même membre de l'institution. Conformément aux recommandations formulées par le collège de déontologie, il semblerait préférable que les directeurs des affaires juridiques, lorsqu'ils sont issus du Conseil d'État, délèguent cette tâche à l'un de leurs adjoints ou à l'un des sous-directeurs. Or, actuellement, la majorité des directeurs des affaires juridiques – membres du Conseil d'État interrogés ont indiqué défendre le ministère, en personne, devant le Conseil d'État, ou ne pas voir d'obstacle à le faire si l'occasion se présentait.

499. La représentation et la défense de l'État par les directions des affaires juridiques justifient la dispense de ministère d'avocat dont bénéficie traditionnellement l'État. En contrepartie, elle rend logiquement la répétition des frais d'instance engagés par l'État presque illusoire.

B. La répétition des frais liés à l'instance

500. L'étude de l'inscription des directions des affaires juridiques dans le procès administratif conduit à examiner le traitement que le juge administratif réserve aux frais d'instance du ministère, lorsque celui-ci a été représenté par la direction des affaires juridiques. Il s'agit plus particulièrement de se demander si le ministre peut, comme il le ferait pour des honoraires d'avocat, réclamer au juge, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le remboursement des dépenses de la direction des affaires juridiques qui a assuré sa défense.

501. L'article L. 761-1 du code de justice administrative dispose que :

« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Les parties peuvent produire les justificatifs des sommes qu'elles demandent et le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

502. Le juge administratif reconnaît à l'État, comme à toute personne publique requérante, le

bénéfice de ces dispositions¹²⁴⁴. Ainsi les ministres peuvent inclure dans leurs conclusions une demande de remboursement des frais exposés dans le cadre de l'instance, et non compris dans les dépens. Alors que ces derniers sont limitativement énumérés à l'article R. 761-1 du code et correspondent aux « frais d'expertise, d'enquête et de toute mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'État », l'article L. 761-1 offre à la partie gagnante la possibilité d'obtenir de son adversaire le paiement d'une somme visant à couvrir tous les autres frais qu'elle a exposés. L'article L. 761-1 ouvre ainsi la voie, à l'instar de l'article 700 du code de procédure civile, à la répétition des honoraires d'avocat¹²⁴⁵.

503. Comme on l'a constaté, la pratique consiste à recourir exclusivement aux services contentieux des directions des affaires juridiques. De son côté, le Conseil d'État a explicitement admis que rien ne faisait obstacle à ce que l'État, qui n'a pas été représenté par un avocat, présente des conclusions sur le fondement de l'article L. 761-1¹²⁴⁶. Partant, le ministre n'est pas tenu d'avoir eu recours à un avocat pour demander le remboursement des frais engagés¹²⁴⁷. En pratique, toutefois, la répétition des frais exposés semble peu probable. D'une part, les conditions d'application de l'article L. 761-1 excluent que le ministre puisse fonder sa demande sur les frais courants de la direction des affaires juridiques. D'autre part, le juge administratif se montre extrêmement réticent à octroyer au ministre le remboursement des frais qui découleraient du surcroît de travail exceptionnel des services ministériels.

504. Le ministre ne peut obtenir le remboursement des frais courants de la direction des affaires juridiques tels que la rémunération des agents qui ont participé au traitement du litige. L'article L. 761-1 vise en effet les « frais exposés à l'instance », c'est-à-dire les dépenses spécifiquement engagées une fois le juge saisi. Ces frais doivent être actuels : les parties aux litiges ne peuvent

¹²⁴⁴ CE, 26 octobre 1992, n° 112107, *Société Sayag Electronic* ; CE, 23 novembre 1992, *M. Montaignac*, Rec. T. p.1229. Le décret du 2 septembre 1988 a transposé à la procédure administrative contentieuse l'article 700 du code de procédure civile, dont le requérant ne pouvait se prévaloir devant le juge administratif (CE, 26 février 1982, n° 213117, *Chaventrè*). La loi du 19 juillet 1991 relative à l'aide juridique modifie le dispositif de répétition des frais devant les deux ordres de juridiction. Elle dispose, à son article 75-1, que « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ». La disposition est codifiée à l'article L. 761-1 du code de justice administrative pour les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État. L'article 75-I de la loi de 1991 demeure applicable pour les autres juridictions administratives.

¹²⁴⁵ Par exemple : CE, 4 novembre 2020, n° 429211, *Société Brimo de Laroussbille* : le Conseil d'État condamne la partie perdante à verser une somme de 3 000 euros à l'État au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Le ministre de la Culture avait été représenté par un avocat.

¹²⁴⁶ CE, 30 novembre 2007, n° 304825, *Société L'immobilière Groupe Casino*, Rec. T. p. 1025.

¹²⁴⁷ L'instance pouvant générer d'autres frais tels que la rémunération d'un huissier sollicité par l'une des parties : CE, 13 mars 1998, n° 157081, *Grundisch*.

demander le remboursement de frais qu'elles auraient engagés avant l'introduction de l'instance et supportés en toutes hypothèses¹²⁴⁸. Ainsi, dans un arrêt du 2 octobre 2019¹²⁴⁹, le Conseil d'État refuse de faire droit à la demande de la Haute autorité de la santé qui ne se prévaut pas « de frais autres que la rémunération des agents qui ont préparé sa défense ». Par analogie, il paraît certain que le juge ne ferait pas droit à la demande de répétition des frais d'un ministre qui se bornerait à invoquer la rémunération des agents de la direction des affaires juridiques qui ont participé au traitement du litige. Le remboursement d'autres frais courants de la direction des affaires juridiques semble tout aussi impossible. En effet, s'il n'exige pas les justificatifs des frais avancés par les parties, le juge administratif impose néanmoins que les conclusions fondées sur l'article L. 761-1 soient suffisamment précises et chiffrées¹²⁵⁰. Or, l'organisation pratique du travail ministériel ne permet pas d'identifier, et donc de chiffrer, les dépenses courantes de la direction des affaires juridiques, telles que les frais de reprographie, qui auraient été spécifiquement engagées pour l'instance. À cet égard, le recours à un avocat présente l'avantage de la clarté et de la lisibilité des frais exposés pour chaque dossier contentieux, puisque les honoraires offrent une traduction pécuniaire du travail occasionné par le litige. Ils apportent la preuve des frais exposés par l'administration dans le cadre de l'instance, et le ministre peut se prévaloir d'un montant précis à l'appui de la demande qu'il formule. À l'inverse, lorsque le ministre a été défendu par la direction des affaires juridiques, le coût que l'instance a représenté pour le ministre est difficilement identifiable et chiffrable. Sauf dépenses spécifiques, telles que des frais d'huissier, les frais générés par l'instance se fondent dans l'ensemble des coûts de fonctionnement des services du ministère lesquels sont, par ailleurs, prévus en amont de l'exercice budgétaire dans la loi de finances¹²⁵¹. L'impossibilité d'identifier et de justifier de frais spécifiquement exposés pour l'instance suffirait donc, à elle seule, à entraîner l'échec de la demande d'un ministre se contenterait de faire valoir les frais courants de ses services.

505. C'est pourquoi les ministres font régulièrement valoir dans leurs conclusions que le litige est à l'origine d'un « surcroît de travail » pour leur administration. De façon constante, le juge administratif estime qu'un tel argument est insuffisant¹²⁵². Sa position a été réaffirmée dans une décision du 3 octobre 2012. Le Conseil d'État rappelle que « si une personne publique qui n'a pas

¹²⁴⁸ CE, 8 octobre 1993, n° 116686 *Société d'achats et de ventes de biens immobiliers*, Rec. T. p. 968.

¹²⁴⁹ CE, 2 octobre 2019, n° 422197, *Association GLSS*.

¹²⁵⁰ CE, 27 mars 1991, n° 71860, *Commune de La Garde*; CE, 21 novembre 2016, n° 392560, *Mme B. D.*

¹²⁵¹ V. *supra* §. 318.

¹²⁵² En se référant alors à l'article 75-I. de la loi du 10 juillet 1991 : CE, 22 juillet 1994, n° 145606, *Chambre syndicale du transport aérien*, Rec. T. p. 731 ; CE, 12 décembre 1994, n° 138607, *Darnis*, CE, 3 novembre 1999, n° 187747, *Ministre délégué au budget c/ Sudaka*, Rec. T. p. 963. La solution est également appliquée par le juge à une demande de répétition des frais formulée par une commune : CE, 17 juin 1996, n° 167669, *Ciré*, Rec. T. p. 1104.

eu recours au ministère d'avocat peut néanmoins demander au juge l'application de [l'article L. 761-1 du code de justice administrative] au titre des frais spécifiques exposés par elle à l'occasion de l'instance, elle ne saurait se borner à faire état d'un surcroît de travail de ses services»¹²⁵³. Le raisonnement est le même qu'en matière de frais courants. Puisque l'application de l'article L. 761-1 exige que la demande soit précise et chiffrée, le surcroît de travail que l'instance aurait engendré pour les services ministériels doit avoir entraîné des frais supplémentaires, dont le ministère est tenu d'apporter la preuve. La quantification du surcroît de travail au moyen d'une estimation traduite en pourcentage est insuffisante. Le Conseil d'État refuse notamment de faire droit à la demande du ministre de l'Action et des Comptes publics qui soutient que les contentieux engagés par le requérant «représentent entre 30 et 50 % de l'activité contentieuse de la mission responsabilité, doctrine et contrôle interne comptables selon les années et mobilise ainsi plusieurs agents»¹²⁵⁴. De façon générale, la présence de directions des affaires juridiques au sein des ministères neutralise l'argumentaire des ministres. Il semble en effet malaisé de soutenir qu'un litige a causé un surcroît de travail pour le ministère lorsque celui-ci comprend des services consacrés au traitement des affaires contentieuses. Tel est le raisonnement de la cour administrative d'appel de Versailles dans un arrêt du 18 octobre 2012. La Cour fonde le rejet de la demande de frais irrépétibles du ministre chargé de l'Écologie sur l'existence d'une direction des affaires juridiques au sein du secrétariat général du ministère¹²⁵⁵. Elle se réfère directement aux attributions de la direction qui «traite le contentieux de niveau central du ministère et représente le ministre devant les juridictions compétentes»¹²⁵⁶ et en déduit que si le ministre soutient que l'instance «a provoqué pour ses services des dépenses supplémentaires, il ne démontre pas que ces dernières ont été d'une ampleur telle qu'elles auraient excédé la mission normalement confiée» à la direction des affaires juridiques.

*

506. La défense de l'État devant les juridictions administratives est aujourd'hui largement maîtrisée par les directions des affaires juridiques des ministères. Qu'elles assurent elles-mêmes la gestion du litige et la représentation de l'État devant le juge, ou qu'elles supervisent à distance la gestion déconcentrée des contentieux, les directions peuvent penser l'administration des

¹²⁵³ CE, 3 octobre 2012, n° 357248, *Ministre de la Défense c/ Sté Arx*, Rec. p. 344, concl. B. DACOSTA, *AJDA*, 2012, p. 2179, note J.-F. FINON, *AJCT*, 2013, p. 103, obs. B. SEILLER, *Gaz. pal.*, 2012, n° 323, p. 21.

¹²⁵⁴ CE, 8 avril 2019, n° 414181, *M. B. A.*

¹²⁵⁵ CAA Versailles, 18 octobre 2012, n° 10VE03167, *Société Altaïr Sécurité*.

¹²⁵⁶ Selon l'article 2-II du décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008 portant organisation de l'administration centrale des ministères chargés de la transition écologique, de la cohésion des territoires et de la mer alors en vigueur.

contentieux ministériels selon une perspective globale. Elles sont en mesure de déterminer des lignes directrices en promouvant, par exemple, le recours à un règlement amiable du différend. La concentration des dossiers contentieux auprès des directions des affaires juridiques ne résout toutefois pas tous les maux anciens du traitement des contentieux par l'administration d'État. Le nombre croissant de dossiers par agents crée un risque de saturation des directions des affaires juridiques et conduit, en pratique, à ce que l'État ne produise pas systématiquement de mémoire en défense, ou se contente de produire un mémoire sommaire et standardisé¹²⁵⁷. Si elles sont regrettables, ces pratiques révèlent davantage l'insuffisance des moyens budgétaires alloués à la défense contentieuse de l'État qu'une mauvaise organisation de celle-ci.

SECTION 2. LA CONCENTRATION DE LA REPRÉSENTATION DE L'ÉTAT DEVANT LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES ET LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

507. Les directions des affaires juridiques des ministères économiques et financiers et du ministère des Affaires étrangères constituent deux cas tout à fait particuliers puisqu'elles concentrent la défense et la représentation de l'État lors de contentieux judiciaires (I.) et de contentieux européens et internationaux (II.).

I. LE MONOPOLE DE L'AGENT JUDICIAIRE DE L'ÉTAT DEVANT LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES

508. La représentation de l'État devant les juridictions judiciaires est presque intégralement placée sous la responsabilité d'une autorité administrative unique : l'agent judiciaire de l'État¹²⁵⁸. Celui-ci dispose d'un mandat légal de représentation de l'État devant les juridictions judiciaires pour toutes les actions tendant à le déclarer débiteur ou créancier. La création de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, en 1998, a conduit au transfert des fonctions d'agent judiciaire au nouveau directeur¹²⁵⁹. Ses services, qui étaient placés depuis 1994 sous l'autorité

¹²⁵⁷ Il n'existe pas de statistiques en la matière, mais ce constat semble partagé par les magistrats administratifs et les avocats des requérants.

¹²⁵⁸ La dénomination d'agent judiciaire « de l'État » correspond, depuis 2012, au nouveau titre de l'agent judiciaire « du Trésor » (décret n° 2012-985 du 23 août 2012 substituant la dénomination « agent judiciaire de l'État » à la dénomination « agent judiciaire du Trésor », JORF du 24 août 2012, texte n° 6). Ce changement de dénomination n'a modifié ni les attributions de l'Agent judiciaire, ni l'organisation des services dont il dispose.

¹²⁵⁹ Art. 1^{er} du décret n° 98-975 du 2 novembre 1998 portant création d'une direction des affaires juridiques au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, JORF du 3 novembre 1998, p. 16756.

directe du ministre de l'Économie, ont été absorbés par la nouvelle direction¹²⁶⁰. Le directeur des affaires juridiques-agent judiciaire de l'État est désormais assisté de huit agents judiciaires adjoints : le chef de service de la direction des affaires juridiques, chacun des quatre sous-directeurs¹²⁶¹ et, depuis 2018, les trois chefs de bureaux de la sous-direction du droit privé et du droit pénal¹²⁶². Dans la pratique, l'activité de l'agent judiciaire de l'État est principalement prise en charge par la sous-direction du droit privé et du droit pénal¹²⁶³, dont le sous-directeur est un magistrat judiciaire.

509. L'étendue du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État permet à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers de maîtriser la stratégie contentieuse de l'État devant les juridictions judiciaires (**A.**). Elle œuvre en outre à assurer la légitimité de son monopole en la matière (**B.**).

A. La maîtrise de la stratégie contentieuse de l'État

510. La direction des affaires juridiques de Bercy, grâce au mandat légal de l'agent judiciaire de l'État (**1.**) maîtrise la défense des intérêts pécuniaires de l'État devant le juge judiciaire (**2.**).

1/ L'étendue du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État

511. Le monopole conféré à l'agent judiciaire de l'État pour représenter l'État devant les juridictions judiciaires résulte d'un mandat légal qui lui est donné par l'article 38 de la loi du 3 avril 1955. Cet article dispose que « toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'État créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée à peine de nullité par ou contre l'agent judiciaire de l'État »¹²⁶⁴. L'agent judiciaire de l'État bénéficie donc d'un mandat exclusif¹²⁶⁵ pour

¹²⁶⁰ Arrêté du 2 novembre 1998 portant organisation de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, JORF du 3 novembre 1998, p. 16589 ; v. *supra* §. 246.

¹²⁶¹ Il s'agit du sous-directeur du droit de la commande publique, du sous-directeur du droit privé et du droit pénal, du sous-directeur du droit public, européen et international et du sous-directeur du droit des régulations économiques.

¹²⁶² Arrêté du 6 décembre 2018 portant nomination d'agents judiciaires adjoints de l'État, JORF du 18 décembre 2018, texte n° 60.

¹²⁶³ J. AMOUROUX, J.-P. BESSON, *Agent judiciaire de l'État*, Dalloz, « Dalloz Corpus », 2020, §. 6.

¹²⁶⁴ Loi n° 55-366 du 3 avril 1955 relative au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances et des affaires économiques pour l'exercice 1955, JORF du 6 avril 1955.

¹²⁶⁵ Cass, 2^{ème} civ., 25 octobre 1995, n° 94-11.930, *Fomberteau*, Bull. civ. II, n° 267. Cet arrêt rappelle que l'État ne peut « dans une instance tendant à le faire déclarer débiteur pour des causes étrangères à l'impôt ou au domaine, être

représenter et défendre l'État devant le juge judiciaire dès lors que le litige implique les finances de l'État¹²⁶⁶. Cette règle est d'ordre public¹²⁶⁷.

512. L'ambition de présenter exhaustivement l'étendue du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État achoppe sur l'accumulation des dérogations. En effet, la proclamation par le législateur d'un mandat au profit d'une autorité administrative unique s'est toujours accompagnée de la reconnaissance de cas particuliers dans lesquels d'autres autorités administratives, telles que les préfets ou les recteurs d'académie¹²⁶⁸, représentent l'État devant le juge judiciaire. Ces dérogations, qui découlent tant de la lettre de l'article 38 de la loi de 1955¹²⁶⁹ que de textes sectoriels¹²⁷⁰, connaissent elles-mêmes des exceptions qui replacent le litige entre les mains de l'agent judiciaire de l'État. L'ensemble de ces dérogations et exceptions forment un cadre juridique complexe et peu lisible, pouvant entraîner des conflits d'attributions entre les ministères.

513. Malgré ces dérogations, l'agent judiciaire de l'État bénéficie d'un quasi-monopole. L'importance de son activité s'apprécie d'abord d'un point de vue statistique, puisqu'il est saisi de plus de 6000 nouveaux litiges par an¹²⁷¹ et gère un stock de plus de 12 500 dossiers¹²⁷². Elle s'apprécie ensuite au regard de l'importance médiatique, juridique ou financière des litiges dont il a la charge¹²⁷³. L'agent judiciaire s'est ainsi constitué partie civile dans plusieurs dossiers relatifs à des attentats terroristes afin de demander, notamment, la réparation du préjudice matériel et moral de l'État¹²⁷⁴. L'administration des contentieux judiciaires de l'État le conduit aussi à connaître de litiges

légalement représenté par un autre fonctionnaire que l'agent judiciaire du Trésor, seul habilité à cet effet en application de l'article 38 de la loi du 3 avril 1955 dont les dispositions sont d'ordre public ».

¹²⁶⁶ À l'inverse, l'agent judiciaire de l'État est incompétent si aucune action indemnitaire n'est formée contre l'État (Cass, com, 12 février 2002, n° 99-15.899, Bull. civ. IV n° 31).

¹²⁶⁷ Cass, 2^{ème} civ., 25 octobre 1995, précité.

¹²⁶⁸ Comme cela a été observé à l'occasion de l'étude de la déconcentration des contentieux du ministère de l'Éducation nationale, les recteurs d'académie représentent l'État dans le cadre des actions en responsabilité des membres du corps enseignant (art. L. 911-4 du code de l'éducation).

¹²⁶⁹ L'article 38 de la loi de 1955 soustrait explicitement du champ de compétence de l'agent judiciaire les instances fiscales et domaniales : les litiges nés dans ces matières relèvent respectivement de la compétence de l'administration fiscale et de la direction immobilière de l'État.

¹²⁷⁰ L'inventaire de ces dispositions permet d'identifier huit domaines de dérogations supplémentaires. Ainsi l'agent judiciaire de l'État est incompétent pour les litiges survenus en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'enseignement, de saisie-attribution, de réquisition, de déclaration de créance, de pratiques commerciales restrictives de concurrence, de dommages de guerre et de protection du patrimoine.

¹²⁷¹ La tendance est à l'augmentation des litiges. Selon les statistiques de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, présentées à l'occasion de son rapport d'activité, le nombre de nouveaux dossiers était de 4500 en 2012, 5900 en 2016 et 6756 en 2022.

¹²⁷² DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2021*, p. 23.

¹²⁷³ « La Direction des Affaires Juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers : 20 années d'expérience au service de Bercy », *Gestion et finances publiques*, 2019, n° 6, p. 25.

¹²⁷⁴ L'agent judiciaire de l'État s'est ainsi constitué partie civile devant la Cour d'assises spéciale de Paris dans le cadre du procès de la filière terroriste « Cannes/Torcy ».

nés de l'activité de services publics régaliens : il agit en défense dans le cadre de contentieux relatifs aux incidents survenus dans la cadre des opérations de police judiciaire¹²⁷⁵, des demandes d'indemnisation pour détention provisoire abusive¹²⁷⁶ ou pour dysfonctionnement du service public de la justice¹²⁷⁷. Enfin, l'agent judiciaire de l'État peut être chargé de soutenir la légalité d'actes administratifs contestés devant le juge judiciaire sur le fondement de la théorie de la voie de fait¹²⁷⁸.

514. En définitive, l'étendue du mandat légal permet à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers de superviser les contentieux judiciaires de l'État et de définir une stratégie de défense cohérente.

2/ L'exercice du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État

515. La direction des affaires juridiques jouit d'une grande liberté pour déterminer les « lignes directrices de l'agent judiciaire de l'État » devant les juridictions judiciaires (**a.**). Elle exerce son mandat légal grâce à un réseau d'avocats dédié (**b.**).

a. La définition des « lignes directrices de l'Agent judiciaire de l'État »

516. En juillet 2011, la direction des affaires juridiques s'est dotée de « lignes directrices de l'action de l'Agent judiciaire de l'État »¹²⁷⁹. Après avoir été diffusées dans un document interne, ces orientations ont été rendues publiques l'année suivante à l'occasion de la publication du rapport d'activité annuel de la direction. Leur élaboration est présentée par la direction comme la contrepartie nécessaire du statut particulier de l'État devant le juge judiciaire. L'État n'est pas un plaideur comme les autres. Il dispose d'avantages juridiques, humains et matériels qui pèsent dans l'équilibre entre les parties. En premier lieu, l'État jouit devant le juge judiciaire de prérogatives

¹²⁷⁵ Ces contentieux relèvent de la compétence du juge judiciaire selon la jurisprudence *Giry* (Cass, civ., 23 novembre 1956, n° 56-11.871, *Trésor public c. Giry*).

¹²⁷⁶ Les actions sont alors exercées sur le fondement de l'article 149 du code de procédure pénale.

¹²⁷⁷ Aux termes de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire : « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

¹²⁷⁸ TC, 8 avril 1935, *Action française*, Rec. p. 1227 ; TC, 17 juin 2013, *Bergoend c. ERDF*, n° C 3911.

¹²⁷⁹ DAJ des ministères économiques et financiers, « Lignes directrices de l'AJE », *Rapport d'activité 2012*, p. 63.

exorbitantes. L'agent judiciaire de l'État bénéficie de la prescription quadriennale des créances¹²⁸⁰, de la suspension de l'exécution de l'arrêt en cas de pourvoi¹²⁸¹ et de l'irrecevabilité des voies d'exécution à son égard¹²⁸². En second lieu, l'État dispose de moyens humains et budgétaires sans aucune mesure avec ceux de la plupart de ses adversaires : « un réseau d'avocats spécialisés, des sources d'informations privilégiées, le soutien des administrations publiques, les moyens du budget de l'État »¹²⁸³. La formulation de lignes directrices a donc pour objectif de guider l'action et le comportement des agents et des avocats chargés d'assurer les missions de l'agent judiciaire de l'État en les soumettant « à une stricte éthique juridique »¹²⁸⁴.

517. À travers les lignes directrices qu'il se donne, et qu'il prend soin de communiquer, l'agent judiciaire de l'État brosse le portrait d'un justiciable modèle et d'un État exemplaire¹²⁸⁵. Il doit d'abord « défendre les finances de l'État », en limitant les coûts potentiels des litiges et en veillant à réclamer « avec diligence », les réparations des dommages causés à l'État ou à l'un de ses agents. Il s'engage ensuite à « représenter dignement l'État » et à « plaider de bonne foi ». Ces deux principes portent sur la stratégie contentieuse que l'agent judiciaire de l'État met en œuvre. Dans le cadre du procès, il s'impose d'incarner « un État compétent, objectif, équitable, au service de l'intérêt général », veillant « au respect de l'autorité de l'État et à la considération de ses agents ». Lorsqu'il est défendeur, l'agent judiciaire de l'État « s'interdit de recourir à tout moyen de défense autre que de droit ou dont la solidité ne lui paraît pas assurée ». Les lignes directrices ajoutent qu'il « respecte la partie adverse et présuppose, en toutes circonstances, sa bonne foi » et qu'il est « respectueux et loyal tant envers les administrations que les magistrats ainsi que le personnel du service public de la Justice, à la tâche de laquelle il contribue ». Ses services sont invités à privilégier la démarche transactionnelle. Par ailleurs, son activité est soumise à une obligation de « discrétion et de neutralité ». Enfin, sa gestion des litiges doit permettre d'« assurer l'objectivité et la sérénité des

¹²⁸⁰ La règle est consacrée à l'article 1^{er} de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics (JORF du 3 janvier 1968).

¹²⁸¹ DAJ des ministères économiques et financiers, « Lignes directrices de l'AJE » précitées.

¹²⁸² En vertu du principe d'insaisissabilité des biens de l'État (Cass. 1^{er} civ., 21 décembre 1987, *BRGM*, n° 86-14.167). Ce principe a été codifié à l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Il ne fait pas obstacle à ce que l'État puisse être tiers-saisi sur des sommes qu'il doit. En ce sens, CE, Ass., avis, 30 janvier 1992, n° 350083, *Caisse centrale de coopération économique, GACE*, 3^e éd., 2008, n° 19. Pour un exemple récent de saisies-attribution entre les mains du ministère de l'Économie et des finances sur des comptes ouverts au nom d'un tiers : Cass., 1^{er} civ., 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Commisimpex c. Agent judiciaire de l'État*.

¹²⁸³ DAJ des ministères économiques et financiers, « Lignes directrices de l'AJE » précitées.

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ L'ensemble des formules citées sont extraites des « Lignes directrices de l'AJE », présentées, pour la première fois, à l'occasion du rapport annuel d'activité de la direction de 2012, puis mise en ligne, dans une rubrique dédiée, sur le site internet de la direction des affaires juridiques de Bercy.

débats judiciaires » et de « garantir la clarté et la cohérence de la position de l'État devant le juge ». Les lignes directrices de l'agent judiciaire de l'État forment donc un ensemble composite de principes dont la grande généralité pourrait faire douter du caractère opératoire. Elles incarnent, en tout cas, l'ambition de créer les conditions de la défense la plus vertueuse des intérêts pécuniaires de l'État devant le juge judiciaire. En somme, si l'État se doit d'être « le plus honnête homme de France »¹²⁸⁶, il doit aussi, par l'intermédiaire de son agent judiciaire, être le plus loyal des plaideurs.

518. Parmi les lignes directrices formulées, la direction des affaires juridiques veille particulièrement à la mise en œuvre d'une véritable politique transactionnelle en matière judiciaire¹²⁸⁷. Une part importante des litiges administrés par l'agent judiciaire de l'État se prêtent en effet au procédé transactionnel. Ainsi la direction des affaires juridiques va tenter, autant que possible, de régler amiablement les litiges relatifs aux accidents de la circulation, au dysfonctionnement du service public de la justice ou aux demandes d'indemnisation pour détention provisoire abusive. Elle maîtrise les différentes étapes de la démarche transactionnelle. Elle prend l'initiative de la transaction, dont elle adresse le projet à ses correspondants au sein du ministère concerné par le litige et la transmet à l'avocat de la partie adverse avec lequel elle échange. La direction des affaires juridiques est enfin chargée de la rédaction du protocole transactionnel qui est signé par l'agent judiciaire de l'État. En revanche, la transaction est exécutée par le ministère concerné.

b. La systématisation du recours aux avocats

519. L'exercice du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État est l'exemple même d'une matière pour laquelle l'administration a décidé de recourir, de façon systématique, aux prestations d'avocats. Le nombre des litiges, plus de 6 000 nouveaux litiges par an, rapporté à la cinquantaine d'agents directement affectés aux activités d'agent judiciaire¹²⁸⁸, impose à la direction des affaires juridiques de Bercy d'externaliser la préparation des dossiers et la représentation de l'État devant le juge judiciaire. L'activité d'administration de ce stock de litiges conduit donc les services du ministère à solliciter plus d'une centaine d'avocats¹²⁸⁹, avec laquelle la direction des affaires juridiques entretient

¹²⁸⁶ Selon la formule apocryphe du baron Louis, ministre des Finances sous la Restauration puis sous la monarchie de Juillet.

¹²⁸⁷ J. AMOUROUX, « Retour d'expérience sur le règlement non juridictionnel des litiges : exemple de la politique transactionnelle de l'Agent judiciaire de l'État dans les contentieux judiciaires », *La Lettre de la DAJ*, n° 232, 2017, p. 1.

¹²⁸⁸ J. AMOUROUX, J.-P. BESSON, *op. cit.*, §. 11.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

des relations privilégiées.

520. Longtemps les avocats – et, jusqu'en 2011, les avoués¹²⁹⁰ – chargés de représenter l'agent judiciaire de l'État ont été choisis discrétionnairement, par une simple décision du ministre¹²⁹¹. La refonte du code des marchés publics en 2006 a imposé à la direction des affaires juridiques, par ailleurs responsable de l'élaboration du droit de commande publique, de recourir à un appel d'offres afin de passer un marché public de services de conseil juridique et de représentation¹²⁹². Deux marchés publics de 6 ans¹²⁹³ et de 4 ans ont été successivement conclus¹²⁹⁴. Par une décision du 29 octobre 2013, les ministres chargés de l'Économie et des Finances ont ensuite confié à la direction la passation d'un marché public mutualisé de services juridiques pour l'ensemble des services d'administration centrale des ministères économiques et financiers. Elle a donc piloté la passation, en 2017, du nouveau marché mutualisé de prestations de conseil juridique et de représentation en justice. Ce marché, qui comprend les prestations des avocats de l'agent judiciaire de l'État, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Il a été renouvelé le 1^{er} janvier 2022¹²⁹⁵. Les avocats de l'agent judiciaire de l'État sont sélectionnés par le biais d'un marché public alloti. Conformément à l'obligation d'allotissement posé par le code de la commande publique, le marché est divisé en plusieurs lots correspondant à autant de prestations attribuables¹²⁹⁶. Toute la difficulté réside alors dans la détermination du nombre de lots nécessaires et l'individualisation des prestations nécessaires à l'activité de l'agent judiciaire. La direction des affaires juridiques a donc dû, dans le cadre de son rôle de pilotage de la passation du marché public de prestations juridiques, identifier les prestations d'expertise juridique et de représentation dont l'agent judiciaire de l'État avait besoin. Le marché public actuel comprend 181 lots, composés de 9 lots de conseil juridique et 172 lots de représentation devant les juridictions judiciaires, dont un lot spécial dédié à la représentation de l'État devant les juridictions judiciaires dans le cadre du litige « Charbonnage de France »¹²⁹⁷, ancien

¹²⁹⁰ La profession d'avoué ayant été supprimée par la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel (JORF du 26 janvier 2011, texte n° 1).

¹²⁹¹ A. PORTMANN, « Devenir avocat de l'État », *Dalloz actualités*, 2013 ; CAA Paris, 6 octobre 2014, n° 13PA03471, *Mme C.*

¹²⁹² DAJ des ministères économiques et financiers, « Brochure de présentation de l'Agent judiciaire de l'État », 2013, p. 21.

¹²⁹³ Entré en vigueur au 1^{er} janvier 2008.

¹²⁹⁴ Entré en vigueur au 1^{er} janvier 2014.

¹²⁹⁵ DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2021*, p. 25.

¹²⁹⁶ Selon l'article L. 2113-10 du code de la commande publique : « les marchés sont passés par lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes ». L'article 10 du code des marchés publics prévoyait déjà une telle obligation.

¹²⁹⁷ Avis de marché n° 21-13597, *BOAMP*, publié le 31 janvier 2021.

établissement public dont l'État a repris les droits. Le précédent marché comprenait 176 lots¹²⁹⁸.

521. L'attribution du marché de représentation de l'État devant les juridictions judiciaires soumet les avocats sélectionnés à des obligations particulières, ainsi qu'à un contrôle approfondi, exercé par la direction des affaires juridiques. Contrepartie de leur statut d'avocats de l'État, les avocats sélectionnés ne peuvent plaider contre lui. Ils doivent, par ailleurs, respecter les lignes directrices que l'agent judiciaire de l'État se donne depuis 2012. De plus, la sous-direction du droit privé et du droit pénal, qui assure au sein de la direction le suivi des contentieux relevant de l'agent judiciaire de l'État, suit chacun des dossiers confiés aux avocats. Ces derniers doivent régulièrement informer la sous-direction du droit privé des développements de la procédure et lui soumettre systématiquement les conclusions préparées afin qu'elles soient révisées avant leur transmission au juge¹²⁹⁹. Le recours à un marché public permet d'inclure l'ensemble de ces obligations dans le cahier des charges. L'agent judiciaire de l'État peut donc user, face aux avocats sélectionnés, de l'ensemble des prérogatives dont disposent les personnes publiques parties à un contrat administratif.

522. Contrepartie de son contrôle, la direction des affaires juridiques assiste et accompagne les avocats par deux principaux canaux. D'une part, depuis 2007, un réseau extranet est consacré aux activités de l'agent judiciaire de l'État. Il est accessible à ses avocats de l'agent judiciaire de l'État, ainsi qu'aux directions des affaires juridiques ministérielles qui sont les correspondantes de l'agent judiciaire de l'État auprès des autres administrations centrales. Le réseau extranet comprend des études juridiques, des fiches pratiques et des veilles de jurisprudence élaborées par la direction des affaires juridiques¹³⁰⁰. D'autre part, la direction des affaires juridiques organise, chaque année, une « rencontre de l'agent judiciaire de l'État » à laquelle les avocats, les correspondants ministériels et les agents de la direction des services chargés du contentieux judiciaire sont conviés.

B. La justification du mandat légal par la direction des affaires juridiques

523. La substitution de l'appellation moderne d'agent judiciaire « de l'État » à l'appellation historique d'agent judiciaire « du Trésor » et l'initiative d'une certification « ISO 9001 » de ses activités peuvent être perçues comme deux initiatives totalement autonomes. La première, d'ordre

¹²⁹⁸ DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2018*, p. 84.

¹²⁹⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information n° 1310 relatif au risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État*, 2018, p. 74.

¹³⁰⁰ DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2012*, p. 69.

institutionnel, a été opérée par un décret du 23 août 2012. La seconde, d'ordre organisationnel, s'inscrit dans la refonte générale des méthodes et des services de la direction des affaires juridiques, entamée à l'aube des années 2010. Les finalités de ces démarches peuvent toutefois être rapprochées. Rétrospectivement, l'une et l'autre semblent en effet poursuivre un même objectif : justifier le bien-fondé des modalités de représentation de l'État devant les juridictions judiciaires et l'attribution du mandat légal de l'agent judiciaire à la direction des affaires juridiques de Bercy.

524. Après 222 ans d'existence¹³⁰¹, l'agent judiciaire du Trésor a été rebaptisé « agent judiciaire de l'État » par un décret du 23 août 2012¹³⁰². La direction des affaires juridiques est à l'initiative directe de ce décret qu'elle a rédigé¹³⁰³. Cette démarche est d'abord justifiée par des raisons d'ordre pratique, la nouvelle appellation entendant mettre fin aux nombreuses confusions générées par la référence au *Trésor*. L'agent judiciaire du Trésor a régulièrement été assimilé à d'autres administrations, telles que la direction générale du Trésor ou encore le « Trésor public », relevant de la direction générale des finances publiques. Ces confusions ont souvent été à l'origine « d'erreurs d'aiguillage dommageables »¹³⁰⁴, puisque les requérants assignaient à tort les administrations des finances publiques, persuadés qu'il s'agissait de l'agent judiciaire du Trésor¹³⁰⁵. Une décision de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation du 31 mars 2011 illustre l'un de ces imbroglios¹³⁰⁶ : le requérant assigne l'agent judiciaire de l'État en paiement de dommages-intérêts devant le tribunal d'instance d'Avignon, croyant que l'administration des finances publiques qui s'y trouvait était un établissement de l'agent judiciaire de l'État à l'adresse duquel il pouvait être assigné. Il se pourvoit contre l'arrêt par lequel la Cour d'appel de Nîmes confirme l'incompétence du tribunal d'instance. La Cour de cassation rejette le pourvoi en rappelant que le siège de l'agent judiciaire se trouve « à la direction des affaires juridiques, sous-direction du droit privé, sis rue Louise Weiss à Paris 13^e ». Le changement de dénomination de l'agent judiciaire est ensuite fondé sur des motifs administratifs. L'initiative témoigne de l'ambition de la direction des affaires juridiques de Bercy de souligner la « vocation interministérielle »¹³⁰⁷ de son activité d'agent judiciaire de l'État. De la sorte,

¹³⁰¹ Décret du 21 juillet – 15 août 1790, relatif à la suppression de différents offices et places, *Rec. Duvergier*, t. I, p. 255.

¹³⁰² Décret n° 2012-985 du 23 août 2012 substituant la dénomination « agent judiciaire de l'État » à la dénomination « agent judiciaire du Trésor », *JORF* du 24 août 2012, texte n° 6. Le changement de nom ne s'est pas fait sans quelques manœuvres légistiques puisqu'il s'est agi de modifier l'ensemble des textes mentionnant l'appellation « agent judiciaire du Trésor », soit près de 80 occurrences (J.-P. BESSON, N. LATRECHE, « L'Agent judiciaire de l'État : 1790-2012, de la Révolution à la nouvelle dénomination », *CJFI*, n° 69, 2012, p. 6).

¹³⁰³ J.-P. BESSON, N. LATRECHE, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁰⁴ J. AMOUROUX, N. LATRECHE, *op. cit.*, §. 2.

¹³⁰⁵ Par ex. : CA Toulouse, 19 avril 2011, n° 09/04310, *Agent judiciaire du Trésor c. Moly*.

¹³⁰⁶ Cass, 2^e civ., 31 mars 2011, n° 10-20.284.

¹³⁰⁷ C. BERGEAL, « Longue vie à l'Agent judiciaire de l'État ! », *JCP G*, 2012, n° 41, p. 1807.

elle insiste et rappelle sa place centrale dans l'appareil administratif d'État.

525. La direction des affaires juridiques a également mis en œuvre, à partir de juin 2010, une procédure de certification « ISO 9001 » des activités de l'agent judiciaire de l'État. Une telle entreprise a été lancée dans le cadre d'une réflexion interne, menée dès 2008 et relative à l'ensemble des services de la direction des affaires juridiques¹³⁰⁸. Au terme d'une procédure conduite par deux comités internes¹³⁰⁹, les activités de l'agent judiciaire de l'État ont été certifiées le 22 mai 2012¹³¹⁰, puis le 12 juin 2015¹³¹¹. La certification « ISO 9001 » est une procédure attestant de la conformité d'une organisation à la norme « ISO 9001 », norme technique et non juridique¹³¹², élaborée, publiée et mise à jour par l'Organisation internationale de normalisation¹³¹³. La norme appartient à la catégorie des normes dites « d'assurance de qualité », car elle ne porte pas sur un bien ou un service, mais sur les procédures et les méthodes de travail employées par les structures pour produire ce bien ou ce service¹³¹⁴. Selon Lucie Cluzel-Métayer, les normes d'assurance de qualité « expliquent comment parvenir à un produit ou à un service de qualité », et fixent « les lignes directrices d'un système efficace de management de la qualité »¹³¹⁵ au sein des structures. Cela signifie, s'agissant de l'agent judiciaire de l'État, que la norme « ISO 9001 » ne porte pas sur la qualité des prestations de l'agent judiciaire, mais sur les procédures que celui-ci emploie afin d'offrir les prestations les plus qualitatives possibles. La conformité de l'organisation et des méthodes d'une structure à la norme « ISO 9001 » est attestée par une certification, « procédure par laquelle une tierce partie donne une assurance écrite qu'un service est conforme aux exigences spécifiées » par la norme¹³¹⁶. La direction des affaires juridiques a donc choisi de solliciter un organisme spécialisé, afin d'obtenir la certification de ses activités d'agent judiciaire. Ainsi présentée, cette certification semble plus adaptée aux services publics marchands qu'aux services publics administratifs. Les entreprises publiques ont d'ailleurs été les premières à être certifiées afin d'assurer leur compétitivité sur le

¹³⁰⁸ Conduite à l'occasion des dix ans de la direction des affaires juridiques, cette réflexion, intitulée « Mieux travailler ensemble », avait déjà abouti à la réorganisation de la direction par l'arrêté du 21 avril 2009 (JORF du 5 mai 2009, texte n° 7).

