

Droit administratif bilan critique

Jean BOULOUIS. — Supprimer le droit administratif?	5
Laurent COHEN-TANUGI. — L'avenir de la justice administrative..	13
Alain MARION. — Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier.....	21
Michel BAZEX. — L'implosion du dualisme de juridiction.....	35
Danièle LOCHAK. — Le droit administratif, rempart contre l'arbi- traire?	43
Jacques CHEVALLIER. — Le droit administratif, droit de privilège?	57
Evelyne PISIER. — Vous avez dit indépendantes? Réflexions sur les Autorités administratives indépendantes.....	71
Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE. — Le juge administratif et le droit communautaire. Difficultés anciennes et résistances nouvelles.	85
Yann TANGUY. — Quand l'argent fait la loi... Le cas de l'urbanisme commercial	97
Sylvie HUBAC, Yves ROBINEAU. — Droit administratif : vues de l'intérieur	113

JOURNAL

Frederik L. MORTON. — Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel	127
Repères étrangers (1 ^{er} janvier - 31 mars 1988), Pierre ASTIÉ et Dominique BREILLAT	157
Chronique de l'étranger : Grande-Bretagne : G. W. JONES. — 1987 : une année charnière pour le Gouvernement de la Grande- Bretagne	151
Chronique constitutionnelle française : Pierre AVRIL et Jean GICQUEL (1 ^{er} janvier - 8 mai 1988).....	161
Pouvoirs-Biblio	193
Summaries	195

ISBN 2 13 041716 7

ISSN 0152-0768

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1988, septembre

© Presses Universitaires de France, 1988
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

Droit administratif

bilan critique

Dans sa préface des Principes généraux du Droit administratif, Gaston Jèze insiste sur la nécessité, pour le théoricien de ne jamais oublier la « synthèse critique » qui doit figurer, selon lui, dans toute présentation de l'ordre juridique. Certes, le danger est grand, ajoute-t-il, de verser « dans l'apologétique béate » — comme le fit Laferrière pour la jurisprudence du Conseil d'Etat — ou « dans le dénigrement systématique, hargneux et passionné... ». Pouvoirs a voulu échapper à ces deux tendances fâcheuses, ce qui a été d'autant plus facile que cette revue est collective : les articles qui suivent sont signés de personnalités bien différentes dont « les sentiments purement subjectifs », pour citer encore Jèze, se corrigent mutuellement et dont les expériences se complètent heureusement.

Peut-être avait-on trop oublié cette utilité de « bilans critiques » dans la science juridique et, dès lors, fallait-il renouer avec la tradition en préférant délibérément à un impossible tableau exhaustif un simple repérage des problèmes. Le moment est d'ailleurs bien choisi puisqu'une nouvelle réforme du contentieux administratif se met en place. Sans doute révèle-t-elle une crise qui risque d'être durable (100 000 dossiers en retard dans les tribunaux administratifs). Comme l'écrit le vice-président du Conseil d'Etat, M. Marceau Long : « La croissance rapide des requêtes, signe évident des nécessités auxquelles elle répond, déclenche en même temps le clignotant de l'alarme : si la décision du juge n'intervient pas dans des délais raisonnables de plus en plus difficiles à tenir, l'affirmation des plus grands principes risque de manquer son but. Une justice trop lente peut vite devenir dérisoire. » Alors une loi (du 31 décembre 1987), issue d'un intéressant débat parlementaire (le premier qui aboutit depuis 1872...), vient de créer cinq cours administratives d'appel qui, dans un premier temps, tout au moins, désencombreront le Conseil d'Etat (près de 25 000 dossiers en instance).

Mais, il est évident que si ce check-up du droit de l'Administration s'impose aujourd'hui, il pourrait n'être que le premier volet d'un plus vaste « bilan critique de l'état du droit ». Il reste donc à envisager pour l'avenir l'examen attentif du droit pénal, du droit social, du droit commercial...

Olivier DUHAMEL

Georges DUPUIS

LE DROIT ADMINISTRATIF
BILAN CRITIQUE
EST ÉTUDIÉ PAR

- Michel Bazex, professeur de droit public à l'Université de Paris X - Nanterre, responsable du DEA de droit public économique.
- Jean Boulouis, agrégé des Facultés de Droit, diplômé de l'Ecole libre des Sciences politiques, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences sociales de Paris.
- Jacques Chevallier, professeur à l'Université d'Amiens, directeur du Centre universitaire de Recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP).
- Laurent Cohen-Tanugi, avocat international, *Le droit sans l'Etat* (1987, 3^e éd.), et de nombreux articles sur les systèmes juridico-politiques français et américains.
- Vincent Coussirat-Coustère, professeur de droit international et droit communautaire à l'Université de Lille II, co-directeur du Centre de Recherche et de Documentation européennes CRDE.
- Sylvie Hubac, maître des requêtes au Conseil d'Etat, commissaire du gouvernement à la Section du Contentieux.
- Danièle Lochak, professeur à l'Université d'Amiens ; *Le rôle politique du juge administratif français* (1972), Paris.
- Alain Marion, pseudonyme, praticien de la justice administrative.
- Evelyne Pisier, professeur à l'Université de Paris I.
- Yves Robineau, maître des requêtes au Conseil d'Etat, commissaire du gouvernement à la Section du contentieux.
- Yann Tanguy, maître de conférences de droit public à la Faculté de Droit et de Science politique de l'Université de Nantes ; *Le règlement des litiges en matière d'urbanisme* (thèse d'Etat publiée à la LGDJ).

JEAN BOULOUIS

Supprimer le droit administratif?

Il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses et plus de livres sur les livres que sur tout autre subject : nous ne faisons que nous entregloser.

Montaigne, *Essais*,
III-XIII de l'expérience.

I. — Quitte à décevoir quiconque se réjouit par-devers soi de ce que son radicalisme a de provocant et qui trouve salutaire qu'une certaine iconolâtrie rencontre ses iconoclastes, force est de commencer par dire que la question n'est ni nouvelle, ni vraiment originale. On excéderait vite les dimensions imposées à ce propos en rappelant simplement les opinions qui, depuis plusieurs siècles, se sont affrontées autour d'un tel sujet sans pour autant d'ailleurs que l'état des choses s'en trouve fondamentalement bouleversé. Voilà déjà qui ne laisse pas de prévenir sur la vanité de l'entreprise et sur la présomption qu'il y a à accepter de s'y engager une fois de plus.

Si cependant le droit administratif n'a pas cessé de croître et d'embellir au point de devenir cette discipline hautement élaborée qu'il est aujourd'hui, son existence, aux dires de nombre de ceux qui l'exposent ou l'ont exposé, appellerait des justifications dont la seule recherche paraîtrait incongrue pour n'importe quelle autre branche du droit.

En suggérant ainsi un doute, ne fût-ce que pour le mieux dissiper, peut-être n'attache-t-on pas une considération suffisante à ce qui, pourtant, est désormais bien établi. L'existence du droit administratif n'est pas, comme on l'a soutenu, une conséquence de l'avènement du régime capitaliste et la promotion de l'« Etat de droit », si elle en a confirmé le fondement, ne l'a pas engendré. Ce droit trouve ses origines, embryonnaires sans doute mais déjà conceptualisées, à une époque très ancienne où l'Etat n'était même pas encore conçu comme tel. Il n'a pas cessé depuis d'en accompagner la croissance en en épousant, de période en période, les différents carac-

tères et sa pétition d'autonomie est bien antérieure à notre temps et au célèbre arrêt Blanco. Il est vrai que si l'histoire peut expliquer, elle ne suffit pas à justifier : « La tradition est chose, non idée. »

De l'ordre du « miracle », ne subsistant que par « un prodige sans cesse renouvelé », le droit administratif, dont le critère distinctif demeure discuté, procéderait en réalité de quelques dogmes qui en traduiraient les mystères : l'intérêt général, le service public, la puissance publique. Or, comme on le sait, les dogmes ne sont pas seulement affaire de conviction mais aussi de culte. Il y faut un temple, des docteurs, des ministres. Le droit administratif n'en a pas manqué, ni bien entendu, de querelles proprement théologiques. De là ses apparences quelque peu mystiques, le reproche fait à son clergé de tenir un discours ésotérique dissimulant trop souvent, même au petit nombre de ses initiés, les aspects nouveaux de la révélation, le regret que ses admonestations ne soient pas toujours reçues, avec la contrition qui s'impose, par les pécheurs qui les ont méritées. Ainsi, la répugnance pour le droit administratif est-elle presque toujours teintée de ce qu'il faut bien appeler une sorte d'anticléricalisme, comme le montre, chaque fois qu'il devient nécessaire de la réformer, la remise en cause plus ou moins explicite de la juridiction spécialement chargée d'appliquer ce droit et réputée en être la source et le gardien.

Dès lors, le débat se déplace. Supprimer le droit administratif se ramène à supprimer le juge administratif, c'est-à-dire, car l'oubli des bienfaits est dans l'ordre des choses et qu'il ne saurait évidemment être question d'affranchir l'administration des contraintes juridiques auxquelles la jurisprudence de ce juge est patiemment parvenue à l'assujettir, établir une unité de juridiction, partant rétablir une unité du droit dont les mérites semblent d'autant plus grands qu'ils sont pour une bonne part conjecturaux lorsqu'ils ne participent pas d'autres mythes, comme celui, pourtant bien éprouvé, de la vocation naturelle de l'autorité judiciaire à protéger les libertés.

Ce serait en tout cas se débarrasser du même coup, d'abord d'un partage des compétences d'une sophistication byzantine que l'on condamne à partir d'hypothèses assurément absurdes sans trop s'interroger sur le nombre et la portée des autres, ni sur le rôle qu'y joue l'autorité judiciaire (63 renvois sur 103 en un quart de siècle) ; ensuite, de règles de procédure, destinées au demeurant à rétablir une égalité rompue par la qualité naturelle des parties et dont le sursis à exécution a récemment rappelé la vocation, comme si certaines de ces règles n'avaient pas été transposées dans une conception désormais synchrétique de l'office du juge ; encore, d'une confu-

sion entre fonctions consultatives et juridictionnelles qui ne pourrait qu'être suspecte, encore que les premières, malheureusement de plus en plus astreintes à la précipitation, ne s'exercent pas au profit exclusif du droit administratif et qu'il soit bien connu qu'en ce domaine la main droite ne se croit pas tenue par la main gauche ; enfin, de ce que dernièrement encore on a dénoncé comme « la « mauvaise foi de l'Etat », celui-ci étant sans doute, de tous les plaideurs, le seul à n'être pas de bonne foi et son juge ayant l'obligation de n'être pas ménager de deniers qui sont cependant ceux des contribuables au profit moins toujours des victimes que de leurs assureurs.

En forçant à peine le trait, on s'aperçoit que, même dépouillé des *a priori* idéologiques ou philosophiques qui, de surcroît, lui sont plus ou moins sous-jacents, le problème est posé en termes manichéens qui visent à dissimuler ce qu'il n'a jamais cessé de comporter comme ambiguïtés et comme équivoques. De là vient qu'il puisse être périodiquement reposé comme une sorte d'exercice intellectuel dont le seul intérêt tient en définitive à ce qu'il ne peut pas être résolu. Mais le droit administratif existe puisque chacun de nous l'a rencontré. Il est donc de toute manière indispensable de se demander ce qu'il est.

II. — A en considérer l'image qu'en donne sa conception académique, on ne peut manquer d'être frappé par ce qui apparaît comme une sorte d'universalité regroupant tous les types habituels de règles juridiques distinguées par leur objet mais dont le trait commun est de se rapporter à un même sujet : l'administration. Même si cette conception résulte pour partie de ces facteurs contingents que sont les contraintes pédagogiques, elle n'en comporte pas moins un premier enseignement qui tient à l'impossibilité, jamais vraiment surmontée, de trouver de l'administration une définition juridique sélective pleinement satisfaisante. S'il faut toujours en revenir à l'acception vulgaire du mot, c'est que celui-ci est conforme à la nature des choses qui fait de l'administration une sorte de lieu géométrique de tous les procédés structurels, décisionnels et matériels par lesquels se concrétisent les activités reconnues publiques.

La diversité des règles qui le composent n'en suggère pas moins que l'on puisse opérer au sein du droit administratif certaines distinctions et notamment celle proposée naguère entre « droit constitutionnel administratif » et « droit administratif relationnel », qui tire son intérêt de ce qu'elle se calque sur la dualité des fonctions fondamentales du droit, la fonction organisatrice et la fonction régulatrice.

Cette distinction devrait permettre d'exclure du débat sur sa suppression cette partie du droit administratif dénommée organisation administrative et dont l'incorporation pédagogique à cette discipline contribue à dissimuler, au détriment de la perception de son importance réelle, la véritable nature qui est constitutionnelle. Cette qualification n'est ni une simple question de mot, ni l'expression d'une déférence formelle pour la lettre même des constitutions. Elle procède fondamentalement d'affinités matérielles qui, engendrant des problèmes homologues, informent des solutions semblables à partir de principes applicables sans discontinuité conceptuelle, quel que soit le niveau des structures concernées. Aussi bien, la place prise dans ce domaine par la jurisprudence constitutionnelle ne ferait que confirmer ce qu'indiquent déjà les ouvrages de droit public des pays réputés n'avoir pas de droit administratif.

On devrait donc admettre facilement que ce qu'il est convenu d'appeler l'organisation administrative est une composante du droit administratif dont il est impossible de méconnaître la spécificité au point d'en envisager sérieusement la suppression et le remplacement par des règles qui n'en seraient pas empreintes. Les temps sont révolus où les collectivités secondaires pouvaient encore, par une sorte de survivance, être considérées comme de simples communautés justiciables en tant que telles du droit commun et de son juge. Et, s'il est vrai que certaines institutions administratives contemporaines empruntent leurs structures moins tant d'ailleurs à ce droit qu'à cette partie de celui-ci qui concède au commerçant ce que l'on voudrait ici refuser à l'administration, avoir son droit et son juge, cet emprunt s'accompagne de modalités qui ne parviennent pas à en dissimuler complètement l'artifice.

Il resterait à se demander, comme ont pu notamment le proposer certains auteurs allemands, si cette partie du droit administratif ne pourrait pas être remplacée par la science administrative. Certes, il n'est pas contestable que la science moderne des organisations puisse contribuer, et contribue en effet, à la détermination des conditions matérielles et humaines d'une bonne administration, même si elle a plutôt tendance à mettre l'accent sur ce qui la rend mauvaise. Là n'est cependant pas la question. Pas plus que pour le droit constitutionnel la science politique, la science administrative n'a vocation à remplacer, fût-ce partiellement le droit administratif pour cette simple raison que ni l'une ni l'autre n'ont d'aptitude à suppléer le droit dans les fonctions qui lui sont propres.

III. — Si l'on admet, et elle est en effet généralement admise, cette première exclusion, la suppression du droit administratif ne vise plus que le droit administratif « relationnel », sous réserve de l'hypothèse, qui resterait à vérifier que cette partie est suffisamment indépendante de l'autre pour en être complètement distinguée.

Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, c'est un domaine où cette question de suppression paraît d'emblée pouvoir être théoriquement posée avec le plus de vraisemblance. Elle peut en effet s'autoriser de cette constatation que les divers rapports juridiques auxquels participe l'administration ne sont pas, de manière générale et systématique, assujettis au droit administratif et à son juge. On devrait même ajouter que le degré d'originalité de ce droit par rapport au droit commun n'est pas aussi considérable que ne l'accréditent et la signification impressionnante du terme exorbitant et une conception abusivement tranchée de la distinction du droit public et du droit privé ; et que, si le juge administratif sauvegarde les apparences formelles de cette autonomie, ses solutions de fond ne la consacrent pas toujours.

De là se peut donc déduire une proposition simple. Puisque l'administration peut être assujettie au droit commun et placée sous la juridiction du juge qui l'applique, qu'il lui arrive même de choisir délibérément ce régime, pourquoi n'en pas généraliser la solution à l'image d'autres systèmes qui, paraît-il, ne s'en porteraient pas plus mal, même s'ils accusent une certaine tendance contemporaine à en revenir ?

L'idée a assurément le mérite d'une simplicité qui ne peut que contribuer à son crédit. Encore ne peut-on pas y adhérer sans avoir pris la précaution de refaire le chemin à l'envers, ce qui est une exigence élémentaire de toute vérification. On risque alors de s'apercevoir que tout n'est pas en réalité aussi simple et que, comme toute unification en quelque sens d'ailleurs qu'elle se produise, celle-ci présenterait les inconvénients de ces conceptions univoques qui sacrifient à ce qu'elles réputent normal ou naturel ces différences qui découlent cependant de la nature des choses et en font la richesse.

Il paraît tout d'abord impossible pour le droit commun de compléter le droit administratif dans celles de ses règles qui constituent le régime propre des actes administratifs, qu'il s'agisse de leur typologie, de leurs conditions d'édition, de validité et d'exécution, de leurs effets. Ce n'est plus tant qu'il faille encore protéger les corps administratifs d'une ingérence à laquelle les corps judiciaires ne paraissent plus enclins, peut-être parce qu'en définitive c'est le juge administratif qui a procuré aux parlements d'Ancien Régime

la revanche rétrospective de la défaite que leur avait infligée la Révolution. C'est que ce régime, taillé sur mesure avec les retouches que cela suppose, crée un genre que le droit privé ne peut pas absorber pour de multiples raisons à commencer par celles qui tiennent à la qualité de ses sujets, à la nature de leurs pouvoirs juridiques, à la finalité des relations qu'ils entretiennent. S'il arrive cependant au juge judiciaire d'en connaître autrement qu'en interprétant ceux de ces actes qui participent de la nature matérielle de la loi, ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel et, hormis le juge pénal dont la fonction est de droit public, en raison d'une véritable disqualification.

Cette partie du droit administratif étant à son tour exclue d'un éventuel remplacement par le droit commun — ce qui confirme la réserve précédemment énoncée car les « bases constitutionnelles » n'en sauraient être méconnues — il ne reste plus que ces domaines où l'administration peut être soumise à ce droit puisqu'en effet elle l'est déjà assez largement. Mais, sauf intervention du législateur que sa souveraineté autorise à édicter des lois arbitraires au sens que Domat donnait à ce terme pour distinguer ces lois des lois naturelles, on doit bien convenir que cette soumission au droit commun, lors même qu'elle s'explique et se justifie par un premier aspect de la nature des choses, ne peut jamais s'étendre au point d'en ignorer l'autre aspect essentiellement et existentiellement irréductible. Soumise au droit commun ou choisissant de s'y assujettir — ce qui est en soi un privilège sans équivalent dans l'autre sens sans son investiture pour des particuliers — l'administration ne s'identifie pas à ceux-ci. De leur droit, elle peut emprunter les techniques mieux adaptées à l'exécution de certaines des missions qui lui incombent. Sa nature n'en est pas et ne peut pas en être métamorphose. Contenu plus que chassé, son naturel est toujours prêt à reprendre ses droits.

Dans ces domaines gestionnaires, la soumission de l'administration au droit commun n'a pas comme prolongement logique et nécessaire la suppression radicale du droit administratif qui, loin de la parachever, ne ferait en réalité que la priver de sa signification propre. Elle s'analyse comme un simple mode opératoire plus efficace et qui n'est celui du droit « commun » que parce que le commun des sujets de droit ne peut en avoir d'autre. A l'interpréter comme il pourrait l'être, le procédé, car ce n'est pas autre chose, devrait être considéré comme une autre forme de décentralisation, distincte de la décentralisation organique ou institutionnelle. C'est au demeurant ce que confirmerait l'existence d'un phénomène homo-

logue dans les systèmes collectivistes où, par hypothèse, il ne peut guère avoir d'autre sens. On peut regretter que cet aspect des choses n'ait pas été perçu comme tel, car sa conceptualisation aurait sans doute contribué à en révéler ce qui nous paraît être sa vraie nature.

La seule et véritable pierre d'achoppement est finalement la responsabilité et, de fait, c'est le point sensible, ce qui n'est pas vraiment surprenant puisque c'est dans ce domaine que le droit administratif moderne a trouvé sa « pierre angulaire ». Quiconque le cause, un dommage est toujours un dommage et la victime un particulier. Pourquoi dès lors un régime différent conçu et appliqué par un juge spécial ? Cette perception immédiate qui a pour elle la raison et le sentiment ne risque pas moins d'être trompeuse. Ainsi convient-il tout de même de rappeler ces évidences que toute responsabilité est fonction des pouvoirs qui l'engagent et que toute réparation se traduit en termes de prélèvement sur un patrimoine. Or, les pouvoirs dont dispose l'administration et dont elle ne saurait user dans son propre intérêt sont sans commune mesure avec ceux des particuliers quant aux risques qu'ils créent et la réparation ne grèvera pas ce qui serait le « patrimoine » de l'administration mais de simples ressources prélevées sur la richesse commune.

S'il en est bien ainsi, on peut être tenté par le paradoxe. Ce n'est pas parce qu'il se veut, plus d'ailleurs qu'il ne l'est, autonome par rapport au droit commun que le régime de la responsabilité administrative n'est pas satisfaisant mais au contraire parce qu'il ne l'est pas assez. Fondée naguère sur ce qui n'était qu'une pétition de principe, en tant que telle parfaitement discutable, cette autonomie s'est contredite elle-même par le recours plus ou moins artificiel à des concepts qui, empruntés au droit commun, n'en étaient peut être pas transposables. Ainsi, pour s'y limiter, de la « faute » dont il suffit de constater à quelles contorsions intellectuelles elle oblige pour se demander s'il n'eût pas été préférable de tout bonnement s'en passer. A cet égard, le progrès ne serait pas dans la suppression du droit administratif et dans son remplacement par le droit commun, ni dans la substitution du juge de celui-ci au juge de celui-là mais sans doute dans un véritable effort conceptuel pour restituer à la responsabilité de l'administration ce qui en constitue la nature propre.

Ce propos, auquel on pourra certes reprocher son peu de profondeur et de souci des subtilités techniques dans une matière qui en comporte tant, appelle d'autant moins de conclusion qu'il n'a pas cessé d'en formuler une. Si l'on devait cependant conclure dans le genre que l'on a délibérément choisi, on évoquerait la « merveilleuse

histoire de Peter Schlemil » qui perdit son âme pour avoir cru pouvoir vendre son ombre. Car le droit administratif est l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle et ses lumières mais vouloir s'en défaire relève moins du libéralisme que de l'utopie.

RÉSUMÉ. — *La suppression du droit administratif ne résiste pas à un examen de la nature et de la fonction de celui-ci, même si l'administration est déjà soumise pour une large part au droit commun, ce qui ne constitue qu'un procédé insusceptible d'une généralisation qui, lui faisant perdre son véritable sens, se heurterait dans les autres domaines régis par ce droit à des obstacles insurmontables.*

*L'avenir
de la justice administrative*

Le particularisme du régime administratif français tient aujourd'hui moins à l'existence de règles spécifiques à l'action administrative qu'à l'existence d'une justice administrative totalement séparée et distincte de la justice de droit commun. Toute réflexion critique sur le droit administratif doit donc privilégier cette institution, aujourd'hui confrontée à un certain nombre d'évolutions, internes et externes, institutionnelles et idéologiques, qui ne manqueront pas à terme d'affecter sa place dans le système juridique français.