¹³⁰⁹ DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2009*, p. 49.

¹³¹⁰ DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2012*, p. 61.

¹³¹¹ DAJ des ministères économiques et financiers, *Rapport d'activité 2015*, p. 69.

¹³¹² V., sur cette question, L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, NBT, vol. 52, 2006, §. 27.

¹³¹³ La norme « ISO 9001 » a été publiée pour la première fois en 1987. Elle a été révisée à plusieurs reprises par la suite, la version actuelle étant la norme ISO « 9001:2015 ». L'Organisation internationale de normalisation est une organisation non-gouvernementale.

¹³¹⁴ A. TURINETTI, *La normalisation. Étude en droit économique*, L'Harmattan, « Droit civil et procédures », 2018, p. 96. Les « normes d'assurance de qualité » se distinguent des « normes de qualité » qui portent directement sur des biens ou des services.

¹³¹⁵ L. CLUZEL-MÉTAYER, *op. cit.*, §. 27.

¹³¹⁶ A. COURET, J. IGALENS, H. PENAN, *La certification*, PUF, « Que sais-je ? », 1995, p. 9.

secteur concurrentiel sur lequel elles opèrent¹³¹⁷. Cependant, dès la fin des années 1990, la certification « ISO 9001 » a prospéré au sein des services administratifs non marchands¹³¹⁸. En 2009, 11 directions ou services du ministère de l'Économie étaient certifiés¹³¹⁹.

526. Quand bien même la démarche entreprise par la direction des affaires juridiques n'est pas isolée au sein de l'appareil administratif d'État, l'intérêt d'une telle certification paraît limité. Certes, le processus de certification a conduit à une réflexion sur les méthodes et l'organisation des services de la direction des affaires juridiques consacrés aux activités de l'agent judiciaire. La certification repose, en effet, sur plusieurs étapes préalables d'audit et de formations durant lesquelles les méthodes de travail sont étudiées et améliorées. Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques de 2007 à 2013, justifie la certification en expliquant qu'elle a permis « d'expertiser et d'améliorer l'intégralité des procédures et des modes de travail »¹³²⁰ des services. Lancée dans le cadre d'une réflexion d'ensemble relative à la direction des affaires juridiques, la certification « ISO 9001 » a ainsi constitué l'un des canaux de cette démarche. Reste que l'apport réel de la certification pour la direction des affaires juridiques reste mystérieux dans la mesure où la plus-value d'une certification ne peut s'apprécier que sur un secteur concurrentiel. Elle est un faire-valoir, un signal envoyé à de potentiels clients afin de les assurer de la qualité des prestations proposées. Or, la direction des affaires juridiques ne connaît, dans le cadre de son activité d'agent judiciaire de l'État, aucune concurrence. Par essence, l'agent judiciaire de l'État est placé dans une situation de monopole. Les services de l'État, tous ministères confondus, sont obligés de recourir à ses services : la règle est d'ordre public, et toute action intentée devant le juge judiciaire, par ou contre une autre autorité administrative, est nulle. Sur ce point, la situation de l'agent judiciaire de l'État est tout à fait différente de celles d'autres services publics certifiés, tels que la direction de l'information légale et administrative. Si cette direction a été certifiée pour son offre d'impression en 2016 et en 2018¹³²¹, elle ne jouit dans le cadre de cette activité particulière d'aucun monopole¹³²². Elle n'est qu'un prestataire parmi d'autres, auquel les administrations peuvent recourir afin de réaliser l'impression de leurs publications. La certification « ISO 9001 » des activités d'Agent judiciaire de l'État n'a donc

¹³¹⁷ L. CLUZEL-MÉTAYER, *op. cit.*, §. 61.

¹³¹⁸ La direction générale pour l'armement est certifiée « ISO 9001 » pour l'ensemble de ses activités, tout comme l'Agence pour l'informatique financière de l'État. De même, depuis 2016, la direction de l'information légale et administrative est certifiée pour ses activités d'impression.

¹³¹⁹ G. BAROUCH, « La mise en œuvre des démarches qualité dans les services publics : une difficile transition », *Politique et management public*, vol. 27, 2010, p. 114.

¹³²⁰ C. BERGEAL, « Longue vie à l'Agent judiciaire de l'État ! », *op. cit.*, p. 1807.

¹³²¹ L'information est donnée par le site internet de la direction de l'information légale et administrative.

¹³²² Décret n° 2010-31 du 11 janvier 2010 relatif à la direction de l'information légale et administrative, JORF du 12 janvier 2010, texte n° 1.

offert à la direction des affaires juridiques aucun avantage concurrentiel, ses « clients » étant captifs.

527. La démarche de la direction des affaires juridiques s'avère ambivalente. Elle illustre l'ambition de prouver le bien-fondé des modalités de représentation de l'État devant les juridictions judiciaires, en apportant la preuve de l'efficacité de la direction pour assurer la défense des intérêts pécuniaires de l'État. À cet égard, cette initiative constitue la parfaite illustration du déploiement d'une rationalité managériale au sein de l'administration d'État. De façon spontanée, alors qu'aucune consigne gouvernementale n'était donnée, la direction des affaires juridiques a décidé de se conformer à une norme extra-juridique pour apporter la preuve de l'efficacité de son organisation et, partant, de son activité. S'il est toujours bon que les administrations s'interrogent et perfectionnent leurs méthodes de travail, il existe pourtant des procédés moins coûteux et il n'est pas certain que le recours à une procédure de certification, reposant sur l'intervention de prestataires privés, ait été utile.

528. Par sa dimension interministérielle et le monopole dont elle dispose, la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères exerce une activité contentieuse comparable à celle de Bercy.

II. LE MONOPOLE DE LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES

529. La direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères « représente l'État devant les instances internationales à caractère arbitral ou juridictionnel, notamment devant la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme »¹³²³. Son monopole est total : ses attributions se sont étendues parallèlement à l'essor des juridictions européennes et internationales, sans que jamais cette forme d'organisation de la défense de l'État française ne soit remise en cause. Au contraire, le développement de contentieux européens et internationaux est l'un des motifs du renforcement de l'expertise juridique du ministère des Affaires étrangères poursuivi par la création du service des affaires juridiques en 1963, puis par sa transformation en direction des affaires juridiques en 1969¹³²⁴. Avant cela, la représentation de l'État devant les juridictions internationales était confiée au juriconsulte du ministère, un juriste de haut niveau, généralement professeur de droit international et exerçant, à temps partiel, une fonction d'expertise

¹³²³ Art. 9 du décret n° 2012-1511 du 28 décembre 2012 portant organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, JORF du 30 décembre 2012.

¹³²⁴ V. *supra*, §. 81.

juridique auprès du ministre¹³²⁵. Par l'intermédiaire de sa mission de représentation de l'État, la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères anime la politique juridique extérieure de la France (A.) et sollicite à cette fin des professeurs de droit (B.).

A. La définition de la politique juridique extérieure de la France devant les juridictions internationales et européennes

530. Dans un ouvrage publié en 1983, Guy Ladreit de Lacharrière, alors juge à la Cour internationale de justice, soutient que si l'action des États sur la scène internationale est déterminée par les règles de droit international, auxquelles ils sont soumis, elle consiste également à agir sur ce droit afin de défendre les intérêts nationaux¹³²⁶. Les États mettent en œuvre des « politiques juridiques extérieures » portant sur les « aspects juridiques soit de l'ensemble des relations internationales soit d'un secteur particulier de celui-ci »¹³²⁷. La politique juridique extérieure est « une politique à l'égard du droit et non pas nécessairement déterminée par elle »¹³²⁸. Admettre que les États mènent de tels politiques laisse entrevoir la part que les juristes peuvent prendre dans l'action diplomatique. La conception et l'animation d'une politique consacrée au droit international reposent sur la maîtrise de ses règles et requièrent des compétences juridiques organisées. Guy Ladreit de Lacharrière dirige les affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères durant dix ans¹³²⁹, et il est probable que ses fonctions aient façonné sa conception de l'activité juridique des États¹³³⁰, quitte à surestimer le pouvoir réel du juriste. La direction est l'instrument incontournable d'une telle politique, puisqu'elle est la principale source d'expertise juridique du ministère. Si l'on pense avant tout à son rôle de conseil des pouvoirs publics sur toutes questions de droit international, ou à ses attributions en matière d'élaboration des traités et des accords, l'activité de la direction des affaires juridiques devant les juridictions internationales et européennes est une dimension à part entière de la politique juridique extérieure de la France. Disposant du monopole de la représentation de l'État devant les juridictions internationales et européennes, la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères est en mesure d'élaborer une véritable

¹³²⁵ V. *infra*. A. GROS, « Origines et traditions de la fonction de juriconsulte du département des affaires étrangères », in *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, LGDJ, 1970, p.187.

¹³²⁶ G. LADREIT DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Economica, « Enjeux internationaux », 1983.

¹³²⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ Guy Ladreit de Lacharrière est à la tête de la direction des affaires juridiques de sa création, en 1969, jusqu'en 1979.

¹³³⁰ Bien que la direction des affaires juridiques du ministère ne soit pas mentionnée dans son ouvrage, qui ignore plus généralement la question de l'organisation de l'expertise juridique des États. L'objet de cet essai est de proposer une modélisation générale des orientations des politiques juridiques extérieures.

politique contentieuse extérieure dont l'objet est de définir la position française dans le cadre des litiges internationaux et européens (A.). À cette fin, elle sollicite l'assistance de juristes extérieurs aux ministères (B.).

A. La définition de la politique contentieuse extérieure de la France devant les juridictions internationales et européennes

531. En surplomb des stratégies contentieuses élaborées pour chaque litige, la politique contentieuse de la direction des affaires juridiques devant les juridictions internationales est guidée par des orientations générales répondant à deux objectifs : la défense immédiate des intérêts de la France et le déploiement d'une influence sur la détermination du contenu des règles de droit international.

532. Le premier objectif, à court terme et de portée immédiate, consiste à veiller aux intérêts nationaux dans le cadre des litiges mettant en cause la France. Classiquement, le rôle de la direction juridique s'assimile alors à celui de l'avocat de l'État, essayant de faire valoir les vues françaises auprès du juge avant qu'il ne se prononce¹³³¹. La représentation de l'État devant les juridictions internationales et européennes est assurée par un agent nommé pour chaque affaire et chargé de plaider pour l'État¹³³². Le directeur des affaires juridiques, en tant que « jurisconsulte », défend la France dans le cadre des litiges les plus importants. Ainsi, il plaide systématiquement devant les rares instances auxquelles la France est partie devant la Cour internationale de justice, ainsi qu'à l'occasion de la plupart des affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme¹³³³. À l'inverse, il délègue sa compétence à ses adjoints ou au sous-directeur du droit de l'Union européenne devant la Cour de justice¹³³⁴ et le Tribunal de l'Union européenne¹³³⁵.

533. La politique contentieuse extérieure poursuit un second objectif, plus lointain. Elle est un

¹³³¹ F. ALABRUNE, « La politique juridique extérieure de la France », in G. GUILLAUME (dir.), *La vie internationale et le droit*, Hermann, Collection de l'Académie des sciences morales et politiques, 2017, p. 155.

¹³³² V. par ex. l'article 19 du Protocole n° 3 sur le Statut de la Cour de justice de l'Union européenne ; l'article 35 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore l'article 40 du règlement de la Cour internationale de Justice.

¹³³³ N. HERVIEU, « Entretien avec François Alabrune, Directeur des affaires juridiques du Ministère des Affaires étrangères », *La Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015 (disponible en ligne).

¹³³⁴ Par exemple : CJUE, 4 octobre 2018, C-416/17, *Commission européenne c. République française* ; CJUE, 28 avril 2022, C-286/21, *Commission européenne c. République française*.

¹³³⁵ Par exemple : TUE, 15 septembre 2021, T-127/20, *France c. ECHA*.

canal de la « politique volontariste »¹³³⁶ au moyen de laquelle la direction tente d'influencer le droit international. La politique contentieuse n'est plus uniquement défensive et centrée sur la protection immédiate des intérêts nationaux, elle devient offensive en projetant d'orienter les règles internationales et européennes. Cette dimension supplémentaire est essentiellement poursuivie grâce aux interventions de la France dans le cadre d'instances juridictionnelles internationales auxquelles elle n'est pas partie. La direction des affaires juridiques mobilise en effet pleinement les procédures d'intervention qui permettent « à un État tiers qui le désire de s'immiscer dans un procès lorsqu'un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause »¹³³⁷. La stratégie d'intervention élaborée par la direction des affaires juridiques se déploie essentiellement devant la Cour de justice de l'Union européenne¹³³⁸.

534. Dans la pratique, trois grandes hypothèses poussent la direction des affaires juridiques à adresser une demande d'intervention à la Cour, après avoir obtenu l'accord du Secrétariat général aux affaires européennes¹³³⁹. Tout d'abord, elle intervient lorsque l'affaire portée met en cause un État dont le système juridique est proche du système français¹³⁴⁰. L'intervention consiste alors à défendre la conformité des dispositions juridiques contestées au droit de l'Union, et « de convaincre la Cour d'interpréter ou d'appliquer le droit communautaire d'une manière qui nuise le moins possible aux façons-de-faire nationales »¹³⁴¹. L'effet escompté est de prouver, par ricochet, que les dispositions juridiques françaises semblables aux dispositions contestées sont conformes au droit européen. Le ministère des Affaires étrangères est ainsi intervenu dans le cadre d'une question préjudicielle posée par la Slovénie au sujet de la directive « temps de travail »¹³⁴². L'intervention poursuit encore une logique défensive : « il s'agit finalement de la défense du droit national, lui-même le reflet de traditions, cultures et politiques nationales »¹³⁴³. Ensuite, la direction des affaires juridiques peut intervenir lorsque l'affaire portée devant la Cour a pour objet une disposition d'un

¹³³⁶ F. ALABRUNE, *op. cit.*, p. 156.

¹³³⁷ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, « Domat droit public », 13^e édition, 2019, p. 643.

¹³³⁸ La procédure est alors régie par les articles 129 et suivants du règlement de la Cour. Il est notamment exigé que l'intervention n'ait « d'autre objet que le soutien, en tout ou en partie, des conclusions de l'une des parties ».

¹³³⁹ S. BARBIER, Entretien n° 2.

¹³⁴⁰ Ainsi la France peut intervenir dans le cadre d'un recours en manquement exercé par la Commission européenne contre un État ou à l'occasion d'une question préjudicielle.

¹³⁴¹ M.-P. GRANGER, « Les stratégies contentieuses des États devant la Cour », in P. MBONGO, A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen : scènes, acteurs et public de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2009, p. 86.

¹³⁴² CJUE, Grande chambre, 15 juillet 2021, C-742/19, *B.K. c. République slovène*. Le Conseil d'État a d'ailleurs tiré les conséquences de cet arrêt, tout en admettant que la réglementation de la gendarmerie nationale était conforme aux dispositions de la directive (CE, 17 décembre 2021, n° 437125)

¹³⁴³ M.-P. GRANGER, *op. cit.*, p. 86.

texte européen sur lequel il existe une ambiguïté. Les observations présentées tentent alors de défendre l'interprétation française de la disposition et, ce faisant, une certaine vision du droit de l'Union. L'intervention offre alors l'occasion de poursuivre les négociations réalisées lors du processus législatif européen. Enfin, la France formule des observations lors de contentieux entre les institutions de l'Union. Elle intervient, la plupart du temps, au soutien du Conseil de l'Union européenne afin de défendre, par son intermédiaire, la capacité des États membres à agir¹³⁴⁴. Ces deux derniers exemples de la pratique française devant la Cour de justice de l'Union européenne démontrent que l'intervention est l'un des canaux de la mise en œuvre d'une politique contentieuse offensive dont le but est d'influencer, sur le temps long, le contenu du droit de l'Union.

535. La France fait partie des États membres de l'Union européenne les plus actifs devant la Cour¹³⁴⁵. Elle intervient d'ailleurs plus régulièrement qu'elle n'est véritablement partie aux litiges¹³⁴⁶. Cette politique d'intervention active et volontariste est nettement favorisée par l'organisation de l'expertise juridique en matière européenne. Les États disposent de seulement six semaines à compter de la publication, au Journal officiel de l'Union européenne, de l'avis indiquant l'inscription d'une requête introductive d'instance pour présenter une demande d'intervention¹³⁴⁷. Une fois cette demande acceptée, les mémoires en intervention doivent être communiqués dans un délai d'un mois¹³⁴⁸. La concentration du contentieux européen au sein de la direction des affaires juridiques, en coordination avec le Secrétariat général aux affaires européennes, permet de respecter ces délais. La sous-direction du droit de l'Union européenne réalise une veille des contentieux européens de sorte que la direction des affaires juridiques est en mesure d'identifier rapidement les affaires dans lesquelles elle peut envisager d'intervenir. Une fois le principe d'une intervention acté, la sous-direction se charge de la rédaction des observations.

536. La « stratégie d'influence par le droit »¹³⁴⁹ de la direction des affaires juridiques aussi encore poursuivie devant la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁵⁰ et devant la Cour internationale

¹³⁴⁴ Par ex. : CJCE, Grande chambre, 13 septembre 2005, C-176/03, *Commission des communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*.

¹³⁴⁵ M.-P. GRANGER, *op. cit.*, p. 104.

¹³⁴⁶ F. ALABRUNE, *op. cit.*, p. 156.

¹³⁴⁷ Article 130 du règlement de la Cour.

¹³⁴⁸ Article 132 du règlement de la Cour.

¹³⁴⁹ Selon l'expression employée par François Alabrune, directeur des affaires juridiques de 2014 à 2022 : Compte-rendu de l'audition de François Alabrune et Florence Merloz par la délégation française à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 20 décembre 2017, p. 6.

¹³⁵⁰ E. BELLIARD, « La défense de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 2007, n° 163, p. 36. La tierce intervention est prévue à l'article 36 § 1 de la Convention. La tierce intervention est régie par l'article 44 du règlement de la Cour, v. à ce sujet, E. DECAUX, C. PETITTI, *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruylant, « Droit et Justice », 2009.

de Justice. Toutefois, si le Statut de la Cour internationale de Justice reconnaît aux États la possibilité d'intervenir dans un différend interétatique¹³⁵¹, la France se garde de s'exposer aux risques diplomatiques que lui ferait courir une immixtion dans un litige interétatique auquel elle est étrangère. La direction des affaires juridiques se contente ainsi d'intervenir lors de procédures consultatives, dans les conditions posées à l'article 65 du Statut. La France est ainsi récemment intervenue à l'occasion de la requête pour avis consultatif relative aux « effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965 »¹³⁵².

537. L'étude de la stratégie d'intervention déployée par la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères devant les juridictions internationales et européennes dévoile la politique contentieuse extérieure de la France. La direction ne se contente pas de veiller, en défense, aux intérêts de l'État sur la scène internationale. Elle élabore et réalise une stratégie d'influence sur le droit international, par le droit international. De la sorte, la direction des affaires juridiques porte ainsi une vision du droit international teintée de volontarisme ou, du moins, protectrice de la souveraineté des États.

B. Le recours aux expertises juridiques extérieures

538. Malgré l'expertise reconnue dont elle dispose en droit international et européen, la direction des affaires juridiques est parfois amenée à solliciter des conseils juridiques extérieurs.

539. Le ministère des Affaires étrangères fait rarement appel à des avocats. Sa pratique est comparable à celles de la plupart des autres directions des affaires juridiques ministérielles. En effet, elle considère disposer des compétences juridiques suffisantes en droit international pour assurer, elle-même, la représentation de l'État devant les juridictions internationales. L'option de faire appel à un avocat est d'autant plus délaissée qu'elle est jugée aussi coûteuse que chronophage¹³⁵³. Deux configurations spécifiques conduisent toutefois la direction à solliciter les services d'avocats : les procédures d'arbitrages internationaux et les litiges extraterritoriaux.

540. À rebours de la règle classique en droit administratif, prohibant aux personnes publiques de

¹³⁵¹ Art. 62 et 63 du Statut de la Cour internationale de justice.

¹³⁵² CIJ, requête pour avis consultatif, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Exposé écrit de la République française, 2018 ; CIJ, avis consultatif, 25 février 2019, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Rec. p. 95.

¹³⁵³ S. BARBIER, Entretien n° 2.

se soumettre à l'arbitrage¹³⁵⁴, l'État peut, dans le cadre de ses relations internationales, consentir à y recourir pour régler des différends qui l'opposent à d'autres États¹³⁵⁵. En outre, des traités ou accords internationaux, régulièrement incorporés dans l'ordre juridique interne, peuvent imposer que les litiges survenus dans le cadre de leur application soient résolus par un tribunal arbitral, ou déroger à la prohibition législative du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques françaises¹³⁵⁶. Les traités de protection des investissements reposent sur un tel principe¹³⁵⁷. Le recours à l'arbitrage prospère également dans le cadre des contrats internationaux conclus par l'État, pour lesquels la Cour de cassation a reconnu qu'il existait une dérogation à la prohibition pour l'État de recourir à l'arbitrage¹³⁵⁸. La représentation de l'État devant les instances arbitrales internationales relève pleinement des attributions de la direction des affaires juridiques¹³⁵⁹, mais celle-ci privilégie le recours à des cabinets d'avocats spécialisés en raison de la complexité et de la technicité de l'objet du litige¹³⁶⁰. Ainsi, dans un arbitrage en cours depuis 2021, opposant la France et un investisseur russe sur le fondement du Traité franco-russe de protection des investissements, la direction des affaires juridiques se fait assister par le cabinet d'avocats Gide Loyrette Nouel¹³⁶¹. Un motif d'ordre culturel pourrait également être avancé. Il existe un décalage certain entre les procédures juridictionnelles internationales « classiques » auxquelles les agents de la direction des affaires juridiques sont accoutumés, et la culture procédurale qui prévaut dans le monde de

¹³⁵⁴ Art. 2060 du code civil et art. L. 432-1 du code des relations entre le public et l'administration.

¹³⁵⁵ Parmi de rares exemples de recours de la France à l'arbitrage pour régler des différends interétatiques, on peut citer notamment : *Affaire de la délimitation du plateau continental (Royaume-Uni c. France)*, sentences du 30 juin 1977 et du 14 mars 1978, RSA, vol. XVIII, pp. 3-413 ; *affaire des chlorures du Rhin (Pays-Bas c. France)*, sentence arbitrale CPA du 12 mars 2004, RSA, vol. XXV, pp. 267-344. Plus anciennement, on peut évoquer également *l'affaire des déserteurs de Casablanca (France c. Allemagne)*, sentence du 22 mai 1909, RSA, vol. XI, pp. 119-131.

¹³⁵⁶ Ces dérogations peuvent être prévues pour des opérations ponctuelles v., par ex., le traité de Cantorbéry du 12 février 1986 relatif au tunnel sous la manche et la sentence rendue sur son fondement : *The Channel Tunnel Group Ltd, France-Manche SA c. The British Railways Board, SNCF* aff. CCI n° 8016/CK, sentence du 30 octobre 1995. Dans d'autres cas, les dérogations peuvent être plus générales, v. par ex. la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international conclue à Genève le 21 avril 1961.

¹³⁵⁷ Les traités de protection des investissements sont des accords dont l'objet est d'assurer une protection dans un État partie, des investissements des autres États parties, réalisés par des personnes physiques ou morales. La France est actuellement partie à 112 traités d'investissements. V., sur ce contentieux, A. de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 3^e édition, 2020.

¹³⁵⁸ Cass, 1^{ère} civ., 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, Bull. civ. 1966, I, n° 256. Cette dérogation ne joue pas cependant pour les contrats administratifs internationaux relevant de la compétence du juge administratif. En ce sens : TC, 17 mai 2010, n° C3754, *INSERM*.

¹³⁵⁹ Décret n° 2012-1511 du 28 décembre 2012 portant organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, Art. 9.

¹³⁶⁰ S. BARBIER, Entretien n° 2.

¹³⁶¹ « Three are in place to hear high-stakes gold mining dispute », *LARreporter*, 30 mars 2022. Il s'agit de l'affaire *Severgroup & KN holdings c. France* relatif à la « Montagne d'or » en Guyane (v., sur cette affaire : M. LAHOUAZI, « Chronique de droit des modes alternatifs de règlement des différends. Textes et décisions du 1er juillet au 31 décembre 2021 », *JCP A*, 2022, n° 11, p. 2082).

l'arbitrage¹³⁶².

541. Par commodité, l'État est aussi conseillé et représenté par des avocats lorsqu'il est attiré devant une juridiction étrangère. La direction des affaires juridiques choisit alors un cabinet exerçant dans l'État dans lequel se déroule la procédure. La supervision du litige est assurée conjointement avec l'agent judiciaire de l'État, dont le mandat légal couvre les instances devant les juridictions étrangères¹³⁶³. Cette cogestion peut parfois être à l'origine de difficultés entre les administrations centrales s'agissant de la détermination du budget ministériel auquel les honoraires du cabinet d'avocats étranger doivent être imputés. Dès lors que les litiges en cause entrent dans le mandat de l'agent judiciaire, les dépenses qu'ils font naître doivent être assumées par ce dernier, et être inscrites au budget de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers. Néanmoins, sous l'impulsion de l'agent judiciaire de l'État, ces coûts sont parfois partagés avec le ministère des Affaires étrangères¹³⁶⁴.

542. La direction des affaires juridiques bénéficie surtout d'une collaboration ancienne et bien établie avec les juristes universitaires. Dans les cas exceptionnels où la France est partie à un litige devant la Cour internationale de justice, sa défense est réalisée par une équipe juridique étoffée, composée d'agents de la direction des affaires juridiques et de professeurs de droit¹³⁶⁵, dont l'intervention est bénévole¹³⁶⁶. Ces derniers participent à l'élaboration de la stratégie contentieuse de l'État dans le cadre du litige, puis à la rédaction des requêtes et des mémoires qu'ils plaident devant la Cour¹³⁶⁷.

543. La pratique française ne constitue aucunement un cas isolé. Les États sont fréquemment assistés et défendus par des professeurs de droit devant la Cour internationale de Justice. La spécificité du contentieux devant la Cour favorise cette pratique. En effet, son Statut reconnaît le rôle de la doctrine publiciste, l'article 38 disposant que la Cour, « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique [...] les décisions

¹³⁶² Sur cette différence culturelle et technique, v. M. FORTEAU, « Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois ? », in *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot : le procès international*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 110.

¹³⁶³ J. AMOUROUX, J.-P. BESSON, *op. cit.*, §. 32.

¹³⁶⁴ S. BARBIER, Entretien n° 2.

¹³⁶⁵ S'il s'agit le plus souvent de professeurs des universités, la direction des affaires juridiques peut aussi faire appel à des maîtres de conférences (v., par ex., lors de l'affaire des *Immunités pénales* opposant la France à la Guinée équatoriale (CIJ, 11 décembre 2020, Rec. p. 300).

¹³⁶⁶ S. BARBIER, Entretien n° 2.

¹³⁶⁷ Le directeur des affaires juridiques, en tant qu'agent de l'État français, ouvre et clôt les plaidoiries.

judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». En conséquence, les juges accordent une attention toute particulière aux « positions des auteurs, des sociétés savantes ou des organes appelés à formuler des opinions juridiques sans engager les sujets de droit (État, organisation internationale) dont ils relèvent »¹³⁶⁸. Les États s'attachent ainsi les services de professeurs, tant pour renforcer leurs compétences juridiques dans le cadre de contentieux interétatiques complexes que pour bénéficier de leur autorité qui découle de leur statut¹³⁶⁹.

544. Le recours aux professeurs de droit dans le cadre des contentieux portés devant la Cour internationale de justice poursuit la relation étroite que le ministère des Affaires étrangères entretient, de longue date, avec les universitaires : la fonction d'expertise juridique du ministère est apparue et s'est construite autour de professeurs de droit international¹³⁷⁰. Avant la création de la direction des affaires juridiques en 1969, le ministère disposait d'un juriconsulte traditionnellement choisi parmi les universitaires¹³⁷¹. Depuis 1969, le directeur des affaires juridiques est issu du corps diplomatique ou du Conseil d'État. Malgré le renforcement de l'expertise juridique consécutive à la création de la direction, une expertise juridique spécifique en droit international public demeure nécessaire lorsque l'État est partie à des litiges interétatiques. À l'initiative de Gilbert Guillaume, directeur des affaires juridiques de 1979 à 1987, le ministère a donc continué de faire appel à des professeurs de droit pour assister la direction devant la Cour internationale de justice. Le choix des universitaires sollicités dépend dans une large mesure de liens de confiance interpersonnels pouvant exister entre le directeur des affaires juridiques, ses agents et le corps universitaire. Ainsi, Gilbert Guillaume a d'abord sollicité Alain Pellet dans le cadre de l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies*¹³⁷² et s'est attaché par la suite ses services dans près de dix procédures contentieuses et consultatives. D'après les comptes-rendus des

¹³⁶⁸ A. PELLET, P. DAILLIER, Q. D. NGUYEN, *Droit international public*, LGDJ, 5^e édition, 1994, §. 261. Néanmoins, la Cour ne recourt aux exposés doctrinaux qu'à titre subsidiaire, après avoir appliqué les conventions internationales, la coutume et les principes généraux du droit.

¹³⁶⁹ Ainsi, dès les premiers différends soumis à la Cour, les États ont été défendus par des professeurs de droit. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou* qui l'opposait à l'Albanie, le Gouvernement du Royaume-Uni était assisté, entre autres, par Hersch Lauterpacht et Humphrey Waldock, professeurs à Cambridge et Oxford. Rien n'oblige un État à solliciter un professeur d'une autre nationalité. Toutefois, statutairement, les professeurs français ne peuvent plaider contre la France. L'article L. 123-1 du code général de la fonction publique interdit en effet à l'agent public « de donner des consultations, de procéder à des expertises ou de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ne relevant pas du secteur concurrentiel ».

¹³⁷⁰ V. *supra* §. 76.

¹³⁷¹ Louis Renault, André Weiss, Albert de Geouffre de la Pradelle, Jules Basdevant, André Gros et Paul Reuter sont professeurs de droit international et juriconsultes du ministère.

¹³⁷² CIJ, Avis consultatif, 20 juillet 1982, *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies*, Rec. p. 325.

procédures orales et les arrêts de la Cour internationale de justice¹³⁷³, sept autres universitaires ont conseillé la France depuis 1982. Leur intervention bénévole, exonérant d'ailleurs le ministère de toute obligation de publicité et de mise en concurrence prévue par le code de la commande publique¹³⁷⁴, permet à la direction des affaires juridiques de choisir librement des professeurs avec lesquels elle entretient une relation de travail suivie. En sollicitant des universitaires pour l'assister dans la défense de la France dans le cadre de litiges interétatiques, la direction des affaires juridiques perpétue une tradition de longue date entre le ministère des Affaires étrangères et la Faculté de droit.

*

545. Par les monopoles qui leur sont reconnus, les directions des affaires juridiques du Quai d'Orsay et de Bercy concentrent la gestion des contentieux européens, internationaux et judiciaires de l'État. En lien avec les ministères concernés par les litiges, elles maîtrisent ainsi la défense de l'État et sont en mesure de porter, dans ses intérêts, une politique contentieuse.

¹³⁷³ Ce qui ne permet donc pas de connaître les universitaires qui ont conseillé le ministère dans le cadre de procédures non contentieuses.

¹³⁷⁴ L'intervention bénévole des universitaires exclut la qualification de marché public, qui nécessite un prix ou tout équivalent en contrepartie de la prestation confiée (art. L. 1111-1 du code de la commande publique).

Conclusion du chapitre

546. L'activité des directions des affaires juridiques en matière contentieuse atteste de la pertinence du choix de spécialiser et de concentrer la défense de l'État devant les juridictions administratives, judiciaires, européennes et internationales. La spécialisation était ancienne : les services contentieux ont constitué l'une des premières formes d'organisation d'une fonction d'expertise juridique identifiée au sein des ministères. À cet égard, la création des directions ne fait qu'approfondir un mouvement de spécialisation organique déjà à l'œuvre. Hormis quelques exceptions, les directions des affaires juridiques assurent en effet la représentation du ministre en appel, devant le Conseil d'État et en première instance lorsque les actes relèvent directement du ministre ou des services centraux. Même lorsque les contentieux sont déconcentrés, les directions parviennent encore, au moyen d'instructions ou de dispositifs de formation, à accompagner les services déconcentrés et à maîtriser la stratégie contentieuse des litiges les plus sensibles.

547. Leurs attributions en matière contentieuse procurent aux directions une vision d'ensemble leur permettant de définir de grandes lignes directrices dans la gestion du contentieux ministériel. On songe notamment au développement d'une politique de transaction ou encore à l'estimation des provisions pour litiges. Cette forme d'organisation semble aussi adaptée au traitement de contentieux sensibles, nécessitant une réflexion juridique élaborée et une véritable stratégie contentieuse. Enfin, l'activité contentieuse enrichit l'activité consultative des directions. Ces dernières parviennent d'autant plus à conseiller les services ministériels et à anticiper les risques contentieux qu'elles développent une connaissance fine de la jurisprudence administrative. Les vertus de ce cumul pourraient aussi justifier une plus grande intégration des directions au processus d'élaboration des textes législatifs et réglementaires, la collaboration des directions facilitant ensuite la défense des actes devant le juge administratif.

Chapitre 3

L'amélioration de la qualité du droit

548. La participation des directions des affaires juridiques à l'élaboration des textes juridiques et à la politique d'amélioration de la qualité du droit ne relevait pas de l'évidence. Certes, il existe une concordance temporelle entre leur généralisation, à compter des années 1990¹³⁷⁵, et l'apparition, au sein de l'administration d'État, d'une préoccupation légistique. Cependant, ce lien est plus ambigu qu'il n'y paraît. Les directions sont créées pour pallier le manque d'expertise juridique dans les services ministériels. Mais leur place dans la politique d'amélioration de la production normative est, à l'origine, beaucoup moins nette. En effet, la qualité du droit relève des autorités politiques qui prennent l'initiative des textes et des services administratifs qui sont chargés de les écrire. Les directions des affaires juridiques ne sauraient se substituer ni aux unes, ni aux autres. Comme le remarque un observateur privilégié de leur généralisation :

« Force est en effet de reconnaître que, si c'est bien un souci de “sécurité juridique” qui a inspiré leur création, celle-ci a surtout été perçue comme la sécurité de l'administration elle-même, confrontée à des risques contentieux croissants. Il n'est donc pas étonnant qu'en l'état, les directions juridiques fassent primer la fonction d'expertise sur celle de l'assistance à la rédaction des textes, privilégiant le “contrôle de légalité” par rapport au “contrôle de qualité” »¹³⁷⁶.

549. Bien qu'elles n'aient pas été spécialement créées pour mettre en œuvre une politique de qualité du droit, les directions des affaires ont progressivement conquis un rôle en la matière. Les textes d'organisation des ministères les plus récents leur confient ainsi explicitement la responsabilité de la qualité de la réglementation ou de sa promotion¹³⁷⁷. Par ailleurs, toutes les directions des affaires juridiques sont amenées à participer à l'élaboration des projets normatifs les plus importants. Par exemple, la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation

¹³⁷⁵ V. *supra*, §. 145.

¹³⁷⁶ S. LASVIGNES, « Sécurité du droit et qualité de la réglementation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 4.

¹³⁷⁷ La DLPAJ du ministère de l'Intérieur « promeut la qualité de la réglementation tandis que les directions des affaires juridiques des ministères sociaux, de la Transition écologique et de l'Agriculture sont « responsable[s] de la qualité de la réglementation ».

nationale « est consultée sur les projets de textes législatifs ou réglementaires préparés par les directions générales et les autres directions et assure le suivi des procédures d'adoption de ces textes »¹³⁷⁸, la direction des affaires juridiques du ministère de l'Agriculture « assure la coordination de la préparation des textes législatifs et réglementaires intéressant l'ensemble du ministère »¹³⁷⁹, tandis que celle du ministère des Armées est chargée d'élaborer « les projets de textes législatifs et réglementaires intéressant le ministère de la Défense, à l'exception des dispositions statutaires »¹³⁸⁰. À la condition d'être véritablement associées à l'activité normative du ministère, les directions peuvent ainsi être amenées à exercer une fonction de vigie de la qualité juridique et légistique des projets de texte.

550. L'apport des directions des affaires juridiques à la qualité du droit s'envisage d'abord à l'aune de leur intégration au processus ministériel d'élaboration des textes législatifs et réglementaires (**Section 1**). Il s'apprécie ensuite selon une perspective plus large, en tentant d'identifier la place des directions des affaires juridiques dans la conception et l'animation de la politique gouvernementale d'amélioration de la qualité du droit (**Section 2**).

SECTION 1. LES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES DANS LE PROCESSUS D'ÉLABORATION DES TEXTES JURIDIQUES

551. Si les décrets d'organisation des ministères associent les directions des affaires juridiques à l'élaboration des projets de lois et de règlements, les modalités de leur intervention demeurent largement indéterminées. Il est seulement prévu que les directions sont « consultées », sans que le moment de cette consultation et ses conséquences ne soient précisés. Plus généralement, les textes juridiques, comme les documents administratifs relatifs à la rationalisation de la production normative, ignorent les conditions selon lesquelles le processus d'élaboration des normes se déroule au sein des ministères. Ils définissent ou rappellent des principes et des méthodes légistiques, « pour tous ceux qui participent, à un titre ou à un autre, à la préparation des textes normatifs »¹³⁸¹, sans répartir le travail d'élaboration des textes entre les acteurs des ministères. Ainsi, le *Guide de légistique*,

¹³⁷⁸ Décret n° 2014-133 du 17 février 2014 fixant l'organisation de l'administration centrale des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur et de la recherche, JORF du 18 février 2014.

¹³⁷⁹ Décret n° 2008-636 du 30 juin 2008 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère chargé de l'agriculture, de l'alimentation, de l'agroalimentaire et de la forêt, JORF 1^{er} juillet 2008.

¹³⁸⁰ Décret n° 2009-1179 du 5 octobre 2009 fixant les attributions et l'organisation du secrétariat général pour l'administration du ministère de la Défense, JORF du 6 octobre 2009.

¹³⁸¹ SGG, *Guide de légistique*, La Documentation française, 3^{ème} édition, 2017, p. 3.

qui compile, sur plus de 700 pages, « l'ensemble des principes, règles et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs »¹³⁸², s'attache à développer les étapes de leur élaboration¹³⁸³, mais ne présente aucune règle relative à l'organisation de la phase ministérielle de cette préparation. Les directions des affaires juridiques ne sont jamais mentionnées, à l'exception, pour le cas particulier des traités et accords internationaux, de celle du ministère des Affaires étrangères.

552. Malgré les quelques descriptions dont il a pu faire l'objet¹³⁸⁴, le processus ministériel d'élaboration des textes juridiques demeure rétif à la systématisation. Si elle comporte plusieurs passages obligés, la fabrication d'un texte est rarement linéaire et les tâches s'entremêlent. Sa présentation sous la forme d'une succession d'étapes distinctes comporte nécessairement une part d'artifice. Elle est toutefois indispensable afin de préciser, au préalable, le type de tâches que l'élaboration d'un texte juridique implique et les termes choisis pour les désigner. Le processus administratif d'élaboration des textes législatifs et réglementaires par les administrations centrales pourrait être présenté comme la succession de trois phases principales. La première est une phase préparatoire de *conception* intellectuelle du projet normatif : elle consiste à collecter les informations utiles et à procéder aux arbitrages nécessaires à la détermination du contenu du futur texte. Ce premier temps de réflexions techniques, politiques et juridiques est ordonné par des méthodes de légistique matérielle¹³⁸⁵. La deuxième phase est une phase de rédaction du texte consistant en la « mise en forme juridique »¹³⁸⁶ des choix opérés durant la phase préparatoire. Il s'agit de l'*écriture* du projet à proprement parler, ainsi que celle des documents qui doivent éventuellement y être annexés. Cette seconde phase est suivie d'une ultime phase de *révision*, durant laquelle le texte est relu, et éventuellement modifié, par des organes distincts de ceux qui en ont rédigé la première mouture¹³⁸⁷. Les phases de rédaction et de révision du texte font intervenir des principes de

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 120-259.

¹³⁸⁴ V. not., J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans l'élaboration des normes », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 623 ; J.-M. DELARUE, « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par les administrations centrales », in *Juger l'administration. Administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 220 ; P. GONOD, « L'administration et l'élaboration des normes », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. I, p. 530, P. GÉRARD, *L'administration de l'État*, LexisNexis, « Manuel », 5^{ème} édition, 2022, §. 118.