L'environnement de la juridiction administrative se caractérise ainsi par l'émergence de plusieurs types de concurrence. Le premier est lié à l'ouverture de la France sur l'extérieur, génératrice d'une internationalisation croissante du droit, dont la montée en puissance des réglementations communautaires, tant au plan normatif que contentieux, est la dimension la plus visible. Comme le notait le Conseil d'Etat dès 1982¹, le contrôle d'une source de plus en plus importante du droit français lui échappe de ce fait. De plus, la position traditionnellement négative de la Haute Assemblée vis-à-vis du droit communautaire a pour effet de placer le juge administratif en marge d'un système juridique complexe et appelé à régir de plus en plus étroitement des aspects fondamentaux de la vie nationale.

Dans des domaines plus proches de l'activité traditionnelle de la juridiction administrative, des institutions relativement récentes sont aujourd'hui devenues des acteurs majeurs de la régulation de

1. *Droit communautaire et droit français, Etude du Conseil d'Etat*, La Documentation française, 1982.

notre démocratie. Le Conseil d'Etat se voit ainsi progressivement supplanté par le Conseil constitutionnel dans son rôle traditionnel de gardien et de promoteur de l'Etat de droit, à mesure que ce concept déborde les limites du régime administratif. Le rôle croissant des autorités administratives indépendantes, qui s'écartent du modèle administratif classique, suscite de nouveaux défis, en raison de la nature particulière de l'activité de régulation qu'elles sont censées exercer² et des modalités nouvelles de leur contrôle. L'activité normative de ces institutions échappe au rôle consultatif du Conseil d'Etat, tandis que le contrôle juridictionnel de leurs décisions sera vraisemblablement le terrain d'une rivalité accrue entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Enfin, l'autorité judiciaire est elle-même l'objet d'une indiscutable revalorisation, corrélative de la montée en puissance du droit comme rouage fondamental de la démocratie. Cette double réévaluation contraint la justice administrative à se situer plus nettement par rapport à l'institution juridique et à la fonction judiciaire dans son ensemble.

L'accroissement de la demande sociale de droit n'épargne évidemment pas la juridiction administrative elle-même. L'explosion du contentieux administratif, qui est à l'origine de la récente réforme de l'organisation de la juridiction administrative, est probablement l'évolution la plus perceptible de l'intérieur de l'institution, donc en ce sens la plus importante. La transformation du contentieux administratif en contentieux de masse altère en effet sensiblement, et bien au-delà des conditions de travail, la fonction même de la juridiction administrative, pour la banaliser. La vocation traditionnelle du Conseil d'Etat — construire l'Etat de droit administratif par une jurisprudence finement libérale, mais relativement détachée d'enjeux concrets — trouve aujourd'hui moins d'occasions de s'affirmer. La présente décennie témoigne ainsi d'un certain épuisement du souffle jurisprudentiel des grands arrêts, attribué pour partie à la charge du contentieux et aux contraintes de la productivité, pour partie à la concurrence croissante du législateur, notamment en matière de libertés publiques. Mais à l'heure où il est principalement demandé au juge administratif de résoudre des différends, les règles de fond et de procédure constitutives du régime administratif s'avèrent de moins en moins aptes à satisfaire l'attente des justiciables.

Ecartons d'emblée les faux débats : ne sont en cause ni l'indé-

2. Voir à ce sujet les analyses de B. Guillou et J. G. Padioleau, in *La régulation de la télévision*, La Documentation française, 1988.

pendance, ni le « surmoi juridique » du juge administratif, ni *a fortiori* sa contribution majeure à la construction de l'Etat de droit en France. La justice administrative se voit simplement atteinte aujourd'hui par l'érosion progressive de son assise idéologique. L'évolution de la société française a rompu de multiples équivalences, réelles ou symboliques : l'administration n'incarne plus seule, et sans débat, l'intérêt général ; le droit ne s'identifie plus à l'Etat-nation ; l'Etat de droit ne se réduit plus à la soumission de l'exécutif au droit dans les termes du droit administratif ; l'autorité ne constitue plus la norme des relations entre la puissance publique et les individus ; la régulation de nombreux domaines d'importance (audio-visuel, télécommunications, concurrence, etc.) ne relève plus de l'autorité administrative traditionnelle. Ce nouveau contexte idéologique et institutionnel, qui traduit indiscutablement une démocratie plus mûre, place la justice administrative en porte-à-faux.

Malgré les menus tempéraments que le juge et le législateur leur ont apportés, le privilège du préalable (et ses conséquences sur la charge de la preuve), celui de l'exécution d'office administrative, le principe de l'« indépendance de l'administration à l'égard du juge » (et l'impossibilité qui en résulte d'adresser des injonctions à l'administration, notamment pour assurer l'exécution de la chose jugée) apparaissent, dans un contexte idéologique de rééquilibrage des relations Etat/société, comme des notions d'un autre âge — ce qu'elles sont. Ces principes façonnent pourtant la physionomie de la justice administrative et influent sur son efficacité. Le sous-développement des techniques procédurales, le caractère en principe non suspensif des recours, la faible utilisation des pouvoirs d'enquête du juge, la non-comparution des parties, la fréquente tolérance à l'égard du non-respect des délais de procédure impartis à l'administration et le refus du juge de rendre des jugements par défaut, le trop faible souci de l'exécution pratique des décisions rendues, le caractère généralement dérisoire de l'indemnisation, la renonciation de fait, enfin, à utiliser les astreintes prévues par la loi du 16 juillet 1980 laissent quelque peu rêveur sur le fonctionnement de la justice administrative.

La juridiction administrative n'est certes pas seule responsable de cet état de fait. Ses membres invoquent tour à tour le caractère souvent sommaire des requêtes, qui oblige le juge à étoffer lui-même le dossier, la charge du contentieux, le sous-équipement juridique de l'administration, le conformisme de nombreux avocats

aux conseils, et l'indifférence manifestée par le barreau à l'égard du contentieux administratif.

Mais ces circonstances accusent la singularité de la justice administrative par rapport au modèle judiciaire classique, plus qu'elles ne la justifient. Ce débat précède celui de la dualité de juridictions : avant de se demander *par qui* l'administration doit être jugée, il convient en effet d'admettre sans équivoque qu'elle doit l'être réellement. Vieille querelle, remontant aux origines mêmes de la justice administrative, et opposant une longue lignée d'anciens, pour lesquels « juger l'Administration, c'est encore administrer », et de modernes, pour qui l'Etat de droit implique que l'administration soit jugée et sanctionnée dans les formes communes, sinon toujours selon des règles identiques à celles du droit privé. L'abandon de la justification idéologique de la dualité de juridictions au profit d'une faible justification technique — le particularisme du droit administratif — semblait impliquer la victoire de la seconde thèse. L'ambivalence règne pourtant encore parmi les membres du Conseil d'Etat quant à l'identification de leurs fonctions non consultatives à celles de juge, et quant à savoir si l'administration est un sujet de droit comme un autre. La « théorie du troisième personnage »³ — l'intérêt général — qui vient s'interposer entre le plaideur privé et l'administration et que le juge de l'administration doit faire prévaloir apparente celui-ci à un « super haut-fonctionnaire » chargé de requalifier des situations au regard de l'intérêt général, davantage qu'à un juge véritable.

Cette théorie et toutes les règles de fond et de procédure qu'elle sous-tend ne sont plus compatibles avec une vision conflictuelle de la démocratie, la revendication d'un meilleur équilibre entre l'Etat et la société, la revalorisation idéologique du droit et les attentes des justiciables. Ceci signifie que la justice administrative devra, dans son fonctionnement comme dans son idéologie, se rapprocher progressivement des formes classiques de la justice.

Un tel pronostic est aujourd'hui généralement perçu dans les termes traditionnels du débat sur la dualité de juridictions, c'est-à-dire comme le projet d'un simple transfert de compétence du juge administratif vers l'autorité judiciaire, toutes choses égales par ailleurs. Cette perception résulte d'une vue statique de l'ensemble de notre système juridique, comme en témoignent les arguments généralement invoqués par les membres du Conseil d'Etat, avec

3. Théorie esquissée par M. Pierre Nicolay, alors vice-président du Conseil d'Etat, dans une interview au *Monde*, 2 avril 1985.

une étonnante constance cette fois, à son encontre. Ces arguments se résument à l'incapacité du juge judiciaire à faire prévaloir efficacement les droits du citoyen contre l'administration, que ce soit en raison de son statut sociologique, de sa subordination de fait au pouvoir politique dès que l'Etat est en cause (« le juge administratif est plus indépendant que le juge judiciaire »), de sa méconnaissance du milieu administratif (« il faut connaître l'administration de l'intérieur pour bien la juger »), ou, paradoxalement, du fait que le juge judiciaire n'exerce pas un rôle consultatif que le Conseil d'Etat considère comme sa seule arme efficace pour faire pression sur l'administration. Notons au passage que l'argument de la technicité du droit administratif n'est plus au premier plan.

En résumé, explique-t-on, non seulement le juge judiciaire n'aurait jamais pu accomplir l'œuvre de la jurisprudence administrative au service des libertés (domaine dont la Constitution confie pourtant la garde à l'autorité judiciaire), mais le transfert du contentieux administratif au judiciaire aboutirait pour l'avenir à exonérer l'administration de responsabilité pendant une longue phase de transition.

Fondé historiquement, l'argument de la prétendue incapacité du juge judiciaire à juger l'administration n'en est pas moins spécieux de ce point de vue. C'est en effet à partir d'une situation doublement anormale — la mise au pas du pouvoir judiciaire et la soustraction de l'Etat à la règle de droit à la Révolution — que la construction libérale du droit administratif par le Conseil d'Etat a pu s'élaborer. On ne peut dès lors ni reprocher au juge judiciaire sa carence ou sa timidité dans un domaine dont il s'est trouvé longtemps dépossédé au profit... de la juridiction administrative, ni se satisfaire à l'excès d'une jurisprudence administrative qui n'a fait que compenser peu à peu un vide juridique et juridictionnel initial, sans tout à fait le combler.

Pour les mêmes raisons, le constat souvent invoqué de la plus grande indépendance, en dépit des textes, du juge administratif sur son homologue judiciaire ne saurait faire qu'un mauvais argument : en quoi justifie-t-il en effet les carences propres de la justice administrative ? Il en est évidemment de même de l'écart sociologique résultant des modes de recrutement différents des deux ordres de juridiction, sous-jacent à l'analyse que fait la haute fonction publique de la nécessité de la dualité de juridictions.

Les justifications techniques invoquées ne sont pas plus convaincantes. On ne voit pas au nom de quel principe il faudrait appartenir organiquement à l'administration pour pouvoir la juger, ni pour-

quoi les conseils juridiques de l'Etat perdraient toute crédibilité vis-à-vis de leur prestigieux client dès lors qu'ils ne sanctionneraient plus eux-mêmes ses éventuels manquements. Les conditions habituelles d'exercice de toute autre mission de conseil juridique ne consistent-elles pas à raisonner à partir de sources du droit extérieures ? Et pourquoi s'inquiéter exclusivement de connaître l'administration de l'intérieur, alors qu'une expérience au service de parties privées, notamment en qualité d'avocat, permettrait au juge administratif d'acquérir une culture judiciaire, ou du moins une meilleure connaissance de la société civile ainsi que des réflexes intellectuels différents de ceux de l'idéologie administrative ?

Ces derniers arguments semblent donc se réduire à l'aveu de la difficulté du juge à vaincre l'allergie de l'administration française à la règle de droit. Face à cette donnée fondamentale, seule la logique hiérarchique sous-jacente à la justice administrative (le Conseil d'Etat est un grand corps de l'Etat avant d'être une juridiction) serait de nature à mettre en œuvre les compromis nécessaires pour garantir la soumission de l'Etat au droit. On peut toutefois se demander si cette séculaire résistance au droit n'est pas précisément entretenue par la persistance des privilèges du droit administratif et par la tolérance du juge à l'égard des menus et moins menus manquements de l'administration ; et si une jurisprudence vigoureuse ne s'imposerait pas au contraire pour venir à bout de réflexes devenus naturels. Une administration efficacement sanctionnée ne serait-elle pas incitée à renforcer ses dispositifs juridiques et à écouter les avis de ses conseillers, fussent-ils autres que ses juges ? Quitte à ce que le juge se montre également plus rigoureux quant à la recevabilité de certaines requêtes, afin que le mythe de l'accès de tous les administrés à la justice administrative ne puisse fournir à l'administration l'occasion de revendiquer en contrepartie une tolérance similaire à son égard.

Le raisonnement des défenseurs du *statu quo* paraît donc être en substance le suivant : alignement de la justice administrative sur le modèle judiciaire classique égale transfert de compétence à l'autorité judiciaire ; or, celle-ci est incapable de juger l'administration ; donc, il ne faut rien changer à la justice administrative. La majeure de ce syllogisme étant erronée, et la mineure de surcroît non démontrée, l'on ne s'étonnera pas que la conclusion doive être inverse : la justice administrative peut et doit se réformer, dans le cadre même de la dualité de juridictions.

Mais il faut aller plus loin. Le refus d'une évolution significative de la justice administrative au nom du cours trop peu glorieux de l'histoire judiciaire française témoigne d'une vue conservatrice, et somme toute peu ambitieuse, de l'évolution de notre système juridictionnel pris dans son ensemble. Les développements évoqués en tête de cet article sont pourtant susceptibles, à terme plus ou moins long, et sous certaines conditions (de recrutement et de statut notamment), de conduire à un renforcement de la place de l'institution judiciaire en France, permettant d'assurer la soumission de l'Etat au droit autrement que par le seul rayonnement d'un grand corps administratif. Un mouvement parallèle vers la constitution d'une grande profession juridique unifiée secoue déjà les praticiens du droit, dans la perspective de l'ouverture européenne. Il ne manquera pas d'affecter également les juristes investis de la fonction de juger.

Dès lors, l'avenir de la justice administrative rencontre l'alternative suivante : soit s'intégrer, sous une forme ou une autre, à un ensemble judiciaire restructuré, plus cohérent et au prestige rehaussé, en lui apportant son expérience et son autorité dans son domaine propre (qui reste considérable), mais en se modernisant pour épouser les formes normales du procès ; soit perpétuer des archaïsmes et contribuer à maintenir en l'état la fragmentation de nos institutions judiciaires, mais au risque de se trouver progressivement marginalisée, en butte aux critiques croissantes des justiciables, voire aux distorsions médiatiques.

Le transfert à la cour d'appel de Paris du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, en dépit de la sacro-sainte « conception française de la séparation des pouvoirs »⁴, a valeur de symbole des risques de cette seconde option. L'intense *lobbying* auquel il a donné lieu, tant de la part du barreau et des acteurs économiques que du Conseil d'Etat, illustre bien les tensions susceptibles de se manifester à l'avenir dans des domaines similaires, à évolution rapide ou proche du marché, et dont la régulation ne saurait être exercée par l'autorité administrative traditionnelle. Au-delà des critères formalistes (l'enjeu véritable du contentieux pour le justiciable n'étant aucunement la régulation d'une autorité administrative), le juge administratif n'a pas en principe vocation à connaître du droit des affaires, dont relève le nouveau droit de la concurrence, souvent dans un contexte international. A l'inverse, la soustraction de la régulation économique et d'autres domaines à la logique

4. Conseil constitutionnel, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.

administrative appelle la compétence du juge de droit commun, dont le rôle de régulation socio-économique se trouve ainsi renforcé sous réserve d'une adaptation de sa formation et de ses modes de raisonnement.

La création des cours administratives d'appel et les rééquilibrages apportés çà et là par le législateur entre les prérogatives de l'administration et les libertés individuelles vont heureusement dans le sens de la première option : celle de l'intégration. Mais quel peut être le rôle du juge dans ce processus ? Force est de constater qu'il a encore peu fait pour adapter sa jurisprudence aux évolutions de la société, laissant l'initiative de la modernisation du droit administratif au législateur et aux autorités administratives indépendantes. Si l'heure n'est sans doute plus à une révolution prétorienne de la justice administrative, mais bien à une refonte globale du système juridictionnel français, il serait hasardeux pour la juridiction administrative de s'abstenir de participer, par de multiples inflexions de sa jurisprudence et le renouvellement de ses instruments d'action, à un mouvement irréversible qui l'affecte directement.

A un autre niveau, l'apport de la juridiction administrative au renforcement de nos institutions judiciaires peut être plus décisif encore. Paradoxalement, la juridiction administrative possède, de par son statut sociologique et institutionnel, les atouts qui ont traditionnellement fait défaut, en règle générale, à l'autorité judiciaire : recrutement d'élite, sens de la régulation globale, sensibilité moderne au droit (manifestée, par exemple, par le genre littéraire ouvert que constituent les conclusions des commissaires du gouvernement), expérience ancienne de la création prétorienne du droit, atypique dans notre système juridique mais appelée à jouer un rôle prépondérant dans les régulations de demain. En se modernisant et en se banalisant, tout en diffusant mieux ses atouts, la juridiction administrative pourrait apporter une contribution précieuse à la dynamique qui confèrera à la justice de ce pays la place qui lui revient dans l'État et la société. Est-il aujourd'hui projet plus conforme à la vocation historique du Conseil d'État ?

RÉSUMÉ. — *Confrontée à une pluralité de défis, la justice administrative a bien du mal à justifier les inconvénients de sa singularité. Son avenir prend la forme d'une alternative dont l'une ou l'autre branche modifiera sa place dans le système juridictionnel français.*

ALAIN MARION

*Du mauvais fonctionnement
de la juridiction administrative
et de quelques moyens d'y remédier*

Qu'est-ce qu'une justice qui fonctionne bien ?

C'est une justice cohérente et c'est une justice efficace. On pourrait ajouter : c'est une justice dont l'apport jurisprudentiel est en harmonie avec la société de son temps, à l'inverse — par exemple — du comportement de la Cour suprême des Etats-Unis, au cours de ces dernières années. Mais ce dernier point étant traité par ailleurs dans ce numéro, il ne sera question ici que des deux premiers critères nommés.

La cohérence est la première qualité d'une justice qui fonctionne bien. Concrètement cela signifie que deux litiges identiques doivent recevoir la même solution et que, bien entendu, cette solution doit faire une exacte application des textes législatifs et réglementaires en vigueur. Imagine-t-on un fonctionnaire sanctionné pour avoir manqué à ses obligations statutaires obtenant l'annulation de cette sanction par le juge administratif, tandis que quelque temps plus tard, un autre fonctionnaire, coupable des mêmes manquements, verrait le juge trancher en sa défaveur ? Les libertés publiques en seraient à l'évidence troublées. Imagine-t-on un citoyen obtenant l'annulation du permis de construire de son voisin en raison de la violation d'une règle précise du Code de l'Urbanisme, tandis qu'un autre citoyen se verrait opposer la solution inverse dans des circonstances identiques ? La marche des services publics serait menacée d'anarchie.

On objectera que cette cohérence doit être aisée à obtenir, qu'il suffit d'appliquer les textes pour être à l'abri de l'erreur. Ce serait oublier que les textes en question ne sont pas toujours d'une parfaite

limpidité et surtout qu'ils n'ont pas réponse à tout. Le juge administratif est souvent conduit à apporter sa propre pierre à la construction d'une solution équitable. Cette construction n'est pas intangible — cohérence n'est pas immutabilité — mais les évolutions d'espèces doivent elles-mêmes répondre à un souci plus large de cohérence des principes. Le *Recueil Lebon*, qui publie les seules décisions du Conseil d'Etat, du tribunal des conflits ou des tribunaux administratifs qui apportent quelque chose de supplémentaire (soit par l'originalité juridique de la solution adoptée, soit par l'originalité factuelle du litige) par rapport à la jurisprudence passée, comporte environ mille pages chaque année. On mesure à ce simple chiffre l'extrême variété, et donc la complexité des problèmes à résoudre.

On devine ainsi que le maintien de cette cohérence, l'entretien scrupuleux de l'édifice jurisprudentiel supposent un gigantesque travail de vérification de l'adaptation des solutions jugées aux nouvelles affaires à traiter. Des moyens considérables sont mobilisés au service de la jurisprudence plus que de la justice. Dans une large mesure, cohérence et efficacité sont donc des objectifs divergents, et la situation du Conseil d'Etat, auquel on se limitera ici, illustre parfaitement ce dilemme. Cette situation somme toute commune à bien des juridictions suprêmes chargées à la fois de dire le droit et de régler des litiges est aggravée, dans le cas du Conseil d'Etat, par la persistance d'une certaine réserve vis-à-vis de l'administration, attitude qui affaiblit encore l'efficacité de la justice administrative.

I. — LES GARANTIES DE LA COHÉRENCE OU LE « ZÉRO FAULT SYSTEM »

Dans les organisations les plus modernes, on applique aujourd'hui le *zero fault system*. Cela signifie que par un effort de formation des hommes ajouté à l'automatisation et à la rationalisation maximale des procédés, les produits qui sortent en bout de chaîne sont tous en parfait état d'utilisation : ils sont exempts de fautes.

A sa manière, la justice administrative applique depuis longtemps le *zero fault system*. Le Conseil d'Etat est le temple de ce système. Il y a à cela une raison qui mérite considération : ses décisions juridictionnelles sont inattaquables. Dernier maillon de la chaîne, il considère qu'il n'a pas droit à l'erreur. Il prend les moyens de les éviter par une extrême rigueur dans l'examen des dossiers d'un bout à l'autre de la procédure contentieuse. Cette procédure comporte deux phases : l'instruction de l'affaire puis son jugement.

Première étape de l'instruction, le dossier est confié à un rapporteur. Que ce dossier mette en jeu une question de procédure ou de fond, que celle-ci soit majeure ou mineure, le rapporteur est toujours un membre du Conseil d'Etat, c'est-à-dire un membre du corps le plus prestigieux de la Fonction publique. Cela est une première garantie de la qualité de l'examen du dossier. Cet examen se conclut par la rédaction d'un rapport écrit analysant tous les arguments des parties en présence et proposant une solution au litige.

Deuxième étape, le dossier est confié à un réviseur, lui-même nécessairement conseiller d'Etat. Il a pour mission de vérifier que le rapporteur a correctement traité les problèmes posés par le dossier et, le cas échéant, de proposer une solution différente.

Troisième étape, le dossier est examiné par un groupe d'une dizaine de personnes, une sous-section de la section du contentieux. Le rapporteur lit son rapport, le réviseur en fait la critique, la sous-section débat des questions soulevées et adopte une position sur la solution du litige.