¹³⁸⁵ La légistique matérielle est dédiée à la qualité substantielle des textes juridiques. Elle a pour objet de développer des méthodes afin que les options juridiques choisies soient le plus adaptées aux problèmes qu'elles entendent résoudre (A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli, 2019, p. 34).

¹³⁸⁶ J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans l'élaboration des normes », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 631.

¹³⁸⁷ V. *infra* §. 587.

légistique formelle¹³⁸⁸.

553. La place des directions des affaires juridiques au sein du processus ministériel d'élaboration des textes législatifs et réglementaires a pu être déterminée grâce aux témoignages des acteurs¹³⁸⁹. Il en résulte que les directions n'interviennent qu'exceptionnellement dans la phase de rédaction des textes **(I.)**. Leur rôle dans la phase de révision est, en revanche, croissant **(II.)**.

I. L'ÉCRITURE DES TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES

554. Plusieurs raisons justifient de concentrer plus particulièrement l'étude sur la phase de rédaction des textes, en délaissant la phase préparatoire de leur élaboration. En effet, les directions des affaires juridiques participent rarement à cette première phase qui relève des autorités politiques et des directions sectorielles. Elles n'ont que peu d'emprise sur l'initiative des textes et le choix de leurs orientations. Leur rôle se limite, le plus souvent, à l'examen de la conformité juridique du texte et de ses qualités légistiques, l'application de principes de légistique matérielle étant laissée aux services chargés de l'élaboration et de l'animation des politiques publiques.

555. En principe, les directions des affaires juridiques se contentent d'assister les services qui préparent les projets de textes législatifs et réglementaires **(A.)**. Dans certains cas limités, elles prennent la plume et assurent, elles-mêmes, la rédaction des projets **(B.)**.

A. Une assistance limitée

556. L'institution des directions des affaires juridiques ne transforme pas le processus administratif d'élaboration des projets de textes **(1.)**. Au contraire, elle confirme l'existence d'un modèle administratif français d'élaboration de la norme, se caractérisant par l'attribution de toutes les étapes de conception et de rédaction des textes aux services opérationnels **(2.)**.

¹³⁸⁸ La légistique formelle se concentre sur la rédaction et la présentation des textes juridiques (C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in *Légistique formelle et légistique matérielle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 17).

¹³⁸⁹ V. « Liste des entretiens », p. 419.

1/ Un processus administratif inchangé

557. La création des directions des affaires juridiques n'a eu ni pour objet ni pour effet de bouleverser l'organisation du travail ministériel d'élaboration des textes législatifs et réglementaires. Elles n'ont pas vocation à « s'épuiser à faire du texte »¹³⁹⁰, ni de capter cette attribution qui constitue le cœur de métier d'une direction d'administration centrale. Le processus ministériel d'élaboration des textes se caractérise, en effet, par sa forte concentration : les directions sectorielles réalisent l'ensemble des étapes de la construction des textes juridiques nécessaires à la mise en œuvre des politiques publiques qu'elles définissent et animent. Elles en assurent d'abord la conception intellectuelle, en collectant les informations nécessaires, en procédant aux évaluations préalables et en réalisant l'ensemble des démarches consultatives. Elles procèdent ensuite à leur rédaction, puisqu'elles sont aussi chargées de l'écriture des textes juridiques, dans le respect des formes adaptées, et de la rédaction des documents qui peuvent les accompagner, tels que les études d'impact, les exposés des motifs ou les notices explicatives. La présence de directions des affaires juridiques, appelées par le pouvoir réglementaire à assurer la qualité de la réglementation, n'a pas changé ce cheminement bureaucratique traditionnel d'élaboration des textes législatifs et réglementaires. En revanche, les directions des affaires juridiques assurent la conception des réglementations sectorielles dont elles sont responsables. La direction des affaires juridiques de Bercy a ainsi préparé les dispositions de la loi « Sapin II » de 2016¹³⁹¹, celle du ministère de l'Intérieur a élaboré la loi « SILT » de 2017¹³⁹², et le service des affaires juridiques et internationales du ministère de la Culture a conçu certaines des dispositions de la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine de 2016¹³⁹³. Néanmoins, ces directions ont assuré cette fonction normative dans le cadre des politiques publiques qui leur ont été confiées, elles ne sont donc pas intervenues au titre de leur fonction d'expertise juridique. Ce sont alors de « fausses » exceptions au processus habituel de préparation de la norme au sein des ministères. La conception et la rédaction des projets de textes législatifs et réglementaires demeurent l'apanage des directions compétentes au fond, qui devront ensuite les mettre en œuvre¹³⁹⁴.

¹³⁹⁰ S. LASVIGNES, « Quel avenir pour les directions des affaires juridiques ? », *Colloque du dixième anniversaire de la direction des affaires juridiques de Bercy*, 11 février 2009, p. 7.

¹³⁹¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF du 10 décembre 2016, texte n° 2.

¹³⁹² Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JORF du 31 octobre 2017, texte n° 1, v. *infra* §. 575.

¹³⁹³ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF du 8 juillet 2016, texte n° 1.

¹³⁹⁴ J.-M. DELARUE, *op. cit.*, p. 228.

558. La participation des directions des affaires juridiques à la phase de rédaction des textes dépend aussi de l'activité normative de chaque ministère. La fonction administrative ministérielle est, dans une large mesure, une fonction d'écriture des textes juridiques qui traduisent, en droit, les politiques construites et menées¹³⁹⁵. L'organisation du travail d'élaboration de la norme repose donc sur la fiction que chaque administrateur dispose des compétences suffisantes pour assurer cette tâche. Cependant, l'activité normative des directions ministérielles est variable. Si certaines directions, telles que la direction des affaires civiles et du sceau ou la direction de la législation fiscale, sont de grandes productrices de textes, d'autres sont moins familières du travail normatif et légistique. La place des directions des affaires juridiques dans l'élaboration des textes est alors renforcée. La pratique du ministère de la Défense illustre cette dynamique. Son activité législative se limite, pour l'essentiel, à la préparation de la loi de programmation militaire¹³⁹⁶ et des lois de renseignement¹³⁹⁷. Les directions du ministère sont des directions opérationnelles, peu coutumières de l'élaboration des projets de textes législatifs. Seules la direction des affaires juridiques et la direction des affaires financières sont de véritables « directions normatives ». Elles se répartissent, par exemple, l'élaboration des volets normatif et budgétaire du projet de loi de programmation militaire. La direction des affaires juridiques collecte auprès des directions ministérielles leurs propositions normatives, les compile et les évalue. Une fois le contenu du projet de loi de programmation arrêté, après les arbitrages politiques réalisés au niveau ministériel et interministériel, elle rédige les articles du projet de texte, ainsi que les études d'impact correspondantes. Elle transmet le projet au Secrétariat général du Gouvernement, puis elle assure son suivi devant les sections consultatives du Conseil d'État et devant le Parlement. La direction des affaires juridiques assume un rôle semblable dans le cadre de l'élaboration, avec la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur, des lois de renseignement¹³⁹⁸. Le ministère de la Défense constitue toutefois une configuration très particulière. Les directions des affaires juridiques n'assurent généralement qu'une fonction d'assistance ponctuelle des services qui produisent la norme.

559. Ainsi, les directions ne participent au processus de conception et de rédaction des textes que dans la mesure où les services expriment le besoin d'être assistés ou conseillés. Or, les bureaux

¹³⁹⁵ La charte de la déconcentration du 7 mai 2015 rappelle que les administrations centrales « participent à l'élaboration des projets de loi et de décret ».

¹³⁹⁶ Loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, JORF du 14 juillet 2018, texte n° 1.

¹³⁹⁷ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, JORF du 26 juillet 2015, texte n° 2 ; Loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, JORF du 31 juillet 2021, texte n° 1.

¹³⁹⁸ L. MARION, Entretien n° 11.

tendent à considérer qu'ils disposent des compétences suffisantes pour assurer la rédaction des projets, et qu'il n'est pas utile que la direction des affaires juridiques intervienne¹³⁹⁹. Sur ce point, les témoignages actuels des agents des directions des affaires juridiques corroborent le constat dressé par Jean-Marie Delarue en 2007 :

« Ce que consentent à confier spontanément les autres directions aux services juridiques du ministère est très largement la difficulté juridique dont elles n'arrivent pas, compétences et patience épuisées, à se défaire, faute d'avoir pris les bons moyens de la résoudre. [...] Tant que l'impasse n'est pas avérée, que le problème n'est pas insoluble, il n'est guère question d'abandonner ses prérogatives, puisque c'est là le langage employé, entre les mains d'autres fonctionnaires, ayant en tête des préoccupations "légalistes" et non "réalistes" et jugés peu au fait des matières propres à chaque direction »¹⁴⁰⁰.

560. Assurément, de nombreux bureaux maîtrisent les règles juridiques des matières dans lesquelles ils interviennent. Les directions sectorielles disposent souvent d'une connaissance plus fine des règles applicables à leur domaine que la direction des affaires juridiques¹⁴⁰¹. Cependant, les bureaux ne sont pas infaillibles. La collaboration de la direction des affaires juridiques à la phase de rédaction des textes peut permettre d'anticiper certaines erreurs juridiques ou légistiques, grossières ou complexes. Alors que se développent les procédures préalables à l'édition des actes juridiques, les directions peuvent notamment veiller au respect des procédures de consultation ou de notification préalables.

561. Si la collaboration des directions des affaires juridiques à la construction des textes juridiques s'avère nécessaire au regard de l'objectif de qualité du droit, elle est pourtant malaisée. Tout l'enjeu consiste à aider les services, sans empiéter sur leurs attributions. Même si leur rôle ne se borne plus au conseil juridique et au traitement des contentieux, les limites de la fonction normative des directions affaires juridiques confirment l'existence d'un modèle administratif français d'élaboration des textes législatifs et réglementaires.

2/ La confirmation d'un modèle administratif d'élaboration des textes

562. La difficulté d'intégrer les directions des affaires juridiques au processus d'élaboration des textes est la conséquence de la pérennité d'un modèle administratif qui confie traditionnellement

¹³⁹⁹ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 627.

¹⁴⁰⁰ J.-M. DELARUE, *op. cit.*, p. 240.

¹⁴⁰¹ La direction de la législation fiscale, par exemple.

aux services opérationnels le soin de concevoir et de créer le droit. Le recours au modèle permet de représenter, de façon schématique, la façon dont le pouvoir exécutif organise, grâce aux services administratifs dont il dispose, l'exercice de sa compétence réglementaire et de son pouvoir d'initiative législative. D'une part, l'activité normative du Gouvernement est distribuée entre les différentes directions ministérielles qui élaborent, chacune, les projets qui relèvent de leurs domaines d'attribution. Le processus d'élaboration des textes est donc largement « décentralisé »¹⁴⁰² au sein de chaque ministère. D'autre part, ces directions réalisent toutes les étapes de la confection des textes juridiques, de leur conception à leur rédaction. Aucun service, au sein de l'administration d'État, n'est dédié à la rédaction du projet de texte, à la réalisation des études d'impact ou encore aux consultations préalables obligatoires. Ainsi, le modèle administratif français d'élaboration du droit se caractérise tout à la fois par la répartition de l'activité normative entre les ministères, et par la forte concentration du travail de préparation des textes au sein des directions ministérielles sectorielles.

563. Malgré les efforts entrepris, depuis les années 1990, pour « rationaliser la production normative »¹⁴⁰³, la persistance de critiques relatives à la qualité du droit révélerait pourtant les limites de ce modèle. On pourrait alors s'interroger sur l'opportunité de revoir les conditions de la fabrication administrative des textes juridiques. Plus particulièrement, il s'agirait d'évaluer l'intérêt de réorganiser la phase de rédaction des textes, en l'attribuant à un organe dédié. La reconnaissance croissante de la légistique plaide en ce sens. En tant que savoir autonome, prenant pour objet la définition d'une technique optimale de rédaction des textes juridiques, la légistique induit que l'écriture des textes est une expertise qui doit être confiée à un organe spécialisé.

564. La spécialisation du travail de rédaction des textes juridiques constitue la principale différence entre les modèles français et britannique d'élaboration des normes¹⁴⁰⁴. Le Royaume-Uni organise une division et une spécialisation des tâches de préparation technique et de rédaction juridique des projets de réforme. Les orientations politiques et techniques des projets de textes législatifs d'initiative gouvernementale sont préparées par les départements ministériels. En revanche, la rédaction des textes est confiée à un organe extraministériel spécialisé : l'*Office of the Parliamentary*

¹⁴⁰² Selon l'expression employée par Jean Maïa (J. MAÏA, « La légistique au Secrétariat général du Gouvernement », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, n° 6, 2008, p. 21).

¹⁴⁰³ J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in C.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action d'État*, Publisud, 1991, p. 11.

¹⁴⁰⁴ V. *supra* §. 185.

*Counsel*¹⁴⁰⁵. Ce service relève du *Cabinet Office*, placé sous l'autorité directe du Premier ministre, et se compose d'une cinquantaine de juristes expérimentés, habitués à l'exercice de l'écriture des textes¹⁴⁰⁶. En isolant aussi nettement la phase de rédaction du droit, le modèle britannique propose une organisation totalement opposée au modèle français. C'est à ce titre qu'il est régulièrement évoqué, par la doctrine française, lors de l'étude de la production bureaucratique des textes¹⁴⁰⁷. La référence récurrente au Royaume-Uni projette implicitement les avantages escomptés d'un tel modèle au regard de l'objectif de qualité du droit¹⁴⁰⁸. Outre qu'elle déchargerait les services ministériels d'une tâche qu'ils n'accomplissent pas toujours de façon satisfaisante, l'institution d'un organe dédié à l'écriture des textes favoriserait l'émergence d'un style législatif. En effet, il n'y aurait pas meilleure façon d'assurer la qualité et l'uniformité rédactionnelle des textes qu'en en confiant la rédaction à un organe unique, perfectionnant continuellement sa technique légistique. Cependant, il ne faut pas exagérer les vertus de l'organisation de l'élaboration des projets de loi au Royaume-Uni. Les juristes anglais observent tout autant l'organisation française, et en particulier le rôle du Conseil d'État¹⁴⁰⁹. La qualité formelle des textes préparés par l'*Office of the Parliamentary Counsel* n'est pas exempte de critiques. En 1975, la Commission « Renton » reproche à cet organisme gouvernemental de « produire des textes ésotériques, rédigés dans un langage obscur et compliqué et entrant dans des détails inutiles »¹⁴¹⁰. À l'instar de la France, le Royaume-Uni a aussi connu, à partir des années 1990, son « moment légistique », l'*Office of the Parliamentary Counsel* a développant une réflexion de légistique formelle, « *good law* », et matérielle, « *better regulation* ». Il rédige régulièrement des guides présentant les principes légistiques à appliquer. Sur cet aspect, l'engagement légistique de l'*Office of the Parliamentary Counsel* s'apparente à celui du Secrétariat général

¹⁴⁰⁵ E. C. PAGE, « Their Word is Law: Parliamentary Counsel and Creative Policy Analysis », *Public Law Issue*, 2009, n° 4, p. 790 ; v. du même auteur : « Civil servant as legislator : law making in British administration », *Public Administration*, vol. 81, 2003, p. 651.

¹⁴⁰⁶ <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-parliamentary-counsel/>

¹⁴⁰⁷ Par exemple : F. DE BAECQUE, *L'administration centrale de la France*, A. Colin, « Collection U. Série droit public interne », 1973, p. 240 ; V. LANCERON, *La fonction de coordination en droit public*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2019, p. 348 ; J. CHEVALLIER, « La place de l'administration... », *op. cit.*, p. 626 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, Étude annuelle 2016, EDCE n° 67, La Documentation française, 2016, p. 166.

¹⁴⁰⁸ La tentative d'instituer un « Office parlementaire d'amélioration de la législation » semble inspirée du *Parliamentary Counsel*. En 1995, une proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale a pour objet la création d'un organe, commun aux deux assemblées, chargé : d'« évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit », de « proposer des mesures de simplification de la législation », de « surveiller la publication des textes réglementaires nécessaires à l'application des lois ». Le Sénat rejette toutefois la proposition au motif que l'ensemble des missions qui auraient été attribuées à l'Office parlementaire d'amélioration de la législation sont déjà assurées par d'autres organes parlementaires et gouvernementaux (SÉNAT, *Rapport n° 185 sur la proposition tendant à créer un Office parlementaire d'amélioration de la législation*, présenté par M. Rufin, 1995, p. 27).

¹⁴⁰⁹ E. STEINER, « L'adoption en Angleterre du style législatif en vigueur sur le continent : espoirs déçus et perspectives d'avenir », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, 2006, p. 809.

¹⁴¹⁰ D. RENTON, *The preparation of legislation: report of a committee appointed by the Lord President of the Council*, 1975, cité et traduit par F. DE BAECQUE, *op. cit.*, p. 241.

du Gouvernement et du Conseil d'État.

565. Malgré les comparaisons, la spécialisation de l'écriture des textes juridiques ne semble ni souhaitée ni souhaitable. Cette piste n'a jamais été sérieusement envisagée¹⁴¹¹. Tout au plus, le rapport Warsmann consacré à la simplification du droit a pu suggérer, en 2009, de « regrouper les fonctionnaires chargés de la rédaction des normes dans un pôle juridique »¹⁴¹². Mais il ne précise véritablement ni la place de ce pôle au sein des organigrammes ministériels, ni son rattachement éventuel à la direction des affaires juridiques. En tout état de cause, il n'est pas certain que la spécialisation du travail d'écriture des textes juridiques soit le remède aux défauts de la production juridique française. Les reproches adressés à la qualité formelle des textes, et portant donc sur leur rédaction, leur présentation et leur rectitude juridique, doivent être distingués de ceux relatifs à l'impulsivité normative des autorités politiques, à la prolifération des textes et à la complexité du droit. Cette seconde catégorie regroupe, en réalité, la plupart des maux dont la production normative est accusée¹⁴¹³. Il faut pourtant se concentrer sur les critiques relatives à la qualité formelle des textes. En effet, les directions des affaires juridiques ne sont pas en mesure de lutter contre la production effrénée des textes juridiques qui découle de la volonté des autorités politiques. Il leur appartient de « changer de culture normative »¹⁴¹⁴ en freinant, notamment, leur propension à créer de nouveaux textes. En revanche, les directions des affaires juridiques peuvent participer à l'amélioration des qualités formelles des textes juridiques. Malgré l'édiction régulière de circulaires dédiées, la publication d'un *Guide de légistique* et le développement de formations à destination des administrateurs des ministères, les défauts des textes juridiques demeurent. Le Conseil d'État a, par exemple, annulé certaines dispositions d'un décret qui méconnaissait l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme. Le décret comportait une erreur de plume grossière : les dispositions annulées renvoyaient à des dispositions inexistantes¹⁴¹⁵.

566. La présence de directions des affaires juridiques renforcées au sein des ministères n'a pas changé le modèle administratif français d'élaboration du droit. Les directions interviennent pour assister les services opérationnels qui rédigent les textes, même si ces derniers ne disposent pas toujours des compétences nécessaires. Elles n'écrivent les textes juridiques que de façon

¹⁴¹¹ V. *supra* §. 187.

¹⁴¹² J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, La Documentation française, 2009, p. 45.

¹⁴¹³ « Changer de culture normative. Améliorer la qualité du droit par la généralisation de bonnes pratiques », *Actes du e-colloque du 26 novembre 2020*, JCP G, 2021, Supplément au n° 3.

¹⁴¹⁴ P. DE MONTALIVET, « Améliorer la qualité du droit en changeant les pratiques et les représentations », *JCP G*, 2021, Supplément au n° 3.

¹⁴¹⁵ CE, 20 octobre 2013, n° 360085, *Association les amis de la rade et des calanques*.

exceptionnelle.

B. La rédaction exceptionnelle des textes législatifs et réglementaires

567. Les directions peuvent, en de rares occasions, se voir confier la rédaction des projets de texte. Le travail ministériel d'élaboration du droit est alors redistribué. La direction des affaires juridiques porte le projet : elle en assure la conception, puis la rédaction, en sollicitant auprès des directions techniques les informations nécessaires. Envisagé au cas par cas, le choix de faire appel aux directions des affaires juridiques est, avant tout, un choix d'opportunité administrative (1.) qui s'illustre singulièrement lors des périodes d'états d'urgence (2.).

1/ Un choix d'opportunité administrative

568. Le circuit administratif d'élaboration de la norme par les ministères demeure un processus interne résolument souple. Tracé par les habitudes ministérielles, qui se fondent sur la répartition des attributions entre les directions centrales, il peut toujours être réordonné. Ainsi, le ministre peut confier la conception et la rédaction d'un projet à la direction des affaires juridiques dont il dispose. Ce choix est libre, l'organisation de la phase ministérielle d'élaboration du droit n'étant pas encadrée¹⁴¹⁶. En tout état de cause, la formulation des attributions des directions des affaires juridiques suffit à fonder leur compétence en la matière. Leur rôle de promotion de la qualité de la réglementation, ainsi que leur mission générale d'assistance juridique, peuvent justifier qu'elles assurent la préparation de certains textes.

569. Discrétionnaire, le choix de recourir aux directions des affaires juridiques satisfait des considérations d'opportunité administrative. Il est dès lors difficile à systématiser. Toutefois, l'observation des pratiques ministérielles permet de constater que les directions écrivent les textes lorsque les autres services du ministère ne sont pas en mesure de le faire, ou lorsque cette tâche comporte des risques de blocages internes ou porte sur des thématiques sensibles.

570. Sollicitées le plus souvent par défaut, les directions des affaires juridiques prennent en charge les projets de textes qui ne peuvent être préparés par les autres directions du ministère. Ainsi, se

¹⁴¹⁶ J.-M. DELARUE, *op. cit.*, p. 221 ; A. DE MONTIS, « La spécificité des règles procédurales dans le cadre de l'élaboration de la loi », in V. BOYER, R. RENEAU (dir.), *Pour un droit gouvernemental ?*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, « Colloques & Essais », 2022, p. 571.

voient-elles attribuer la rédaction des projets de texte qui présentent une complexité juridique particulière ou que les directions métiers ne sont pas en mesure de préparer¹⁴¹⁷. De même, les cabinets ministériels font appel aux directions des affaires juridiques afin d'élaborer les textes juridiques qui comportent des dispositions relevant des attributions de plusieurs directions ministérielles¹⁴¹⁸. Elles préparent aussi les textes transversaux, tels que les textes d'organisation des administrations centrales, certaines mesures internes ou les dispositions statutaires.

571. Recourir à la direction des affaires juridiques peut encore être un moyen de prévenir ou de résoudre d'éventuelles résistances administratives. En effet, le cabinet ministériel peut attribuer à la direction des affaires juridiques la rédaction d'un projet de texte dont le contenu revient sur une ligne juridique et politique défendue par les services du ministère, lors de travaux antérieurs¹⁴¹⁹. Cette reconfiguration du circuit ministériel d'élaboration des textes peut être une option pour l'autorité politique confrontée aux difficultés inhérentes à la vie administrative : les ministres passent et les bureaux restent. Le ministre peut ainsi craindre l'existence de blocages ou de résistances, même infimes, de la part des bureaux et qui seraient susceptibles d'enrayer la mécanique d'élaboration du texte¹⁴²⁰. Il est parfois délicat de demander à un service de défaire ce qu'il a autrefois participé à construire. La direction des affaires juridiques peut être considérée par l'autorité politique comme un espace administratif neutre qui ne génèrera pas les résistances redoutées. Les directions des affaires juridiques se distinguent, dans leur rapport à l'autorité politique, d'autres directions ministérielles plus anciennes et disposant d'une culture institutionnelle plus affirmée. En outre, la technique juridique, perçue comme neutre et objective, est mobilisée afin de justifier leur intervention dans l'élaboration des textes. Confier aux directions des affaires juridiques l'élaboration des textes permet alors au pouvoir politique de surmonter l'inertie ou la résistance de ces services.

572. Ces hypothèses démontrent qu'il peut exister un lien entre le contenu d'un projet de texte en préparation et le circuit administratif de son élaboration. Si les directions des affaires juridiques sont habituellement exclues de la phase de conception et de rédaction des textes, elles peuvent y être exceptionnellement associées, voire se substituer aux directions techniques si le ministre ou son cabinet le jugent utile. À cet égard, les périodes d'état d'urgence récentes offrent un exemple très

¹⁴¹⁷ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

¹⁴¹⁸ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13 ; O. FUCHS, Entretien n° 6 ; F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

¹⁴¹⁹ F. PUIGSERVER, Entretien n° 14.

¹⁴²⁰ M. WALINE, « Les résistances techniques de l'administration au pouvoir politique », in L. TROTABAS (dir.), *Politique et technique*, PUF, 1958, p. 167.

particulier d'écriture des textes par les directions des affaires juridiques.

2/ L'élaboration de la réglementation d'urgence

573. Le circuit habituel de production des textes peut être bouleversé lorsque le Gouvernement souhaite, afin de répondre à une situation de crise, prendre en urgence les mesures qu'il juge nécessaires. Ces configurations particulières se distinguent de l'urgence, presque routinière, du travail ministériel¹⁴²¹. En effet, les services sont souvent contraints de concevoir et d'élaborer rapidement les projets de textes commandés par les autorités politiques pour faire face à l'évolution des contingences politiques, économiques ou sociétales, et respecter le calendrier du programme normatif fixé par le Gouvernement. Le temps politique et administratif de conception de la norme est court, sans doute trop bref pour que les effets juridiques des réformes soient suffisamment évalués¹⁴²². S'ils sont regrettables, ces délais réduits ne modifient pas pour autant le « cheminement bureaucratique »¹⁴²³ de la norme. En revanche, celui-ci évolue lors de l'élaboration des textes juridiques pris en application d'un régime exceptionnel d'état d'urgence, qui conduit à l'extension des pouvoirs de police administrative spéciale des ministres. L'étude des conditions de production des mesures prises lors de ces régimes atteste d'une évolution du parcours administratif des textes au sein des administrations centrales.

574. Les périodes d'état d'urgence font émerger un circuit de préparation de la norme alternatif et exceptionnel. Les directions des affaires juridiques sont alors réintégrées aux différentes étapes de la conception et de la rédaction des projets de lois et de règlements. Ainsi, sous certaines réserves tenant aux spécificités de chaque administration centrale, les processus d'élaboration des textes juridiques pris dans le cadre de l'état d'urgence antiterroriste, mis en œuvre entre 2015 et 2017 à la suite des attentats survenus en novembre 2015 à Paris, puis durant l'état d'urgence sanitaire, en vigueur entre 2020 et 2022 afin de lutter contre la pandémie de covid-19, peuvent être comparés (**a.**). Les conditions d'élaboration de ces réglementations attestent d'une revalorisation du rôle des juristes et de l'expertise juridique dans l'élaboration du droit (**b.**), ayant produit des effets durables sur la place et l'organisation de l'expertise juridique au sein des ministères qui les ont mis en œuvre

¹⁴²¹ J. COMMAILLE, V. SIMOULIN, J. THOEMMES, « Les temps de l'action publique entre accélération et hétérogénéité », *Temporalités*, n° 19, 2014, p. 106.

¹⁴²² J. CHEVALLIER, « L'accélération du travail administratif », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, t. 83, 2000, p. 506. La « hâte excessive » avec laquelle sont pensés et préparés les textes est l'une des critiques formulées par le Conseil d'État dans son rapport de 1991 (CONSEIL D'ÉTAT, « De la sécurité juridique », 1991, p. 41).

¹⁴²³ J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans la production des normes », *op. cit.*, p. 625.

(c.).

a. Les conditions d'élaboration des textes durant les états d'urgence sécuritaire et sanitaire

575. La direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur (DLPAJ) et la direction des affaires juridiques du secrétariat des ministères sociaux (DAJMS) se sont imposées, l'une et l'autre, comme les maîtres d'œuvre de la production normative dans le cadre des états d'urgence, antiterroriste et sanitaire, et de la refonte de ces deux régimes d'exception.

576. La direction des libertés publiques et des affaires juridiques est triplement intervenue dans l'élaboration du droit de l'état d'urgence antiterroriste. Elle a tout d'abord été chargée de préparer l'ensemble des mesures d'urgence visant à déclencher, puis à mettre en place le régime de la loi du 3 avril 1955. Dès le soir des attentats du 13 novembre 2015, le ministre de l'Intérieur a saisi la direction afin qu'elle rédige le décret présidentiel déclarant l'état d'urgence¹⁴²⁴, les décrets d'application¹⁴²⁵, ainsi que les instructions ministérielles présentant aux préfets le dispositif juridique et ses conséquences¹⁴²⁶. Elle a préparé la notification de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 15 de la Convention¹⁴²⁷ et participé à la réécriture du régime législatif de l'état d'urgence. Elle a élaboré le texte de la loi du 20 novembre 2015¹⁴²⁸ qui, tout en prorogeant l'état d'urgence, en modifie le régime¹⁴²⁹, ainsi que le projet de loi constitutionnelle présenté moins d'un mois et demi après les attentats¹⁴³⁰. Enfin, la direction a conçu l'ensemble des dispositions

¹⁴²⁴ Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, JORF du 14 novembre 2015, texte n° 44.

¹⁴²⁵ Décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, JORF du 14 novembre n° 45.

¹⁴²⁶ « État d'urgence : Thomas Andrieu, DLPAJ, détaille le cadre juridique à AEF », dépêche n° 511563, 30 novembre 2015 ; T. ANDRIEU, Entretien n° 1.

¹⁴²⁷ « Article 15 – Dérogation en cas d'état d'urgence : 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7. 3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ».

¹⁴²⁸ « État d'urgence : Thomas Andrieu, DLPAJ, détaille le cadre juridique à AEF », *op. cit.*

¹⁴²⁹ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, JORF du 21 novembre 2015, texte n° 1. La loi modifie le régime des assignations à résidence et des perquisitions ; elle crée un régime spécial de dissolution des associations et des groupements de fait.

¹⁴³⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE, Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, enregistré le 23 décembre 2015.

législatives inscrivant les dispositifs juridiques de l'état d'urgence dans le droit commun¹⁴³¹.

577. Le rôle majeur alors occupé par la direction des libertés publiques et des affaires juridiques dans cette production normative s'explique, en premier lieu, par ses attributions. En effet, le décret du 12 août 2013 dispose que la direction « prépare et met en œuvre la législation relative aux libertés publiques et aux polices administratives »¹⁴³². L'état d'urgence étant le régime d'exception dont le déclenchement permet, « en cas de péril imminent »¹⁴³³, d'étendre les pouvoirs de police administrative du ministre de l'Intérieur et des préfets, la direction s'est imposée comme l'entité compétente pour préparer les mesures générales et individuelles prises dans ce cadre. À ce titre, le directeur des libertés publiques et des affaires juridiques a indiqué que ses services avaient « de [leur] propre initiative, élaboré un décret déclarant l'état d'urgence le 9 janvier 2015, au moment de l'attaque de l'Hyper Cacher »¹⁴³⁴. La direction a aussi été chargée d'instruire tous les projets d'assignation à résidence signés par le ministre de l'Intérieur. On peut avancer, en second lieu, que la DLPAJ a été d'autant plus sollicitée qu'elle est aussi l'organe d'expertise juridique du ministère de l'Intérieur. En effet, ses attributions en matière de police administrative sont indissociables de celles qu'elle exerce au titre de sa fonction d'expertise juridique. L'organisation concrète du travail de la direction durant l'état d'urgence semble confirmer cette hypothèse : si les fonctions de la DLPAJ en matière de police et de conseil juridique relèvent, en principe, de deux sous-directions distinctes¹⁴³⁵, une « cellule état d'urgence », placée directement auprès du directeur, a été spécialement créée durant la période.

578. La gestion de la pandémie de covid-19 par les services du ministère de la Santé révèle, à son tour, un mouvement de réintégration de l'expertise juridique au sein du processus d'élaboration des textes¹⁴³⁶. Comme le ministre de l'Intérieur, le ministre de la Santé a confié à la direction des affaires juridiques la préparation de l'ensemble des mesures législatives et réglementaires prises pour gérer

¹⁴³¹ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JORF du 31 octobre 2017, texte n° 1.

¹⁴³² Décret n° 2013-728 du 12 août 2013 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et du ministère des outre-mer, JORF du 14 août 2013, texte n° 19.

¹⁴³³ Art. 1^{er} de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹⁴³⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait en application de l'article 145-5 du règlement au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, enregistré le 25 mai 2016, Audition de Thomas Andrieu, directeur des libertés publiques et des affaires juridiques, p. 142.

¹⁴³⁵ Art. 8 de l'arrêté du 12 août 2013 portant organisation interne du secrétariat général du ministère de l'intérieur, JORF du 14 août 2013, texte n° 25.

¹⁴³⁶ Sur le rôle des ministères en temps de crise et, plus particulièrement sur le rôle traditionnel du ministère de l'Intérieur, v. O. RENAUDIE, « Le ministère de l'Intérieur, ministère de la crise ? », in X. DUPRÉ DE BOULOIS, X. PHILIPPE (dir.), *Gouverner et juger en temps de crise*, Mare & Martin, ISPJS, 2022, p. 81.

la pandémie. Dès le début de la crise, la direction a préparé les premières mesures d'urgence, prises par le ministre sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique¹⁴³⁷. Elle a ensuite conçu le régime juridique d'état d'urgence sanitaire, pensé sur le modèle de l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955. Ce nouveau régime d'exception, créé et déclenché simultanément par la loi du 23 mars 2020¹⁴³⁸, transfère une partie de la compétence du ministre de la Santé au Premier ministre. Même si ce transfert a pu initialement être interprété comme l'expression d'une volonté de décharger les services du ministère de la Santé¹⁴³⁹, la direction des affaires juridiques a continué de préparer la « réglementation covid ». Selon le témoignage du directeur des affaires juridiques alors en fonction, la direction s'est chargée de la rédaction des mesures prises par le Premier ministre sur rapport du ministre de la Santé, ainsi que de la préparation et de la coordination de l'ensemble des mesures législatives et réglementaires relatives à la gestion de la crise¹⁴⁴⁰. Ce rôle de cheville ouvrière de l'activité normative des ministères tranche pourtant avec les usages des ministères sociaux. En effet, la direction des affaires juridiques était jusqu'alors peu accoutumée au travail d'écriture des textes¹⁴⁴¹. Sa création récente, en 2011, ainsi que les expertises légistiques des directions générales de la santé et du travail peuvent expliquer qu'elle soit longtemps demeurée en marge de l'activité normative du ministère¹⁴⁴². La crise sanitaire de 2020 constitue un point de bascule au sein des ministères sociaux.

579. Ces expériences ministérielles particulières permettent de formuler plusieurs observations relatives au recours à l'expertise juridique par les autorités politiques en temps de crise.

¹⁴³⁷ Cet article permet au ministre de décider, « en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence », telles qu'une épidémie, toute mesure proportionnée et appropriée pour prévenir et limiter les risques sur la santé de la population.

¹⁴³⁸ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF du 24 mars 2020, texte n° 2.

¹⁴³⁹ Didier Truchet écrit en mars 2020 que « l'on peut imaginer (car ce n'est qu'une supposition) que ce retour à Matignon va soulager opportunément les services du ministère de la santé de tâches qu'ils n'étaient pas outillés pour remplir et qui devaient faire perdre du temps en coordination interministérielle, alors que, sans doute, les bureaux sont vides, les agents confinés en télétravail et accablés par leur mission proprement sanitaire en pleine crise », D. TRUCHET, « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », *JP Blog*, 27 mars 2020.

¹⁴⁴⁰ C. TOUBOUL, Entretien n° 17 ; C. TOUBOUL, « La catastrophe sanitaire a-t-elle engendré une catastrophe normative ? », *JCP G*, 2021, Supplément au n° 3, p. 54.

¹⁴⁴¹ C. TOUBOUL, Entretien n° 17 ; DAJ des ministères sociaux, *Bilan d'activité 2021*.

¹⁴⁴² Les crises sanitaires survenues durant les épidémies de SRAS en 2003 et de grippe H1N1 en 2009 ne peuvent être mobilisées comme éléments de comparaison, puisque aucune direction des affaires juridiques n'était organisée. Sur les conditions de gestion de ces crises, v. D. TRUCHET, « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », *JP Blog*, 27 mars 2020.

b. La revalorisation de l'expertise juridique

580. Durant ces périodes exceptionnelles, les autorités politiques font preuve d'une sensibilité accrue à la contrainte juridique, c'est-à-dire aux conditions de légalité, de conventionnalité et de constitutionnalité des mesures qu'ils décident. Le déclenchement et la mise en œuvre des états d'urgence antiterroriste et sanitaire permettent d'observer, de façon particulièrement nette, le rôle décisif de la technique juridique et de sa maîtrise pour l'action administrative en temps de crise¹⁴⁴³. L'expertise juridique permet au pouvoir exécutif de satisfaire un impératif structurel de conformité au droit qui fonde, dans le même temps, la légitimité de son action.

581. D'une part, le Gouvernement s'est montré plus sensible que de coutume à la sécurisation juridique de ses décisions en s'assurant, autant que possible, de leur rectitude juridique. En effet, chaque autorité politique a logiquement anticipé que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence présenteraient un fort «taux de conflictualité»¹⁴⁴⁴. Leur conformité juridique a régulièrement été mise en cause lors de recours portés devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel. En confiant l'élaboration des textes à la direction des affaires juridiques, les ministres ont tenté de prévenir les censures juridictionnelles potentielles en recourant, autant que possible, à l'expertise juridique dont ils disposaient. De plus, l'organisation de la fonction normative du ministère a devancé l'exercice de sa fonction contentieuse : les agents ayant participé à la préparation des mesures en ont ensuite assuré la défense devant le juge¹⁴⁴⁵.

582. D'autre part, alors que les choix politiques étaient particulièrement contestés, la mobilisation d'une expertise juridique a permis au Gouvernement de développer une stratégie de légitimation de ses décisions, fondée sur la démonstration de leur conformité au droit. L'argument de la légalité a retrouvé sa valeur de «référence mythique»¹⁴⁴⁶ en servant de preuve du bien-fondé des mesures prises. Cette tentative est particulièrement notable s'agissant d'actes de police administrative, dont la légalité s'apprécie notamment au regard de la proportionnalité des mesures prises. La justification juridique n'a pas uniquement servi la légitimation des mesures décidées sur le fondement de l'état

¹⁴⁴³ Au sujet de l'adaptation des pouvoirs publics à la crise de la covid-19, v. not. X. DUPRÉ DE BOULOIS, X. PHILIPPE (dir.), *Gouverner et juger en période de crise*, Mare & Martin, ISJPS, 2022.

¹⁴⁴⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait en application de l'article 145-5 du règlement au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, enregistré le 25 mai 2016, Audition de Thomas Andrieu, directeur des libertés publiques et des affaires juridiques, p. 140.

¹⁴⁴⁵ V. *supra* §. 491.

¹⁴⁴⁶ D. LOCHAK, «Le principe de légalité, mythe et mystification», *AJDA*, 1981, p. 388.

d'urgence, elle a aussi été mobilisée pour fonder l'adaptation de leurs régimes juridiques, voire même leur transposition dans le droit commun¹⁴⁴⁷. Selon Stéphanie Henneute-Vauchez, « l'idée que l'état d'urgence serait compatible avec l'État de droit, voire indispensable à sa préservation, forme le cœur du discours juridique produit pour le légitimer »¹⁴⁴⁸. Le recours aux directions des affaires juridiques a offert aux autorités ministérielles, et au Gouvernement, les ressources pour construire ce discours de légitimation, puis le défendre devant le Parlement, devant le juge et auprès de l'opinion publique. Enfin, l'étude de l'implication des directions des affaires juridiques durant ces deux périodes montre qu'en temps de crise, lorsqu'il s'agit de repenser, dans l'urgence, le cadre général de l'action publique, en tentant de le concilier avec l'exercice des libertés publiques, la technique juridique reprend son rôle matriciel pour l'État. Hors crise, en revanche, l'activité administrative s'exerce de façon plus routinière, le cadre juridique de l'action administrative est connu et la logique « managériale » peut s'épanouir davantage.

583. La mise en place des états d'urgence antiterroriste et sanitaire a conduit à la réorganisation exceptionnelle des méthodes de travail des ministères. Elles ont produit des effets durables sur les structures centrales et sur la place de l'expertise juridique en leur sein.

c. Des conséquences durables

584. Au sein du ministère de l'Intérieur, l'état d'urgence de 2015-2017 est considéré par la direction des libertés publiques et des affaires juridiques comme un moment de « bascule »¹⁴⁴⁹. Comme jamais auparavant, la sensibilité des sujets sur lesquels elle est intervenue a conduit à sa surexposition politique et médiatique¹⁴⁵⁰. Ses attributions réglementaires n'ont pourtant pas évolué¹⁴⁵¹, mais elle est plus fréquemment sollicitée, et ses analyses bénéficient d'un plus grand écho

¹⁴⁴⁷ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JORF du 31 octobre 2017, texte n° 1.

¹⁴⁴⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La démocratie en état d'urgence : quand l'exception devient permanente*, Éditions du Seuil, « Le compte à rebours », 2022, p. 43.

¹⁴⁴⁹ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

¹⁴⁵⁰ V. par ex., L. BORREDON, « À Beauvais, certains voudraient interner les fichés "S" », *Le Monde*, 5 décembre 2015 : l'article mentionne une note interne de la DLPAJ recensant les propositions de police administrative des agents du ministère relatives à la lutte antiterroriste et évaluant leur faisabilité juridique.

¹⁴⁵¹ Le seul ajout est celui de la coordination interministérielle des politiques relatives à la laïcité, en 2021 (Décret n° 2021-1274 du 30 septembre 2021 modifiant le décret n° 2013-728 du 12 août 2013 modifié portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'Intérieur et du ministère des outre-mer, JORF du 1^{er} octobre 2021, texte n° 8). Cette attribution nouvelle fait suite à la création du comité interministériel de la laïcité dont le secrétariat est assuré par le ministre de l'Intérieur.

auprès du ministre, de son cabinet et des services¹⁴⁵². La DLPAJ se distingue ainsi des autres directions des affaires juridiques ministérielles en étant, semble-t-il, la seule à être conviée à des réunions bilatérales hebdomadaires avec le cabinet ministériel¹⁴⁵³. Or, ces réunions s'avèrent cruciales afin d'assurer la qualité juridique des actions ministérielles. Elles permettent à la direction d'être informée des dossiers en cours, et d'alerter directement le cabinet au sujet d'éventuels risques juridiques. L'exemple de la DLPAJ montre ainsi la façon dont un service peut, sans gagner de nouvelles attributions, accroître sa place et son influence au sein d'une structure.

585. Les conséquences de l'état d'urgence sanitaire sur l'organisation de la fonction d'expertise juridique des ministères sociaux sont encore plus importantes, puisque la crise sanitaire a permis de déclencher la réorganisation de la direction des affaires juridiques¹⁴⁵⁴, achevée par l'entrée en vigueur du décret et de l'arrêté du 23 mars 2021 relatifs à la fonction juridique du ministère¹⁴⁵⁵. Cette refonte s'est articulée autour de deux axes : l'extension des attributions de la direction et l'absorption des îlots d'expertise juridique subsistant au sein des directions sectorielles. Il s'est donc agi d'une transformation importante, affectant tant la direction des affaires juridiques que les directions ministérielles et des services du secrétariat général. L'implication de la direction dans la production normative de la crise sanitaire, ainsi que la défense des mesures devant le juge semble avoir convaincu les ministres de l'opportunité de sa réorganisation. En effet, la refonte de la fonction d'expertise juridique des ministères est un exemple de projet né et porté par l'administration¹⁴⁵⁶, puisqu'il est défendu par le directeur des affaires juridiques à compter de sa prise de fonction en 2019¹⁴⁵⁷. Le principal enjeu consiste à intégrer davantage la direction au le processus normatif ministériel, en rappelant qu'elle doit être associée à la préparation des principaux textes juridiques. Le projet a d'abord donné lieu, avant la crise sanitaire, à un premier arrêté du 29 novembre 2019¹⁴⁵⁸. Plus modeste que la réorganisation envisagée, ce texte ne porte que sur l'organisation interne de la direction. Il n'étend pas ses attributions ni ne procède au regroupement de l'expertise juridique recherché. En portant la production normative de la crise

¹⁴⁵² V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13.

¹⁴⁵³ *Ibid.*

¹⁴⁵⁴ « La crise sanitaire a révélé l'intérêt d'une plus forte centralisation de la fonction juridique », 3 questions à Charles Touboul, directeur des affaires juridiques des ministères sociaux (DAJMS) », *JCP G*, 2021, p. 606.

¹⁴⁵⁵ Décret n° 2021-307 du 23 mars 2021 relatif à la fonction juridique des ministères sociaux, JORF du 24 mars 2021, texte n° 15 ; Arrêté du 23 mars 2021 relatif à la fonction juridique des ministères sociaux, JORF du 24 mars 2021, texte n° 17.

¹⁴⁵⁶ J.-M. DELARUE, *op. cit.*, p. 227.

¹⁴⁵⁷ C. TOUBOUL, Entretien n° 17.

¹⁴⁵⁸ Arrêté du 29 novembre 2019 relatif à l'organisation de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux, JORF du 30 novembre 2019, texte n° 12. L'arrêté remplace les pôles juridiques préexistants par un « service de la législation et du conseil » et une « sous-direction du contentieux ».

sanitaire, la direction des affaires juridiques semble avoir incidemment œuvré à convaincre les ministres de sa plus-value dans la sécurisation juridique des projets de textes législatifs et réglementaires et des décisions du ministre. Jugée indispensable pour les actes pris dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, son intégration dans le circuit d'élaboration de la norme est apparue utile pour assurer la qualité de l'ensemble des textes juridiques¹⁴⁵⁹. Le rôle de la direction durant la crise sanitaire est aussi invoqué afin de justifier la rationalité de cette réorganisation auprès de l'ensemble des services centraux des ministères sociaux. La crise sanitaire a illustré la nécessité et les vertus de la centralisation de la fonction juridique et de son intégration dans le travail ministériel¹⁴⁶⁰.

586. Les directions des affaires juridiques rédigent rarement les textes juridiques. Ce n'est donc pas au titre d'une fonction de rédaction qu'elles participent à la qualité de la norme. En revanche, elles ont peu à peu développé une fonction de révision des projets préparés par les ministères.

II. LA RÉVISION DES PROJETS DE TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES

587. L'institution des directions des affaires juridiques conduit progressivement à formaliser une étape de révision des projets de texte les plus importants, afin de garantir leur qualité juridique et légistique (**A.**). Exercée avant leur transmission au Secrétariat général du Gouvernement, cette mission ne saurait toutefois conduire les directions à disposer d'un « droit de visa » sur les textes (**B.**).

A. Les modalités de la révision

588. La révision s'entend ici comme une séquence du processus d'élaboration du droit lors de laquelle un organe, distinct de celui investi de la préparation du projet, procède à sa relecture afin de proposer, le cas échéant, les corrections juridiques et les améliorations légistiques nécessaires. Le Conseil d'État, dans le modèle administratif français, exerce traditionnellement le rôle de réviseur des textes juridiques les plus importants¹⁴⁶¹. Son examen porte tout à la fois sur la

¹⁴⁵⁹ C. TOUBOUL, Entretien n° 17. ; DAJ des ministères sociaux, *Bilan d'activité 2023*, p. 3.

¹⁴⁶⁰ DAJ des ministères sociaux, *Bilan d'activité 2021*, p. 3.

¹⁴⁶¹ L'exercice de cette fonction a notamment été décrit par des membres du Conseil d'État : M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 787 ; G. BRAIBANT, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration de la loi », *in Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 92 ; J. MASSOT, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration de la loi : Avis consultatif et propositions », *Revue Administrative*, 1999, numéro spécial

correction juridique des textes, leur clarté et leur style, ainsi que sur l'opportunité administrative des dispositions qu'ils contiennent¹⁴⁶².

589. En prévoyant la consultation des directions des affaires juridiques sur les projets de textes législatifs et réglementaires, les décrets d'organisation des administrations centrales ont jeté les bases d'une procédure formalisée de révision ministérielle. Les pratiques varient, mais, dans la plupart des administrations centrales, les directions examinent systématiquement les projets de lois, d'ordonnances et de décrets¹⁴⁶³. En revanche, elles ne révisent les arrêtés et les instructions, les notes de service ou les circulaires que si le cabinet ministériel ou la direction rédactrice en fait la demande. Les directions examinent alors la légalité interne et externe du projet, ainsi que sa présentation formelle et la clarté de sa rédaction. Contrairement au Conseil d'État, elles ne formulent pas, en principe, d'observations sur l'opportunité administrative du projet. D'une part, l'étape de révision des textes a vocation à intervenir au terme du processus ministériel de préparation du projet. Les consultations préalables et une partie des arbitrages politiques ont déjà eu lieu et il est alors trop tard pour changer l'orientation du texte. D'autre part, les directions limitent volontairement le champ de leur révision à un examen juridique et légistique du texte¹⁴⁶⁴. Si les juristes des ministères sont aussi des administrateurs, ils veillent à ne pas empiéter sur les attributions politiques et administratives des autres organes du ministère. Il convient, par ailleurs, de mentionner le rôle particulier de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères qui examine, avant leur signature, « tout projet de texte conventionnel international concourant à l'action extérieure de la France, qu'il soit contraignant juridiquement (traité, accord intergouvernemental, arrangement administratif) ou de simple nature politique (déclaration d'intention) »¹⁴⁶⁵.

590. Le déroulement du processus d'élaboration des textes restreint néanmoins l'effectivité de leur révision. Les directions des affaires juridiques considèrent qu'elles ne sont pas saisies en temps

n° 5, p. 151 ; Y. ROBINEAU, « Rapporteur en section administrative au Conseil d'État », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 753.

¹⁴⁶² M. LONG, *op. cit.*, p. 790.

¹⁴⁶³ Il existe des exceptions. La direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur et le service des affaires juridiques et internationales du ministère de la Culture n'examinent pas tous les projets de textes législatifs.

¹⁴⁶⁴ G. ODINET, Entretien n° 12.

¹⁴⁶⁵ Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, JORF du 31 mai 1997 ; MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Guide des bonnes pratiques en matière de négociation et d'engagement internationaux de la France*, 2020, p. 5 ; E. BELLARD, « La direction juridique du ministère des Affaires étrangères », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1256, M.-R. D'HAUSSY, « Droit et diplomatie : la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Pedone, 2008, p. 137.

utiles, que les textes leur sont transmis trop tardivement et qu'elles ne disposent pas d'un délai suffisant pour réaliser un contrôle juridique et légistique approfondi¹⁴⁶⁶. En outre, il est souvent trop tard pour modifier le texte. En effet, lorsqu'elle est obligatoire, la saisine de la direction des affaires juridiques intervient au terme du parcours de sa conception et de sa rédaction. Ainsi, la révision du texte est envisagée comme une étape finale de contrôle, dont le but est d'éviter que le projet ne comporte des erreurs juridiques manifestes. Les directions des affaires juridiques ne peuvent pourtant servir la qualité du droit qu'à la condition d'être véritablement associées à la construction des projets. Il appartient aux services qui les portent, incités par les cabinets ministériels, de les solliciter régulièrement lors des étapes successives de la préparation des textes.

591. L'organisation actuelle de la révision des textes juridiques conduit à un système à double vitesse. Certains textes peuvent être triplement révisés tandis que d'autres ne font l'objet d'aucun contrôle juridique ni légistique. En effet, la révision par les directions des affaires juridiques des projets de loi, des projets d'ordonnance et des projets de décret s'ajoute à celle réalisée par le Secrétariat général du Gouvernement¹⁴⁶⁷ et, éventuellement, par le Conseil d'État¹⁴⁶⁸. La formalisation d'une étape interne de révision des textes, confiée aux directions des affaires juridiques, anticipe et complète utilement ces examens ultérieurs. Toutefois, ces textes ne représentent qu'une part réduite de la production normative des administrations centrales. Les arrêtés ministériels, qui constituent la grande majorité des textes réglementaires préparés par les services des administrations centrales, ne sont examinés ni par le Conseil d'État, ni par le Secrétariat général du Gouvernement, ni par les directions des affaires juridiques. Si le service de législation et de qualité du droit du Secrétariat général du Gouvernement peut, éventuellement, procéder à un examen rapide des arrêtés publiés au Journal officiel¹⁴⁶⁹, les arrêtés et les instructions ministérielles publiés aux bulletins officiels des ministères ne font l'objet d'aucune relecture en dehors du ministère. Or, les directions des affaires juridiques, qui sont les cellules ministérielles aptes à réaliser ce contrôle interne, ne révisent ces textes que lorsqu'elles sont sollicitées à cette fin.

592. L'objectif de qualité du droit commanderait certainement que les directions soient en mesure de réviser chacun des textes produits par les administrations centrales. Cette fonction de révision élargie leur permettrait, par ailleurs, de disposer d'une vision d'ensemble de l'activité normative

¹⁴⁶⁶ O. FUCHS, Entretien n° 5 ; C. TOUBOUL, Entretien n° 17 ; S. BARBIER, Entretien n° 2.

¹⁴⁶⁷ J. MAÏA, « La légistique au Secrétariat général du Gouvernement », *CFJI*, 2008, numéro spécial, p. 22.

¹⁴⁶⁸ J.-H. STAHL, « Rôles du Conseil d'État et du Secrétariat général du Gouvernement dans l'élaboration de la norme », *Justice et Cassation*, 2012, p. 91.

¹⁴⁶⁹ A. WINSBACK, Entretien n° 19 ; J. MAÏA, *op. cit.*, p. 22 ; S. LASVIGNES, « Sécurité du droit et qualité de la réglementation », *op. cit.*, p. 4.

ministérielle et de prendre connaissance, en amont, des actes juridiques qu'elles pourraient ensuite être amenées à défendre devant le juge administratif. Cependant, l'organisation d'un tel contrôle, outre qu'elle n'est pas réaliste, ne serait pas profitable à l'exercice de la fonction normative des ministères. D'une part, les directions des affaires juridiques ne disposent pas, aujourd'hui, de moyens suffisants pour réviser l'ensemble des arrêtés, des circulaires et des instructions. Alors qu'elles essaient parfois de trier les demandes de consultations qui leur sont adressées, le contrôle systématique des textes juridiques représente une charge de travail considérable que les directions ne peuvent, ni ne souhaitent, assumer. D'autre part, la révision des textes est un aspect de leur fonction d'assistance juridique et légistique dont le but est d'anticiper, ou de corriger, d'éventuelles erreurs juridiques et légistiques, en particulier lors des textes de plus grande ampleur, tels que les projets de loi ou d'ordonnance. Les directions techniques rencontrent certainement moins de difficultés à préparer des arrêtés ou des notes ministériels dont la densité juridique est moindre et dont la préparation relève de leur travail habituel. L'organisation d'une révision systématique de ces actes pourrait, paradoxalement, conduire les services à être moins vigilants à la qualité des textes qu'ils conçoivent.

593. Une fois déterminés le champ et les modalités actuelles de la fonction de révision des directions, il convient d'étudier l'opportunité de leur confier un droit de visa sur les textes.

B. L'opportunité limitée de la reconnaissance d'un visa sur les textes juridiques

594. L'attribution aux directions des affaires juridiques d'un « droit de visa » sur les projets de texte peut être envisagée comme une piste d'amélioration du contrôle ministériel de la qualité des textes législatifs et réglementaires produits par les ministères¹⁴⁷⁰. L'idée est particulièrement étudiée au début des années 2000, alors que les directions des affaires juridiques s'implantent au sein des ministères et que les travaux relatifs à la qualité du droit se multiplient. La proposition s'inspire alors du visa par lequel le contrôleur financier autorise les dépenses du ministère avant leur engagement¹⁴⁷¹. Sur ce modèle, reconnaître aux directions des affaires juridiques un « droit de visa »

¹⁴⁷⁰ K. GILBERG, « La fabrique gouvernementale de la loi », *JCP G*, 2017, supplément au n° 10, p. 9.

¹⁴⁷¹ Le contrôleur financier est créé par la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées (JORF du 14 août 1922, p. 8558). « Traditionnellement, [le contrôleur financier] est saisi de l'ensemble des actes d'engagement de dépense d'une certaine importance (sous la forme de projets de décision de subvention, de projets de contrat, etc.), avant leur adoption définitive et leur transmission au comptable chargé de l'exécution. Le contrôleur appose son "visa" après avoir vérifié la correcte imputation de la dépense, la disponibilité des crédits et aussi la régularité voire l'opportunité de la dépense. Son rôle est d'autant plus important que son refus de visa ne peut être levé que par

consisterait à soumettre systématiquement les projets de textes à leur examen, en leur permettant d'interrompre le processus d'élaboration si elles constatent des malfaçons juridiques ou légistiques majeures.

595. Illustration supplémentaire de l'engagement du Conseil d'État dans l'organisation de l'expertise juridique ministérielle, la reconnaissance d'un droit de visa des directions des affaires juridiques sur les textes a d'abord été étudiée dans ses murs au début des années 2000¹⁴⁷². Jean-Marie Delarue explique notamment que cette option avait été proposée par l'un des membres de la section de l'Intérieur, à l'occasion de l'examen du décret d'organisation d'un ministère¹⁴⁷³. Toutefois, « cette idée n'avait pu aboutir, puisque la majorité des directions du ministère s'étaient hautement récriées à cette idée, qui consistait à mettre un "nez" étranger dans leurs propres affaires »¹⁴⁷⁴. Lors d'un colloque consacré au 10^e anniversaire de la direction des affaires juridiques de Bercy en 2008, sa directrice d'alors, Catherine Bergeal, évoque une proposition similaire. Elle indique qu'un « groupe de travail au Conseil d'État » s'est interrogé sur « l'opportunité de donner un droit de visa aux directions juridiques des administrations centrales sur les textes »¹⁴⁷⁵, mais que les directions « ont été elles-mêmes très réticentes à l'idée de mettre en place un visa préalable, au moment où l'on supprimait celui du contrôleur financier »¹⁴⁷⁶. Bien que cette raison ne soit pas évoquée, on peut aussi se demander si l'attribution d'un tel visa n'a pas été perçue par le Conseil d'État comme une concurrence et un empiètement sur le contrôle juridique et légistique exercé par les sections administratives sur les textes. D'ailleurs, l'institution n'a proposé cette piste dans aucune des études qu'elle a successivement consacrées à la qualité du droit¹⁴⁷⁷.

le ministre des Finances. Ainsi, en cas de conflit entre le ministre "dépensier" et le contrôleur, c'est au supérieur hiérarchique de ce dernier qu'il reviendra d'arbitrer (où, le cas échéant, au chef du gouvernement). Depuis l'origine, ce système traduit l'existence d'une sorte de "tutelle" financière du ministre chargé du Budget sur l'ensemble des autres ministères » (M. COLLET, *Finances publiques*, LGDJ-Lextenso, « Précis Domat. Droit public », 2022, 7^e édition, §. 67). Après une réforme de 2005, la fonction de « contrôleur financier » est remplacée par celle de « contrôleur budgétaire » par le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012.

¹⁴⁷² La création d'un « visa juridique systématique » est aussi mentionnée, sans être véritablement étudiée, par le rapport Haenel de 1992 (SÉNAT, *Rapport n° 400 de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques*, présenté par H. Haenel, 1992, p. 180).

¹⁴⁷³ En effet, jusqu'en 2008, les décrets organisant les directions générales, directions et services des ministères sont soumis à l'avis du Conseil d'État. L'article 1^{er} du décret du 15 juin 1987 est modifié par le décret n° 2008-208 du 29 février 2008.

¹⁴⁷⁴ J.-M. DELARUE, *op. cit.* p. 257.

¹⁴⁷⁵ C. BERGEAL, « Quel avenir pour les directions des affaires juridiques ? », *Colloque du dixième anniversaire de la direction des affaires juridiques de Bercy*, 11 février 2009, p. 7.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006 et CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, 2016.

596. Signe que la mise en place d'un contrôle juridique ministériel est alors dans l'air du temps, cette première réflexion, purement administrative, peut être rapprochée de l'une des propositions du rapport final du Comité Balladur sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, de novembre 2007. Parmi les recommandations qu'il formule pour améliorer les conditions de préparation de la loi, le comité demande que « dans chaque ministère soit installé un "contrôleur juridique", nommé pour une période déterminée qui soit chargé de donner son visa à l'édition des textes normatifs comme le fait le contrôleur financier dans le domaine qui est le sien ». Il ajoute qu'« aucun texte ne pourrait émaner du ministère sans son visa exprès ». Une telle recommandation détonne dans l'économie générale d'un rapport dédié, pour l'essentiel, au rééquilibrage des relations entre le Gouvernement et le Parlement. À l'exception d'une proposition portant sur l'encadrement de l'emploi des membres des cabinets ministériels, la création de la fonction de contrôleur juridique est la seule proposition relative à l'organisation interne des ministères. Le Comité Balladur se contente, en réalité, de reprendre à l'identique la lettre de mission adressée par le Président Nicolas Sarkozy à Édouard Balladur¹⁴⁷⁸. Dans cette lettre, le Président de la République indique qu'il souhaite que soit étudiée « la création, dans chaque ministère, sur le modèle du contrôleur financier, d'un contrôleur juridique chargé de veiller à la nécessité et à la solidité juridiques des textes proposés ». Le Comité suggère seulement de confier la fonction de contrôleur juridique à « un membre du Conseil d'État qui assurerait une liaison étroite entre le ministère et la section administrative à laquelle il appartient ». Il juge que les membres du Conseil d'État disposent de « l'autorité nécessaire pour éviter l'édition de normes inutiles ou redondantes et serait en situation d'aider à une programmation raisonnable des travaux du Gouvernement ». Puisqu'elle relève de la compétence du pouvoir réglementaire, la proposition du Comité Balladur n'est pas reprise par le projet de loi constitutionnelle¹⁴⁷⁹. Reste que la fonction de contrôleur juridique n'a jamais été instituée¹⁴⁸⁰.

597. L'ensemble de ces réflexions témoignent d'une ambition commune. L'amélioration de la qualité des textes produits par les administrations centrales suppose une reconfiguration du

¹⁴⁷⁸ N. SARKOZY, « Lettre de mission du Président de la République au Premier ministre Édouard Balladur le 18 juillet 2007 », *RFDC*, 2005, HS n° 2, p. 254.

¹⁴⁷⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, enregistré le 23 avril 2008. La proposition est reprise dans un amendement du député Jean-Jacques Urvoas lors de l'examen de l'une des lois organiques d'application de la révision, rejeté pour les mêmes raisons. ASSEMBLÉE NATIONALE, Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Examen du projet de loi relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution (n° 1314), séance du 7 janvier 2009, p. 3-4 et p. 27.

¹⁴⁸⁰ Si le rapport Warsmann de 2009 mentionne la suggestion du Comité Balladur, l'institution d'un contrôleur juridique ne figure pas parmi les propositions finales. J.-L. WARSMANN, *op. cit.*, p. 44.

processus de leur élaboration, et par la systématisation d'étapes de contrôle légistique et juridique. Cette ambition est désormais en partie atteinte. Les directions des affaires juridiques sont de plus en plus intégrées au sein des administrations centrales, et leur participation à la « qualité de la réglementation » est consacrée dans une partie des textes d'organisation des ministères¹⁴⁸¹. Leur rôle de vigie de la qualité juridique et légistique des textes est mieux établi. S'agissant des projets de loi et des projets de décret, dans presque tous les ministères, la révision de la direction des affaires juridiques précède la relecture du texte par le Secrétariat général du Gouvernement et l'examen du Conseil d'État. En revanche, même lorsqu'elle est systématique, cette révision ne saurait être regardée comme l'exercice d'un droit de visa. Dans le cadre de la procédure d'élaboration d'une décision, ou d'un projet d'acte, l'objet d'un visa est de formaliser l'accord d'une autorité nécessaire à la poursuite du processus d'élaboration¹⁴⁸². C'est une « attestation de contrôle »¹⁴⁸³. Pour être effectif, le mécanisme du visa repose donc sur la possibilité de refuser de viser un projet d'acte ou de document, ce qui interrompt la succession des étapes du travail administratif. Or, les directions des affaires juridiques ne disposent pas d'une telle faculté dans le cadre de l'élaboration des projets de textes qui leur sont soumis : leur accord n'est pas une condition indispensable à la poursuite du processus d'élaboration du texte. Tout au plus peuvent-elles faire part aux services de leurs remarques et alerter le cabinet du ministre si elles constatent que le texte en l'état présente une erreur juridique importante.

598. Toutefois, l'évolution des méthodes de coordination du travail normatif gouvernemental pourrait ébaucher la mise en place d'un visa « de fait » des directions sur les textes juridiques les plus importants. En effet, le développement d'une application informatique de suivi de l'élaboration des textes, à laquelle les directions des affaires juridiques sont intégrées renforce leur potentielle faculté de contrôle. Depuis 2007, les administrations centrales et le Secrétariat général du Gouvernement utilisent, dans le cadre de leur activité normative, un système informatique de suivi des textes, l'application « SOLON »¹⁴⁸⁴. Déployée à l'initiative du Secrétariat général du Gouvernement, cette plateforme dématérialise l'ensemble des étapes d'élaboration des textes. Elle constitue « le procédé obligatoire de cheminement interministériel des projets de textes législatifs

¹⁴⁸¹ V. *supra*, §. 206.

¹⁴⁸² L'exemple le plus fréquent est celui du visa par lequel le supérieur hiérarchique approuve le travail préparé par ses services.

¹⁴⁸³ G. DUPUIS, « Les visas apposés sur les actes administratifs », in *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, t. II, p. 408, note 1.

¹⁴⁸⁴ Pour « Système d'organisation en ligne des opérations normatives ». L'application actuellement utilisée est la seconde version du logiciel. G. BROUSSEAUD, « Premier bilan de l'application SOLON », *CJFI*, 2008, n° spécial, p. 79.

et réglementaires, ainsi que des mesures nominatives devant être publiées au Journal officiel »¹⁴⁸⁵.

599. Développée à son initiative et sous son contrôle, l'application SOLON facilite la supervision du Secrétariat général du Gouvernement sur l'activité normative des ministères. Ses chargés de mission disposent, depuis l'application, d'une vue d'ensemble de la préparation des actes élaborés par les ministères. De même, les services ministériels visualisent, grâce à la « feuille de route » du texte figurant sur l'application, chaque étape de son élaboration, au sein et à l'extérieur du ministère. Selon Serge Lasvignes, ancien Secrétaire général du Gouvernement, « à travers SOLON, chaque bureau, même petit, même éloigné, s'est rendu compte qu'il existait un SGG et qu'il avait des fonctions importantes, et notamment des capacités de blocage. SOLON lui a donné une vraie réalité au cœur même des ministères »¹⁴⁸⁶.

600. L'application peut aussi, selon ses paramétrages, favoriser la révision des textes par les directions des affaires juridiques. En effet, les différentes étapes de la construction du projet normatif sont indiquées, dans l'application, sur une « feuille de route » du texte. Si chaque feuille de route peut être modifiée, il existe cependant des paramétrages prédéfinis, au sein de chaque administration centrale, suivant la nature du texte préparé. Ainsi, dans certains ministères, les directions des affaires juridiques sont une « étape SOLON » de la préparation des projets de loi, d'ordonnance ou de décret. Ce paramétrage a pour conséquence que le texte doit nécessairement être examiné par la direction, qui en prend connaissance sur l'application, avant d'être transmise au Secrétariat général du Gouvernement. La révision juridique du texte est alors une étape obligatoire de son élaboration puisque c'est la direction des affaires juridiques qui, au terme de son examen, actionne la transmission au cabinet, à un autre ministère ou au Secrétariat général du Gouvernement. Très concrète, cette prérogative pourrait amener les directions des affaires juridiques à exercer un droit de visa de fait sur les textes. En retardant leur transmission, elles seraient en mesure d'interrompre le cheminement ministériel et gouvernemental d'un projet s'il ne satisfaisait pas les standards juridiques et légistiques. Cependant, cette faculté de blocage demeure théorique. On ne pourrait imaginer, en effet, qu'une direction juridique s'oppose à la transmission d'un texte au Secrétariat général du Gouvernement contre la volonté du ministre. Dans la pratique, les directions sont même souvent contraintes de « libérer le texte » - c'est-à-dire autoriser, sur SOLON, sa transmission au Secrétariat général du Gouvernement - sans avoir réellement été en

¹⁴⁸⁵ S. COTTIN, « Extraqual : l'extranet de la qualité et de la simplification de la loi », *RFAP*, n° 146, 2013, p. 321.

¹⁴⁸⁶ J.-M. EYMERI-DOUZANS, M. MANGENOT, « La plus britannique des administrations françaises : le Secrétariat général du Gouvernement. Entretien avec Serge Lasvignes », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 755.

mesure de réaliser la révision juridique et légistique nécessaire.

*

601. La contribution des directions des affaires juridiques à la qualité du droit s'avère limitée si l'on ne considère que leur place dans le processus de conception et de confection des textes. En effet, les directions n'écrivent pas le droit. Elles ne procèdent qu'à la révision des projets les plus importants, et les conditions d'effectivité de leur examen juridique et légistique ne sont pas toujours satisfaites. Ce bilan en demi-teinte pourrait toutefois être contredit si l'on décentre l'analyse des ministères. Il s'agit désormais d'analyser la position des directions dans la conception, l'animation et l'exécution d'une politique gouvernementale d'amélioration de la qualité du droit.

SECTION 2. LA COLLABORATION DES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES À LA POLITIQUE D'AMÉLIORATION DE LA QUALITÉ DU DROIT

602. L'ambition de rationaliser la production normative et d'ordonner le droit positif donne lieu, depuis une trentaine d'années, à un ensemble composite d'initiatives. Que l'on pense à la définition de principes de légistique formelle et matérielle et à leur compilation au sein de guides, à l'organisation de mécanismes d'évaluation préalable des projets de loi et de règlement, mais aussi à la formulation de consignes de simplification du droit, au suivi de l'élaboration des mesures d'application des lois et de transposition des directives, à la relance de la codification, voire même au développement de logiciels dédiés à l'élaboration des textes et à la mise en ligne d'un site d'information légale : aussi variées soient-elles, ces démarches concourent à un même objectif. En effet, l'amélioration de la qualité du droit dépasse l'enjeu, déjà fondamental, de la qualité des textes juridiques produits. Elle poursuit aussi l'ambition de rendre le corpus juridique plus intelligible et plus accessible.

603. Une approche aussi englobante de l'objectif de qualité du droit permet de considérer selon une perspective d'ensemble la multitude des initiatives qui viennent d'être rappelées. Ces démarches relèvent toutes d'une politique publique d'amélioration de la qualité du droit. En effet, il s'agit bien d'un ensemble d'« actions spécifiques interreliées et officielles, annoncées ou entreprises à un moment donné par une autorité étatique légitime » et « orientées vers la résolution d'un problème

public»¹⁴⁸⁷. Si certaines initiatives sont prises par le Parlement ou les autorités locales, la politique d'amélioration de la qualité du droit reste une politique principalement gouvernementale, assurée par l'administration d'État.

604. Les directions des affaires juridiques sont au cœur de la politique d'amélioration de la qualité du droit. Elles sont les relais privilégiés au sein des ministères (**I.**) autant que les moteurs (**II.**).

I. DES RELAIS PRIVILÉGIÉS DE LA POLITIQUE D'AMÉLIORATION DU DROIT

605. Pour mesurer l'apport des directions des affaires juridiques à la politique gouvernementale de qualité du droit, il est nécessaire d'identifier la répartition des rôles entre les différents acteurs qui y prennent part au sein de l'administration de l'État. Dans chacune de ses dimensions, la qualité du droit est une ambition administrative et politique portée par le Premier ministre et animée par ses services. Le Secrétariat général du Gouvernement, en particulier, suscite, conçoit et coordonne les initiatives qu'il appartient aux administrations centrales d'exécuter (**A.**). La présence des directions des affaires juridiques, formant avec le Secrétariat général du Gouvernement un réseau informel d'expertise juridique, favorise la réception et l'exécution de ces initiatives à l'échelle ministérielle (**B.**).

A. Une politique définie par le Premier ministre

606. Interministérielle, la politique d'amélioration de la qualité du droit est portée, au sein du Gouvernement, par le Premier ministre. En vertu de ses pouvoirs constitutionnels de direction de l'action du Gouvernement¹⁴⁸⁸, il ordonne les pratiques normatives et légistiques des ministres et de leurs services. Chaque administration centrale est un centre de production des textes législatifs et réglementaires, et il importe que les méthodes d'élaboration et les techniques d'écriture soient harmonisées. La définition de standards communs de rédaction, désormais présentés par le *Guide de légistique* gouvernemental, permet une écriture et une présentation uniformes des textes, même lorsque ces derniers ne font l'objet d'aucune révision en dehors du ministère. L'harmonisation de la présentation formelle des textes est une condition de la cohérence et de l'homogénéité du corpus

¹⁴⁸⁷ C. NYECK, « Politique publique », in N. KADA, M. MATHIEU (dir.), *Dictionnaire d'administration publique*, Presses universitaires de Grenoble, « Droit et action publique », 2014, p. 384.

¹⁴⁸⁸ Art. 21 de la Constitution ; P. AVRIL, « Diriger le Gouvernement », *Pouvoirs*, n° 83, 1997, p. 31 ; G. CARCASSONNE, « Ce que fait Matignon », *Pouvoirs*, n° 68, 1994, p. 31.

juridique et, partant, de la qualité du droit.

607. Si le Premier ministre n'est pas le supérieur hiérarchique des ministres¹⁴⁸⁹, l'article 21 de la Constitution lui permet cependant d'adresser aux membres du Gouvernement, ainsi qu'aux administrations placées sous leur autorité, « des instructions par voie de circulaire, leur prescrivant d'agir dans un sens déterminé ou d'adopter telle interprétation des lois et règlements en vigueur »¹⁴⁹⁰. C'est sur ce fondement que, depuis la circulaire du 31 juillet 1974¹⁴⁹¹, les Premiers ministres rappellent régulièrement les méthodes qu'ils désirent voir appliquer par les ministres et leurs services lors de l'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires¹⁴⁹². La publication du *Guide de légistique*, qui a remplacé les circulaires détaillant les étapes de l'élaboration des textes et les principes légistiques qui les encadraient, a peut-être diminué la fréquence des instructions du Premier ministre en la matière. Mais le chef du Gouvernement s'adresse encore aux ministres pour régir leurs pratiques normatives. Tantôt le Premier ministre se borne à souligner qu'il « souhaite des textes peu nombreux, courts, clairs, assortis d'études d'impact, et respectueux des différentes saisines obligatoires »¹⁴⁹³, tantôt il insiste sur certains dispositifs légistiques, tels que les évaluations préalables¹⁴⁹⁴ ou la production des notices explicatives qui accompagnent les textes réglementaires¹⁴⁹⁵. Au moyen de ses instructions, le Premier ministre dirige l'activité normative des ministères.

608. Plusieurs services et organismes administratifs concourent à la rationalisation de la production normative par le biais d'interventions ciblées. Ainsi, le Conseil national d'évaluation des normes examine les projets de textes applicables aux collectivités territoriales et peut, lors de son évaluation, proposer des mesures d'adaptation et de simplification des normes en vigueur¹⁴⁹⁶. La Commission supérieure de codification formule, lors de ses rapports annuels, des « canons de codistique »¹⁴⁹⁷ dont l'objet est d'orienter les pratiques des équipes ministérielles de codification.

¹⁴⁸⁹ CE, Sect., 12 novembre 1965, n° 55315, *Compagnie marchande de Tunisie*, Rec. p. 602.

¹⁴⁹⁰ CE, Ass., 26 décembre 2012, n° 358226, *Libérez les demoiselles*, Rec. p. 501.

¹⁴⁹¹ Circulaire du 31 juillet 1974 relative à l'élaboration des projets de lois et des textes publiés au Journal officiel, reproduite, *Revue administrative*, n° 162, 1974, p. 554.

¹⁴⁹² Circulaire du 7 juillet relative à la qualité du droit, JORF du 8 juillet 2011, texte n° 2.

¹⁴⁹³ Circulaire du 12 septembre 2014 relative à la méthode de travail gouvernemental, n° 5735/SG.

¹⁴⁹⁴ Circulaire du 12 octobre 2015 « Évaluation préalable des normes et qualité du droit », n° 5817/SG.

¹⁴⁹⁵ Circulaire du 7 juillet relative à la qualité du droit, précitée.

¹⁴⁹⁶ Loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, JORF du 18 octobre 2013, texte n° 1 ;

¹⁴⁹⁷ Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification. CSC, *Rapport annuel 2014, Avis portant sur le projet de périmètre et de plan du code des relations entre le public et les administrations*, p. 28.

Enfin, le Secrétariat général des affaires européennes assume un rôle semblable à celui du Secrétariat général du Gouvernement en matière de transposition des directives européennes¹⁴⁹⁸. Il a, par exemple, élaboré un guide des bonnes pratiques de transposition¹⁴⁹⁹. Toutefois, le Secrétariat général du Gouvernement occupe dans l'animation de la politique gouvernementale de la qualité du droit une position prépondérante.

609. Véritable état-major administratif du Premier ministre, le Secrétariat général du Gouvernement prépare l'ensemble des instructions qu'il adresse aux ministres pour présenter les mesures de légistique et de simplification du droit que leurs services doivent appliquer. Ses liens avec le Conseil d'État, le profil de ses agents, la prégnance d'une culture juridique en son sein, entretenue par sa fonction de conseiller juridique du Gouvernement, peuvent expliquer que le Secrétariat général du Gouvernement se soit montré particulièrement sensible à la question de la qualité du droit et aux instruments qui peuvent y concourir.

610. Portée par le Secrétariat général du Gouvernement, la politique de promotion de la qualité du droit a été conçue, d'emblée, comme une déclinaison de sa fonction de coordination du travail gouvernemental¹⁵⁰⁰. La coordination gouvernementale désigne l'ensemble des consignes, données par le Premier ministre, et des méthodes de travail mises en œuvre par ses services à destination des ministres. Elle vise à assurer la cohérence des actions ministérielles afin de réaliser les objectifs définis par le Premier ministre pour le Gouvernement en tant qu'organe collégial. Outre cette fonction de coordination, à laquelle concourent d'autres services centraux¹⁵⁰¹, le Secrétariat général du Gouvernement assume aussi une fonction de conseil juridique du Gouvernement. « Les deux missions du SGG de “coordonnateur” du travail interministériel et de “conseiller juridique et procédural” du Premier ministre apparaissent bien comme fort imbriquées »¹⁵⁰². Dans le silence

¹⁴⁹⁸ Décret n° 2005-1283 du 17 octobre 2005 relatif au comité interministériel sur l'Europe et au secrétariat général des affaires européennes, JORF du 18 octobre 2005, texte n° 1.

¹⁴⁹⁹ SGAE, *Guide de bonnes pratiques concernant la transposition des directives européennes*, 2011.

¹⁵⁰⁰ V. not. le dossier spécial de la *Revue française d'administration publique* : « La coordination gouvernementale », *RFAP*, n° 171, 2019 ; V. LANCERON, *La fonction de coordination en droit public*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2019, p. 238.

¹⁵⁰¹ Tels que le Secrétariat général des affaires européennes ou le Secrétariat général de la défense nationale et de la Sécurité nationale (SGDSN). M. MANGENOT, « Se partager les affaires européennes : aux origines du système français de coordination », *RFAP*, n° 158, 2016, p. 158 ; G. DAHO, « La désectorisation des politiques de sécurité. Le cas du recentrage interministériel du Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 651 ; A. MARIN, « Un rapprochement du Secrétariat général du Gouvernement et du Secrétariat général des affaires européennes ? Perspectives d'évolution de la coordination interministérielle française », *RFAP*, n° 158, 2016, p. 373.

¹⁵⁰² J.-M. EYMERI-DOUZAN, M. MANGENOT, « Rouage ou centre de l'État ? (II.) Le Secrétariat général du Gouvernement en actes », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 648.

absolu des textes sur ses attributions et les conditions de leur exercice¹⁵⁰³, le Secrétariat général du Gouvernement a développé cette double fonction de coordination et de conseil juridique allant jusqu'à la confondre : son rôle de « juriconsulte du Gouvernement »¹⁵⁰⁴ l'a progressivement conduit à intégrer à sa mission générale de coordination une dimension de coordination juridique¹⁵⁰⁵. Ainsi, les mécanismes de coordination gouvernementale sont les canaux privilégiés de la diffusion de la politique de qualité du droit au sein du Gouvernement.

611. En amont de l'élaboration des textes par les ministères, le Secrétariat général du Gouvernement œuvre à la définition des principes et des standards légistiques que les administrations centrales devront respecter. Il prépare les circulaires qui les présentent et corédige le *Guide de légistique* qui les compile. Il définit, par exemple, le format des études d'impact que doivent élaborer les services ministériels¹⁵⁰⁶. Il assure également des formations de légistique à destination des administrateurs. Il coordonne la temporalité de l'action normative des ministères, puisqu'il détermine le calendrier d'élaboration des mesures réglementaires d'application de la loi¹⁵⁰⁷. La documentation qu'il rédige est publiée sur un site extranet dédié, auquel les administrateurs ont accès¹⁵⁰⁸. En aval, il supervise l'élaboration des textes juridiques les plus importants¹⁵⁰⁹. Il s'assure du respect du calendrier normatif fixé et réalise une révision juridique et légistique des textes qui lui sont transmis¹⁵¹⁰. Le recensement de ses missions montre ainsi la diversité et l'amplitude des occasions dont il dispose pour ordonner, lors de la coordination de l'action gouvernementale, les pratiques normatives des ministères.