Le dossier est alors transmis à un commissaire du gouvernement. C'est la quatrième étape de l'instruction. Les commissaires sont choisis parmi les maîtres de requêtes qui ont fait preuve de la plus grande compétence juridique. Ce sont eux qui rapportent l'affaire devant la formation de jugement en présentant leurs conclusions. Leur rôle est décisif, car la manière dont ils présentent le litige et la solution qui a leur préférence pèsent lourd lors de la séance de jugement. Au stade de l'instruction, ils ont pour rôle de reprendre l'affaire à zéro et de se forger une opinion sur le litige, en toute indépendance de l'opinion du réviseur et de la sous-section.

Résumons : Avant de passer en jugement, une affaire a été examinée par trois personnes successives et par l'ensemble d'une sous-section.

Vient alors la seconde étape, celle du jugement. Suivant l'importance de l'affaire, la formation de jugement comprend cinq, neuf ou treize membres du Conseil d'Etat, non compris le commissaire du Gouvernement qui présente ses conclusions après intervention de l'avocat ou des parties mais ne prend pas part au vote final sur la solution à adopter.

Le résultat de cette débauche d'énergie et de compétence est remarquable. Quelques cas — sur 8 600 affaires jugées chaque année — d'erreurs matérielles (un chiffre, une date ou nom erroné) qu'il est possible de rectifier *a posteriori*. Pratiquement jamais d'erreur juridique, c'est-à-dire de solutions involontairement divergentes sur des litiges identiques. Au regard du critère de cohérence,

le *zero fault system* est quasiment sans faille et compte pour beaucoup dans le prestige de l'institution du Palais Royal.

Au regard du critère d'efficacité, le résultat est, hélas, beaucoup moins brillant. Du *zero fault system* à l'efficacité zéro, il n'y a qu'un pas, qu'aide à franchir une certaine réserve du Conseil d'Etat vis-à-vis de la puissance publique.

II. — « ZERO FAULT » ET EFFICACITÉ ZÉRO

Que faut-il entendre par justice efficace ? Toute personne qui a eu un jour un litige à faire trancher connaît concrètement la réponse : c'est une justice qui décide vite et dont les décisions sont exécutées. Or, la justice administrative décide lentement et ses décisions sont parfois mal exécutées.

A la fin de 1977, le stock d'affaires en instance devant le Conseil d'Etat s'élevait à près de 9 000. A la fin de 1987 il s'élevait à plus de 25 000. Ce stock s'accroît chaque année d'environ 2 000 dossiers puisque le Conseil juge environ 6 600 affaires par an, tandis qu'il en enregistre environ 8 600. La conséquence de cette situation pour le justiciable est que près de la moitié des dossiers attendent plus de deux ans avant d'être traités et le quart plus de trois ans. Cette durée subie devant le Conseil d'Etat, juge d'appel, s'ajoute naturellement aux deux années que nécessite, en moyenne, le traitement de l'affaire par le tribunal administratif, juge de premier ressort¹.

Ainsi, le citoyen qui s'adresse à la justice administrative devra patienter, au total, trois, quatre, cinq ans, parfois plus, avant que le litige qu'il lui soumet soit tranché. Imagine-t-on le profond déni de justice que représente — en fait — un délai aussi insupportable ? Qu'il suffise d'évoquer le cas de l'annulation d'un permis de construire, devenu sans portée du fait de l'achèvement, entre-temps, de la construction litigieuse ; celui de l'entreprise de travaux publics, victime d'une mauvaise exécution d'un contrat passé avec l'administration et qui risque de périlcliter faute de l'obtention rapide des indemnités qui lui sont dues ; celui de l'étudiant, irrégulièrement ajourné à un concours et qui ne parvient à faire annuler celui-ci qu'après un délai tel qu'il sera matériellement impossible de le réorganiser et qu'au contraire la seule issue sera de le faire valider par la loi. Voilà pour la célérité : le bilan est accablant. Il ne s'explique

1. Tous ces chiffres sont extraits du rapport de M. Pierre Mazeaud sur le projet de loi portant réforme du contentieux administratif. Assemblée nationale, annexe au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1987.

pas seulement par la spectaculaire croissance du volume des affaires à juger. Les méthodes d'instruction du Conseil d'Etat sont aussi en cause : si par miracle le stock d'affaires à juger disparaissait, il est probable que le délai d'instruction resterait de dix-huit mois à deux ans, au niveau de l'appel seul, en raison des délais de communication tout à fait considérables que s'octroient les administrations. Il n'est pas rare que certaines mettent plus d'un an à produire des observations en réponse aux recours des requérants, sans respecter les délais beaucoup plus courts que leur donne le Conseil d'Etat. Or celui-ci ne sanctionne jamais ces dépassements de délai qui sont pourtant très préjudiciables à la bonne administration de la justice. Cette passivité est d'autant moins justifiable qu'au niveau de l'appel, l'affaire a déjà été complètement instruite une première fois devant le tribunal administratif et qu'en particulier le point de vue de l'administrateur local qui a pris la décision contestée figure déjà dans le dossier.

Quant à l'exécution des décisions qui, après une si longue attente, ont fini par être prises, la situation est meilleure en ce sens que la majorité d'entre elles sont convenablement exécutées. Mais il y a encore de nombreuses exceptions : il suffit d'évoquer les affaires récentes du pont de l'île de Ré ou des colonnes de Buren, achevés en dépit d'une annulation ou d'une suspension par le juge administratif de la procédure d'autorisation, pour constater que, lorsqu'elle en a décidé ainsi, l'administration passe en toute impunité outre les décisions de son juge. Et l'on pourrait égrener ici les dizaines de décisions portant sur de plus obscurs litiges que la section du rapport et des études du Conseil d'Etat s'échine à faire exécuter par des responsables administratifs qui s'y refusent. L'on conçoit, à vrai dire, qu'un maire qui a licencié un employé municipal fautif refuse de le réintégrer quatre ans plus tard lorsque intervient un jugement d'annulation pour vice de forme !

Mais la lenteur de la justice administrative n'est pas la seule cause de l'inexécution totale ou partielle de ses décisions. Deux autres facteurs jouent dans le même sens : le premier est la relative impuissance du juge administratif face à une administration qui ferait preuve de mauvaise volonté. Les domaines où le juge peut faire acte d'administrateur — le « plein contentieux » — sont relativement limités et le juge n'y fait qu'un usage très prudent de ses pouvoirs. La seule exception est le contentieux fiscal, domaine très spécifique où le juge administratif pratique depuis longtemps la reconstitution des situations avant erreur fiscale, ce qui permet la bonne exécution de ses décisions. Hormis ce cas, force est de constater

que le juge administratif, et le Conseil d'Etat en particulier, font preuve vis-à-vis des administrations d'une réserve qui confine à la révérence, aussi bien au stade de l'instruction que pour l'exécution des jugements. La seconde cause d'inexécution est la complexité des situations créées par certaines décisions de justice. Faute de « mode d'emploi », bien des administrations, locales notamment, ont des difficultés à exécuter, en toute bonne volonté, des décisions contentieuses impliquant la reconstitution de situations collectives, telles que l'annulation du recrutement de fonctionnaires à une date où ils ont déjà accompli plusieurs années de travail. La section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat s'emploie à les aider mais il serait sans doute plus expédient que le souci de l'exécution fût pris en compte dans le jugement lui-même. Là encore le juge administratif, en bornant lui-même son rôle à la recherche de la solution de droit, sacrifie le point de vue de l'efficacité.

Résumons-nous : A la fois juge de litiges et donneur de leçons à l'administration, le Conseil d'Etat privilégie incontestablement le second rôle. Pour des raisons institutionnelles — il est juridiction suprême — mais aussi sociologiques — ses membres sont des fonctionnaires d'autorité et non des magistrats —, il est plus intéressé aux questions de principe qu'aux litiges concrets. Il sacrifie des trésors d'énergie et de compétence au dogme de l'infaillibilité jurisprudentielle, alors que la foule des justiciables attend des solutions. Ce faisant, il court le risque de rendre une justice sans prise sur la vie, d'autant plus qu'il est relativement impuissant à obtenir son application. A la manière de la morale de Kant qui, selon Sartre, a les mains propres mais n'a pas de mains, la justice administrative façonne des produits parfaits dont personne ne peut se servir.

Ajoutons enfin une conséquence moins ressentie par les justiciables mais également pernicieuse : à force de s'épuiser à rechercher la perfection sur des milliers d'affaires sans importance de principe, le Conseil d'Etat perd, petit à petit, la force et le talent de produire des « grands arrêts », c'est-à-dire des décisions qui font faire un pas important dans la jurisprudence afin de l'adapter à son environnement moderne.

Le célèbre recueil des grands arrêts périodiquement réédité chez Sirey comporte 49 grands arrêts depuis la guerre, ainsi répartis : 25 de 1944 à 1953, 15 de 1954 à 1963, 6 de 1964 à 1973, 3 de 1974 à 1983².

Même si l'on conçoit qu'il y a eu une période de construction de

2. La dernière édition de cet ouvrage date de 1984.

la jurisprudence administrative contemporaine propice aux grands arrêts fondateurs, cela ne suffit pas à expliquer le tarissement de la créativité contentieuse du Conseil d'Etat.

III. — MODERNISER LES MÉTHODES ET LES ESPRITS

Le Conseil d'Etat dépérit de faire de la haute couture là où, devant l'afflux croissant des affaires, il faudrait du prêt-à-porter.

On dira que la loi du 31 décembre 1987³ en créant un troisième degré de juridiction — les cours administratives d'appel — entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat, a résolu le problème.

Ces nouvelles cours ont pour compétence de juger en appel la totalité des litiges pécuniaires (le plein contentieux) et une part importante des litiges électoraux (à l'exception des litiges relatifs aux élections municipales et cantonales) et des litiges d'excès de pouvoir (à l'exception des recours entre les actes réglementaires). Sur toutes ces matières, le Conseil d'Etat ne conservera qu'un pouvoir de juge de cassation. On peut ainsi espérer qu'il sera déchargé de l'examen au fond d'un grand nombre de litiges qui n'auraient guère d'importance quant aux principes mis en jeu. A cet égard, la réforme intervenue va dans la bonne direction.

— *Le problème est-il donc réglé ?*

Il n'est pas réglé, il est repoussé. Exactement comme la création des tribunaux administratifs par la loi du 20 septembre 1953 a permis au Conseil d'Etat de résorber son stock de dossiers pendant un temps. Mais, n'ayant pas lui-même modernisé ses méthodes de travail, il s'est révélé à partir du début des années soixante-dix impuissant à faire face au développement de la propension contentieuse des Français, qui est cependant loin d'atteindre encore celle des Américains. Il serait donc sage de profiter du dégonflement des stocks que permettra, à partir de 1989-1990, la mise en route des nouvelles Cours administratives d'appel, pour donner au Conseil d'Etat les moyens d'accomplir sa mission dans des conditions dignes de l'époque moderne.

Une telle ambition passe par des réformes d'ambitions très inégales qui concernent autant le Conseil d'Etat que les futures Cours.

3. Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, *JO* du 1^{er} janvier 1988, p. 7. Les principales dispositions de cette loi figurent en annexe à cet article.

— *Moderniser les méthodes de travail*

Sait-on que les membres du Conseil d'Etat font eux-mêmes leurs recherches de jurisprudence, font eux-mêmes les photocopies des textes qu'ils joindront à leur rapport, téléphonent eux-même au sous-chef de bureau du ministère le plus reculé pour obtenir un renseignement sur un dossier ? Dans le plus impécunieux des cabinets d'avocats, ces tâches sont accomplies par des assistants ou des secrétaires. Au Conseil d'Etat, c'est autant de temps perdu pour la réflexion de fond.