¹⁵⁰³ Le Secrétariat général du Gouvernement se distingue par l'absence, presque totale, de textes juridiques énumérant ses attributions et organisant les conditions de son activité. Ce vide textuel est régulièrement critiqué par la Cour des comptes (v., récemment, COUR DES COMPTES, « L'organisation et les missions du secrétariat général du Gouvernement », Relevé d'observations n° S2021-2491), mais il a toujours été défendu par le Premier ministre et ses services. Selon le Premier ministre, « l'absence de texte d'organisation du secrétariat général du Gouvernement n'a toutefois pas nui au rôle clé qu'il joue, comme vous le soulignez, dans l'organisation du travail interministériel et la production de la norme. Quant au périmètre des services et entités constituant les services du Premier ministre, il est en effet susceptible de varier en fonction de choix politiques qu'il serait inopportun de chercher à encadrer par davantage de formalisme » (Premier ministre, Réponse au relevé d'observation n° S2021-2491, 14 mars 2022).

¹⁵⁰⁴ J.-M. EYMERI-DOUZAN, M. MANGENOT, « Assurer la continuité et l'impartialité de l'État, Entretien avec Jean-Marc Sauvé », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 728.

¹⁵⁰⁵ B. GAÏTI, « Coordonner le Gouvernement : les trajectoires des politiques de coordination gouvernementale en France (1935-2019) », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 577.

¹⁵⁰⁶ Circulaire du 12 octobre 2015 « Évaluation préalable des normes et qualité du droit », précitée. Le Secrétariat général du Gouvernement publie, sur son site extranet, un modèle de fiche d'impact simplifiée et un mémento relatif à l'élaboration des études d'impact.

¹⁵⁰⁷ V. *infra* §. 621.

¹⁵⁰⁸ S. COTTIN, *op. cit.*, p. 313.

¹⁵⁰⁹ J. MAÏA, *op. cit.*, p. 21 ; J.-H. STAHL, *op. cit.*, p. 90-91.

¹⁵¹⁰ V. *supra* §. 591.

612. Puisque la politique de la qualité du droit relève de la coordination de l'action gouvernementale, il n'appartient pas aux directions des affaires juridiques de la définir ou de la conduire. En revanche, elles apparaissent comme les structures les plus à même de favoriser la mise en œuvre de cette politique publique au sein des départements ministériels.

B. Une politique mise en œuvre par les directions des affaires juridiques

613. L'émergence d'un réseau informel d'expertise juridique et légistique, regroupant les directions des affaires juridiques sous l'égide du Secrétariat général du Gouvernement, favorise la mise en œuvre, par les ministères, des mesures d'amélioration de la qualité du droit (1.). Les bénéfices de ce réseau s'illustrent tout particulièrement à l'égard du suivi de l'élaboration des mesures d'application de la loi et de transposition des directives européennes (2.).

1/ L'émergence d'un réseau d'expertise juridique et légistique

614. Les directions des affaires juridiques des ministères entretiennent avec le Secrétariat général du Gouvernement des relations privilégiées. Les agents interrogés les décrivent spontanément en des termes identiques : leurs interactions sont « quotidiennes », « constantes », « permanentes »¹⁵¹¹. Les directions des affaires juridiques sont assurément, avec les cabinets ministériels, les premiers interlocuteurs des chargés de mission du Secrétariat général du Gouvernement. Cette proximité s'explique, en premier lieu, par l'organisation du travail gouvernemental et les attributions des directions : elles lui transmettent, par l'intermédiaire de l'application SOLON, les projets de lois et de décrets ; elles assurent pour lui le suivi de l'élaboration des mesures d'application des textes ; elles participent à l'élaboration des mémoires en défense des lois qu'il plaide devant le Conseil constitutionnel¹⁵¹². Chacune de ces missions conduit les directions des affaires juridiques à échanger régulièrement, voire quotidiennement, avec le Secrétariat général du Gouvernement.

615. On peut aussi supposer, en second lieu, que ces échanges sont d'autant plus aisés qu'ils interviennent entre les membres d'un groupe partageant une formation ou, à tout le moins, une

¹⁵¹¹ V. PLOQUIN-DUCHEFDELAVILLE, Entretien n° 13 ; Y. FAURE, Entretien n° 5 ; C. FAURE, Entretien n° 4 ; G. ODINET, Entretien n° 12 ; A. WINSBACK, Entretien n° 19.

¹⁵¹² T.-X. GIRARDOT, X. POTTIER, « Le Gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, 2016, p. 18 ; M. HÉRON DART, « Le Gouvernement dans la procédure de contrôle de constitutionnalité a priori », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, 2016, p. 7.

culture juridique commune, au sein de l'État. Les chargés de mission du Secrétariat général du Gouvernement sont majoritairement issus du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel¹⁵¹³, le Secrétaire général du Gouvernement, son adjoint et son conseiller juridique sont, comme presque tous les directeurs des affaires juridiques, membres du Conseil d'État. L'appartenance à une même institution, propre à faire naître un « esprit de corps »¹⁵¹⁴, semble être un élément important pour comprendre la souplesse et la fréquence des interactions entre les directions des affaires juridiques et le Secrétariat général du Gouvernement. Dans une administration d'État formée d'expertises techniques composites, ces cellules ministérielles et gouvernementales parlent un même langage et partagent des préoccupations juridiques et légistiques communes. Enfin, cette proximité culturelle et professionnelle est accentuée par les trajectoires individuelles des directeurs des affaires juridiques. En effet, un certain nombre d'entre eux ont, lors de leur carrière, exercé des fonctions au sein du Secrétariat général du Gouvernement. Ils disposent alors d'une connaissance de l'institution, de ces méthodes et de sa mission de supervision légistique et juridique.

616. L'intensité et la régularité des interactions entre les directions des affaires juridiques et le Secrétariat général du Gouvernement semblent témoigner de l'émergence d'un réseau gouvernemental dédié à l'expertise juridique et à la qualité du droit¹⁵¹⁵. Le Secrétariat général du Gouvernement et les directions formeraient, à l'échelle de l'administration d'État, une « communauté épistémique »¹⁵¹⁶ administrative, liée par une expertise juridique et légistique et œuvrant, au niveau gouvernemental ou à l'échelle de chaque ministère, à la qualité de la réglementation. Toutefois, ce réseau n'est ni formalisé, ni institutionnalisé. Il n'est prévu par aucun texte et ses modalités de coordination interne demeurent très souples. Les témoignages des

¹⁵¹³ Le profil des chargés de mission et des chargés de mission adjoints a évolué. Dans la période récente, les chargés de mission sont des magistrats administratifs détachés, tandis que les chargés de mission adjoints sont des administrateurs civils ou des attachés principaux d'administration. Ces derniers sont généralement issus d'un ministère dont ils suivent ensuite l'activité depuis le Secrétariat général du Gouvernement (A. WINSBACK, Entretien n° 19).

¹⁵¹⁴ M.-C. KESSLER, « L'esprit de corps dans les grands corps de l'État en France », in G. J. GUGLIELMI, C. HAROCHE (dir.), *L'esprit de corps, démocratie et espace public*, PUF, « La Politique éclatée », 2005, p. 277 ; M. BOYON, P. GONOD, « Entretien sur quelques aspects de l'esprit de corps au Conseil d'État », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 27.

¹⁵¹⁵ L'expression de « réseau » est employée par Marc Guillaume, alors Secrétaire général du Gouvernement. ENA, *Séminaire sur la coordination de la décision dans le travail gouvernemental*, « Les structures d'"état-major" : le Secrétariat général du gouvernement (SGG) », 16 novembre 2017.

¹⁵¹⁶ Une communauté épistémique peut être définie comme un « réseau de professionnels ayant une expertise et une compétence reconnues dans un domaine particulier qui peuvent faire valoir un savoir pertinent sur les politiques publiques du domaine en question », P. HAAS, « Introduction : Epistemic Communities and International Policy Coordination », *International Organization*, n° 46, 1992, p. 3, traduit et cité par T. BOSSY, A. EVRARD, « Communauté épistémique », in L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Science Po, 5^{ème} édition, 2019, p. 140.

directeurs des affaires juridiques font état, tout au plus, d'un groupe commun sur une application de messagerie instantanée et de l'organisation, à l'initiative du Secrétariat général du Gouvernement, de réunions bisannuelles.

617. La constitution d'un véritable «réseau de correspondants juridiques»¹⁵¹⁷ au sein de l'administration d'État a régulièrement été soutenue afin d'assurer la mise en œuvre de la politique de qualité du droit¹⁵¹⁸. Suivant les suggestions du rapport Mandelkern de 2002¹⁵¹⁹, les circulaires du 26 août et du 30 septembre 2003 désignent des «hauts fonctionnaires à la qualité de la réglementation»¹⁵²⁰, destinés à être les correspondants du Secrétariat général du Gouvernement en la matière¹⁵²¹. Dans les ministères qui en disposaient, la fonction a échu aux directeurs des affaires juridiques. Ces derniers ont été chargés d'élaborer, pour chaque administration centrale, une «charte de la qualité de la réglementation» rappelant des principes sommaires de légistique matérielle et formelle¹⁵²². Alors que les circulaires précédentes se contentaient de réitérer des principes de légistique, l'institution des hauts fonctionnaires à la qualité de la réglementation ébauche la spécialisation de services ministériels consacrés à la mise en œuvre de la politique de qualité du droit. Les directions des affaires juridiques, dont la généralisation est concomitante, s'imposent, en théorie, comme les services les plus idoines pour assumer cette mission.

618. Cependant, les attentes du nouveau dispositif ont été déçues¹⁵²³. Les « chartes de la qualité de la réglementation », « assez vite oubliées devant les contraintes politiques »¹⁵²⁴, ont finalement été remplacées par le *Guide de légistique*, publié en 2005. Leur échec est plutôt logique : la déconcentration de la confection des chartes, réalisée dans chaque ministère, aurait pu conduire à

¹⁵¹⁷ S. LASVIGNES, «Le rôle du Secrétariat général du Gouvernement dans la préparation des lois», in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, «Cahier des sciences morales et politiques», 2005, p. 52.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La Documentation française, 2002.

¹⁵²⁰ Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, JORF du 29 août 2003, texte n° 1 ; circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation, JORF du 2 octobre 2003, texte n° 1.

¹⁵²¹ C. BERGEAL, «La qualité de la réglementation en France : question juridique ou politique ?», in A. WAGNER, S. CACCIAGUIDI-FAHY (dir.), *Legal language and the search for clarity*, Bruxelles, Peter Lang, «Linguistic insights», 2006, p. 223.

¹⁵²² La charte de la qualité de la réglementation du ministère de l'Agriculture présente, par exemple, l'engagement du ministère pour «clarifier et alléger la réglementation», «assurer la bonne qualité des normes produites» et «assurer la bonne application des normes produites». Le ministère s'engage notamment à mettre à disposition des agents un «guide du rédacteur», complété par guides spécifiques pour les principaux domaines de réglementation du ministère, et à organiser des actions de formation.

¹⁵²³ C. BERGEAL, «La qualité de la réglementation en France : question juridique ou politique ?», *op. cit.*, p. 224.

¹⁵²⁴ C. BERGEAL, *Manuel de légistique*, Berger-Levrault, «Les indispensables», 9^{ème} édition, 2022 p. 11.

la définition de principes changeant d'une administration à l'autre et nuisibles à l'harmonisation des pratiques légistiques¹⁵²⁵. Les circulaires de 2003 n'ont pas non plus renforcé le rôle des directions des affaires juridiques dans le processus normatif, la création de la fonction de « haut fonctionnaire à la réglementation » étant certainement intervenue trop tôt. Encore trop jeunes, les directions ne bénéficiaient pas de l'ancrage institutionnel et d'une expertise suffisante pour assurer la révision systématique des textes écrits par les directions ministérielles plus anciennes.

619. Malgré tout, pour la première fois et peu de temps après leur création, les directions sont intégrées à la mise en œuvre de la politique de qualité du droit. En jetant les bases d'un futur réseau d'expertise juridique et de qualité du droit incluant les directions des affaires juridiques, les circulaires de 2003 confirment que leur fonction ne se limite plus au conseil juridique et au contentieux ; elles ont vocation à intervenir dans l'élaboration des textes juridiques pour assurer leur qualité. Dix ans plus tard, la mission de lutte contre l'inflation normative propose à son tour l'organisation de séminaires réguliers entre le Secrétariat général du Gouvernement et les directions des affaires juridiques¹⁵²⁶, dans le but de sensibiliser les producteurs de normes au respect du « moratoire sur l'édition des normes ». Décidé en 2010¹⁵²⁷, ce dispositif de rationalisation de la production juridique applicable aux collectivités territoriales est resté largement ignoré des administrations centrales¹⁵²⁸. Toutefois, une telle suggestion illustre la fonction première d'un réseau d'expertise juridique et de qualité du droit : faire connaître et faire appliquer, par les services des administrations centrales, les mesures décidées par le Premier ministre pour encadrer la production normative. Enfin, en 2016, le Conseil d'État appelle à structurer un réseau interministériel d'appui à la simplification et à la qualité du droit¹⁵²⁹. Celui-ci est envisagé de façon très large puisqu'il regrouperait le Secrétariat général du Gouvernement, les directions des affaires juridiques, ainsi que les secrétariats généraux des ministères, les « directeurs des principales directions productrices de normes » et des membres des cabinets ministériels¹⁵³⁰.

620. Les tentatives variées d'organisation de la politique de qualité du droit au sein des ministères s'avèrent chaotiques, faute d'avoir été portées par des structures ministérielles dédiées et stables.

¹⁵²⁵ H. MOYSAN, « La législation et la réglementation nationales sont-elles condamnées à se dégrader inéluctablement ? Premières réflexions critiques sur la circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation », *JCP A*, n° 49, 2003, p. 1591.

¹⁵²⁶ J.-C. BOULARD, A. LAMBERT, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 2013, p. 91.

¹⁵²⁷ Circulaire du 6 janvier 2010 relative au moratoire applicable à l'adoption des mesures réglementaires concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, JORF du 7 juillet 2010, texte n° 1.

¹⁵²⁸ J.-C. BOULARD, A. LAMBERT, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵²⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵³⁰ *Ibid.*

Les directions des affaires juridiques pourraient constituer le fondement d'un réseau gouvernemental plus formalisé d'expertise juridique et de qualité du droit. Au plus près des services producteurs de normes, elles constituent, en outre, un relais particulièrement stable pour le Secrétariat général du Gouvernement. En effet, les structures interministérielles chargées de porter des initiatives sectorielles de simplification et de qualité du droit s'avèrent particulièrement changeantes. Ainsi, la Direction générale de la modernisation de l'État, créée en 2005, a été remplacée par Secrétariat général pour la modernisation et l'action publique en 2012¹⁵³¹, lui-même remplacé par la Direction interministérielle de la transformation publique en 2017¹⁵³². De même, le poste de commissaire à la simplification, créé en 2011 et rattaché au Secrétariat général du Gouvernement¹⁵³³ a été remplacé par celui de « directeur adjoint chargé de la simplification » qui n'a été pourvu qu'un an¹⁵³⁴. Face à l'instabilité des structures interministérielles, les directions des affaires juridiques se sont avérées être un relais plus discret, mais plus solide afin d'assurer la mise en œuvre des initiatives prises pour améliorer la qualité des textes juridiques produits.

2/ Le suivi des mesures d'application de la loi

621. La fonction de relais de la politique gouvernementale de qualité du droit des directions s'illustre singulièrement lors du suivi de l'élaboration des mesures d'application des lois. Dimension à part entière de l'objectif général de qualité du droit, l'application de la loi est une condition de la complétude de l'ordre juridique et, partant, de son effectivité. Pour satisfaire cette « obligation de résultat »¹⁵³⁵ qui incombe au Gouvernement¹⁵³⁶, les directions des affaires juridiques sont pleinement intégrées à la méthode de suivi développée par le Secrétariat général du Gouvernement. La présentation de cette méthode est indispensable pour identifier le rôle des directions.

622. Une fois la loi nouvelle promulguée et publiée au Journal officiel, le service de la législation et de la qualité du droit du Secrétariat général du Gouvernement recense les mesures d'application

¹⁵³¹ Décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, JORF du 31 octobre 2012, texte n° 2.

¹⁵³² Décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à la direction interministérielle de la transformation publique et à la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État, JORF du 21 novembre 2017, texte n° 5.

¹⁵³³ Circulaire du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales, JORF du 18 février 2011, texte n° 3.

¹⁵³⁴ Décret du 25 janvier 2013 portant nomination d'une directrice, adjointe au secrétaire général du Gouvernement, chargée de la simplification, JORF du 26 janvier 2013, texte n° 9.

¹⁵³⁵ Circulaire du 29 février 2008 relative à l'application des lois, JORF du 7 mars 2008, texte n° 3.

¹⁵³⁶ CE, 20 mars 2015, n° 374582, *Conseil national de l'ordre des infirmiers* : le Gouvernement dispose d'un « délai raisonnable » pour prendre les mesures d'application de la loi.

nécessaires et les compile dans un tableau. Selon Claire Landais, actuelle Secrétaire générale du Gouvernement, ce tableau distingue trois types de mesures d'applications : les mesures « actives », sans lesquelles la loi ne peut être appliquée et que le Gouvernement s'est engagé à prendre dans un délai de six mois, les mesures « différées », pour lesquelles la loi allonge le délai d'entrée en vigueur, et les mesures « éventuelles », que le pouvoir réglementaire a la possibilité de prendre¹⁵³⁷. Lorsque le recensement est réalisé, le Secrétariat général du Gouvernement organise une réunion interministérielle de programmation des textes d'application pour identifier le ministère porteur de chaque texte, ainsi que « la direction qui va porter le texte, les consultations obligatoires et le calendrier qui en résulte »¹⁵³⁸. De la sorte, la programmation normative des textes d'application des lois constitue une occasion supplémentaire du pilotage et de la supervision, depuis les services du Premier ministre, de l'activité normative des ministères, pouvant aller jusqu'au choix de la direction ministérielle compétente pour élaborer le texte. En principe, le Secrétariat général du Gouvernement organise une seconde réunion de suivi à l'issue d'un délai de cinq mois, afin de s'assurer que les mesures ont été élaborées par les ministères. Les directions des affaires juridiques interviennent alors.

623. Les directions des affaires juridiques sont les services responsables, au sein des ministères, du suivi de l'élaboration des mesures réglementaires d'application de la loi. Cette attribution est conforme à la volonté du Premier ministre qui demande, depuis 2008, que soit désignée au sein de chaque administration centrale « une structure clairement identifiée qui sera responsable de la coordination du travail d'application des lois pour l'ensemble [du] ministère »¹⁵³⁹. La circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit¹⁵⁴⁰, puis celle du 27 décembre 2022 relative à l'application de la loi¹⁵⁴¹, ont réitéré cette exigence. Aucune des trois circulaires ne mentionne pourtant les directions des affaires juridiques. Par cet oubli volontaire, le Premier ministre préserve la liberté dont jouissent les ministres pour organiser leur administration et assurer le suivi des textes d'applications des lois. Mais, en tout état de cause, les décrets d'organisation des administrations

¹⁵³⁷ SÉNAT, *Rapport d'information n° 645 sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2021*, présenté par P. Gruny, 2021, Compte rendu de l'audition de Claire Landais, Secrétaire générale du Gouvernement, p. 605.

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ Circulaire du 29 février 2008 relative à l'application des lois, JORF du 7 mars 2008, texte n° 3.

¹⁵⁴⁰ Circulaire du 7 juillet relative à la qualité du droit, précitée : Le ministère doit « disposer d'une structure centrale de coordination, qui maîtrise la vision d'ensemble des échéances et connait l'état des textes à leurs différents stades d'élaboration : – en interne, elle a une mission d'alerte sur le respect des différents délais et peut en outre aider les services producteurs de textes à mieux maîtriser les contraintes procédurales (par exemple en construisant un calendrier des consultations requises) ; – vers l'extérieur, elle est l'interlocuteur des autorités et services en charge de la programmation interministérielle. ».

¹⁵⁴¹ Circulaire du 27 décembre 2022 relative à l'application des lois, JORF du 29 décembre 2022, texte n° 2.

centrales disposent que la direction des affaires juridiques « assure le suivi de l'application des lois ».

624. Si cette mission particulière peut, de prime abord, s'apparenter à de simples tâches de collecte et de transmission d'informations, elle favorise aussi l'ancrage institutionnel des directions des affaires juridiques au sein des ministères et leur proximité avec le Secrétariat général du Gouvernement. La circulaire du 27 décembre 2022 rappelle que la structure désignée « reste l'interlocuteur privilégié du Secrétariat général du Gouvernement dans le suivi de l'application des lois. Elle doit être en mesure d'assurer un suivi centralisé des textes d'application relevant [du] département ministériel et d'en répondre envers [le cabinet du Premier ministre] et le Secrétariat général du Gouvernement ». En effet, la mission confiée aux directions des affaires juridiques comporte deux dimensions. Une dimension interne, d'abord : les directions doivent recenser, auprès des directions désignées responsables de l'élaboration des mesures d'application, les informations utiles pour les compiler au sein de tableaux comparables à ceux du Secrétariat. Ce travail offre aux directions des affaires juridiques une vision d'ensemble de l'activité normative du ministère. Il leur permet de prendre connaissance des textes programmés ou en cours d'élaboration. L'attribution du suivi des mesures d'application de la loi aux directions renforce ainsi leur rôle dans l'amélioration de la qualité des textes juridiques. Le suivi des mesures d'application de la loi comporte, ensuite, une dimension externe : les informations collectées sont transmises auprès des directions métiers puis communiquées, ensuite, au Secrétariat général du Gouvernement. Ces procédures, relativement techniques, par les interactions régulières qu'elles suscitent entre les directions et le SGG, contribuent à la formation du réseau d'expertise juridique dédié à la qualité du droit que l'on a identifié.

625. Le travail réalisé par les directions des affaires juridiques lors du suivi des mesures d'application de la loi est comparable à celui qu'elles assurent en matière de transposition des directives européennes. Pour le Secrétariat général des affaires européennes, les directions recensent, auprès des directions sectorielles, les mesures législatives et réglementaires de transposition¹⁵⁴².

626. Aussi méthodique soit-il, ce suivi s'avère pourtant incomplet. En effet, le Secrétariat général du Gouvernement ne recense que les décrets. Les arrêtés ministériels d'application sont exclus de son suivi et des statistiques qu'il transmet au Parlement. Il s'en justifie par des motifs résultant d'une

¹⁵⁴² B. MESSMER, « Transposition, application : d'une politique européenne à un droit national », in G. CORON (dir.), *L'Europe de la Santé*, Presses de l'EHEP, « Regards croisés », 2018, p. 64 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur les méthodes de transposition des directives européennes*, présenté par J.-L. Bourlanges et A. Chassaigne, 2021, p. 53.

« conjonction de facteurs humains et de considérations juridiques »¹⁵⁴³. En premier lieu, le Secrétariat général du Gouvernement estime qu'il n'est pas mesure de répertorier l'ensemble des arrêtés pris par les ministères¹⁵⁴⁴, dont le volume est près de 8 fois plus élevé que celui des décrets¹⁵⁴⁵. La Secrétaire générale du Gouvernement, Claire Landais, déclare ainsi qu'« imaginer que le SGG puisse être la tour de contrôle de la production des arrêtés conduirait à un bouleversement complet de sa physionomie »¹⁵⁴⁶. Ses effectifs sont insuffisants. En second lieu, le Secrétariat général du Gouvernement considère qu'il n'est le garant que des actes du Premier ministre et rappelle aux assemblées parlementaires que les arrêtés d'application des textes législatifs « relèvent de chacun des départements ministériels »¹⁵⁴⁷. Ces arrêtés constituent aujourd'hui l'« angle mort du suivi de la prise des textes appelés par les lois votées »¹⁵⁴⁸. Si les obstacles soulevés par le Secrétariat général du Gouvernement sont compréhensibles, l'information parlementaire et l'objectif fondamental de bonne application des lois exigent qu'un recensement des arrêtés d'application des lois soit organisé. Les directions des affaires juridiques pourraient assurer ce travail, de la même façon qu'elles recensent et compilent, pour le compte du Secrétariat général du Gouvernement, les décrets d'application préparés par les ministères.

627. Informellement intégrées à un réseau d'expertise juridique au sein de l'administration d'État, les directions des affaires juridiques sont les structures idoines pour animer, à l'échelle des ministères, la politique d'amélioration du droit conçue par les services du Premier ministre. Mais leur rôle peut encore être renforcé.

II. UN MOTEUR POUR L'AMÉLIORATION DE LA QUALITÉ DU DROIT

628. À plusieurs reprises, l'étude des principaux aspects de l'activité des directions des affaires juridiques a tenté de montrer qu'elles ne pouvaient concourir à la sécurité et à la qualité juridiques de l'action ministérielle qu'en y étant étroitement associées. Dans la perspective de développer la politique gouvernementale d'amélioration de la qualité du droit, il semble tout aussi souhaitable

¹⁵⁴³ SÉNAT, *Rapport d'information n° 658 sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2022*, présenté par P. Gruny, 2022, p. 22.

¹⁵⁴⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Mission d'information de la concrétisation des lois*, 2019, Compte rendu de l'audition de Marc Guillaume du 29 octobre 2019, Secrétaire général du Gouvernement, p. 4.

¹⁵⁴⁵ Cette estimation résulte de la confrontation des chiffres apportés par le Secrétariat général du Gouvernement pour l'année 2021 : d'une part, celui de 8 747 arrêtés ministériels et, d'autre part, celui de 1 841 décrets (cf. SGG, *Indicateurs de suivi de l'activité normative*, 2022, p. 13 et p. 15).

¹⁵⁴⁶ SÉNAT, *Rapport d'information n° 645 sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2021*, précité, compte rendu de l'audition de Claire Landais du 12 mai 2021, p. 627.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ SÉNAT, *Rapport d'information n° 658 sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2022*, précité, p. 22.

d'intégrer davantage les directions à la définition de cette politique. L'administration d'État pourrait tirer profit des observations et des initiatives susceptibles d'émerger de leur activité d'expertise juridique ministérielle, afin d'adapter et de renouveler la technique légistique. Ainsi les directions des affaires juridiques pourraient prendre part, dans des cadres plus institutionnalisés, à la définition des principes de légistique (A.) et de codistique (B.) appliqués par les administrations centrales.

A. La définition des principes de légistique

629. Associées à la préparation des projets de texte, à tout le moins en assurant leur relecture, les directions des affaires juridiques sont les premiers postes d'observation de l'activité normative ministérielle et de ses défauts. Elles sont alors en mesure de formuler des observations et des suggestions sur les pratiques légistiques des ministères, afin de les améliorer.

630. L'activité normative de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux durant la crise sanitaire de la covid-19 met en lumière ce potentiel d'analyse et d'initiative. Par son intensité, l'activité normative a concentré, sur une courte période, la plupart des maux de la production des textes juridiques : un volume très important de textes a été produit, à la hâte, parfois au détriment de certains canons légistiques¹⁵⁴⁹. Investie de la rédaction des projets de lois, de décrets et d'arrêtés ministériels, la direction des affaires juridiques s'est pourtant essayée à quelques innovations légistiques dans le but de rendre la réglementation de la crise sanitaire plus lisible et plus accessible. Elle a notamment développé un nouveau mode de numérotation des articles au sein des décrets et des arrêtés. Celui-ci consiste à ajouter au numéro d'article la mention « EUS » pour distinguer, dans un même texte, les dispositions applicables dans les départements dans lesquels l'état d'urgence sanitaire était encore en vigueur, des dispositions applicables sur tout le territoire¹⁵⁵⁰. Outre les choix légistiques opérés par la direction, la période de crise sanitaire a suscité une réflexion prospective sur certains principes de légistique formelle. Ainsi, Charles Touboul, alors directeur des affaires juridiques, suggère une piste d'évolution légistique :

« Nous avons dépensé une énergie considérable à traduire, dans des textes juridiques de plus en plus obscurs pour les lecteurs, des choses qui avaient été au contraire conçues par des communicants pour être les plus claires et audibles possibles [...]. On aurait pu, à mon sens, opérer une simplification radicale et s'éviter cet exercice de traduction en langue juridico-légistique. Je me

¹⁵⁴⁹ C. TOUBOUL, « La catastrophe sanitaire a-t-elle engendré une catastrophe normative ? », *JCP G*, 2021, Supplément au n° 3, p. 55.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 56.

suis parfois demandé si nous n’aurions pas mieux fait de les annexer directement à un décret sans les traduire. Le décret lui-même se serait ainsi limité à une simple couverture de l’ordre d’une page, au lieu de 50, simplement pour officialiser le fait que les documents de communication annexés étaient la règle de droit. [...] Ce peut être une piste de simplification dans d’autres domaines ou situations, sans déconstruire toute notre tradition légistique»¹⁵⁵¹.

631. Cette proposition, consistant à annexer des infographies aux textes juridiques, s’apparente à certains usages de droit de l’urbanisme déjà éprouvés¹⁵⁵². Une telle pratique repose sur la conviction que, dans certaines situations, la représentation picturale de la règle est plus intelligible que sa formulation littérale¹⁵⁵³. Si elle est adaptée au cas précis des règles d’urbanisme, la généralisation de cette pratique pourrait toutefois être perçue comme un renoncement à l’écriture du droit, autant qu’à la technique légistique et juridique qu’elle requiert. De façon plus pratique, la substitution d’une représentation graphique à une expression littérale de la règle rendrait certainement plus délicate son interprétation par le juge.

632. Malgré ces réserves, la suggestion du directeur des affaires juridiques permet surtout de se souvenir que la légistique est une « science appliquée »¹⁵⁵⁴. Son objet est résolument pratique, puisqu’il consiste à guider l’activité de ceux qui conçoivent et rédigent le droit. Sa construction doit donc être « pragmatique »¹⁵⁵⁵. Ses préceptes sont formalisés à partir de l’expérience des rédacteurs et des réviseurs des textes qui, au fil de leur pratique, observent, constatent et énoncent les bons et les mauvais usages¹⁵⁵⁶. Cette approche délibérément empirique est caractéristique de la réception française de la légistique. En Suisse, en Belgique ou aux Pays-Bas, l’essor de la discipline est à la fois plus ancien, et plus théorique. Il donne lieu à des ouvrages universitaires, ainsi qu’au développement d’une recherche et d’un enseignement académiques¹⁵⁵⁷. À l’inverse, l’étude de la

¹⁵⁵¹ C. TOUBOUL, « La quantité de normes a été contrainte durant la crise sanitaire », *Gazette des communes*, n° 2645, 2022, p. 48.

¹⁵⁵² Les règles des documents d’urbanisme peuvent être énoncées sous une forme littérale ou sous la forme de documents graphiques. L’article R. 511-1 du code de l’urbanisme dispose ainsi que : « Les règles peuvent être écrites et graphiques. Lorsqu’une règle fait exclusivement l’objet d’une représentation dans un document graphique, la partie écrite du règlement le mentionne expressément. Tout autre élément graphique ou figuratif compris dans la partie écrite du document est réputé constituer une illustration dépourvue de caractère contraignant, à moins qu’il en soit disposé autrement par une mention expresse. ».

¹⁵⁵³ A. FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 599.

¹⁵⁵⁴ J. CHEVALLIER, « L’évaluation législative : un enjeu politique », in A. DELCAMP et al. (dir.), *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Documentation française, « Notes et études documentaires », 1995, p. 15.

¹⁵⁵⁵ J. CHEVALLIER, « L’apport et le statut de la légistique », in P. ALBERTINI (dir.), *La qualité de la loi. Expériences française et européenne*, Mare & Martin, « Droit public », 2015, p. 33.

¹⁵⁵⁶ Les deux principaux ouvrages doctrinaux sont ceux d’administrateurs, anciens directeurs des affaires juridiques : C. BERGEAL, *Manuel de légistique*, Berger-Levrault, « Les indispensables », 9^{ème} édition, 2022 ; C. TOUBOUL, *Concevoir un texte normatif : comprendre la légistique*, Dalloz, « Dalloz public », 2020.

¹⁵⁵⁷ A. FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 31.

genèse de la légistique en France souligne tout ce que cette nouvelle discipline doit à la façon dont l'administration d'État l'a défendue et imposée. L'engagement du Conseil d'État¹⁵⁵⁸ et du Secrétariat général du Gouvernement¹⁵⁵⁹ s'avère fondamental. Parce que leur rôle dans le processus d'élaboration des textes les y a conduits, ils ont défini et compilé ce qu'ils considèrent être les bonnes pratiques au sein du *Guide de légistique* et se sont imposés comme les organes de référence de l'administration en la matière¹⁵⁶⁰.

633. Intervenant dans le processus d'élaboration des textes, parfois en tant que plumes, souvent en tant que relectrices, les directions des affaires juridiques sont, au même titre que le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement, aptes à développer une réflexion légistique. Elles peuvent, comme le montre l'exemple des ministères sociaux durant la crise sanitaire, proposer des pistes pour renouveler les méthodes d'écriture ou de présentation des textes juridiques. Il ne s'agit évidemment pas de faire des ministères un terrain d'expérimentation légistique. Les initiatives ponctuelles, lorsqu'elles contredisent les canons formalisés et durablement appliqués, risquent de porter atteinte à l'objectif d'uniformité rédactionnelle des textes¹⁵⁶¹.

634. Il peut être tout aussi fructueux d'inciter les directions à faire part de leurs remarques et de leurs propositions légistiques éventuelles. Le réseau informel qui les relie au Secrétariat général du Gouvernement est assurément propice à créer de telles occasions d'échanges et de propositions. Mais elles doivent aussi être associées aux moments forts de la définition des principes de légistique français. Sur ce point comme sur d'autres, la tendance est au renforcement progressif des directions des affaires juridiques. Ainsi ont-elles été consultées lors des récents travaux de mise à jour du *Guide de légistique* pilotés par le Secrétariat général du Gouvernement¹⁵⁶². De même, les directions participent, depuis son lancement en 2021, programme « Nouveaux outils de production normative »¹⁵⁶³. Piloté par la direction de l'information légale et administrative en 2021, ce projet

¹⁵⁵⁸ C. VAUTROT-SCHWARZ, « Le discours légistique », in O. RENAUDIE, P. MBONGO (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État : entre science du droit et discours institutionnel*, Éd. Cujas, « Actes et études », 2010, p. 83 ; R. VANNEUVILLE, « Le discours légistique du Conseil d'État. Mise en formes et usages politiques d'un discours critique sur le droit », in O. RENAUDIE, P. MBONGO (dir.), *op. cit.*, p. 155 ; E. BILAND, R. VANNEUVILLE, « Les mutations de la surveillance juridique des administrations : le Conseil d'État français et la promotion de la légistique », in J. CRÊTE et al. (dir.), *Les surveillants de l'État démocratique*, Presses de l'Université Laval, « Gouvernance et gestion publique », 2014, p. 109.

¹⁵⁵⁹ J. MAÏA, « La légistique au Secrétariat général du gouvernement », *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁶⁰ E. MILLARD, « Les limites des guides de légistique : l'exemple du droit français », in A. FLÜCKIGER, C. GUY-ECABERT (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer ? Le rôle des guides de légistiques*, Genève, Schutless Medias Juridiques, « Pratique du droit administratif », 2008, p. 118.

¹⁵⁶¹ V. *supra* §. 606.

¹⁵⁶² A. WINSBACK, Entretien n° 19.

¹⁵⁶³ *Ibid.*

consiste à mettre en place un logiciel unique, couvrant toute la chaîne de production des textes normatifs, de leur rédaction à leur publication au Journal officiel¹⁵⁶⁴. Il est actuellement en voie d'achèvement¹⁵⁶⁵.

B. La définition des principes de codistique

635. L'expertise des directions des affaires juridiques peut également servir la définition des canons codistiques. Sur le modèle de la légistique, la codistique désigne l'ensemble des techniques formelles et institutionnelles de codification¹⁵⁶⁶. La formalisation de ces techniques relève de la Commission supérieure de codification à laquelle il appartient, selon le décret du 12 septembre 1989, de « fixer la méthodologie d'élaboration des codes en émettant des directives générales »¹⁵⁶⁷. Ainsi, lors de son rapport annuel, la Commission peut choisir d'évoquer des points de doctrine relatifs aux conditions du travail de codification au sein des ministères¹⁵⁶⁸, ou aux standards de présentation formelle des codes¹⁵⁶⁹.

636. Les directions des affaires juridiques sont trop indirectement associées à l'élaboration de la doctrine codistique. Certes, elles échangent avec les membres de la Commission lorsqu'elles pilotent ou participent à la confection d'un code. Certains agents peuvent également être auditionnés par la Commission, puisque celle-ci a la possibilité, si elle l'estime utile, d'« entendre toute personnalité qualifiée par ses travaux antérieurs »¹⁵⁷⁰. Toutefois, il est dommage que les

¹⁵⁶⁴ V. notamment l'interview du directeur du programme, Alexandre Verney : « La DILA initie le programme « Nouveaux outils de production normative », disponible en ligne : <https://www.dila.premier-ministre.gouv.fr/actualites/toutes-les-actualites/la-dila-initie-le-programme-nouveaux-outils-de-production-normative>. V. égal. E. MARZOF, « Comment la machine normative veut gagner en efficience », *Acteurs publics*, 15 septembre 2022.

¹⁵⁶⁵ Le logiciel « EDILE » (pour « éditeur légistique ») va être expérimenté par le ministère de la Justice, par Bercy et par les ministères sociaux à partir de novembre 2023. Il sera ensuite partagé à l'ensemble des administrations centrales (E. MARZOF, « Les « artisans » du Journal officiel bientôt équipés d'un nouvel outil », *Acteurs publics*, 19 octobre 2023).

¹⁵⁶⁶ T. BOUSSARIE, *La codification de la procédure administrative non contentieuse. Étude autour du code des relations entre le public et l'administration*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2021, §. 404. Le terme « codistique » est employé par la Commission supérieure de codification (*Rapport annuel 2014*, Avis du 12 septembre 2014 portant sur le projet de périmètre et de plan du code des relations entre le public et les administrations, p. 28).

¹⁵⁶⁷ Décret n° 89-647, 12 septembre 1989, relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, précité.

¹⁵⁶⁸ V. par ex. CSC, *Rapport annuel 2006*, p. 15. La Commission expose les « conditions de réussite » du travail de codification : la constitution d'une équipe de codification dont la mission exclusive est la préparation du code, placée auprès « d'une autorité disposant dans un ministère du poids et de la légitimité appropriés » et travaillant à effectifs constants tout au long du processus de codification.

¹⁵⁶⁹ CSC, *Rapport annuel 2014*, p. 12 : la Commission présente la technique dite « de compteur Lifou » qui doit être employée lors de la codification de dispositions applicables en outre-mer.

¹⁵⁷⁰ Art. 5 du décret n° 89-647, 12 septembre 1989, précité.

directions, ou certaines d'entre elles, ne soient pas représentées de façon permanente au sein de la Commission supérieure de codification.

637. En effet, leur association régulière aux travaux de codification est susceptible de faire émerger de nouvelles méthodes codistiques dont la reprise, lors de futurs travaux de codification ou d'entretien des codes, pourrait être pertinente. Ce potentiel d'innovation s'est illustré lors de la refonte de la partie du code de la défense consacré à l'outre-mer¹⁵⁷¹. La direction des affaires juridiques du ministère des Armées a procédé à un renouvellement des méthodes codistiques relatives à la définition du champ d'application territorial des codes. Elle a ainsi inséré un article liminaire disposant que « Le code de la défense est applicable de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République, à moins qu'il n'en dispose autrement » et posant une présomption d'applicabilité de plein droit des dispositions législatives et réglementaires codifiées. En rédigeant cet article, la direction s'est dispensée de faire usage de la technique, pourtant préconisée par le *Guide de légistique*, des tableaux dits de « compteur Lifou »¹⁵⁷². Lors de l'examen du projet de code, la Commission supérieure de codification a salué le travail réalisé par la direction des affaires juridiques, allant jusqu'à suggérer « qu'il connaisse un prolongement doctrinal sous forme de publication d'un article dans une revue juridique »¹⁵⁷³. Outre ces louanges, la Commission a surtout indiqué avoir vu dans le choix codistique de la direction — qui peut sembler, de prime abord, insignifiant — « une source d'inspiration pour d'autres travaux de codification à venir, au besoin avec des adaptations »¹⁵⁷⁴, allant jusqu'à envisager que cette méthode soit employée pour la préparation du code de la justice pénale des mineurs¹⁵⁷⁵. Ainsi l'exemple particulier de l'élaboration de la partie outre-mer du code de la défense révèle la capacité d'initiative et de réflexion codistique des directions.

638. Fruit de la réflexion des acteurs sur les techniques les plus adaptées pour présenter de façon claire, lisible et accessible le droit en vigueur, la codistique pourrait être enrichie par le

¹⁵⁷¹ Loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, JORF du 14 juillet 2018, texte n° 1, article 63.

¹⁵⁷² SGG, *Guide de légistique, op. cit.*, p. 342 : « À l'occasion de l'édition d'un nouveau code ou de la refonte de ses dispositions relatives à l'outre-mer, comme cela a été récemment fait pour le code rural et de la pêche maritime, il convient d'introduire, pour chaque catégorie de normes (en partie réglementaire, R*, R et D), un article prenant la forme d'un tableau mentionnant les dispositions rendues applicables dans la collectivité concernée et la rédaction dans laquelle elles le sont (le tableau ne précise pas en revanche à partir de quand la rédaction trouve à s'appliquer) ». Cette technique est notamment employée aux articles L. 522-8, R.552-9, R. 552-10, D. 552-11, L. 562-8, R. 562-9, R. 562-10 et D. 562-11 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁵⁷³ CSC, *Rapport annuel 2019*, Avis n° 7 sur la refonte de la partie outre-mer du code de la défense, p. 41

¹⁵⁷⁴ CSC, *Rapport annuel 2020*, p. 9.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

développement d'une démarche ascendante, intégrant davantage les services qui codifient les textes à la définition des canons méthodologiques et formels de codification. À cette fin, la composition de la Commission supérieure de codification serait revue pour intégrer, en tant que membres permanents, un ou deux représentants des directions des affaires juridiques ministérielles. Selon l'article 2 du décret du 12 septembre 1989, la Commission se compose de deux catégories de membres : les membres permanents et les membres désignés « en fonction de l'objet du code examiné »¹⁵⁷⁶. Certains des membres permanents sont nommés, pour une durée de quatre ans, par un arrêté du Premier ministre sur proposition de l'institution à laquelle ils appartiennent¹⁵⁷⁷. Les autres membres permanents siègent au sein de la Commission en raison des fonctions qu'ils exercent au sein de l'administration. C'est ainsi que le directeur de l'information légale et administrative, dont la direction assure l'édition et la diffusion en ligne des codes¹⁵⁷⁸, bénéficie du statut de membre permanent. Le directeur des affaires criminelles et des grâces et le directeur des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice, le directeur général de l'administration et de la fonction publique et le directeur général de l'outre-mer ont également de ce statut¹⁵⁷⁹. Ils sont les seuls représentants des administrations ministérielles au sein de la Commission supérieure de codification. Le nombre de membres permanents pourrait donc être relevé en intégrant un ou deux directeurs des affaires juridiques de ministère¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁶ Cette seconde catégorie de membres comprend « un membre de la ou des sections compétentes du Conseil d'État », un « membre de la ou des commissions compétentes de l'Assemblée nationale », « un membre de la ou des commissions compétentes du Sénat » et « un ou des directeurs d'administration centrale concernés par le code examiné ».

¹⁵⁷⁷ Art. 3 du décret du 12 octobre 1989.

¹⁵⁷⁸ Décret n° 2010-31 du 11 janvier 2010 relatif à la direction de l'information légale et administrative, JORF du 12 janvier 2010, texte n° 1.

¹⁵⁷⁹ Le directeur du Secrétariat général du Gouvernement y siège également.

¹⁵⁸⁰ L'article 2 du décret de 1989 serait modifié en ajoutant la mention suivante :

« La Commission supérieure de codification comprend sous la présidence du Premier ministre :

Un vice-président, président de section ou président de section honoraire au Conseil d'État ;

Des membres permanents :

- un représentant du Conseil d'État ;
- un représentant de la Cour de cassation ;
- un représentant de la Cour des comptes ;
- un membre de la commission des lois de l'Assemblée nationale ;
- un membre de la commission des lois du Sénat ;
- deux professeurs agrégés des facultés de droit, en activité ou honoraires ;
- le directeur des affaires civiles et du sceau ;
- le directeur des affaires criminelles et des grâces ;
- le directeur général de l'administration et de la fonction publique ;
- le directeur au secrétariat général du Gouvernement ;
- le directeur de l'information légale et administrative ;
- le délégué général à l'outre-mer ;

639. La difficulté de cette proposition tient au choix du directeur des affaires juridiques appelé à siéger à la Commission supérieure de codification. Contrairement aux directeurs d'administration centrale explicitement désignés par le décret de 1989, la mention d'un « directeur des affaires juridiques » est insuffisante, puisque sept directeurs d'administration centrale portent actuellement ce titre et dix hauts fonctionnaires assument ces fonctions. Le Premier ministre devrait alors désigner et nommer pour une certaine durée, l'un des directeurs des affaires juridiques. Cette durée pourrait être de quatre ans, de sorte d'être alignée sur celle de la nomination des autres membres permanents¹⁵⁸¹. Aiguillé par le Secrétariat général du Gouvernement, le Premier ministre pourrait nommer au sein de la Commission supérieure de codification les directeurs des affaires juridiques dont les directions ont participé, dans une période récente, à la confection d'un code. Par exemple, la direction des affaires juridiques de Bercy, qui a piloté le code de la commande publique en 2016, pourrait être représentée au sein de la Commission de codification. La direction des affaires juridiques des Armées, dont on a vu qu'elle avait récemment recodifié la partie outre-mer du code de la Défense, pourrait aussi être représentée.

— *un directeur des affaires juridiques d'administration centrale* ».

¹⁵⁸¹ L'article 3 du décret serait donc modifié comme suit : « Le vice-président de la Commission supérieure de codification est nommé pour quatre ans par arrêté du Premier ministre. Les membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes sont désignés par arrêté du Premier ministre pour une durée de quatre ans, sur proposition des institutions qu'ils représentent. *Le directeur des affaires juridiques d'administration centrale est désigné par arrêté du Premier ministre pour une durée de quatre ans.* Les professeurs agrégés des facultés de droit sont désignés par arrêté du Premier ministre sur proposition du vice-président pour une durée de quatre ans. [...] ».

Conclusion du chapitre

640. Alors que leur création ne poursuivait pas directement cet objectif, les directions des affaires juridiques sont progressivement devenues les principaux acteurs ministériels de la politique gouvernementale d'amélioration de la qualité du droit.

641. Leur apport à la qualité de la réglementation se mesure d'abord au fil du processus d'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires. Les directions révisent les textes juridiques les plus importants en examinant leur légalité, interne et externe, ainsi que la clarté et le style de leur rédaction. L'objectif de qualité du droit exigerait sans doute qu'elles soient davantage associées à la préparation des textes. Toutefois, la nature exacte de leur rôle demeure difficile à déterminer. En effet, il ne s'agit pas d'empiéter sur les prérogatives des directions sectorielles auxquelles revient cette activité normative.

642. Cependant, la collaboration des directions des affaires juridiques à la préparation des textes n'est qu'une dimension de leur participation à la politique gouvernementale d'amélioration de la qualité du droit. Elles sont en effet les principaux vecteurs, au sein des ministères, de l'ensemble des initiatives, portées par le Premier ministre et le Secrétariat général du Gouvernement, pour rationaliser la production normative. Leur proximité culturelle, institutionnelle et fonctionnelle avec le Secrétariat général du Gouvernement favorise ce rôle de relais. L'association des directions aux travaux de codification, ou au suivi des mesures d'application de la loi et de transposition des directives, témoigne de leur intégration à un réseau d'expertise juridique et de qualité du droit. Leur rôle dans ce réseau pourrait encore être approfondi.

Conclusion de la seconde partie

643. L'activité des directions des affaires juridiques s'apprécie à l'aune des objectifs qu'elle poursuit : sécuriser juridiquement les actes des ministères, en prévenant les risques contentieux, assurer la défense des intérêts de l'État devant les juridictions nationales, européennes et internationales et veiller à la qualité juridique et légistique des textes législatifs et réglementaires élaborés au sein des ministères. Dans ses différents aspects, l'activité des directions est traversée par une même dynamique. Qu'il s'agisse du conseil juridique, de la gestion des contentieux ou de l'assistance à l'élaboration des textes juridiques, une véritable montée en puissance des directions des affaires juridiques peut être observée au fil du temps. Près de trente ans après le début de leur généralisation, les directions sont pleinement intégrées au travail ministériel et gouvernemental.

644. L'apport des directions varie selon les domaines dans lesquels elles interviennent. Dans leur mission de défense de l'État devant les juridictions, elles jouissent d'une large autonomie et leur monopole est bien établi au sein des ministères. Quant à leur activité de conseil, malgré l'existence d'expertises juridiques extérieures, les directions se sont progressivement affirmées comme l'autorité juridique de référence des ministères. Enfin, si leur rôle dans le processus d'élaboration des textes juridiques est croissant, leur place reste encore à déterminer. Les directions sont des ressources indispensables afin d'assurer la qualité juridique et légistique des textes produits, mais elles ne sauraient se substituer aux administrateurs dans leur fonction d'élaboration et d'interprétation du droit.

645. À l'échelle du travail gouvernemental, la revalorisation de l'expertise juridique ministérielle affecte doublement la dialectique classique entre autonomie ministérielle et unité gouvernementale. D'une part, en renforçant les ressources juridiques à la disposition du ministre, l'institution d'une direction des affaires juridiques renforce mécaniquement l'autonomie d'action de ce dernier dans le cadre gouvernemental. La direction des affaires juridiques fournit des arguments pour faire prévaloir ses positions dans les arbitrages interministériels. D'autre part, et de façon moins attendue, les directions révèlent l'émergence d'une nouvelle forme d'interministérialité. Entre elles et le Secrétariat général du Gouvernement, un réseau de juristes se dessine à l'échelle

gouvernementale. En effet, les directions et le Secrétariat général du Gouvernement collaborent quotidiennement dans le cadre de leurs attributions, lors de l'élaboration des textes, du suivi des mesures d'application de la loi ou encore de la préparation de certains contentieux. Né de l'exercice d'attributions communes, ce réseau est grandement facilité par le partage d'une même culture juridique, d'une proximité institutionnelle et de préoccupations semblables. Si la genèse des directions des affaires juridiques semblait les lier intimement au Conseil d'État, leur intégration progressive dans le travail gouvernemental tend à les rapprocher, aussi naturellement, du Secrétariat général du Gouvernement.

Conclusion générale

646. Les directions des affaires juridiques des ministères sont une fenêtre sur l'activité juridique de l'État. Elles sont un marqueur de l'évolution de l'organisation de l'expertise juridique au sein de son appareil administratif central et de la place du savoir juridique dans la construction de l'action ministérielle et gouvernementale.

647. Le rôle des directions des affaires juridiques au sein des ministères est simple. Elles doivent apporter aux ministres et à leurs services les compétences juridiques indispensables à la réalisation de leur activité. La complexité croissante de l'environnement juridique dans lequel l'action administrative se déploie exige, en effet, de doter l'administration d'État d'une expertise juridique interne suffisante, apte à assister les services, à les conseiller et à assurer la défense de l'État dans le cadre de contentieux. Dans cette perspective, la structuration de l'expertise juridique ministérielle a pu être regardée comme une illustration nouvelle du « souci de soi de l'État »¹⁵⁸², dont témoigne l'ensemble des réflexions et des réformes administratives menées pour « remédier aux dysfonctionnements de l'appareil administratif »¹⁵⁸³ et en améliorer la rationalité. Il ne s'agit plus seulement de penser l'action administrative, il importe aussi de réfléchir aux conditions dans lesquelles le travail administratif se réalise. Ainsi, l'institution des directions des affaires juridiques témoigne de la réflexivité nécessaire des institutions administratives dont l'organisation et les méthodes s'ajustent, progressivement ou radicalement, aux nécessités de l'action de l'État.

648. De prime abord, l'apparition des directions des affaires juridiques serait un exemple supplémentaire de la propension de l'administration d'État à s'inspirer et à reproduire les pratiques du secteur privé pour rationaliser son fonctionnement. L'organisation adoptée par les administrations centrales évoque assurément celle des entreprises qui, lorsqu'elles atteignent une taille critique, mettent en place un service juridique faisant office de cabinet d'avocats interne. Comme dans les entreprises, la création des directions des affaires juridiques ministérielles pourrait

¹⁵⁸² P. BEZÈS, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, « Le lien social », 2009, p. 475.

¹⁵⁸³ *Ibid.*

signaler une volonté d'isoler l'expertise en droit au sein des administrations centrales : la gestion des « affaires juridiques » étant confiée à une direction d'administration centrale identifiée, bien distincte des directions métiers qui élaborent et animent les politiques publiques. Cette étude a heureusement permis d'infirmer cette interprétation pessimiste. Outre le maintien ponctuel de quelques îlots d'expertise juridique au sein des directions métiers, la technique juridique demeure quotidiennement mobilisée par les services des administrations centrales. Les directions des affaires juridiques ne concentrent donc pas toute l'expertise juridique ministérielle. Il ne saurait en être autrement dans la mesure où l'action administrative repose sur l'application et la création du droit. Cette recherche a donc tenté d'éprouver une seconde hypothèse. Les directions des affaires juridiques n'apportent pas seulement aux ministères les compétences juridiques indispensables à leur action. Leur institution poursuit une ambition plus grande : revaloriser la place de l'expertise juridique dans la construction et l'animation de l'action ministérielle.

649. L'analyse du contexte de la création des directions des affaires juridiques confirme cette intuition. Ces nouvelles directions ministérielles sont apparues comme le produit d'une démarche réflexive de l'État sur les conditions d'exercice de sa propre activité juridique. Par son ampleur, cette réflexion a semblé inédite. À l'exception de quelques initiatives isolées, et de la résolution précoce de constituer une expertise interne de droit international, l'expertise juridique ministérielle est longtemps restée un impensé de l'organisation administrative. Loin de signaler une négligence ou une indifférence, cet impensé reflète au contraire l'évidence de l'usage et de la maîtrise du droit par les administrateurs : la technique juridique est jugée indispensable à la réalisation de la fonction administrative et la formation juridique des administrateurs est considérée comme suffisante au regard des contraintes juridiques auxquelles ils sont confrontés. À cet égard, le primat de la technique et du raisonnement juridique peut être regardé comme l'un des éléments caractéristiques du modèle administratif traditionnel, tel qu'il se construit à partir du XIX^e siècle. La relation étroite de l'administration au droit, et au savoir juridique, est ensuite bouleversée par l'émergence d'une préoccupation managériale au sein de l'État. Dès la fin des années 1960, l'administration d'État adhère à une idéologie de l'efficacité, encouragée par la diffusion de principes de management public. La contestation du modèle administratif traditionnel se concentre alors dans une large mesure sur la place, jugée excessive, du droit dans l'administration. Les responsables politiques et administratifs portent sur le recours à l'expertise juridique un regard méfiant, redoutant le « scrupule légaliste »¹⁵⁸⁴ du juriste, et craignant que celui-ci ne crée plus de contraintes que de solutions. Le contenu de la formation des administrateurs constitue un catalyseur de l'évolution du modèle

¹⁵⁸⁴ J. RIVERO, « Formation juridique et fonction administrative », *RDP*, 1948, p. 561.

administratif : la part de l'enseignement juridique décline au profit de disciplines nouvelles, orientées vers l'économie et la gestion. Toutefois, s'il est incontestable que l'administrateur ne peut se contenter d'être un juriste, le déclin de la formation juridique des agents est dénoncé à partir des années 1980 : les compétences juridiques des ministères s'avèrent insuffisantes face au développement des contraintes juridiques pesant sur le travail administratif. La réorganisation de l'expertise juridique ministérielle paraît alors inévitable.

650. Cette étude souligne combien les juristes ont stratégiquement tâché de mettre en lumière l'insuffisance de l'expertise juridique au sein de l'appareil administratif d'État. Ils ont construit et porté ce discours critique dans le but d'encourager la valorisation du savoir juridique dans l'administration. L'attitude du Conseil d'État à partir des années 1980 est particulièrement significative. Par l'intermédiaire de ses rapports annuels et de ses études, le Palais-Royal a régulièrement averti le Gouvernement des défaillances de son activité juridique, en lui offrant, en contrepartie, son assistance. Cet engagement a permis au Conseil d'État d'étendre sa fonction traditionnelle de conseil : il n'assiste pas seulement le Gouvernement dans l'exercice de son activité juridique, il l'accompagne aussi dans l'organisation de ses ressources en la matière. L'engagement de la doctrine, universitaire et organique, exprime une stratégie d'influence. Les juristes tentent d'asseoir leur position institutionnelle en démontrant que leur savoir spécialisé est nécessaire à l'action ministérielle. Dans cette perspective, ils promeuvent un changement de culture administrative : réinstaurer dans l'administration d'État un réflexe juridique. Il s'agit de prouver que la connaissance du droit est aussi indispensable que précieuse à la construction de l'action ministérielle et que les légistes ont toute leur place dans ce processus.

651. L'institution des directions des affaires juridiques vise, avant tout, à satisfaire un besoin d'expertise juridique clairement identifié au sein de l'appareil administratif d'État. Mais elle ne peut être détachée de la question, plus générale, des finalités de la connaissance du droit pour l'action de l'administration d'État. Ainsi, l'étude de l'activité des directions s'est imposée comme une façon d'apprécier les usages que l'administration d'État fait désormais de l'expertise en droit. En effet, si les directions des affaires juridiques sont loin de détenir un monopole en la matière, leur intégration au travail ministériel participe, malgré tout, à révéler l'attention que les ministres et leurs services réservent au raisonnement juridique.

652. D'emblée, cette recherche constate le succès de la formule de la direction des affaires juridiques. En effet, bien qu'ils jouissent d'une grande autonomie pour agencer leurs services, les ministres ont tous choisi de confier une fonction d'expertise juridique à une direction

d'administration centrale dédiée. Seuls les ministères de la Justice et de la Culture ne disposent que d'une sous-direction des affaires juridiques, mais les attributions et la position de cette dernière sont apparues largement comparables à celles des autres directions. Les réorganisations ministérielles successives opérées à partir des années 1990 prouvent que les ministres n'ont pas été insensibles à la nécessité d'améliorer les compétences juridiques de leurs services. Si le mimétisme administratif a entraîné la diffusion d'un même modèle, la compatibilité des directions des affaires avec le modèle administratif français explique aussi qu'elles aient été l'option choisie pour renforcer le « potentiel juridique » de l'État. D'une part, les directions expriment une logique bureaucratique selon laquelle l'importance d'une activité au sein d'une structure est proportionnelle à l'importance de l'organe qui en a la charge. D'autre part, elles sont la solution la plus respectueuse des équilibres qui sous-tendent le travail gouvernemental. Celui-ci se réalisant principalement au sein des ministères, avec l'assistance de conseils interministériels, l'expertise juridique devait nécessairement être renforcée au niveau ministériel, sans empiéter sur les attributions des directions ministérielles sectorielles, du Secrétariat général et du Gouvernement ou du Conseil d'État. La création des directions des affaires juridiques devait accompagner le processus de travail gouvernemental, non le bouleverser.

653. Cette étude a ensuite tenté de mesurer l'apport des directions des affaires juridiques à l'action ministérielle et gouvernementale. Le choix de considérer l'ensemble des directions des affaires juridiques, ainsi que les sous-directions équivalentes, a exigé de composer avec les spécificités des ministères au sein desquels elles sont implantées et de tenir compte de chacune de leurs singularités. Au fil de l'étude, la diversité des configurations ministérielles s'est régulièrement manifestée : si chaque membre du Gouvernement dispose aujourd'hui de l'assistance d'une direction des affaires juridiques, l'expertise juridique ne s'exerce jamais dans des conditions identiques. Les domaines d'intervention des ministères, leur activité normative, l'architecture de leur administration centrale comme déconcentrée, ainsi que le profil de leurs agents, sont apparus comme autant de facteurs susceptibles d'affecter la place accordée aux directions des affaires juridiques dans l'action ministérielle et gouvernementale.

654. Ce panorama ministériel a toutefois conduit à plusieurs observations. En premier lieu, l'activité des directions des affaires juridiques et leur intégration à l'action ministérielle rencontrent encore plusieurs obstacles. Dans l'exercice de leur fonction de conseil juridique, les directions tendent à être saisies trop tardivement, elles ne bénéficient pas toujours de l'ensemble des informations nécessaires à l'examen des demandes de consultation qui leur sont adressées et leurs analyses sont parfois concurrencées par celles d'autres conseils plus établis. La propension des services ministériels à solliciter des expertises juridiques extérieures, en particulier lorsqu'ils

rencontrent des difficultés juridiques sensibles, est d'autant plus regrettable qu'elle est susceptible de porter atteinte à l'autorité de la direction au sein du ministère. Comme le rappelle la circulaire du Premier ministre du 19 janvier 2022 encadrant le recours aux prestations intellectuelles, l'externalisation d'une mission est justifiée lorsqu'elle a pour objet de combler « l'absence de disponibilité, de compétences ou de ressources internes [...] permettant de répondre au besoin par le service l'ayant exprimé ». Dès lors, l'achat de prestations de conseil juridique par l'État peut faire l'objet de deux interprétations : soit les services ministériels ne tirent pas suffisamment profit des ressources internes dont ils disposent grâce à la direction des affaires juridiques, soit celle-ci ne permet pas de satisfaire le besoin d'expertise juridique de l'administration centrale dans laquelle elle est implantée. Même si elle est décrite comme exceptionnelle par les acteurs, la pratique du recours à des conseils juridiques extérieurs pourrait donc exprimer un dysfonctionnement interne, et signaler que la fonction de conseil juridique des directions n'est pas encore tout à fait établie. De même, les modalités de leur participation à l'élaboration des projets de textes et réglementaires restent incertaines. L'intégration des directions dans le processus ministériel d'élaboration du droit est à tout le moins délicate. D'un côté, l'élaboration des projets de textes est au cœur de l'activité des directions ministérielles sectorielles auxquelles il appartient de concevoir, mais aussi de rédiger les textes juridiques relevant de leurs domaines d'attributions. Les directions des affaires juridiques ne sauraient se substituer à ces dernières. De l'autre, l'objectif de qualité du droit commande que les textes préparés par les ministères respectent à la fois le droit en vigueur et les standards de légistique que l'État se donne pour s'assurer de la rationalité de sa production normative. Les directions des affaires juridiques pourraient s'imposer comme les vigies ministérielles de la qualité juridique et légistique des textes. Même si les solutions varient en la matière, les pratiques des ministères consistent pragmatiquement à trouver un point d'équilibre. Les directions ne peuvent connaître tous les projets de textes, elles bornent donc leur examen à ceux jugés les plus importants : les projets de lois, d'ordonnances et de décrets. Finalement, c'est dans leur mission de gestion des contentieux ministériels que les directions des affaires juridiques disposent de la plus grande latitude. Dans ce domaine, elles ne rencontrent aucune concurrence : la centralisation des contentieux dont elles ont la charge leur donne la possibilité de concevoir et de mettre en œuvre une politique contentieuse pour les ministères.

655. En second lieu, il semble qu'en dépit de ces réserves, la tendance dans l'administration d'État soit à la croissance des directions des affaires juridiques ministérielles. D'une part, leurs attributions sont continuellement étendues. D'autre part, leur position au sein des ministères tend à être de plus en plus assurée. Ainsi les directions sont-elles progressivement devenues un passage obligé de

certaines procédures administratives internes. Par exemple, presque toutes ont obtenu d'être systématiquement consultées avant le recours à un prestataire juridique extérieur. Mais l'association des directions à l'action ministérielle gagnerait à être plus étroite, afin de systématiser davantage l'utilisation d'une expertise juridique. Trop rare encore, la pratique consistant à convier le directeur des affaires juridiques aux réunions de directeurs devrait notamment être généralisée. La sécurité juridique de l'action administrative exige, en effet, que le service juridique ministériel ait connaissance des principaux dossiers du ministère.

656. En somme, il importe d'organiser le travail ministériel de sorte que les directions soient en mesure d'assurer pleinement leur fonction d'expertise juridique. Mais cette fonction mérite d'être entendue dans son sens fort. La « fonction d'expertise, de conseil et d'assistance » confiée aux directions auprès des services ministériels doit impliquer la faculté d'administrer l'expertise juridique au sein des ministères, c'est-à-dire de superviser les ressources ministérielles d'expertise juridique et leur emploi. Une telle faculté peut notamment consister à coordonner la consultation de juristes extérieurs, ou encore à accompagner la structuration de l'expertise juridique des services déconcentrés des ministères. L'administration de l'expertise juridique intègre, par ailleurs, la conception et l'animation d'une politique du droit. Cette recherche a, en effet, essayé de défendre l'idée selon laquelle la fonction d'expertise juridique des directions ne se réduisait pas à une activité réactive consistant à répondre aux demandes de consultation, à examiner les textes élaborés et à gérer les contentieux. Elle comporte aussi une dimension proactive : les directions œuvrent, par une série d'initiatives variées, à améliorer tant les compétences juridiques des administrateurs que la qualité juridique de l'action ministérielle. La politique du droit de l'État dépasse le cadre ministériel. Partie intégrante de la coordination gouvernementale, elle est, logiquement, largement supervisée par le Secrétariat général du Gouvernement. Toutefois, les directions doivent y participer pleinement. À cette fin, il apparaît utile de favoriser les initiatives qu'elles pourraient prendre pour former les administrateurs ou diffuser l'information juridique auprès des services ministériels. Au niveau interministériel, les directions des affaires juridiques pourraient être associées davantage à conception des dispositifs d'amélioration de la qualité du droit, à l'image de leur collaboration au programme relatif aux « nouveaux outils de production normative »¹⁵⁸⁵. Finalement, il s'agit toujours d'accorder aux directions une place à la hauteur de l'importance que doit avoir le raisonnement juridique pour l'action de l'État. Au terme de cette étude, il semble en effet que c'est à ces conditions que les directions déploieront tout leur potentiel dans la

¹⁵⁸⁵ V. *infra* §. 634.

revalorisation de la place de l'expertise juridique au sein de l'administration d'État.

657. Il est toujours hasardeux de s'aventurer à prédire l'avenir. La stabilité des structures administratives limite la prise de risque : l'appareil administratif d'État se transforme lentement, mais ne se métamorphose jamais vraiment. Aussi, est-il probable que, sur le moyen terme, les directions des affaires juridiques bénéficient de cette stabilité. Leur existence ne semble pas menacée : les directions sont désormais durablement implantées au sein de l'appareil administratif central de l'État, le plus souvent au sein des secrétariats généraux de ministères desquels elles tirent leur permanence. Les relations privilégiées qu'elles entretiennent avec le Secrétariat général du Gouvernement, le Secrétariat général aux affaires européennes et le Conseil d'État favorisent également leur ancrage institutionnel. Ces atouts seuls ne suffisent pas à expliquer le maintien des directions des affaires juridiques. Il ressort de cette étude qu'elles sont une solution adaptée au besoin d'expertise juridique des ministères, car elles s'inscrivent parfaitement dans une dynamique inévitable de spécialisation des expertises au sein de l'État.

Sources

I. BIBLIOGRAPHIE

Sauf indication contraire, le lieu d'édition est Aix-en-Provence pour les Presses universitaires d'Aix-Marseille, Grenoble pour les Presses universitaires de Grenoble, Issy-les-Moulineaux pour les éditions LGDJ-Lextenso et Paris pour les autres éditeurs.

A. Ouvrages

1/ Ouvrages antérieurs à 1945

AUCOC L. :

Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées, t. I, Dunod, 1869.

Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel, Imprimerie nationale, 1876.

BONNARD R., *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e édition, 1943.

BONNIN C. :

Principes de l'administration publique, Renaudière, 1812.

Abrégé des principes d'administration, Amable-Coste, 1829.

CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la Théorie générale de l'État*, 1920 et 1922, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2003.

DABIN J., *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruylant et Sirey, 1935.

FILANGIERI G., *Œuvres de Filangieri*, t. I, Didot L'Ainé, Paris, 1822.

GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Sirey, 1924.

GÉRANDO (de) J.-M., *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif*, Nêve, 1829.

GURVITCH G., *Éléments de sociologie juridique*, 1940, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2012.

HAURIOU M. :

Principes de droit public, Sirey, 1910, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2010.

Précis de droit constitutionnel, 1929, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2015.

LENOËL É., *Des sciences politiques et de leur enseignement*, Auguste Durand - J. Dumaine, 1864.

MACAREL L.-A. :

Éléments de droit politique, Nève, 1833.

Cours d'administration et de droit administratif, Librairie de jurisprudence de Plon frères, 1852.

MASSON F., *Le Département des Affaires étrangères pendant la révolution, 1787-1804*, Plon, 1877.

MICHELET J., *Histoire de France*, t. I., L. Hachette, 1837.

PELET DE LA LOZÈRE J., *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration : recueillies par un membre de son Conseil d'État*, Firmin Didot frères, 1833.

VIVIEN A., *Études administratives*, Guillaumin, 1^{re} édition, 1845 ; 3^e édition, 1859, rééd. Cujas, 1974.

2/ Ouvrages postérieurs à 1945

AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Litec, « Colloques et débats », 2010.

AFNED, *Quels juristes pour demain ? La formation juridique des juristes d'entreprise et des fonctionnaires*, LGDJ, 1994.

ALBERTINI P. (dir.), *La qualité de la loi. Expériences française et européenne*, Mare & Martin, « Droit public », 2015.

ALLIÈS P., **GATTI-MONTAIN J.** et al., *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, « Critique du droit », 1985

AMOUREUX J., **BESSON J.-P.**, *Agent judiciaire de l'État*, Dalloz, « Dalloz corpus », 2020.

ARNAUD A.-J., *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, « Le juriste », 1975.

ATTAL F., **GARRIGUES J.** et al. (dir.), *Les universités en Europe du XIII^e siècle à nos jours : espaces, modèles et fonctions*, Éditions de la Sorbonne, « Homme et société », 2005.

AUBY J.-M., **BANDET P.**, **BOULET L.** et al. (dir.), *Traité de science administrative*, Mouton, 1966.

AUDREN F., **HALPÉRIN J.-L.**, *La culture juridique française : entre mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, CNRS éditions, « Biblis », 2022.

BAILLOU J., *Les affaires étrangères et le corps diplomatique français*, Éditions du CNRS, « Histoire de l'administration française », 1984, 2 tomes.

BANKOWSKI I. (dir.), *La science de la législation*, PUF, « Philosophie du droit », 1989.

BARUCH M.-O., DUCLERT V. (dir.), *Serviteurs de l'État. Une histoire politique de l'administration française 1875-1945*, La Découverte, « L'espace de l'histoire », 2000.

BAECQUE (de) F., *L'Administration centrale de la France*, Armand Colin, « Collection U. Série Droit public interne », 1973.

BAECQUE (de) F., **QUERMONNE J.-L.**, *Administration et politique sous la Cinquième République*, Presses de la FNSP, 1982.

BERGEAL C., *Manuel de légistique*, Berger-Levrault, « Les indispensables », 9^e édition, 2022.

BEZÈS P., *Réinventer l'État : les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, « Le lien social », 2009.

BIGOT G., *L'Administration française. Politique, droit et société. Tome 1 (1789-1870)*, LexisNexis, « Manuel », 2^e édition, 2014.

BIGOT G., LE YONCOURT T., *L'Administration française. Politique, droit et société. Tome 2 (1870-1944)*, LexisNexis, « Manuel », 2014.

BOUCOBZA I., *La gouvernance administrative européenne : initiation à l'étude du droit administratif européen*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2007.

BOYER V., RENEAU R. (dir.), *Pour un droit gouvernemental ?*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, « Colloques et essais », 2022.

BROYELLE C., *Contentieux administratif*, LGDJ, « Manuel », 11^e édition, 2023.

BURDEAU F., *Histoire de l'administration française du 18^e au 20^e siècle*, Montchrestien, « Domat droit public », 2^e édition, 1994.

CAILLOSSE J., *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, « Les voies du droit », 2008.

CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V^eme République*, 1996, rééd. Flammarion, « Champs essais », 2022.

CARON M., *Droit gouvernemental*, LGDJ-Lextenso, « Systèmes », 2020.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, « Méthodes du droit », 3^e édition, 2022.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, « Domat Droit Public », 15^e édition, 2001.

CHEVALLIER J. :

L'État post-moderne, LGDJ-Lextenso, « Droit et Société », 4^e édition, 2017.

Science administrative, PUF, « Thémis », 6^e édition, 2019.

L'État de droit, LGDJ-Lextenso, « Clefs politique », 7^e édition, 2023.

CHEVALLIER J., LOCHAK D. :

Science administrative. Tome 1 : Théorie générale de l'institution administrative, LGDJ, 1978.

Science administrative. Tome 2 : L'administration comme organisation et système d'action, LGDJ, 1978.

La science administrative, PUF, « Que sais-je ? », 1980.

CHEVALLIER J.-J., CARCASSONNE G. et al., *Histoire de la V^e République*, Dalloz, « Classic », 16^e édition, 2017.

CHRÉTIEN P., CHIFFLOT N., TOURBE M., *Droit administratif*, Dalloz, Sirey Université, 18^e édition, 2022.

COMMAILLE J., DUMOULIN L., ROBERT C. (dir.), *La juridicisation du politique*, LGDJ, « Droit et Société », 2010.

CONSEIL D'ÉTAT :

Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, Sirey, 1952.

Le Conseil d'État : son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974, CNRS, « Histoire de l'administration française », 1974.

COSTA J.-P., *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Economica, « Mieux connaître », 1990.

CROZIER M., FRIEDBERG E., *L'acteur et le système*, Seuil, 1977, rééd. Points, « Essai », 2014.

CURAPP :

Psychologie et science administrative, PUF, « Publications du CURAPP », 1985.

Les usages sociaux du droit, PUF, « Publications du CURAPP » 1989.

Le droit administratif en mutation, PUF, « Publications du CURAPP », 1993.

Sur la portée sociale du droit : usage et légitimité du registre juridique, PUF, « Publications du CURAPP », 2005.

DAINTITH T., PAGE A., *The executive in the constitution: structure, autonomy and internal control*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

DENOIX DE SAINT MARC R., *Histoire de la loi*, Privat, 2008.

DRAGO R. (dir.), *La confection de la loi*, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2005.

DREYFUS F. *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis, XVIII^e-XX^e siècle*, La Découverte, « Textes à l'appui. Série Histoire contemporaine », 2000.

DULONG D., *Sociologie des institutions politiques*, La Découverte, « Repères », 2012.

DUPUIS G., *Organigrammes des institutions françaises*, Armand Colin, « Collection U. Série Droit public interne », 1971.

DURAND C. :

Études sur le Conseil d'État napoléonien, PUF, « Bibliothèque de l'université d'Aix-Marseille », 1949.

L'exercice de la fonction législative de 1800 à 1814, Annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1995.

EISENMANN C. :

Cours de droit administratif de 1953-1954, Les cours du droit, 1954.

Cours de droit administratif, 1983, rééd. LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 2 tomes.

ENA, *Le travail gouvernemental*, Rapports de séminaires établis par les élèves de la promotion René Char, La Documentation française, 1997.

EYMERI-DOUZANS J.-M., BIOY X., MOUTON S. (dir.), *Le règne des entourages : cabinets et conseillers de l'exécutif*, Presses de Science Po, 2015.

FAURE B., *Les institutions administratives*, PUF, « Licence », 2010.

FAVIER J., *Philippe le Bel*, Fayard, 1978.

FIERRO A., PALLUEL-GUILLARD A., TULARD J., *Histoire et dictionnaire du Consulat et de l'Empire*, Robert Laffont, « Bouquins », 2009.

FLÜCKIGER A., *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli, 2019.

FORRAY V., PIMONT S., *Décrire le droit et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2017.

FOURNIER J., *Le travail gouvernemental*, Presses de la FNSP – Dalloz, « Amphithéâtre », 1987.

GARBEN S., GOVAER I. (dir.), *The EU Better Regulation Agenda: a critical assessment*, Oxford, Hart Publishing, « Modern Studies in European law », 2018.

GAUDEMET Y.-H., *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, PUF, « Travaux et recherches de la Faculté de droit et de sciences politiques de Paris. Série Science politique », 1978.

GÉRARD P., *L'administration de l'État*, LexisNexis, « Manuel », 5^e édition, 2022.

GILBERG K., GROULIER C., *Former à la légistique : les nouveaux territoires de la pédagogie juridique*, LexisNexis, SciencesPo Toulouse, 2018.

GOHIN O., SORBARA J.-G., *Institutions administratives*, LGDJ, « Manuel », 9^e édition, 2022.

GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, « Traités Dalloz », 2011, 2 tomes.

GOURNAY B., *Introduction à la science administrative : les administrations publiques dans les sociétés contemporaines*, Armand Colin, Cahiers de la FNSP, 2^e édition, 1966.

GRAWITZ M., *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, « Précis », 11^e édition, 2001.

GUETTIER C., *Institutions administratives*, Dalloz, « Cours Dalloz », 8^e édition, 2022.

ISRAËL L., SACRISTE G., VAUCHEZ A., WILLEMEZ L. (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, CURAPP, 2005.

ISRAËL L., *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, « Contester », 2009.

JAN P., *Institutions administratives*, LexisNexis, « Objectif droit », 6^e édition, 2021.

JEANNESSON S., SCHNAKENBOURG É., JESNÉ F. (dir.), *Experts et expertise en diplomatie. La mobilisation des compétences dans les relations internationales du congrès de Westphalie à la naissance de l'ONU*, Presses universitaires de Rennes, « Histoire », 2018.

KARPIK L., *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché XIII^e – XX^e siècle*, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1995.

KESSLER M.-C. :

L'École nationale d'administration, Presses de la FNSP, 1978.

Le Conseil d'État, Armand Colin, « Cahiers de la FNSP », 1982.

KOUBI G. : *Les circulaires administratives. Contribution à l'étude du droit administrative*, Economica, « Corpus Essais », 2003.

KOUBI G. (dir.), *La littérature grise de l'administration. La grammaire juridique des circulaires*, Berger-Levrault, « Au Fil du Débat », 2015.

LADREIT DE LACHARRIÈRE G., *La politique juridique extérieure*, Economica, « Enjeux internationaux », 1983.

LAGROYE J., FRANÇOIS B., SAWICKI F., *Sociologie politique*, Presses de Science Po, Dalloz, 5^e édition, 2006.

LAGROYE J., OFFERLÉ M. (dir.), *Sociologie de l'institution*, Belin, « Sociologiquement », 2011.

- LATOUB B.**, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, « La Découverte poche, Sciences humaines et sociales », 2004.
- LE BIHAN J.**, *Au service de l'État. Les fonctionnaires intermédiaires au XIX^e siècle*, Rennes, PUR, 2008.
- LEGENDRE P.**, *Miroir d'une Nation. L'École nationale d'Administration*, Éd. Mille et une nuits, 1999.
- LONG M.**, *Les services du Premier ministre : conférences*, PUAM, 1981.
- MAILLARD DESGRÈES DU LOU D.**, *Institutions administratives*, PUF, « Thémis », 2^e édition, 2015.
- MASSOT J.** (dir.), *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours, Livre jubilaire du deuxième centenaire*, Adam Biro, 1999.
- OBERDORFF H., KADA N.**, *Les institutions administratives*, Dalloz, « Sirey Université », 10^e édition, 2023.
- PACTEAU B.**, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, PUF, « Leviathan », 2003.
- PÉRALDI-LENEUF F., DE LA ROSA F.**, *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013.
- PETIT J., FRIER P.-L.**, *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat, 16^e édition, 2022.
- PINTO R., GRAWITZ M.**, *Méthodes des sciences sociales*, t. II, Dalloz, « Précis Dalloz », 1961.
- QUERMONNE J.-L.**, *L'appareil administratif de l'État*, Seuil, « Points », 1991.
- RÉMY D.**, *Légistique. L'art de faire les lois*, Romillat, « Pratique du droit », 1994.
- RENAUDIE O., MBONGO P.** (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État, Entre science du droit et discours institutionnel*, Éditions Cujas, « Actes et études », 2010.
- RIPERT G.**, *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine*, 1948, rééd., LGDJ, « Collection Reprint », 1998.
- ROUBAN L.**, *Le Conseil d'État 1958-2008. Sociologie d'un grand corps*, FNSP-CNRS, « Cahiers du CEVIPOF », 2008.
- RUBIO N., PÉRALDI-LENEUF F.**, *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du "Mieux légiférer"*, DICE, « Confluence des droits », 2018.
- SAMOYAUULT J.-P.**, *Les Bureaux du secrétaire d'État des Affaires étrangères sous Louis XV. Administration, personnel*, Pedone, 1971.
- SCHRAMEK O.**, *Les cabinets ministériels*, Dalloz, « Connaissance du droit », 1995.