— *Démultiplier les formations de jugement*

On a déjà dit qu'au Conseil d'Etat, la formation de jugement appelée à trancher un litige ne posant aucun problème, ni de fond, ni de procédure, comporte au minimum cinq personnes. Qu'ainsi pas un litige de 100 F, pas une contestation sur la note administrative d'un instituteur ne sont jugés par moins de cinq personnes. Que dès qu'un problème nouveau, si minime soit-il, se pose par rapport à la jurisprudence antérieure, la formation de jugement comprend au moins neuf membres. Au regard de cette pratique de la justice administrative, rappelons que le juge d'instruction décide seul d'envoyer un individu en détention préventive, que le Président de la 30^e Chambre de Paris décide seul des peines de prison ferme pour escroquerie au chèque sans provision ou pour conduite en état d'ivresse ayant causé un accident mortel. Quelle disproportion entre neuf conseillers d'Etat prenant des décisions de portée microscopique et un juge judiciaire prenant seul la plus grave décision qui soit, celle de priver un individu de liberté !

— *Considérer l'administration comme un justiciable ordinaire*

Le contentieux de l'excès de pouvoir donne lieu à une subtile jurisprudence sur le partage entre les décisions administratives soumises au plein contrôle du juge et celles soumises à son seul contrôle restreint. Cette jurisprudence qui laisse ainsi à l'administration une large autonomie quant à l'opportunité de nombreuses décisions est concrètement raisonnable, car elle évite au juge de dériver à l'excès du contrôle de légalité au contrôle d'opportunité et elle est juridiquement incontestable, car le texte même de la loi invite souvent au seul contrôle restreint.

Sur le fond, l'administration bénéficie ainsi, à juste titre, de ses attributs de puissance publique.

En revanche, dès qu'il s'agit de procédure, il est très contestable que l'administration jouisse de quelque privilège que ce soit. Or la justice administrative, et notamment le Conseil d'Etat, fait preuve à son égard de coupables indulgences. Un seul exemple le montrera. La production de mémoires écrits par les parties en présence est enserrée par le Code administratif et par la jurisprudence dans des délais extrêmement précis. Le Conseil d'Etat veille avec une sévérité justifiée au respect de ces délais⁴. Mais cette sévérité s'évanouit soudain lorsqu'elle devrait s'appliquer à l'administration. Il est ainsi fréquent que celle-ci conserve par-devers elle pendant plusieurs mois, voire plusieurs années, les pièces du dossier contentieux qui lui a été communiqué, sans produire elle-même de mémoire ni restituer le dossier en cause.

Le juge administratif dispose des moyens juridiques de faire cesser immédiatement cette situation singulière dès que le délai laissé à l'administration pour produire sa défense est épuisé ; ce sont les articles R. 109 et suivants du Code des tribunaux administratifs : la partie qui ne se manifeste pas dans les délais est, suivant le cas, soit censée s'être désistée, soit censée avoir acquiescé aux faits. Mais par une inexplicable révérence à l'égard de l'administration, le Conseil d'Etat n'use jamais de ce pouvoir de contrainte. Le citoyen impuissant est ainsi condamné à attendre que l'administration daigne ressortir son dossier du placard.

De ce point de vue, le Conseil d'Etat est resté dans l'état de dépendance vis-à-vis de l'administration où Napoléon l'avait mis. Il ne tient qu'à lui de s'en dégager et de faire échec à la tactique du mort que, par négligence ou perfidie, l'Administration adopte si souvent.

— *Traiter vite l'urgent*

Le juge administratif de première instance est, dans certaines matières telles que le contentieux électoral, tenu par les textes de trancher dans un délai limité. Le Conseil d'Etat, juge de dernière instance, n'est jamais tenu par un délai. La célérité qui l'anime dans certains contentieux est le fruit de sa seule bonne volonté. Force est de constater qu'elle est rare et d'ailleurs choquante dans son principe, car il entre nécessairement une part d'arbitraire dans le choix des affaires jugées en priorité. Il est vrai qu'à l'inverse du juge judi-

4. Voir CE 17 mars 1985, Société Anastasia Diffusion, *Recueil Lebon*, p. 156.

ciaire — nous y reviendrons —, il n'est guère encouragé par les textes à prendre en compte l'urgence.

Le sursis à l'exécution des décisions administratives est enserré par le décret du 30 juillet 1963 modifié par le décret du 29 août 1984 dans des conditions telles — notamment la nécessité d'un préjudice difficilement réparable — qu'il est peu utilisé.

Le référé administratif pourrait être encore plus utile dans la mesure où, à la différence du sursis, il ne se contente pas d'interrompre le cours des choses mais ordonne des mesures positives. Mais l'article R. 102 du Code des tribunaux administratifs qui institue ce référé pose de sévères conditions d'application : la décision du juge ne peut être prise qu'en cas d'urgence définie notamment par l'existence d'un danger pour un intérêt public essentiel et elle ne peut préjudicier au principal ; autrement dit, elle ne doit en aucune manière anticiper le jugement au fond. Devant ce texte frileux, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est empressée de fermer plus encore les portes⁵.

La pratique du juge judiciaire a connu une évolution exactement opposée à celle du juge administratif. Elle y a été invitée par une évolution des textes. Les articles 808 à 811 du nouveau Code de Procédure civile ont en effet introduit une grande souplesse dans l'usage du référé ; la disposition antérieure selon laquelle le juge du référé ne peut préjudicier au principal a été supprimée ; de plus a été ajoutée la faculté pour le juge d'accorder une provision au créancier. Dans sa pratique jurisprudentielle, le juge judiciaire a poussé un peu plus cette porte qui s'entrouvrait en décidant que l'application du référé n'était plus subordonnée à la preuve de l'urgence de la mesure sollicitée (3^e chambre civile de la Cour de Cassation, 26 octobre 1982). La condition essentielle de l'usage du référé est désormais l'évidence d'une situation illicite⁶. Quant à la nouvelle faculté d'accorder une provision, elle permet au juge des référés — dont la décision est en principe provisoire — de trancher en réalité définitivement le litige. La pratique se répand en effet des jugements qui — devant l'évidence de la solution à apporter au litige — accordent aux demandeurs, à titre de provision, 90 % de l'indemnité qu'ils réclament au fond. Ayant ainsi obtenu satisfaction pour l'essentiel en un délai de quelques jours ou semaines, les

5. Voir M. Azibert et M. de Boisdeffre, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *AJDA*, octobre 1986, p. 555.

6. Voir Michel Raymond, *Le principe de célérité en droit judiciaire privé et le référé*, in *Journées d'étude et d'information*, Tribunal de grande instance de Paris, mars 1984.

plaignants se désistent alors de la suite de la procédure qui risquerait de se prolonger sur plusieurs années. Une masse considérable de contentieux au fond est ainsi définitivement écartée par une mesure provisoire !

Quel obstacle interdit au juge administratif de suivre cet exemple remarquable ? L'article R. 102 précité ? Il suffit d'un décret pour le modifier. Des principes généraux du droit ? On ne voit pas lesquels et on ne voit pas en quoi ils interviendraient dans le droit administratif alors que le juge judiciaire n'en a pas rencontré dans son domaine de compétence. Reste un seul obstacle, le plus difficile : l'habitude. L'habitude d'une justice lente, tétanisée par le risque de commettre une erreur ou tout simplement une imperfection, par la gêne d'avoir à contredire lors du jugement au fond ce que des collègues auraient décidé lors du jugement en référé.

Ce syndrome de l'imperfection bloque également l'idée de créer — à l'instar de la Chambre des urgences qui, en matière civile, se réunit chaque semaine à date fixe pour faire trancher par une formation de trois magistrats, tout ce qui peut l'être rapidement — une formation de jugement, allégée, qui jugerait, au terme d'une procédure d'instruction accélérée, tous les litiges qui appellent une solution rapide et ne soulèvent pas de questions de principe.

— *Faire exécuter les décisions*

La dualité de juridiction — qui singularise tant l'organisation de la justice française — est née au lendemain de la Révolution de la volonté de restreindre les pouvoirs du juge de l'Ancien Régime qui entravait parfois l'action de l'Etat. Ainsi l'administration a-t-elle aujourd'hui encore son propre juge qui applique un droit spécifique. Ce juge est dépourvu d'un pouvoir essentiel, celui d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure : le juge administratif peut annuler une décision administrative, ce qu'il fait souvent, mais il ne peut pas prendre une décision positive ; il peut défaire, il ne peut pas faire faire. Résidu bi-séculaire de la méfiance du pouvoir d'Etat envers le troisième pouvoir !

La conséquence de cette incapacité est de ne laisser au justiciable, dont le juge vient de reconnaître qu'il est dans son droit, que deux possibilités face à l'inertie ou la mauvaise volonté de l'administration. Soit demander une indemnité en réparation du préjudice causé par la non-application de la décision de justice, mais on conviendra qu'échanger de l'argent contre l'aliénation d'un droit reconnu n'est pas toujours une solution satisfaisante. Soit demander au juge de mettre en œuvre la procédure de l'astreinte.

La loi du 16 juillet 1980 donne en effet au juge administratif le pouvoir de prononcer une astreinte à l'encontre d'une personne morale de droit public qui n'a pas exécuté une décision de justice. Sans revenir sur l'ancestrale interdiction faite au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration, ce texte de loi constituait cependant une avancée substantielle dans l'alignement de l'administration sur la situation du citoyen ordinaire qui est, lui, tenu d'exécuter les décisions de justice. Mais, nouvelle manifestation de révérence envers les administrations, le Conseil d'Etat s'est véritablement ingénié à vider ce texte de sa portée au point que les cas de prononcé d'astreinte depuis 1980 sont rarissimes⁷. Au contraire, il a décidé que valent exécution d'une décision les mesures qui ne consistent pas à proprement parler en l'exécution mais qui « manifestent la volonté d'exécuter le jugement »⁸. Jolie formule pour inviter l'administration à s'en tenir aux apparences ! De même a-t-il cherché à décourager les justiciables par une extravagante chicanerie procédurale mise en place par la section du contentieux du Conseil d'Etat — la plus haute instance de l'institution après l'Assemblée — contre l'avis de son commissaire du gouvernement et qui consiste, lorsqu'un requérant, parallèlement à une demande d'astreinte déposée devant le juge, a demandé directement à l'Administration d'exécuter une décision de justice, mais a omis de déférer au juge la décision administrative implicite ou explicite rejetant sa demande, de lui opposer le caractère définitif de ce rejet et par là même de lui refuser le prononcé d'une astreinte⁹. Ainsi le citoyen le plus consciencieux, le plus crédule en la bonne volonté de l'administration se voit-il privé par le juge du bénéfice de la loi du 16 juillet 1980 pourtant expressément conçue pour lui.

Ne serait-il pas temps de revenir sur ces errements qui contiennent — en dépit de l'évolution des mœurs et des philosophies politiques de tous bords — de traiter l'administration comme un pouvoir au-dessus des pouvoirs ?

Combien de temps encore les citoyens supporteront-ils la situation présente ? Conçoit-on que les avocats des pays de la Communauté Européenne qui, au-delà de 1992, pourront sans doute exercer auprès du Conseil d'Etat, admettront les pratiques actuelles ?

7. Voir M. Azibert et M. de Boideffre, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *AJDA*, décembre 1986, p. 686.

8. CE, 28 mai 1986, Société Notre-Dame-des-Fleurs, *Recueil Lebon*, p. 151.

9. CE, Section 5 mai 1986, M. David, *Recueil Lebon*, p. 130.

Le changement d'état d'esprit à opérer est simple à définir. Au lieu d'être tournée sur elle-même, la justice administrative doit être plus soucieuse des justiciables.