SEILLER B., *Droit administratif*, Flammarion, « Champs Université », 8^e édition, 2021, 2 tomes.

SERRAND P., *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, « Manuel », 6^e édition, 2022.

TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, « Précis », 9^e édition, 2022.

THUILLIER G. :

La vie quotidienne dans les ministères au XIX^e siècle, 1976, rééd. Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2004.

Regards sur la haute administration en France, Economica, « Politique comparée », 1979.

L'ENA avant l'ENA, PUF, 1983.

TOUBOUL C., *Concevoir un texte normatif. Comprendre la légistique*, Dalloz, « Dalloz Public », 2020.

VAUCHEZ A., DE WITTE B. (dir.), *Lawyering Europe : European law as a transnational social field*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

VAUCHEZ A., FRANCE P., *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Presses de Science Po, 2017.

VIGOUROUX C., *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, « Dalloz référence », 2^e édition, 2012.

VUITTON X., *Stratégie du contentieux. Théorie et méthode*, LexisNexis, 2020.

WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6^e édition, 1950.

WEBER M. :

Économie et société, t. I., 1956, trad. Plon, 1971, rééd. Pocket, « Agora », 2015.

Œuvres politiques, Albin Michel, 2004.

ZANDER M., *The Law-Making process*, Cambridge, Cambridge University Press, « Law in Context », 6^e édition, 2004.

B. Dictionnaires, recueils et guides

ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, « Quadrige », 2003.

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1993, rééd., LGDJ, « Anthologie du droit », 2018.

BOUSSAGUET L., JACQUOT S., RAVET P., HALL P. A., MULLER P. (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Science Po, « Références », 3^e édition, 2019.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige », 17^e édition, 2022.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État (1824-1949)*, A. Guyot et Scribe.

KADA N., **MATHIEU M.** (dir.), *Dictionnaire d'administration publique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, « Droit et action publique », 2014.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, « Quadrige », 2010.

SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, La Documentation française, 1^{re} édition, 2005, 2^e édition, 2007, 3^e édition, 2017.

SÉNAT, Direction de la Séance, *Guide légistique. Conseils méthodologiques pour une bonne écriture de la loi*, 2020.

C. Thèses et mémoires

ALEXANDRE J.-J., *La prestation de conseil juridique*, thèse, Université Aix-Marseille, 1990.

BAILLEUX J., *Penser l'Europe par le droit : l'invention du droit communautaire en France*, Dalloz, NBT, Science politique, vol. 26, 2014.

BELRHALI H., *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 231, 2003.

BOUSSARIE T., *La codification de la procédure administrative : étude autour du code des relations entre le public et l'administration*, Mare & Martin, 2021.

BOUVET M., *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, t. 17, 2001.

BOUVIER L.-A., *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, thèse, Université Paris II, 2013.

BRISSON J.-F., *Les recours administratifs en droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996.

CARON M., *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement. Recherches sur le droit gouvernemental de la V^e République*, Institut Varenne, Collection des thèses, 2015.

CATTA R., *Le cabinet ministériel : essai d'analyse constitutionnelle*, thèse, Paris II, 2012.

CATTEAU D., *La LOLF et la modernisation de la gestion publique : la performance, fondement d'un droit public financier rénové*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2007.

CHAUVET C., *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 273, 2013.

- CHEVALLIER J.**, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, rééd. LGDJ-Lextenso, « Anthologie du droit », 2015.
- CHIFFLOT N.**, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, NBT, vol. 83, 2009.
- COLERA C.**, *Les services juridiques des administrations centrales*, « Logiques juridiques », 2009.
- COMBEAU P.**, *L'activité juridique de l'administration, contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000.
- COMBRADE B.-L.**, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, NBT, vol. 163, 2017.
- DEFOORT B.**, *La décision administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015.
- DEUMIER P.**, *Le droit spontané*, Economica, « Recherches juridiques », 2002.
- DI FRANCESCO D.**, *La doctrine administrative de la commande publique*, thèse, Université Paris II, 2018.
- GAUTRON J.-C.**, *Les départements ministériels en France*, thèse, Université de Bordeaux, 1960.
- GILBERG K.**, *La légistique au concret. Les processus de rationalisation de la loi*, thèse, Université Paris II, 2007.
- GUEILHERS D.**, *L'agent judiciaire du Trésor public*, thèse, Université de Paris, 1936.
- GUISELIN J.**, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, thèse, Université Paris II, 2015.
- HARLÉ A.**, *Le coût et le goût du pouvoir : le désenchantement politique face à l'épreuve managériale*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2010.
- HOURSON S.**, *Les conventions d'administration*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 277, 2014.
- LANCERON V.**, *La fonction de coordination en droit public*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2015.
- LAPOUSTERLE J.**, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, NBT, vol. 88, 2009.
- LECLERC O.**, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 443, 2005.
- LEROYER S.**, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, Dalloz, NBT, vol. 106, 2011.
- MARINESE V.**, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, thèse, Université de Nanterre, 2007.

- MOLINA BETANCUR C. M.**, *La Loi Falloux : abrogation ou réforme ?*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2001.
- PERROUD T.**, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, NBT, vol. 127, 2013.
- RICHARD G.**, *Enseigner le droit à Paris sous la Troisième République*, Dalloz, NBT, vol. 150, 2013.
- RIVERO J.**, *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Sirey, 1934.
- ROCHET H.**, *Contribution à l'étude de l'organisation administrative centrale : l'exemple du ministère de l'Éducation nationale*, thèse, Université Paris Sud, 2002.
- ROSSIGNOL A.**, *La représentation de l'État devant les tribunaux judiciaires*, Dalloz, 1952.
- ROUSSEAU G.**, *L'agent judiciaire du Trésor public*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 31, 1961.
- RRAPI P.**, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, NBT, vol. 137, 2014.
- SACRISTE G.**, *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Science Po, Collection académique 2011.
- SAVOYE J.**, *Quelques aspects de l'œuvre de Louis-Antoine Macarel (1790-1851) : contribution à l'étude de la naissance des sciences politiques et administratives*, thèse, Université de Lille, 1970.
- SERRAND P.**, *L'acte de gouvernement. Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, thèse, Paris II, 1996.
- SPONCHIADO L.**, *La compétence de nomination du président de la Cinquième République*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2017.
- VAN DEN MEERSCHE D.**, *The World bank's lawyers: the life of international law as institutional practice*, Oxford, Oxford University Press, « The world and history of international law », 2022.
- VAYROU C.**, *Management public et droit administratif, essai sur la juridicité des concepts managériaux*, ANRT, 2000.
- VELLEY S.**, *Les origines du principe de légalité en droit public français*, thèse, Université Paris X, 1988.
- WIENER C.**, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 98, 1970.
- ZARADNY A.**, *Codification et État de droit*, thèse, Université Paris II, 2011.
- ZOLYNSKI C.**, *Méthode de transposition des directives communautaires - Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, NBT, vol. 70, 2007.

D. Dossiers et actes de colloques

« La formation juridique des administrateurs », *RFAP*, n° 45, 1988.

« Quelle formation pour les fonctionnaires ? », *RFAP*, n° 51, 1989.

« La fonction juridique dans les administrations », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 118, 1989.

« La frénésie normative », *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 254, 2006, p. 4.

« Le Conseil d'État » *Pouvoirs*, n° 123, 2007.

« La légistique, ou l'art de rédiger le droit », *CFJI, n° spécial*, La Documentation française, 2008.

« Quel avenir pour les directions des affaires juridiques ? », Colloque du dixième anniversaire de la direction des affaires juridiques de Bercy, 2009.

« La judiciarisation des conflits militaires », *Inflexions*, La Documentation française, n° 15, 2010.

« La Section du rapport et des études du Conseil d'État », *RFDA*, 2015, n° 2.

« Sociographie des cabinets ministériels », *RFAP*, n° 168, 2018.

« La coordination du travail gouvernemental », *RFAP*, n° 171, 2019.

« Changer de culture normative. Améliorer la qualité du droit par la généralisation de bonnes pratiques », *JCP*, 2021, supplément au n° 3.

E. Articles, contributions et chroniques

« La direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers : 20 années d'expérience au service de Bercy », *Gestion et finances publiques*, n° 6, 2019, p. 23.

« “La crise sanitaire a révélé l'intérêt d'une plus forte centralisation de la fonction juridique”, 3 questions à Charles Touboul, directeur des affaires juridiques des ministères sociaux (DAJMS) », *JCP G*, 2021, 606.

ALABRUNE F., « La politique juridique extérieure de la France », in G. GUILLAUME, *La vie internationale et le droit*, Hermann, « Débat public », 2017, p. 147.

ALLAND D., « Quelques observations sur la notion de politique juridique de l'État. Retour sur la politique juridique extérieure », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XIII, 2012, p. 555.

AMOUROUX J., « Retour d'expérience sur le règlement non juridictionnel des litiges : exemple de la politique transactionnelle de l'Agent judiciaire de l'État dans les contentieux judiciaires », *La Lettre de la DAJ*, n° 232, 2017, p. 1.

ANDRIEU T. : « État d'urgence : Thomas Andrieu, DLPAJ, détaille le cadre juridique à AEF », dépêche n° 511563, 30 novembre 2015.

ARNAUD A.-J., « Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 293.

AUBY J.-B., **DURAN P.**, « Droit et expertise. La délicate gestion du risque juridique », in R. BALME, A. FAURE, A. MABILEAU (dir.), *Les nouvelles politiques locales. Dynamiques de l'action publique*, Presse de Science po, 1999, p. 386.

AUBY J.-M., « Le milieu juridique », in J.-M. AUBY, P. BANDET, L. BOULET et al. (dir.), *Traité de science administrative*, Mouton, 1966, p. 175.

AVRIL P., « Diriger le Gouvernement », *Pouvoirs*, n° 83, 1997, p. 31.

AZIMI V., « La place de l'Université dans la formation administrative en France », *Revue administrative*, n° 348, 2005, p. 609.

BAILLEUX J., « L'Europe et ses légistes. Le Service juridique des Exécutifs européens et la promotion d'un droit communautaire autonome (1957-1964) », *Politiques européennes*, n° 41, 2013, p. 88.

BALLADUR E., **LONG M.**, « L'État de droit au quotidien », *Revue administrative*, n° 275, 1993, p. 414.

BAECQUE (de) F., « La Commission du rapport et des études (1963-1983) », *EDCE*, n° 34, 1982-1983, p. 175.

BEAUD O., « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, « Traités Dalloz », 2011, t. I., p. 207.

BELGORGÉY J.-M., « La conception intellectuelle du rapport », in O. RENAUDIE, P. MBONGO (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État, Entre science du droit et discours institutionnel*, Éditions Cujas, « Actes et études », 2010, p. 41.

BELLIARD E. :

« La direction juridique du ministère des Affaires étrangères », *D.*, 2007, p. 1256.

« La défense de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 2007, n° 163, p. 36.

BELLOUBET-FRIER N., « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 33.

BERGEAL C. :

« Le traitement des problèmes juridiques au ministère de la Défense », *Droit administratif*, n° 11, 2006, entretien n° 1.

« La qualité de la réglementation en France : question juridique ou politique ? », in A. WAGNER, S. CACCIAGUIDI-FAHY (dir.), *Legal language and the search for clarity*, Bruxelles, Peter Lang, « Linguistic insights », 2006, p. 223.

« Quel avenir pour les directions des affaires juridiques ? », *Colloque du dixième anniversaire de la direction des affaires juridiques de Bercy*, 11 février 2009, p. 7.

« Longue vie à l'Agent judiciaire de l'État ! », *JCP G*, 2012, n° 41, p. 1807.

« Entretien », *JCP G*, 2017, supplément au n° 10, p. 3.

BESSON J.-P., LATRÈCHE N., « L'agent judiciaire de l'État : 1790-2012, de la Révolution à la nouvelle dénomination », *CJFI*, n° 69, 2012, p. 2.

BEZÈS P., « État, experts et savoirs néo-managériaux. Les producteurs et diffuseurs du *New Public Management* en France depuis les années 1970 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 193, 2012, p. 19.

BEZÈS P., JOIN-LAMBERT O., « Comment se font les administrations : analyser des activités administratives constituantes », *Sociologie du travail*, n° 52, 2010, p. 133.

BILAND É., KOLOPP S., « Luttres d'institutions et arrangements cognitifs à l'ENA (1945-1982) », *Gouvernement et action publique*, vol. 2, 2013, p. 221.

BILAND É., VANNEUVILLE R., « Les mutations de la surveillance juridique des administrations. Le Conseil d'État français et la promotion de la légistique », in J. CRÊTE (dir.), *Les surveillants de l'État démocratique*, Presses de l'Université Laval, « Gouvernance et gestion publique », 2014, p. 109.

BILLON A., « L'enseignement de la gestion à l'ENA de Paris », *RFAP*, n° 51, p. 429.

BLACHÈRE P., « La spécificité des sources du droit gouvernemental », in V. BOYER, R. RENEAU (dir.), *Pour un droit gouvernemental ?*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, « Colloques & Essais », 2022, p. 491.

BOIGEOL A., « Les magistrats hors les murs », *Droit et Société*, n° 44-45, 2000, p. 225.

BONNAUD L., MARTINAIS E., « Écrire la loi. Un travail de bureau pour hauts fonctionnaires du ministère de l'Écologie », *Sociologie du travail*, n° 55, 2013, p. 475.

BOUCOBZA I., « La « co-administration » dans la production des normes juridiques communautaires », *Droit administratif*, 2004, n° 12, p. 7.

BOULOUIS J., « L'enseignement du droit européen dans les universités françaises », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 13, 1992, p. 189.

BOURDIEU P., « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en science sociales*, n° 64, 1986, p. 3.

BOURGOING J., « Pour une théorie de la coutume administrative », *Revue administrative*, n° 364, 2008, p. 364.

BOUSSARIE T., « Le pouvoir du vice-président du Conseil d'État de désigner des membres de la juridiction administrative dans l'administration », *RFDA*, 2020, p. 851.

BOWMAN G., « Why is there a Parliamentary Counsel Office? », *Statute Law Review*, n° 26, 2006, p. 69.

BOYON M., GONOD P., « Entretien sur l'esprit de corps au Conseil d'État », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis : droit public*, LGDJ, 1997, p. 27.

BRAIBANT G. :

« Le Conseil d'État », in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 159.

« Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration de la loi », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 92.

« Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n° 64, 1993, p. 43.

BRETONNEAU A., « La mission juridique du ministère de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Environnement », *RDP*, 2022, p. 19.

BROUSSEAUD G., « Premier bilan de l'application SOLON », *CJFI*, 2008, n° spécial, p. 79.

BURDEAU G., « Le déclin de la loi », *APD*, n° 8, 1963, p. 39.

CAILLOSSE J. :

« L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », *Politiques et management public*, 1989, p. 163.

« Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », *Politiques et management public*, 1993, p. 85.

« Les institutions publiques entre droit et management », in I. HUAULT (dir.), *Institutions et gestion*, Éd. Vuibert, 2004, p. 165.

« La réforme de l'État et son contexte. L'administration entre exigences juridiques et principes managériaux », *Cahiers français*, n° 346, 2008, p. 27.

« Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 195.

« Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, n° 105, 2003, p. 121.

« Quel espace pour la science administrative aujourd'hui ? Interrogations sur la distribution actuelle des « sciences de l'État », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, « Droit et Société », 2007, p. 369.

« Les « principes généraux » de l'organisation administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, « Traités Dalloz », 2011, t. I., p. 149.

CANNAC Y., « Les études réalisées par le Conseil d'État », *EDCE*, 1984, p. 13.

CARBONNIER J., « L'inflation des lois », *RSMP*, n° 4, 1982, p. 687.

CARCASSONNE G. :

« Ce que fait Matignon », *Pouvoirs*, n° 68, 1994, p. 31.

« Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 37.

CARON M., « Une place spécifique pour les pratiques gouvernementales ? », in V. BOYER, R. RENEAU (dir.), *Pour un droit gouvernemental ?*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, « Colloques & Essais », 2022, p. 519.

CHANET J.-F., « La loi du 15 mars 1850, “Du comte de Falloux aux mécomptes de François Bayrou” », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 87, 2005, p. 21.

CHAPUISAT J., « Une nouvelle section au Conseil d'État : la Section du rapport et des études », *EDCE*, n° 36, p. 149.

CHATRIOT A., « La difficile écriture de l'histoire du Conseil d'État », *French Politics, Culture & Society*, n° 26, 2008, p. 23.

CHÊNE C., « Enseignement du droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, « Quadrige », 2003, p. 617.

CHÉNEDÉ F., « De la conception du droit à la fonction de juriste », in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales H. Capitant, t. XVI, Dalloz, 2012, p. 3.

CHENOT B., « Le Conseil d'État dans les tempêtes de l'histoire », *LPA*, 13 janvier 1989, p. 16.

CHEVALLIER J. :

« Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 276.

« L'analyse institutionnelle », in CURAPP, *L'institution*, PUF, « Publications du CURAPP », 1981, p. 6.

« Réflexions sur l'arrêt « Cadot », *Droits*, n° 9, 1989, p. 79.

« La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, p. 1651.

« La rationalisation de la production juridique », in C.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action d'État*, Publisud, 1991, p. 11.

- « La juridicisation des principes managériaux », *Politique et management public*, vol. 11, 1993, p. 111.
- « L'évaluation législative : un enjeu politique », in A. DELCAMP et al. (dir.), *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Documentation française, « Notes et études documentaires », 1995, p. 15.
- « La politique française de modernisation administrative », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 69.
- « L'accélération du travail administratif », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, t. 83, 2000, p. 506.
- « La science administrative et le paradigme de l'action publique », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 267.
- « La reconfiguration de l'administration centrale », *RFAP*, n° 116, 2005, p. 715.
- « Le Conseil d'État au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 5.
- « Management public et droit », *Politique et management public*, vol. 26, 2008, p. 94.
- « Peut-on encore parler d'un « modèle français d'administration » ? », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 129.
- « La place de l'administration dans l'élaboration des normes », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 623.
- « Peut-on rationaliser la production du droit ? », in F. PÉRALDI-LENEUF, S. DE LA ROSA, *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013, p. 17.
- « L'apport et le statut de la légistique », in P. ALBERTINI (dir.), *La qualité de la loi. Expériences française et européenne*, Mare & Martin, 2015, p. 33.
- « La simplification de l'action publique et la question du droit », *RFAP*, n° 157, 2016, p. 205.

CHEVALLIER J., LOCHAK D., « Rationalité juridique et managériale dans l'administration française », *RFAP*, n° 24, 1982, p. 683.

CHRÉTIEN P., « La science du droit administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, « Traités Dalloz », 2011, t. I., p. 59.

CLAUSADE de J., URVOAS J.-J., WARSMANN J.-L., « La qualité de la loi en débat », *Constitutions*, 2010, p. 195.

COLERA C., « Entre champ juridique et champ administratif : les services juridiques administratifs », in CURAPP, *Sur la portée sociale du droit : usage et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005, p. 221.

COLLIARD C.-A., « Le travail gouvernemental et ses méthodes », *D.*, Chronique, 1948, p. 17.

COMBRADE B.-L., « Faut-il s'inquiéter de l'externalisation de l'évaluation législative ? », *AJDA*, 2018, p. 2417.

COMMAILLE J., DUMOULIN L., « Heurts et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la « judiciarisation », *L'année sociologique*, vol. 59, 2009, p. 63.

COMMAILLE J., SIMOULIN S., THOEMMES J., « Les temps de l'action publique entre accélération et hétérogénéité », *Temporalités*, n° 19, 2014, p. 106.

CORNU G., « L'art d'écrire la loi », *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 5.

CORTEN O., « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droit et Société*, n° 50, 2001, p. 185.

COSTA J.-P., « Une nouvelle section au Conseil d'État, la Section du rapport et des études », *AJDA*, 1985, p. 265.

COTTIN S., « Extraqual : l'extranet de la qualité et de la simplification de la loi », *RFAP*, n° 146, 2013, p. 321.

CROZIER M. :

« Pour une sociologie de l'action publique », *RFSP*, vol. 6, 1956, p. 750.

« Crise et renouveau dans l'administration française », in « L'administration face aux problèmes du changement », *Sociologie du travail*, n° 3, 1966, p. 227.

D'HAUSSY M.-R., « Droit et diplomatie : la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Pédone, 2008, p. 137.

DE FORGES P., « Les secrétaires généraux de ministères » in IFSA, *Les superstructures des administrations centrales*, FNSP, 1971, p. 99.

DELARUE J.-M., « Les limbes textuels ou la fabrication de textes normatifs par l'administration », in *Juger l'administration, administrer la Justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 219.

DELVOLVÉ P., « Le nouveau régime des délégations de signature », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1173.

DENOIX DE SAINT MARC R. :

« La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.

« Le Conseil d'État, acteur déterminant de l'élaboration des lois et règlements », *JCP G*, n° 10-11, 8 mars 2006, doct. 118.

DEUMIER P., « Quand la loi est rédigée par des prestataires privés », *RTD Civ*, 2020, p. 581.

DEZALAY Y., « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et *aggiornamento* dans le champ du droit », *Politix*, n° 10-11, 1990, p. 70.

DREYFUS F., « La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite : le concours et l'*open competition* », *RFAP*, n° 142, 2012, p. 328.

DUCHARME T., « La comptabilité générale au service des litiges perdus par l'État », *Gestion et finances publiques*, n° 3, 2023, p. 38.

DUBOIS F., **ENGUÉLÉGUÉLÉ M.**, **LEFÈVRE G.** et **LOISELLE M.**, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, PUF, « Publications du CURAPP », 1993, p. 157.

DULONG D., « Les poisons et délices de la Cinquième République. L'histoire politique de la coordination du travail gouvernemental », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 587.

DULONG D., **FRANCE P.**, **LE MAZIER J.**, « À quoi riment les « RIM » ? Les réunions interministérielles ou l'ordinaire du travail gouvernemental », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 697.

DUPUIS G :

« Les visas apposés sur les actes administratifs », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, LGDJ, 1974, p. 408.

« L'adaptation des structures aux objectifs dans l'administration », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* vol. 6, 1975, p. 133.

DURAN P., « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politique et management public*, vol. 11, 1993, p. 1.

DURAND T., « Un aspect de la déconcentration administrative au ministère de l'Éducation nationale : le traitement des contentieux et des transactions amiables », *Revue administrative*, n° 265, 1993, p. 60.

DURAND-PRINBORGNE C., « L'administration centrale de l'Éducation nationale et la production des normes », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 611.

DURUPTY M., « Management et principe de légalité », *RFAP*, n° 15, 1980, p. 76.

DYENS S., « Le juriste d'administration territoriale. Entre logique de prestation et fonction stratégique », *AJDA*, 2014, p. 2511.

EISENMANN C. :

« Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, n° 11, p. 25.

« Les fonctions de l'État », in *Encyclopédie française. Tome X : L'État*, Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964.

« Les structures de l'Administration », in J.-M. AUBY et al., *Traité de Science administrative*, Mouton, 1966, p. 307.

ENCINAS DE MUNAGORRI R. :

- « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *D.*, 2014, p. 711.
- « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP*, n° 103, 2002, p. 379.
- « Expert et expertise », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, « Quadrige », 2003, p. 686.

ENGLE G. :

- « The rise of the Parliamentary Counsel », *Parliaments, Estates and Representation*, vol. 16, 1996, p. 193.
- « “Bills are made to pass as razors are made to sell” : practical constraints in the preparation of legislation », *Statute Law Review*, n° 7, 1983, p. 7.

ESCOUBE P., « Charles-Jean Bonnin, précurseur de la science administrative », *Revue administrative*, n° 61, 1958, p. 15.

ESTÈVE A., « Le “lawfare” ou les usages stratégiques du droit », in B. PELOPIDAS, F. RAMEL, *Guerres et conflits armés au XXI^e siècle*, Presses de Science Po, 2018, p. 201.

EVEILLARD G., « Intelligibilité et simplification du droit », *RFDA*, 2013, p. 713.

EYMERI-DOUZANS J.-M. :

- « Les concours à l'épreuve », *RFAP*, n° 142, 2012, p. 309.
- « Les fusions de directions d'administration centrale dans les ministères français », *Notes de l'Institut de la Gestion Publique et du Développement Économique*, 2007, n° 1, p. 3.

EYMERI-DOUZANS J.-M., MANGENOT M. :

- « Rouage ou centre de l'État ? (I) Genèse et institutionnalisation du Secrétariat général du Gouvernement », *RFAP*, n° 171, 2019 p. 603.
- « Rouage ou centre de l'État ? (II) Le Secrétariat général du Gouvernement », *RFAP*, n° 171, 2019 p. 603.

F.-A. J., « Le service du contentieux et de l'Agence judiciaire du Trésor public », *La revue du Trésor*, 1949, n° 3, p. 71.

FAVIER J., « Les légistes et le Gouvernement de Philippe le Bel », *Journal des savants*, 1969, n° 2, p. 92.

FAUCHILLE P., « Louis Renault (1843-1918) : sa vie, son œuvre », *Revue générale de droit international public*, vol. 25, 1918, p. 35.

FEREY A. :

- « Vers une guerre des normes ? Du *lawfare* aux opérations juridiques », *Focus stratégiques*, IFRI, n° 108, 2022, p. 11.

« Droit de la guerre ou guerre du droit ? Réflexions françaises sur le *lawfare* », *Revue Défense nationale*, n° 806, 2018, p. 55.

FRANÇOIS J.-J., « La juristratégie : une nouvelle approche du risque juridique », *Gazette du Palais*, 3 février 1990, p. 2.

FOULQUIER N., « L'exigence de la décision préalable, un avatar de la juridiction ministérielle ? », in *Mélanges F. Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011, p. 251.

GAÏTI B., « Gouverner le Gouvernement : les trajectoires des politiques de coordination gouvernementale en France (1935-2019) », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 565.

GAUDEMET Y. :

« La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in Jean Foyer, auteur et législateur : *Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 61.

« La loi administrative », *RDP*, 2006, p. 65.

GILBERG K. :

« Une production du droit mieux raisonnée ? La diffusion de la légistique en droit français », *CJFI*, n° spécial, 2008, p. 49.

« La fabrique gouvernementale de la loi », *JCP G*, 2017, supplément au n° 10, p. 9.

GIRARDOT T.-X., « Le Secrétariat général du Gouvernement, une organisation au service de l'action interministérielle », *Les Cahiers de la fonction publique*, n° 372, 2016, p. 27.

GIRARDOT T.-X., POTTIER X., « Le Gouvernement dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, 2016, p. 17.

GIVERDON C., « L'outillage juridique » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF-Dalloz, « Éditions du Juris-Classeur », 1999, p. 275.

GONOD P. :

« Le Conseil d'État républicain », *Revue administrative*, 1999, n° spécial, p. 33.

« Le Conseil d'État, conseil du Parlement », *RFDA*, 2008, p. 871.

« À propos de la formation des administrateurs (1804-1939) », *Les Cahiers de la fonction publique*, n° 348, 2014, p. 51.

« À propos de l'article R. 137-3 du code de justice administrative », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 249.

« Le redéploiement de la participation à l'élaboration des normes », *RFDA*, 2015, p. 249.

GOURNAY B., « Les administrations verticales », *Revue économique*, n° 13, 1962, p. 920.

GRANGER M.-A., « Les décrets portant attributions des membres du Gouvernement », *RFDC*, n° 94, 2013, p. 335.

GRANGER M.-P., « Les stratégies contentieuses des États devant la Cour », in P. MBONGO, A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen : scènes, acteurs et public de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2009, p. 86.

GRASS E., « L'inflation normative a-t-elle un sens ? », *RDP*, 2003, p. 139.

GRÉGOIRE M. R., « Une tentative saint-simonienne : l'École d'administration de 1848 », *Revue politique et parlementaire*, 1948, p. 262.

GROS A., « Origines et traditions de la fonction de juriconsulte du département des affaires étrangères », in *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 187.

GROS D., « La légitimation par la droit », in M.-O. BARUCH, V. DUCLERT (dir.), *Serviteurs de l'État. Une histoire politique de l'administration française 1875-1945*, La Découverte, « L'espace de l'histoire », 2000, p. 27.

GUÉNAIRE M., « La qualité juridique à l'intérieur de l'administration : l'exemple du ministère de la Culture et de la Communication », *AJDA*, 1990, p. 75.

GUGLIELMI G. J., « L'Administration, une inexistence créative », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, LGDJ, 2013, p. 85.

GUILLAUME G. :

« Droit international et action diplomatique. Le cas de la France », *EJIL*, vol. 2, 1991, p. 136.

« La direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères. Conseil juridique et action diplomatique », in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique extérieure de la France. Mélanges en l'honneur de Guy Ladreit de Lacharrière*, Masson, 1989, p. 267.

GUILLAUME M. :

« Marceau Long, Secrétaire général du Gouvernement », in *Le service public. Liber Amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 247.

« La production normative : entre constance et évolutions », in *La scène juridique : harmonies en mouvement : mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 30.

GUYOMAR M. : « Entretien avec Marc Guillaume », *Les Cahiers de la fonction publique*, n° 372, 2016, p. 25.

HAURIOU M. :

« De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, 1892, p. 386.

« La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, 1925, p. 89.

HEPP G.-P. « Essai sur la réorganisation de l'enseignement du droit en France, et sur l'introduction des études politiques et administratives » *Revue de législation et de jurisprudence*, 1841, 1^{ère} partie p. 299, 2^e partie p. 401.

HERNANDEZ J., « Lawfare : le droit comme continuation de la guerre par d'autres moyens », *JCP G*, 2019. 1108.

HERVIEU N. :

« Entretien avec Claire Landais, directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense », *Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/1309>.

« Entretien avec François Alabrune, directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères », *Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/1308>

HEYMANN-DOAT A., LOCHAK D., « Les fonctions du droit administratif », in P. ALLIÈS, J. GATTI-MONTAIN et al., *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, « Critique du droit », 1985, p. 133.

HISPALIS G., « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 101.

HOEKEMA A. J., « La production des normes juridiques par les administrations », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 303.

ISRAËL L., « Le rôle du droit dans la formation des élites : retour sur une thématique centrale des analyses critiques du droit », *Clio@Themis*, n° 5, 2012, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/cliiothemis/1753>

ISRAËL L., VANNEUVILLE R., « Enquêter sur la formation au droit en France. L'exemple des formations extra- universitaires », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 72, 2014, p. 141.

JACQUÉ J. P., « The role of legal services in the elaboration of European legislation », in A. VAUCHEZ, B. DE WITTE (dir.), *Lanyering Europe : European law as a transnational social field*, Hart Publishing, 2013, p. 45.

JACQUOT S., « Approche séquentielle (*stages approach*) », in L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Science Po, « Références », 5^e édition, 2019, p. 81.

KARPIK L., « Builders of Liberal Society: French Lawyers and Politics », in T. C. HALLIDAY, L. KARPIK (dir.), *Lawyers and the rise of western political liberalism*, Oxford socio-legal studies, Clarendon Press Oxford, 1997, p. 101.

KAUFFMANN C., « Le coût économique d'une loi de mauvaise qualité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 233.

KELEMEN D., « Eurolegalism and the Better Regulation Agenda » in S. GARBEN, I. GOVAER (dir.), *The EU Better Regulation Agenda: a critical assessment*, Oxford, Hart Publishing, « Modern Studies in European law », 2018, p. 205.

KERLÉO J.-F. :

« L'administration de projet : pérenniser le provisoire et l'agilité dans les structures publiques », *RFAP*, n° 175, 2020, p. 721.

« À quoi servent nos gouvernants ? » (note sous décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019), *Droit administratif*, avril 2020, n° 4, p. 31.

KESLER J.-F. :

« La création de l'E.N.A », *Revue administrative*, n° 178, 1977, p. 354.

« La réforme de l'ENA », *Revue administrative*, n° 234, 1986, p. 538.

« La “première” école nationale d'administration », *RFAP*, n° 108, 2003, p. 543.

KESSLER M.-C. :

« Le cabinet du Premier ministre et le SGG », F. DE BAECQUE, J.-L. QUERMONNE (dir.), *Administration et politique sous la Cinquième République*, Presses de la FNSP, « Références », 1982, p.69.

« L'esprit de corps dans les grands corps de l'État en France », in G. J. GUGLIELMI, C. HAROCHE (dir.), *L'esprit de corps, démocratie et espace public*, PUF, « La Politique éclatée », 2005, p. 277.

KOLOPP S., « De la modernisation à la raison économique. La formation en économie à l'ENA et les déplacements des lieux communs de l'action publique (1945-1984) », *Genèses*, n° 93, 2013, p. 53.

LABETOULLE D., « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403.

LABOULAYE (de) E. :

« De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, t. II, p. 513.

« Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France », *Revue de législation et de jurisprudence*, p. 289.

LAGROYE J., OFFERLÉ M., « Pour une sociologie des institutions », in J. LAGROYE, M. OFFERLÉ (dir.), *Sociologie des institutions*, Belin, « Sociologiquement », 2011, p. 11.

LALLET A., « Le droit simple », in *La scène juridique : harmonies en mouvement : mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 373.

LALOU E., « Les légistes dans l'entourage de Philippe le Bel », in F. ATTAL, J. GARRIGUES et al. (dir.), *Les universités en Europe du XIII^e siècle à nos jours : espaces, modèles et fonctions*, Éditions de la Sorbonne, « Homme et société », 2005, p. 99.

LANGROD G., « La science de l'Administration publique en France au 19^e et au 20^e siècle. Aperçu historique et état actuel », *Revue administrative*, n° 79, 1961, p. 6.

LASCOUMES P., « L'invention du grand ministère du Développement durable. La fusion comme renouveau administratif », in P. LASCOUMES, L. BONNAUD, J.-P. LE BOURHIS, E. MARTINAIS, *Le développement durable. Une nouvelle affaire d'État*, PUF, « L'écologie en question », 2014, p. 9.

LASSERRE-KIESOW V., « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.*, 2002, p. 1157.

LASVIGNES S :

« Sécurité juridique et qualité de la réglementation : quelques considérations pratiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001.

« Le rôle du Secrétariat général du Gouvernement dans la préparation des lois », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2005, p. 49.

« Le Secrétariat général du Gouvernement », *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 2006, p.11

« La légistique ou l'art de rédiger le droit », *CJFI*, n° spécial, 2008, p. 5.

« La plus britannique des administrations françaises : le Secrétariat général du Gouvernement ». Entretien réalisé par Jean-Michel Eymeri-Douzans et Michel Mangenot, *RFAP*, n° 171, 2019, p. 745.

LATOURNERIE D., « La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration », *Revue administrative*, n° 204, 1981, p. 591.

LAUTMAN L., **THOENIG J.-C.**, « Conflits internes et unité d'action : le cas d'une administration centrale », *Sociologie du travail*, 1966, p. 296.

LEGENDRE P., « Histoire de la pensée administrative », in J.-M. AUBY, P. BANDET, L. BOULET et al (dir.), *Traité de science administrative*, Mouton, 1966, p. 5.

LEMÉE M., « La « doctrine gouvernementale » de la justice administrative », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 95, 2017, p. 87.

LEROYER A.-M., « Légistique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, « Quadrige », 2003, p. 923.

LIÉBERT-CHAMPAGNE M., « La réforme des délégations de signature, de nouvelles modalités alliant efficacité et respect du droit », *AJDA*, 2005, p. 1723.

LOCHAK D. :

« Le principe de légalité. Mythe et mystification », *AJDA*, 1981, p. 387.

« Le droit. Discours de pouvoir », in *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 429.

LONG M. :

« Le secrétaire général du Gouvernement », in *Les services du Premier ministre : conférences*, PUAM, 1981, p. 60.

« L'organisation du travail du Gouvernement », *Revue de sciences morales et politiques*, 1982, p. 89.

« Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 787.

« Le Conseil d'État, rouage de l'administration et juge administratif suprême », *Revue administrative*, n° 283, 1995, p. 5.

LOUVEL A., « L'École d'administration de 1848 », *Études d'histoire moderne et contemporaine*, t. 2, 1948, p. 19.

MACHIN H., WRIGHT V., « Les élèves de l'École Nationale d'Administration de 1848-1849 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t.36, 1989, p. 605.

MAGNON X., « L'unité organisationnelle du pouvoir gouvernemental », V. BOYER, R. RENEAU (dir.), *Pour un droit gouvernemental ?*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, « Colloques & Essais », 2022, p. 291.

MAÏA J., « La légistique au Secrétariat général du Gouvernement », *CFJI*, 2008, numéro spécial, p. 22.

MALAURIE P., « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 131.

MANGENOT M., « L'entrée en technocratie : le concours de l'ENA et les transformations du modèle de fonctionnaire », in D. DULONG, V. DUBOIS (dir.), *La question technocratique. De l'invention d'une figure aux transformations de l'action publique*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, « Sociologie politique européenne », 1999.

MARIN A., « Un rapprochement du Secrétariat général du Gouvernement et du Secrétariat général des affaires européennes ? Perspectives d'évolution de la coordination interministérielle française », *RFAP*, n° 158, 2016, p. 373.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. « La labor de asesoramiento jurídico internacional al Gobierno: el papel de la AJI », *España y la práctica del Derecho Internacional, LXXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, 2014, p. 11.

MARTINAIS E., « L'écriture des règlements par les fonctionnaires du ministère de l'Écologie », *Politix*, n° 90, 2010, p. 193.

MASPÉTIOL R. « Le Conseil d'État : grands corps et grand commis », *La Revue des deux mondes*, 1958.

MASSOT J., « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration de la loi : Avis consultatif et propositions », *Revue administrative*, 1999, numéro spécial n° 5, p. 151.

MBONGO P., « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *D.*, 2005, p. 1300.

MEIMON J., « Sur le fil, la naissance d'une institution », in J. LAGROYE, M. OFFERLÉ (dir.), *Sociologie de l'institution*, Belin, « Sociologiquement », 2011, p. 105.

MELLERAY F., « Brèves observations sur les « petites » sources du droit », *AJDA*, 2019, p. 917.

MESCHERIAKOFF A.-S., « Légalité, efficacité, équité. Les avatars de la légitimité administrative : le cas français », *Revue internationale de science administrative*, 1990, p. 369.

MESSMER B., « Transposition, application : d'une politique européenne à un droit national », in G. CORON (dir.), *L'Europe de la Santé*, Presses de l'EHEP, « Regards croisés », 2018, p. 64.

MESTRE J.-L. :

« Aux origines de l'enseignement du droit administratif : le Cours de législation de Portiez de l'Oise (1808) », *RFDA*, 1993, p. 239.

« Le Conseil d'État de France du consulat au début de la III^e République (1799-1872) », *Revue administrative*, 1999, n° spécial, p. 20.

« L'histoire du droit administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, « Traités Dalloz », 2011, t. I., p. 3.

MILLARD E., « Les limites des guides de légistique : l'exemple du droit français », in A. FLÜCKIGER, C. GUY-ECABERT (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer ? Le rôle des guides de légistiques*, Genève, Schutless Medias Juridiques, « Pratique du droit administratif », 2008, p. 117.

MONNIER F., THUILLIER G., « Les limites de la science administrative », *Revue administrative*, n° 356, 2007, p. 112.

MONTALIVET (de) P. :

« La “juridicisation” des principes de légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, « Cahier des sciences morales et politiques », 2005, p. 99.

« Améliorer la qualité du droit en changeant les pratiques et les représentations », *JCP G*, 2021, Supplément au n° 3.

MONTIS (de) A., « La spécificité des règles procédurales dans le cadre de l'élaboration de la loi », in V. BOYER, R. RENEAU (dir.), *Pour un droit gouvernemental ?*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, « Colloques & Essais », 2022, p. 571.

MORAND C.-A. :

« La croissance normative : au-delà des chiffres », *L'inflation législative et réglementaire*, Colloque d'Aix en Provence, 1985.

« Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et Société*, n° 10, 1988, p. 391.

« Éléments de légistique formelle et matérielle », in C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et légistique matérielle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection du laboratoire de théorie juridique, 1999, p. 17.

MORAND-DEVILLER J., « “Les principes d'administration publique” de Charles-Jean Bonnin » ; in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Presses universitaires d'Orléans, 1998, p. 439.

MOYSAN H., « La législation et la réglementation nationales sont-elles condamnées à se dégrader inéluctablement ? Premières réflexions critiques sur la circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation », *JCP A*, n° 49, 2003, p. 1591.

NITSCH N., « L'inflation juridique et ses conséquences », *ADP*, vol. 27, 1982, p. 161.

OBERDORFF H., « L'administration des sommets de l'État en France », *RFAP*, n° 83, 1997, p. 411.

PAULIAT H., « Un Phénix administratif : le secrétaire général de ministère », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 265.

PAGE E. C. :

« Civil servant as legislator : law making in British administration », *Public Administration*, vol. 81, 2003, p. 651.

« Their Word is Law: Parliamentary Counsel and Creative Policy Analysis », *Public Law Issue*, 2009, n° 4, p. 790.

PÊCHEUR B., « Le renouveau des secrétariats généraux de ministère », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 258, 2006, p. 7.

PEISER G., « Le développement du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 517.

PERROT X., « La production normative de l'administration des Beaux-Arts durant l'entre-deux-guerres. Vers une « administrativisation » des règles de droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 591.

PETITCOLLOT P., « La mémoire du travail gouvernemental », *RFAP*, n° 102, 2002, p. 285.

PETIT J. :

« Le nouveau régime des délégations de signature », *JCP A*, n° 46, 2005. 1361.

« La nomination des grands commis de l'État. L'expérience française », *Revue générale de droit*, n° 36, 2006, p. 653.

« Charles Eisenmann et les actes matériels », *RDP*, 2016, n° 2, p. 387.

PETITE M., « Le métier de Directeur général du Service juridique de la Commission européenne », *RAE*, 2007-2008, n° 3, p. 517.

PLATTELLE H., « The lawyers of the last capetians », *Revue du Nord*, n° 178, 1963, p. 401.

PLESSIX P. :

« Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA*, 2022, p. 206.

« Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n° 38, 2003, p. 113.

PONTIER J.-M. :

« Délires et dérives du législateur », *AJDA*, 2015, p. 2001.

« À quoi servent les lois ? », *D.*, 2000, p. 57.

« La qualité du droit », *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, « Mélanges », 2015, p. 262.

PORTMANN N., « Devenir avocat de l'État », *Dalloz actualités*, 2013.

POYET M., « Le droit : un allié incontournable pour le militaire français », *Revue administrative*, n° 323, 2001, p. 483.

PROST A., « Les débuts difficiles de l'École nationale d'administration (1945-1958) », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 134, 2017, p. 65.

QUÉRÉ O., « La fabrique des cadres intermédiaires de la fonction publique. Enseigner et assigner un positionnement aux attachés dans les instituts régionaux d'administration », *Gouvernance et action publique*, vol. 4, 2015, p. 33.

RAGOUET P., « Usages probatoire et exploratoire de l'entretien unique : éléments de discussion à partir de l'étude de deux travaux de sociologie des sciences », *Sociologie et société*, n° 32, 2000, p. 171.

RENAUDIE O. :

« La thèse en droit administratif : éléments statistiques », *RFDA*, 2016, p. 1073.

« Les organes administratifs informels », *Droit administratif*, 2022, n° 8-9, p. 26.

« Le ministère de l'Intérieur, ministère de la crise ? », in X. DUPRÉ DE BOULOIS, X. PHILIPPE (dir.), *Gouverner et juger en période de crise*, Mare & Martin, ISJPS, 2022, p. 81.

RIBADEAU DUMAS B., « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 73.

RICHARD J., « À quoi sert l'ENA pour l'administration ? », *Pouvoirs*, n° 80, 1997, p. 15.

RIVERO J. :

« Formation juridique et fonction administrative », *RDP*, 1948, p. 557.

« Action économique de l'État et évolution administrative », *Revue économique*, n° 13, 1962, p. 886.

« Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 155.

« Sous-équipement juridique de la France », *D.*, chronique XXVIII, 1967, p. 241.

« Réflexions sur l'enseignement du droit », in *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 447.

ROBINEAU Y., « Rapporteur en section administrative au Conseil d'État », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 753.

ROBLOT-TROIZIER A., « La genèse de la Section du rapport et des études : la Commission Noël et les décrets de 1963 », *RFDA*, 2015, p. 221.

ROBLOT-TROIZIER A., **SORBARA J.-G.**, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 1994.

ROUBAN L., « Histoire d'une institution : les secrétariats généraux de ministère », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 258, 2006, p. 4.

RYGIEL P., « De savants juristes au service de la France. Les experts du droit international auprès du Quai d'Orsay (1874-1918) », in S. JEANNESSON, É. SCHNAKENBOURG, F. JESNÉ (dir.), *Experts et expertise en diplomatie. La mobilisation des compétences dans les relations internationales du congrès de Westphalie à la naissance de l'ONU*, Presses universitaires de Rennes, « Histoire », 2018, p. 205.

SAGALOVITSCH E., « Les avocats, nouveaux conseillers des pouvoirs publics », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 12, p. 27.

SALVANDY de A., « Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France », *Revue de législation et de jurisprudence*, p. 289.

SAVATIER R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.*, chronique V, 1977, p. 43.

SAUTEL G., « Le fonctionnaire français du XIX^e siècle : quelques traits caractéristiques », in *Études d'histoire du droit et de l'administration*, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 467.

SAUVÉ J.-M. :

« Les écoles de formation administrative », Ouverture du colloque organisé par l'IFSA et les Cahiers de la Fonction publique, 11 avril 2014.

« Assurer la continuité et l'impartialité de l'État. Entretien réalisé par Jean-Michel Eyméri-Douzans et Michel Mangenot », *RFAP*, n° 171, 2019, p. 727.

SAUVEL T., « Les origines des Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP*, 1949, p. 5.

SCHOETTL J.-E., « L'activité juridique du Secrétariat général du Gouvernement », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 118, 1993, p. 16.

SCHU A., « *Lanfare* : critique d'un concept défaillant », *Raisons politiques*, n° 85, 2022, p. 48.

SEILLER B., « Le développement : de la Commission du rapport à la Section du rapport et des études », *RFDA*, 2015, p. 231.

SILICANI J.-L., « Le programme d'amélioration de la qualité juridique du ministère de la Culture », *AJDA*, 1990, p. 884.

STAHL J.-H., « Rôles du Conseil d'État et du Secrétariat général du Gouvernement dans l'élaboration de la norme », *Justice et Cassation*, 2012, p. 89.

STEINER E., « L'adoption en Angleterre du style législatif en vigueur sur le continent : espoirs déçus et perspectives d'avenir », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, 2006, p. 809.

TAILLEFAIT A., « La mise en place de l'Institut national du service public », *RFDA*, 2022, p. 735.

TARLET F., « Décrets d'attribution ministériels, les bornes posées par Mme Borne », *Droit administratif*, 2022, n° 7, p. 3.

TERRÉ F., « La crise de la loi », *ADP*, n° 25, 1980, p. 17.

THIREAU J.-L. :

« Le juriconsulte », *Droits*, n° 20, 1994, p. 21.

« Juriconsulte », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, « Quadrige », 2003 p. 877.

THUILLIER G. :

« Stendhal, Cuvier et l'École d'administration », *Revue administrative*, n° 105, 1965, p. 254.

« Aux origines de l'ENA : L'école centrale d'administration d'Eugène Lenoël (1863) », *Revue administrative*, n° 263, 1991, p. 415.

« Les projets d'E.N.A. et de nationalisation à l'École libre des sciences politiques (1876-1881) (1), *Revue administrative*, n° 201, 1981, p. 250, ; (2), *Revue administrative*, n° 202, 1981, p. 352.

« Les projets d'École des sciences politiques sous la Révolution et l'Empire », *Revue administrative*, n° 212, 1983, p. 124.

« Comment étudier une direction d'un ministère », *Revue administrative*, n° 287, 1995, p. 472.

TIMSIT G. :

- « Le modèle occidental d'administration », *RFAP*, n° 23, 1982, p. 446.
« La science administrative d'hier à demain... et après-demain », *RDP*, 1982, p. 929.
« La légitimation de l'action administrative », *Revue européenne de droit public*, n° 26, 2014, p. 436.
« L'invention de la légitimité procédurale », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 635.

TOUBOUL C. :

- « La catastrophe sanitaire a-t-elle engendré une catastrophe normative ? », *JCP G*, 2021, Supplément au n° 3, p. 54.
« “La crise sanitaire a révélé l'intérêt d'une plus forte centralisation de la fonction juridique”, 3 questions à Charles Touboul, directeur des affaires juridiques des ministères sociaux (DAJMS) », *JCP G*, 2021, p. 606.
« La quantité de normes a été contrainte durant la crise sanitaire », *Gazette des communes*, n° 2645, 2022, p. 48.

TRANCHANT C., « De la préparation aux services publics en France », *Revue générale d'administration*, 1878, 1^{ère} partie, t. I., p. 325 ; 2^e partie, t. I., p. 509, 3^e partie, t. II, p. 22.

TRUCHET D., « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », *JP Blog*, 27 mars 2020.

VAN DEN ABEELE E., « L'agenda Mieux légiférer de l'Union européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 23, 2009, p. 5.

VANNEUVILLE R. :

- « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in M.-O. BARUCH, V. DUCLERT (dir.), *Serviteurs de l'État. Une histoire politique de l'administration française 1875-1945*, La Découverte, « L'espace de l'histoire », 2000, p. 97.
« La mise en forme savante des sciences politiques. Les usages de la référence allemande dans l'institutionnalisation de l'École libre des sciences politiques à la fin du XIX^e siècle », *Politix*, n° 59, 2002, p. 67.
« Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, n° 11, 2009, p. 80.
« Le discours légistique du Conseil d'État. Mise en formes et usages politiques d'un discours critique sur le droit » in O. RENAUDIE, P. MBONGO (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État : entre science du droit et discours institutionnel*, Éd. Cujas, « Actes et études », 2010, p. 155.
« La culture juridique appréhendée par l'enseignement du droit : l'exemple des cours de légistique à l'École nationale d'administration », in A.-S. CHAMBOST (dir.), *Approches culturelles des savoirs juridiques*, LGDJ-Lextenso, « Contextes », 2020, p. 149.

VAUCHEZ A. :

- « « Quand les juristes faisaient la loi ». Le moment Carbonnier, son histoire et son mythe », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, n° 11, 2009, p. 105.

« Le droit en transitions. L'invention d'un nouvel art législatif au service de la V^e République naissante », in CURAPP, *Sur la portée sociale du droit : usage et légitimité du registre juridique*, PUF, « Publications du CURAPP », 2005, p. 271.

VAUTROT-SCHWARZ C., « Le discours légistique », in O. RENAUDIE, P. MBONGO (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État : entre science du droit et discours institutionnel*, Éd. Cujas, « Actes et études », 2010, p. 83.

VAUVILLIERS J., « Les couloirs administratifs », *Revue administrative*, n° 273, 1993, p. 202.

VEDEL G., « Préface », in F. de BAECQUE, *L'Administration centrale de la France*, Armand Colin, Coll. « U », 1973, p. 5.

VERKINDT P.-Y., « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Droit social*, 2006, p. 720.

VERRIER P.-E., « Les « statues » de la fonction publique : les juristes et leurs prédateurs dans le système administratif », *Politiques et management public*, vol. 3, 1985, p. 1.

WALINE M. :

« L'action du Conseil d'État dans la vie française », in *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Sirey, 1952, p. 131.

« Les résistances techniques de l'administration au pouvoir politique », in L. TROTABAS (dir.), *Politique et technique*, PUF, 1958, p. 167.

WIENER C., « Crise et science de la législation », in I. BANKOWSKI (dir.), *La science de la législation*, PUF, « Philosophie du droit », 1989, p. 88.

WOEHLING J.-C., « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *RFAP*, n° 26, 1983, p. 134.

WRIGHT V., « L'École nationale d'administration de 1848-1849 : un échec révélateur », *Revue historique*, CCLV, 1, 1976, p. 21.

ULBERT J., « Appréhender le monstre. Le premier jurisconsulte du roi pour le droit germanique au sein du ministère des Affaires étrangères françaises (1723) », in S. JEANNESSON, É. SCHNAKENBOURG, F. JESNÉ (dir.), *Experts et expertise en diplomatie. La mobilisation des compétences dans les relations internationales du congrès de Westphalie à la naissance de l'ONU*, Presses universitaires de Rennes, « Histoire », 2018, p. 191.

ZARKA J.-C., « À propos de l'inflation législative », *D.*, 2005, p. 660.

ZIENTARA-LOGEAY S., « Un long chemin vers la transformation des relations entre justice et politique. Témoignage d'anciens directeurs des affaires criminelles et des grâces (1990-2014) », *Les cahiers de la Justice*, n° 1, 2016, p. 91.

F. Rapports

1/ Rapports parlementaires

- Assemblée nationale

Rapport d'information déposé par la mission d'information commune sur les problèmes généraux liés à l'application des lois, présenté par F. Sauvadet, 1995.

Rapport n° 1408 fait au nom de la commission d'enquête relative aux éventuels dysfonctionnements dans l'action du Gouvernement et des services de l'État, notamment ceux des ministères de l'économie et des finances, de l'intérieur et de la justice, entre le 4 décembre 2012 et le 2 avril 2013, dans la gestion d'une affaire qui a conduit à la démission d'un membre du Gouvernement, 2013.

Rapport n° 1310 relatif à la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État, présenté par R. Grau et V. Louwagie, 2018.

Rapport n° 4928 relatif aux différentes missions confiées par l'administration de l'État à des prestataires extérieurs (outsourcing), présenté par C. Motin, 2022.

Rapport n° 38 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi encadrant l'intervention des cabinets de conseil privés dans les politiques publiques, présenté par C. Cukierman, 2022.

- Sénat

Rapport n° 400 de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, présenté par H. Haenel, 1992.

Rapport n° 185 sur la proposition tendant à créer un Office parlementaire d'amélioration de la législation, présenté par M. Rufin, 1995.

Rapport n° 774 fait au nom de la commission des finances sur le pilotage du projet de Centre du Gouvernement, présenté par P. Dominati, 2013.

Rapport n° 319 fait au nom de la commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative au recours par l'État aux conseils extérieurs, présenté par A. de Mongolfier et P. Dallier, 2015.

Rapport n° 578 fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques », présenté par A. Bazin et E. Assassi, 2022.

2/ Rapports et études du Conseil d'État

La prévention du contentieux administratif, EDCE, n° 33, 1981-1982.

La pénétration du droit communautaire dans le droit français, 1982, étude non publiée, disponible aux Archives nationales, cote n° 20050574/37.

Les problèmes posés par la diversité de l'organisation des administrations centrales, EDCE, n° 34, 1983-1984.

Le renforcement du potentiel juridique des administrations de l'État, 1983, étude non publiée, disponible aux Archives nationales, cote n° 20050574/25, n° 41.

Structures gouvernementales et organisation administrative, Notes et études documentaires, n° 4818, La Documentation française, 1986.

La prévention du contentieux administratif, EDCE, n° 39, 1987-1988

La formation juridique des fonctionnaires, 1988, étude non publiée, disponible aux Archives nationales, cote n° 20050574/47.

De la sécurité juridique, Étude annuelle 1991, EDCE, n° 43, La Documentation française, 1991.

Le contrat, mode d'action publique et de production des normes, Étude annuelle 2008, EDCE, n° 59, La Documentation française, 2008.

Le droit souple, Étude annuelle 2013, EDCE, n° 64, La Documentation française, 2013.

Simplification et qualité du droit, Étude annuelle 2016, EDCE, n° 67, La Documentation française, 2016.

Mesurer l'inflation normative, 2018.

3/ Rapports de la Cour des comptes

Le recours par l'État aux conseils extérieurs, Rapport public thématique, 2014.

Les services déconcentrés de l'État : clarifier leurs missions, adapter leur organisation, leur faire confiance, Rapport public thématique, 2017.

Le recours par l'État aux prestations intellectuelles de cabinets de conseil, Rapport public thématique, 2023.

4/ Autres rapports

ARMAND L., RUEFF J., *Rapport sur les obstacles à l'expansion économique*, Imprimerie nationale, 1960.

BAECQUE (de) F., Mission relative à l'organisation des administrations centrales, *Rapport de présentation des propositions de la mission relatives au ministère du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme*, 1985, disponible aux Archives nationales, cote n° 20050574/32 n° 52 (6).

BALLADUR E., *Une V^e République plus démocratique*, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, 2008.

BOISSON P., MILLERON J.-C., *Rapport sur les missions, les méthodes de travail et l'organisation du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, La Documentation française, 1998.

BOULARD J.-C., LAMBERT A., *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 2013.

BRABANT M., *Rapport sur la fonction juridique au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Inspection générale des finances, 2007. Disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000154.pdf>

CONSEIL D'ÉTAT, INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES, *Rapport sur la coordination du travail interministériel*, n° 2007-M-020-01, 2007.

CONSEIL GÉNÉRAL DES PONTS ET CHAUSSÉES, *Rapport sur l'évaluation de la qualité juridique de l'action du ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer*, 2007.

GIRARDOT T.-X., *Rapport de préfiguration de la direction des affaires juridiques aux ministres*, Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables, 2008, non publié.

GUÉNAIRE M., *Audit sur la qualité juridique des décisions du ministère de la Culture et de la Communication*, 1988, disponible aux Archives nationales, cote n° 20020453/4.

LASSERRE B., *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2004.

LE BAIL P., MONNOT J.-G., RACURT P., *Bilan de l'exercice de la fonction juridique au ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales*, rapport n° C.2003.T. 063, disponible aux Archives nationales, cote n° 20050566/2.

MANDELKERN D., *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, La Documentation française, 2002.

MARTINAND C., *Rapport sur l'évaluation de la qualité juridique de l'action du ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer*, 2005, non publié.

MAYNIAL P., *Le droit du côté de la vie, réflexions sur la fonction juridique de l'État*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1997.

PICQ J., *L'État en France, servir une nation ouverte sur le monde*, Rapport au Premier ministre de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, La Documentation française, 1995.

RACINE P., *Rapport sur le ministère des Affaires étrangères*, Rapport du groupe de travail créé par le ministre des Affaires étrangères en juin 1968, Ministère des Affaires étrangères, 1968.

SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Rapport au Premier ministre du Groupe de travail chargé d'une réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'État*, 2007.

VIGOUROUX C., *La fonction juridique du ministère de l'Équipement, des transports et du tourisme*, Rapport au ministre, 1992, non publié.

WARSMANN J.-L., *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, La Documentation française, 2009.

II. LISTE DES ENTRETIENS

Les fonctions indiquées correspondent à celles occupées lors de l'entretien, ainsi que celles au sujet desquelles les personnes interviewées ont été interrogées.

- Entretien n° 1** **Thomas Andrieu**, le 28 juin 2023.
Président adjoint de la Section des finances du Conseil d'État.
Ancien directeur des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur.
- Entretien n° 2** **Sandrine Barbier**, le 21 janvier 2022.
Directrice adjointe de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères.
- Entretien n° 3** **Gérald Contrepois**, le 16 décembre 2021.
Sous-directeur des affaires juridiques et contentieuses du service de l'expertise et de la modernisation au secrétariat général du ministère de la Justice.
- Entretien n° 4** **Camille Faure**, le 1^{er} février 2022.
Directrice adjointe de la direction des affaires juridiques du ministère des Armées.
- Entretien n° 5** **Yannick Faure**, le 30 novembre 2022.
Chef du service des affaires juridiques et internationales au secrétariat général du ministère de la Culture.
- Entretien n° 6** **Olivier Fuchs**, le 11 janvier 2023.
Directeur des affaires juridiques au secrétariat général du ministère de la Transition écologique et du ministère de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales.
- Entretien n° 7** **Karine Gilberg**, le 27 juin 2022.
Cheffe du bureau du droit européen et international à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers.
- Entretien n° 8** **Thierry-Xavier Girardot**, le 5 octobre 2022.
Secrétaire général du Conseil d'État.
Ancien directeur au Secrétariat général du Gouvernement.
Ancien directeur des affaires juridiques des ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur et du ministère de l'Écologie.
- Entretien n° 9** **Serge Lasvignes**, le 22 juin 2022.
Président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement.
Ancien Secrétaire général du Gouvernement.
Ancien directeur au Secrétariat général du Gouvernement.
Ancien directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur.
- Entretien n° 10** **Jean Maïa**, le 10 mai 2016.
Directeur des affaires juridiques à l'administration centrale des ministères économiques et financiers.

- Entretien n° 11** **Laurence Marion**, le 9 février 2023.
Directrice des affaires juridiques du ministère des Armées.
- Entretien n° 12** **Guillaume Odinet**, le 4 mars 2022.
Directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation.
- Entretien n° 13** **Vincent Ploquin-Duchefdelaville**, le 20 février 2023.
Directeur adjoint de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur.
- Entretien n° 14** **Frédéric Puigserver**, le 13 décembre 2022.
Directeur des affaires juridiques du ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation.
- Entretien n° 15** **Philippe Ranquet**, le 5 décembre 2022.
Rapporteur public au Conseil d'État.
Ancien directeur des affaires juridiques des ministères sociaux.
- Entretien n° 16** **Catherine de Salins**, le 5 décembre 2022.
Présidente adjointe de la Section de l'administration du Conseil d'État.
Ancienne directrice des affaires juridiques des ministères sociaux.
- Entretien n° 17** **Charles Touboul**, le 12 avril 2022.
Directeur des affaires juridiques au secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales.
- Entretien n° 18** **Emmanuelle Wachenheim**, le 16 décembre 2021.
Cheffe du service de l'expertise et de la modernisation du secrétariat général du ministère de la Justice.
- Entretien n° 19** **Arnaud Winsback**, le 23 juin 2023.
Chargé de mission adjoint au Secrétariat général du Gouvernement.

Index thématique

Les numéros indiqués renvoient aux numéros de paragraphes.

A

Agent judiciaire du Trésor §. 83 ; §. 508.

- Agent judiciaire de l'État §. 510.

Agents des directions §. 311.

Avocats §. 372 ; §. 476 ; §. 519 ; §. 539.

B

Budget §. 317.

C

Codification §. 608

Codistique §. 635.

Commission supérieure de codification §. 608 ; §. 635.

Comités consultatifs de contentieux §. 67 ; §. 77.

Conseil constitutionnel §. 238 ; §. 467

Conseil d'État §. 90 ; §. 91 ; §. 123 ; §. 307 ; §. 356 ; §. 595.

Demande d'avis §. 357.

Missions juridiques §. 94 ; §. 363.

Membres §. 94 ; §. 305 ; §. 493 ; §. 615.

Conseiller juridique en opération §. 441.

Consultation §. 346.

- d'avocats §. 372.

Modalités de consultation §. 383.

Convention de service §. 396.

D

Déconcentration du contentieux §. 330 ; §. 461.

Diffusion du droit §. 416 ; §. 450.

Directeur des affaires juridiques §. 304.

Direction d'administration centrale §. 195.

Dispense de ministère d'avocat §. 483.

Documents de portée générale §. 353 ; §. 423 ; §. 425.

E

École nationale d'administration §. 116 ; §. 135

Élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires §. 374 ; §. 551 ; §. 575 ; §. 588.

Espagne §. 181 ; §. 184

Esprit de corps §. 496 ; §. 615.

Entretiens §. 49.

États d'urgence §. 573.

Études d'impact et évaluations préalables §. 374

Externalisation §. 374

F

Facultés de droit §. 112 ; §. 270.

Filière d'avocats d'État §. 181 ; §. 313.

Fonction d'expertise juridique (définition) §. 11 ; §. 14 ; §. 197.

« Fonction-support » §. 208 ; §. 261.

Formation des administrateurs §. 104 ; §. 150

Contenu §. 107.

Offre de formation §. 436 ; §. 441.

Frais irrépétibles §. 500.

I

Impartialité §. 493.

Information juridique §. 418.

Interministérialité §. 412 ; §. 606 ; §. 645.

Italie §. 183

J

Jurisconsulte du Roi §. 72

Jurisconsulte du ministère des Affaires étrangères §. 531.

L

Lamfare §. 409 ; §. 430.

Légistique §. 32 ; §. 629.

Légitimité §. 21.

Légitimation §. 414

M

Magistrats judiciaires §. 136 ; §. 178.

Management public §. 119 ; §. 523.

Mimétisme administratif §. 201 ; §. 245.

Ministère :

Définition §. 4.

- des Affaires étrangères §. 72 ; §. 76 ; §. 529.

- des Affaires sociales §. 254 ; §. 396 ; §. 422 ; §. 578.

- de l'Agriculture §. 16 ; §. 65 ; §. 327 ; §. 463.

- de la Culture §. 17 ; §. 229.

- de la Défense §. 159 ; §. 248 ; §. 430 ; §. 464.

- de l'Économie et des Finances §. 89 ; §. 246 ; §. 396 ; §. 421 ; §. 427 ; §. 510.

- de l'Éducation nationale et de la Recherche §. 237 ; §. 421 ; §. 462 ; §. 464.

- de l'Environnement §. 252 ; §. 387.

- de l'Intérieur §. 16 ; §. 35 ; §. 158 ; §. 330 ; §. 463 ; §. 576.

- de la Justice §. 17 ; §. 251.

Modèle administratif

Définition §. 98.

- classique §. 48 ; §. 98.

- contestation §. 117 ; §. 119.

- français §. 187 ; §. 562.

N

New Public Management §. 119.

Notes des directions §. 349

Nouveaux outils de production normative (NOPN) §. 634.

P

Parlement §. 134 ; §. 414.

Pôles ministériels §. 8.

Politique contentieuse §. 531.

Politique d'amélioration de la qualité du droit §. 602.

Politique juridique extérieure §. 530.

Professeurs de droit §. 542.

Provisions pour litiges §. 325.

O

Organisation des administrations centrales §. 64 ; §. 276 ; §. 288.

Q

Qualité du droit §. 29 ; §. 31 ; §. 145 ; §. 206 ; §. 377 ; §. 548.

R

Recours administratif §. 455.

Représentation

- Devant le juge administratif §. 482 ; §. 493.

- Devant le juge judiciaire §. 83 ; §. 508. ; §. 523.

- Devant les juridictions européennes et internationales §. 529.

Révision §. 588.

Réunion interministérielle §. 412.

Risque contentieux §. 27.

Royaume-Uni §. 185 ; §. 564.

S

Savoir administratif

v° Formation des administrateurs

Secrétariat général aux affaires européennes §. 625.

Secrétariat général du Gouvernement §. 359 ;
§. 465 ; §. 591 ; §. 609.

Secrétariats généraux des ministères §. 7 ; §. 257.

Services déconcentrés §. 327 ; §. 330 ; §. 462.

SOLON §. 598.

Stratégie juridique §. 431.

Suivi de l'élaboration des mesures d'application des
lois et de transposition des directives §. 621.

T

Technique juridique §. 12 ; §. 99.

Transaction §. 471.

V

Veille juridique §. 420.

Visa sur les textes §. 594.

Table des matières

Avertissement.....	5
Remerciements	9
Sommaire	11
Liste des abréviations	13
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	17
Section 1. L'objet de la recherche : les directions des affaires juridiques ministérielles.....	18
I. Les ministères.....	19
II. Les directions des affaires juridiques	24
A. Une unité fonctionnelle : l'exercice d'une fonction d'expertise juridique.....	24
B. Une diversité organique : les « directions » et les « sous-directions » des affaires juridiques.....	27
Section 2. L'enjeu de la recherche : l'évolution du rapport de l'administration au droit.....	29
I. Le droit : fondement de la légitimité de l'action ministérielle.....	29
A. L'impératif fondamental de conformité de l'action ministérielle au droit	30
B. La mobilisation de l'expertise juridique au service de l'efficacité de l'action ministérielle	
33	
1/ Maîtriser le risque contentieux.....	33
2/ Améliorer la qualité du droit	34
II. L'évolution du regard de l'administration d'État sur son expertise juridique	38
Section 3. La méthode de la recherche.....	41
I. Une étude juridique	44
II. Une étude éclairée par l'histoire et la pratique administratives.....	45
PREMIÈRE PARTIE L'ORGANISATION DE LA FONCTION D'EXPERTISE JURIDIQUE	
MINISTÉRIELLE	51
Chapitre 1 L'identification du besoin d'expertise juridique des ministères.....	53
Section 1. L'organisation de l'expertise juridique dans le modèle administratif classique.....	54
I. Les modalités d'organisation de l'expertise juridique.....	54
A. L'organisation diffuse de l'expertise juridique ministérielle	55
1/ La spécialisation limitée des services administratifs ministériels	55
2/ Des cas particuliers d'expertise juridique structurée	60

a.	Le juriconsulte du ministère des Affaires étrangères	61
b.	L'agent judiciaire du Trésor	68
B.	L'assistance du Conseil d'État	72
II.	Une organisation conforme au modèle administratif classique.....	77
A.	La place de la technique juridique dans la réalisation de la fonction administrative....	78
B.	La dimension juridique du savoir administratif	80
1.	La tentative de construire un savoir administratif pluridisciplinaire.....	82
2.	La formation juridique des administrateurs.....	86
	Section 2. L'inadaptation de l'organisation de l'expertise juridique.....	90
I.	L'intervention nécessaire des pouvoirs publics.....	92
A.	Le rôle du Conseil d'État.....	92
1/	Un engagement logique	92
2/	Un engagement stratégique.....	94
B.	La diffusion du discours sur le « sous-équipement juridique de l'État ».....	97
II.	Les causes du besoin d'expertise juridique	100
A.	L'évolution de l'environnement juridique de l'action ministérielle.....	100
1/	L'attention accrue au respect des contraintes juridiques pesant sur le travail ministériel.....	101
2/	L'ambition inédite d'améliorer la qualité du droit	103
B.	L'insuffisance des ressources juridiques ministérielles.....	104
1/	Le déclin de la formation juridique des administrateurs.....	104
2/	L'inadaptation des administrations centrales.....	106
a.	Une création décosue de services d'expertise juridique.....	106
b.	La création éphémère de la direction des affaires juridiques du ministère de la Défense	108
	Conclusion du chapitre.....	113
	Chapitre 2 L'institution des directions des affaires juridiques.....	115
	Section 1. Une organisation de la fonction d'expertise juridique.....	116
I.	Le choix d'une organisation.....	116
A.	Une adaptation des structures ministérielles	117
1/	Un impensé.....	117
2/	L'opportunité limitée de la transposition de solutions européennes.....	119
B.	Une cellule d'expertise juridique centrale au sein du ministère	125
II.	La définition d'une fonction	129
A.	Une fonction d'expertise juridique.....	130
1/	L'approche textuelle de la définition de la fonction des directions des affaires juridiques.....	130

2/	Le contenu de la fonction d'expertise juridique des directions	132
B.	Des attributions complémentaires	136
1/	L'attribution de missions annexes	136
2/	La prise en charge de politiques publiques	137
Section 2.	Une intégration au sein des ministères	140
I.	La création des directions des affaires juridiques.....	140
A.	Des précédents.....	140
1/	Des initiatives ministérielles	141
2/	Une étude de cas : le programme de réorganisation de l'expertise juridique du ministère de la Culture	144
B.	Le mouvement de création.....	147
1/	Un élément déclencheur : la réorganisation du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.....	147
2/	La généralisation d'un modèle : le mimétisme administratif.....	151
II.	L'évolution des directions des affaires juridiques	152
A.	La centralisation de l'expertise juridique au sein des directions	152
B.	L'intégration des directions aux secrétariats généraux des ministères.....	157
1.	Le principe de l'intégration	157
2.	L'opportunité de l'intégration.....	161
Conclusion du chapitre	164
Chapitre 3	L'organisation et le fonctionnement des directions des affaires juridiques.....	165
Section 1.	L'organisation interne des directions des affaires juridiques	165
I.	Une liberté d'organisation croissante.....	167
A.	La liberté renforcée des ministres	167
B.	L'autonomie nouvelle des directeurs d'administration centrale	170
II.	L'adaptation de l'organisation interne des directions à l'exercice d'une fonction d'expertise juridique.....	173
A.	Les différents modèles d'organisation des directions.....	174
1.	Une organisation par politiques publiques	175
2.	Une organisation par matières juridiques.....	176
3.	Une organisation par attributions	177
B.	La pertinence des modèles d'organisation	178
Section 2.	Les moyens des directions	180
I.	Un savoir juridique	181
A.	La nomination du directeur des affaires juridiques.....	181
B.	La diversification nécessaire des profils des agents des directions des affaires juridiques	186
II.	Des ressources budgétaires	189

A.	Une approche budgétaire de l'expertise juridique ministérielle.....	189
B.	La maîtrise des « dépenses juridiques » de l'État par les directions des affaires juridiques 194	
1.	L'estimation des provisions pour litiges.....	194
2.	La gestion par la performance des directions des affaires juridiques.....	196
	Conclusion du chapitre.....	199
	Conclusion de la première partie.....	201
	SECONDE PARTIE L'APPORT DES DIRECTIONS DES AFFAIRES JURIDIQUES À L'ACTION MINISTÉRIELLE.....	203
	Chapitre 1 Le concours à la sécurité juridique de l'action ministérielle	204
	Section 1. La consultation juridique.....	205
I.	Le recours à la direction des affaires juridiques	206
A.	Une étape du processus décisionnel.....	206
B.	Des analyses juridiques concurrencées.....	210
1/	Le Conseil d'État	210
a.	Les questions posées par le Gouvernement.....	211
b.	Les missions juridiques	215
2/	Les avocats.....	220
II.	L'encadrement nécessaire de la consultation de la direction des affaires juridiques	229
A.	La définition des modalités de consultation	229
1/	L'amélioration des échanges entre la direction des affaires juridiques et les services 230	
2/	La rationalisation des saisines	232
B.	La formalisation des modalités de consultation.....	233
1/	Une échelle de formalisation.....	233
2/	Le cas des conventions de service.....	236
III.	Les usages des analyses des directions des affaires juridiques	241
A.	Construire l'action ministérielle.....	242
B.	Défendre la position ministérielle	246
	Section 2. La diffusion du droit.....	249
I.	L'information juridique.....	250
A.	La publication de veilles juridiques	251
B.	L'élaboration d'une documentation juridique de portée générale.....	253
C.	L'explicitation de la stratégie juridique du Gouvernement	256
II.	La formation juridique	258
A.	Une nécessité : la participation des directions des affaires juridiques à la formation juridique.....	258

B. Une obligation conventionnelle : la formation et de la certification des conseillers juridiques en opération	260
Conclusion du chapitre.....	263
Chapitre 2 La défense des intérêts de l'État devant les juridictions	265
Section 1. La gestion des contentieux administratifs	265
I. La compétence des directions des affaires juridiques.....	266
A. L'incompétence des directions des affaires juridiques en matière de recours administratifs	266
B. La compétence en matière de recours juridictionnels.....	270
1/ La déconcentration des contentieux.....	270
2/ La défense des actes assurée par le Secrétariat général du Gouvernement	275
II. La politique contentieuse mise en œuvre.....	277
A. La promotion du recours à la transaction.....	277
B. Le recours aux avocats.....	281
III. Les directions des affaires juridiques dans le procès administratif.....	283
A. La représentation de l'État	283
1/ La justification renouvelée de la dispense de ministère d'avocat	283
2/ La mise en œuvre de la représentation de l'État	286
a. Des modalités de représentation dictée par l'opportunité administrative.....	286
b. Une conciliation délicate avec le principe d'impartialité du juge.....	290
B. La répétition des frais liés à l'instance	295
Section 2. La concentration de la représentation de l'État devant les juridictions judiciaires et les juridictions internationales	299
I. Le monopole de l'agent judiciaire de l'État devant les juridictions judiciaires	299
A. La maîtrise de la stratégie contentieuse de l'État	300
1/ L'étendue du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État.....	300
2/ L'exercice du mandat légal de l'agent judiciaire de l'État	302
a. La définition des « lignes directrices de l'Agent judiciaire de l'État ».....	302
b. La systématisation du recours aux avocats	304
B. La justification du mandat légal par la direction des affaires juridiques	306
II. Le monopole de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères	310
A. La définition de la politique juridique extérieure de la France devant les juridictions internationales et européennes	311
A. La définition de la politique contentieuse extérieure de la France devant les juridictions internationales et européennes	312
B. Le recours aux expertises juridiques extérieures	315

Conclusion du chapitre.....	321
Chapitre 3 L'amélioration de la qualité du droit	323
Section 1. Les directions des affaires juridiques dans le processus d'élaboration des textes juridiques	324
I. L'écriture des textes législatifs et réglementaires	326
A. Une assistance limitée	326
1/ Un processus administratif inchangé.....	327
2/ La confirmation d'un modèle administratif d'élaboration des textes	329
B. La rédaction exceptionnelle des textes législatifs et réglementaires.....	333
1/ Un choix d'opportunité administrative	333
2/ L'élaboration de la réglementation d'urgence	335
a. Les conditions d'élaboration des textes durant les états d'urgence sécuritaire et sanitaire.....	336
b. La revalorisation de l'expertise juridique.....	339
c. Des conséquences durables.....	340
II. La révision des projets de textes législatifs et réglementaires	342
A. Les modalités de la révision	342
B. L'opportunité limitée de la reconnaissance d'un visa sur les textes juridiques.....	345
Section 2. La collaboration des directions des affaires juridiques à la politique d'amélioration de la qualité du droit.....	350
I. Des relais privilégiés de la politique d'amélioration du droit	351
A. Une politique définie par le Premier ministre	351
B. Une politique mise en œuvre par les directions des affaires juridiques	355
1/ L'émergence d'un réseau d'expertise juridique et légistique.....	355
2/ Le suivi des mesures d'application de la loi.....	359
II. Un moteur pour l'amélioration de la qualité du droit	362
A. La définition des principes de légistique	363
B. La définition des principes de codistique.....	366
Conclusion du chapitre.....	371
Conclusion de la seconde partie	373
CONCLUSION GÉNÉRALE	375
Sources	383
I. Bibliographie	383
A. Ouvrages	383
1/ Ouvrages antérieurs à 1945.....	383
2/ Ouvrages postérieurs à 1945.....	384
B. Dictionnaires, recueils et guides	390

C.	Thèses et mémoires	391
D.	Dossiers et actes de colloques	394
E.	Articles, contributions et chroniques.....	394
F.	Rapports	416
1/	Rapports parlementaires	416
•	Assemblée nationale.....	416
•	Sénat.....	416
2/	Rapports et études du Conseil d'État	417
3/	Rapports de la Cour des comptes	417
4/	Autres rapports	417
II.	Liste des entretiens	421
	Index thématique.....	425
	Table des matières	431

Les directions des affaires juridiques des administrations centrales
Contribution à l'étude de la fonction d'expertise juridique dans l'administration d'État

Résumé

À partir des années 1990, l'administration d'État procède à une refonte inédite de son expertise juridique. Des directions des affaires juridiques sont successivement créées au sein des administrations centrales afin d'exercer une fonction « d'expertise, de conseil et d'assistance » au profit des ministres et de leurs services. Cette étude se propose de rechercher les causes de l'institution de ces nouvelles directions ainsi que ses conséquences sur l'action ministérielle.

Il apparaît que si les directions des affaires juridiques ont pour but de combler le besoin d'expertise juridique des ministères, leur institution signale aussi une évolution au long cours de la relation de l'administration au droit. Longtemps impensée, l'organisation de l'expertise juridique de l'État devient un objet de réflexion politique et administrative à part entière.

Les directions des affaires juridiques concourent à la sécurité juridique de l'action ministérielle par une mission de conseil juridique et de diffusion du droit, assurent la défense des intérêts de l'État devant les juridictions et participent activement à la politique gouvernementale d'amélioration de la qualité du droit. Ainsi leur étude participe à dévoiler les conditions de réalisation de l'activité juridique de l'État.

Mots clés : direction des affaires juridiques ; service juridique ; expertise juridique ; ministère ; administration centrale ; administration d'État ; institutions administratives ; juristes ; qualité du droit ; légistique.

Legal departments of central government administrations
Contribution to the study of the function of legal expertise in the State administration

Abstract

From the 1990s onwards, the State administration undertook an unprecedented overhaul of its legal expertise. Departments of Legal Affairs were successively established within ministries, to provide “expertise, advice and assistance” to ministers and their departments. This study investigates the reasons for the creation of these new departments, and their impact on government action.

The study shows that, while the Legal Affairs Departments are intended to meet the ministries' need for legal expertise, their creation also signals a long-term evolution in the administration's relationship with the law. The reorganization of ministerial legal expertise represents a change of perspective within the State, as for a long time, the organization of the State's legal expertise was not a subject for administrative reform.

The Legal Affairs Departments contribute to the legal security of ministerial action by providing legal advice and disseminating the law, defending the State's interests before the courts, and playing an active role in the government's policy of improving the quality of the law. In this way, their study helps to reveal the conditions under which the State's legal activity is carried out.

Keywords: legal affairs department; legal service; legal expertise; ministry; central administration; State administration; administrative institution; lawyers; quality of law; legislative drafting.