Le Conseil d'Etat a gravement perdu de vue que derrière les dossiers qu'il examine — la procédure exclusivement écrite lui coupant le contact physique avec les requérants — il y a des hommes et des femmes qui demandent que justice soit rendue alors qu'ils sont confrontés à des situations souvent choquantes, parfois dramatiques. Au lieu de leur donner la réponse rapide qu'ils attendent sans aucun moyen de faire accélérer la procédure, le Conseil d'Etat se préoccupe de parachever sa cathédrale jurisprudentielle, chacun se disputant l'honneur du plus beau vitrail.

La solidité d'un Etat de droit dépend, certes, de la qualité des règles et principes qui le fondent. C'est pourquoi, lorsqu'une question majeure se pose, il faut lui consacrer le temps et les talents nécessaires. Mais dans tous les autres cas — c'est-à-dire l'immense majorité —, il convient de se rappeler que le service public de la justice doit être le service du public. Or le public attend que la fonction arbitrale de la justice soit rendue dans les plus brefs délais, sans être à la remorque de la fonction jurisprudentielle. Autrement dit, lorsque le citoyen soumet un litige au juge, il lui importe d'abord que la question « qui a raison ? » soit tranchée. La question « pourquoi il a raison ? » lui est secondaire par rapport à la première. En inversant constamment l'ordre de ces deux questions — comme si sur chaque affaire il rendait un arrêt de principe —, le Conseil d'Etat pratique une justice théorique.

Il est temps de passer à une théorie de la justice pratique.

ANNEXE

Principales dispositions de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987
portant réforme du contentieux administratif
(*JO* du 1^{er} janvier 1988)

ARTICLE PREMIER. — Il est créé des cours administratives d'appel compétentes pour statuer sur les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs, à l'exception de ceux portant sur les recours en appréciation de légalité, sur les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales et sur les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires.

Toutefois, les cours administratives d'appel exerceront leur compétences sur les recours pour excès de pouvoir autres que ceux visés à l'alinéa

précédent et sur les conclusions à fin d'indemnités connexes à ces recours selon des modalités fixées par décrets en Conseil d'Etat.

[...]

ART. 10. — Les arrêts rendus par les cours administratives d'appel peuvent être déferés au Conseil d'Etat par voie du recours en cassation.

ART. 11. — Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux.

S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut, soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

Lorsque l'affaire fait l'objet d'un deuxième pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire.

ART. 12. — Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai.

ART. 13. — Des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation.

RÉSUMÉ. — *Le fonctionnement de la justice administrative souffre de deux maux : le perfectionnisme jurisprudentiel et une révérence excessive à l'égard du pouvoir administratif. Les remèdes ne résident pas seulement dans le changement des structures mais aussi dans la modernisation des méthodes et dans l'ouverture de l'état d'esprit du juge administratif : il doit cesser de se considérer comme au service exclusif du droit et assurer pleinement le point de vue des justiciables et de la justice pratique.*

MICHEL BAZEX

L'implosion du dualisme de juridiction

« Implosion » : selon le *Dictionnaire Robert*, le terme signifie deux choses : « 1^o (phonétique) première phase de l'émission d'une consonne occlusive ; 2^o (technique) série d'explosions dirigées vers l'intérieur : implosion des bombes H, c'est-à-dire une série d'explosions dirigées vers l'intérieur pour précipiter brusquement les matériaux fissiles les uns contre les autres... »

La première acception du terme est évidemment à rejeter, comme étant totalement hors de notre propos.

La seconde, en revanche, peut être retenue, sous réserve de la prendre au sens figuré. Mais en quoi le phénomène peut-il intéresser le système de dévolution du contentieux de l'Administration ? Ce n'est pas que son fonctionnement est exempt de toute difficulté. Mais de là à envisager une situation « d'implosion », il y a un pas que l'on hésite à franchir. Pourtant, l'évolution rend-elle la chose si insolite ?

L'EXISTANT

Chacun a en mémoire les termes, demeurés célèbres, dans lesquels les textes révolutionnaires ont posé, de façon simple, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs

pour raison de leurs fonctions » (art. 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire) ; et, quelques années plus tard : « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit » (décret du 16 Fructidor an III).

Mais que de complexités dans la mise en œuvre ! Les tables du *Recueil Lebon* (voir par exemple la rubrique « Compétence » dans le tome II de la dernière « Table décennale 1975-1984 ») opposent ainsi, de façon très neutre, les hypothèses où la compétence est déterminée sur la base d'un critère jurisprudentiel, et celles où il y a attribution « légale », c'est-à-dire en vertu d'un texte : dans le premier cas, il n'y a pas moins de 14 sous-rubriques : prélèvements obligatoires, domaines, contrats, personnel, « autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, de la propriété privée, et de l'état des personnes », etc. ; et encore chacune d'elles fait-elle l'objet de distinctions internes en fonction de considérations particulières (par ex., pour ce qui est des prélèvements obligatoires : créances, dettes, lotissements et constructions, prélèvements et redevances, etc.). La disparité est évidemment encore plus grande pour ce qui est des attributions de compétence résultant de textes particuliers, qui ont chacun leur économie propre et entraînent les solutions autonomes que l'on connaît pour la dévolution du contentieux électoral, fiscal, social, etc. Le tout enfin sans préjudice des cas de compétences concurrentes entre les deux ordres de juridiction, dans le cadre du contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité.

On s'explique ainsi, rétrospectivement, les insuccès de la doctrine dans sa recherche du critère unique du partage de compétence : théorie de « l'Etat-Débiteur », distinction des actes d'autorité et de gestion, critère du service public, et en dernier lieu opposition entre la gestion publique et la gestion privée. Comment s'en étonner, s'agissant d'une question où la plupart des principes sont assortis d'exceptions qui ne font pas que confirmer la règle ? Aussi bien paraît-on s'être à présent résigné à la situation : en la matière, les controverses ne sont plus ce qu'elles étaient, et un consensus semble maintenant s'être établi entre tous les auteurs pour admettre, au-delà de leurs divergences sur le contenu des règles ou sur le rôle respectif de chaque ordre de juridiction, l'existence de plusieurs critères d'attribution de compétence.

Et c'est là qu'apparaît la source principale d'insatisfaction de la dualité de juridiction, telle qu'elle « fonctionne » à l'heure actuelle. Si l'objet d'un système contentieux est de permettre une solution rapide et efficace des contestations s'élevant à l'occasion de l'applica-

tion de la loi, alors les règles de dévolution du contentieux de l'Administration appellent bien des réserves :

« ... Il est certain que la dualité de juridiction présente l'inconvénient grave d'entraîner des incertitudes de compétence très fâcheuses pour le plaideur. Il est souvent difficile pour celui-ci de savoir avec certitude devant quel juge il doit porter son procès parce que... le partage des compétences entre les deux ordres de juridictions est devenu aujourd'hui très compliqué et très confus... » (A. de Laubadère, *Traité de Droit administratif*, t. I, 9^e éd. par J.-C. Vénézia et Y. Gaudemet, LGDJ, 1984, p. 439).

Sans doute, le mécanisme des questions préjudicielles permet-il de résoudre ces difficultés, au besoin en s'aidant des règles de conflits ; mais peut-être le remède est-il pire que le mal :

« ... Le respect de l'ordre des compétences a pour conséquence le renvoi au cours d'un même et unique procès, à l'autre ordre juridictionnel pour trancher une question ou une exception dont la solution commande celle du litige. Ce grave inconvénient contentieux se rencontre en particulier dans les hypothèses, aujourd'hui très nombreuses, dans lesquelles une activité de droit privé, entre particuliers, est soumise à autorisation administrative ou conditionnée par une telle autorisation (licenciement, opérations de construction et de disposition immobilière, etc.)... » (*ibid.*).

LA RÉACTION

C'est précisément à cette situation qu'entend porter remède la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC, en date du 23 janvier 1987, relative à la loi transférant à la cour d'appel de Paris le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence (*Gazette du Palais*, 18 et 19 mars 1987, note C. Lepage-Jessua ; *RFDA*, 1987, p. 290, notes B. Genevois et L. Favoreu ; *AJDA*, 1987, p. 345, note J. Chevallier et *RDP*, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet).

L'intervention de la Haute Juridiction constitutionnelle a son origine dans les modifications apportées par le Parlement à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, édictée sur la base de la loi d'habilitation du 2 juillet 1986. On sait que l'ordonnance adopte un certain nombre de solutions nouvelles par rapport à la règle antérieure, spécialement en ce qui concerne la répression des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de domination, art. 7 et s.), où elle a substitué à l'ancienne Commission de la Concurrence dotée de pouvoirs essentiellement consultatifs, le nouveau Conseil de la Concurrence disposant de pouvoirs autonomes de décision (art. 12 et s.).

La question s'est posée alors de savoir quelle serait la juridiction

compétente pour connaître des décisions du nouveau Conseil. Faisant suite aux suggestions des milieux professionnels, l'avant-projet d'ordonnance prévoyait que le contentieux en serait attribué à la cour d'appel de Paris. Mais, à la suite de l'examen du texte par l'Assemblée du Conseil d'Etat, la solution du recours à la juridiction administrative fut préférée, et le texte fut adopté en cet état (art. 15 dans sa rédaction initiale). Les partisans de la compétence judiciaire devaient alors déposer une proposition de loi modifiant l'ordonnance, afin de rétablir la compétence de la cour d'appel de Paris. Rapidement adopté par le Parlement, ce texte fut déféré au Conseil constitutionnel qui, par sa décision du 23 janvier 1987, l'a déclaré non conforme à la Constitution pour violation des droits de la défense, la saisine de la cour d'appel de Paris, dans les conditions où elle était prévue, n'ouvrant pas au justiciable la possibilité d'exercer un sursis à exécution contre les décisions du Conseil de la Concurrence. Précisons enfin que, par la suite, la loi du 6 juillet 1987 devait reconfirmer l'attribution de compétence au juge judiciaire, mais en y insérant cette fois-ci la procédure de sursis dont l'absence avait motivé la censure du Conseil constitutionnel.

Indépendamment d'autres questions étrangères à notre propos, la décision du 23 janvier 1987 touche directement la question de la dualité de juridiction, dans la mesure où, les auteurs de la saisine soutenant que l'attribution à la cour d'appel du contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence étaient contraires à la Constitution, la Haute Juridiction a été amenée à définir la place et la portée du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires :

« Sur le transfert à la juridiction judiciaire du contrôle des décisions du Conseil de la Concurrence :

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

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

En l'occurrence, le juge constitutionnel devait estimer que, compte tenu du rôle joué dans l'application du droit de la concurrence par le juge pénal et par le juge civil ou commercial, aux côtés du Conseil de la Concurrence, l'unification de ce « contentieux spécifique » sous l'autorité de la Cour de cassation permettrait d'éviter les complexités ci-dessus analysées (voir *supra*). Et de juger en conséquence que « cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle, justifiée par les nécessités d'une administration de la justice, ne méconnaît pas le principe fondamental ci-dessus analysé, tel qu'il est reconnu par les lois de la République ».

L'existence de la juridiction administrative, et par là celle de la dualité de juridiction, se trouve donc consacrée au plan constitutionnel.

Mais ce n'est pas sans de sérieuses réserves. Tout d'abord, cette consécration ne résulte pas de la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la loi des 16-24 août 1790 et au décret du 16 Fructidor an III ; elle se fonde seulement sur la référence à la notion de « principe fondamental reconnu par les lois de la République ».

D'autre part, cette onction constitutionnelle n'est accordée à la juridiction administrative que pour l'exercice de compétences bien précises, définies par le juge constitutionnel (« contentieux de l'annulation ou de la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif... »). Encore cette attribution de compétence peut-elle faire l'objet « d'aménagements » dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. En tout état de cause, cette « garantie » ne joue pas pour les autres types de contentieux de l'Administration et, bien entendu, les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire en sont exclues.

Le domaine réservé du juge administratif est donc, finalement, bien restreint, et le législateur (puisque lui seul a compétence en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution) se voit reconnaître dorénavant une grande liberté pour définir ou redéfinir les règles de dévolution du contentieux, comme l'ont relevé la

plupart des commentateurs de la décision du 23 janvier 1987.

On voit ainsi tout le parti qui peut être tiré de cette décision pour améliorer l'état actuel de la dualité de juridiction, et notamment pour mettre un terme à ses complications actuelles, par exemple en transférant certains types de contentieux à la juridiction judiciaire (dans le domaine de la responsabilité et des contrats par exemple), ou en généralisant dans le contentieux de l'annulation l'utilisation du mécanisme des blocs de compétence, etc.

L'EXPLOSION ?

Ainsi rénovée, la dualité de juridiction peut-elle servir de base à un mécanisme satisfaisant de dévolution du contentieux de l'administration ?

Il est évidemment encore trop tôt pour le savoir, car tout dépendra des critères de partage qui seront dorénavant retenus. Ce ne devrait pas être chose facile, car il faudra à chaque fois arbitrer entre les prérogatives traditionnelles de la juridiction administrative et le souci d'unification du contentieux au profit de l'autre « ordre juridictionnel principalement intéressé » (c'est-à-dire en fait le juge judiciaire). La combinaison entre les différents critères d'attribution ne devrait pas non plus aller de soi : d'expérience, on sait que, lorsqu'un texte confère à une juridiction judiciaire une compétence qui devrait ressortir à celle d'un juge administratif, la jurisprudence en donne l'interprétation la plus restrictive ; cette méthode d'interprétation n'a certes pas empêché le bon fonctionnement de la clause spéciale dans certaines hypothèses (par ex. la loi du 31 décembre 1957 sur la responsabilité des dommages causés par les véhicules administratifs) ; c'est loin d'être toujours le cas, et d'autres exemples montrent au contraire que la coexistence de règles générales et particulières de dévolution de compétence peut entraîner des difficultés inextricables (en matière fiscale). Enfin, et en tout état de cause, il n'est pas avéré que l'objectif d'efficacité et surtout de simplicité, qui semble avoir inspiré la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, puisse toujours être atteint en fin de compte, puisque devront coexister les critères traditionnels (fondés essentiellement comme on le sait sur la nature du droit applicable) et les nouveaux (déterminés en fonction des « nécessités d'une administration de la justice », c'est-à-dire de caractère fonctionnel).

Mais surtout, il faut bien voir que la solution adoptée par le Conseil constitutionnel conduit nécessairement à poser, à nouveau,

la question de la justification de l'existence du juge administratif, et au-delà de la dualité de juridiction telle qu'elle existe à l'heure actuelle dans le droit français. A ce jour, c'est-à-dire abstraction faite de la décision du 23 janvier 1987, la raison d'être essentielle de la juridiction administrative, sur laquelle la plupart des auteurs s'accordent, est d'ordre technique : le Cours de *Contentieux administratif* du président Odent expose ainsi, de façon particulièrement explicite, que « la coexistence des deux ordres de juridiction s'explique à la fois historiquement, par les conditions dans lesquelles la séparation des pouvoirs a été organisée par le législateur révolutionnaire, et logiquement par des considérations d'efficacité pratique tenant à la spécialisation des ordres juridictionnels. Les tribunaux judiciaires sont moins aptes que les juges administratifs à juger les procès intéressant l'activité des services publics ou d'intérêt public, à connaître les litiges de droit public. Cette constatation d'expérience est souvent déterminante pour régler les difficultés de répartition des compétences » (*Cours de droit*, Paris, 1979-1980, p. 479). Mais cette justification n'est opératoire que si toutes les affaires soumises au juge administratif relèvent effectivement de l'application du droit public.

Il est tout aussi clair que la justification tombe si les juridictions judiciaires se voient également reconnaître de leur côté compétence pour statuer sur des litiges administratifs. Qu'est-ce qui pourra alors expliquer l'existence d'un domaine réservé, comme l'admet le Conseil constitutionnel dans sa décision, au profit des juridictions administratives ? Les intérêts en cause ? Certainement pas, puisqu'ils seront tout aussi concernés et au même degré dans les catégories d'affaires dont la connaissance aura été transférée à l'ordre judiciaire. La nature du contentieux, comme l'indique la décision du 23 janvier 1987 en faisant référence « à l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif... » ? L'argument n'est pas non plus entièrement déterminant, dans la mesure où les juges judiciaires peuvent très bien, eux aussi, être saisis de « recours contentieux qui ne peuvent avoir pour objet que l'annulation totale ou partielle de la décision attaquée et non point sa réformation. Ces recours ne peuvent être fondés que sur l'illégalité des décisions attaquées » — ce qui est la définition du contentieux de l'annulation en Droit administratif (Odent, ouvrage cité, p. 1603) ; c'est par exemple le cas pour le contentieux de la nullité des actes des sociétés.

Sans doute a-t-on bien observé que le Conseil constitutionnel fonde sa solution sur « la conception française de la séparation des

pouvoirs » érigée comme on l'a vu en « principe fondamental reconnu par les lois de la République », et notamment par la loi du 24 mai 1872 relative à l'organisation du Conseil d'Etat (voir sur cette analyse les notes de Gaudemet et Genevois déjà citées). Mais la référence n'est pas elle-même à l'abri de toute critique, surtout au cours de la période récente : longtemps considérée comme la garantie d'une bonne justice administrative, la « conception française de la séparation des pouvoirs » se voit maintenant contestée, spécialement en raison de la dualité d'attributions, juridictionnelles et administratives, exercées par les juges (voir pour un exposé détaillé de ces critiques notamment O. Dupeyroux, *L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, *RDP*, 1983, p. 569 et s. et M. Prieur, *Pas de caribous au Palais-Royal*, *Revue juridique de l'environnement*, 1985, p. 138 et s.). Cette remise en cause n'a pas pour le moment revêtu qu'un aspect théorique, encore qu'elle touche maintenant l'opinion publique comme l'a montré un récent débat télévisé consacré à l'indemnisation des victimes de l'Etat ; il n'est pas exclu toutefois qu'elle puisse déboucher sur des résultats plus tangibles, si par exemple on mettait en œuvre des dispositions telles que celles issues de la Convention européenne des Droits de l'Homme (voir ainsi, pour une censure de la justice administrative « retenue » sur la base de l'article 6 de la Convention : Cour européenne des Droits de l'Homme, 23 octobre 1985, Benthem, *Journal du Droit international*, 1986, p. 1089, Chronique Roland et Tavernier). Quoi qu'il en soit, comment être assuré que, dans ces conditions, la « conception française de la séparation des pouvoirs » donne un fondement incontestable à l'existence de la juridiction administrative et à son domaine de compétence ?

Dès lors, la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 est-elle réellement le point de départ d'un aménagement de la dualité de juridiction ? Ou ne traduit-elle que la volonté de sauvegarder les compétences traditionnelles du juge administratif, tout en faisant la part du feu ? L'avenir le dira. Une chose est certaine en tout cas : le terme d'« implosion » est loin d'être mal venu en l'occurrence : si le processus de « réaction » déclenché par la décision du 23 janvier 1987 ne pouvait être correctement maîtrisé, il pourrait effectivement conduire à une explosion interne de l'actuel dualisme de juridiction.

RÉSUMÉ. — *Le mécanisme actuel revêt une grande complexité. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 a eu en vue d'y porter remède, mais elle comporte une part d'inconnu.*

DANIÈLE LOCHAK

*Le droit administratif,
rempart contre l'arbitraire ?*

Des générations de juristes ont encensé notre système de protection des libertés contre l'arbitraire, articulé pour l'essentiel autour d'un droit administratif réputé apte à concilier les exigences de l'action administrative avec la garantie des droits individuels. Et le Conseil d'Etat, clef de voûte et principal artisan de ce système, est devenu progressivement, malgré son origine incontestablement autoritaire, le symbole de l'Etat de droit.

Le regard porté sur l'administration incite plutôt, c'est vrai, à l'optimisme. Le principe de légalité, expression de la soumission de l'administration au droit, apparaît comme une réalité tangible, dans la mesure où le droit, omniprésent, en attribuant des compétences, en fixant des procédures, en déterminant plus ou moins étroitement le contenu des décisions, impose une série de contraintes qui viennent restreindre la latitude d'action de l'administration et limiter par conséquent les risques d'arbitraire.

Le juge administratif, de son côté, garantit l'effectivité de ce dispositif d'encadrement de l'activité administrative par le droit, en annulant les actes illégaux qui lui sont déférés par le biais du recours pour excès de pouvoir, largement ouvert et gratuit. Surtout, il a su imposer à l'administration, au-delà d'une légalité étroite, le respect des principes de liberté et d'égalité, contribuant ainsi à préserver les fondements d'une société démocratique.

On conçoit, dans ces conditions, qu'un sentiment d'autosatisfaction ait pu naître dans l'esprit des membres de la juridiction administrative, et plus largement parmi les publicistes français, qui

n'ont guère eu de mal à se persuader que notre système de protection des libertés était l'un des plus remarquables qui soit. Mais à force de s'extasier sur le « miracle » que constitue la soumission de l'administration au droit, alors qu'aucune force ne peut matériellement l'y contraindre, n'a-t-on pas sous-estimé les failles de ce système ? A l'heure où la thématique (la rhétorique ?) de l'Etat de droit revient en force, on ne peut pas simplement s'estimer satisfait de ce qu'en France la légalité soit « en gros et en général » respectée, non plus qu'on ne peut continuer à se donner indéfiniment bonne conscience en constatant que les choses vont souvent plus mal ailleurs.

Que le droit administratif représente un rempart contre l'arbitraire, cela n'est guère douteux ; mais l'évidence du constat ne saurait conduire à minimiser ou dissimuler les fissures, et parfois même les brèches, par lesquelles l'arbitraire se réintroduit subrepticement dans le fonctionnement de l'administration. Car le droit applicable à l'administration apparaît dans un nombre trop élevé d'hypothèses comme un droit sans obligation ni sanction, tandis que le spectre du déni de justice est loin d'avoir été totalement banni des relations entre l'administration et les citoyens. C'est ce que s'attachent à démontrer les lignes qui suivent. Elles paraîtront bien unilatérales, et elles le sont. Contrainte de place, mais aussi contrainte logique : à quoi servirait de détailler une *n*-ième fois, pour les seuls besoins de la symétrie, les mérites du système, qui ne sont contestés par personne ?

LA PART DU DROIT SANS OBLIGATION NI SANCTION

Que le droit ne représente pour l'administration qu'une contrainte relative, cela est bien connu. D'abord parce que ce droit est, pour une part importante, l'œuvre de l'administration elle-même : la soumission de l'administration au droit s'analyse dès lors au mieux en une sorte d'autolimitation provisoire, l'administration ayant toute latitude pour changer les règles qu'elle a elle-même posées. Ensuite, parce que la règle laisse toujours subsister au profit de l'administration une marge plus ou moins importante de pouvoir discrétionnaire, qui a été en s'accroissant au fur et à mesure qu'elle était amenée à intervenir dans des domaines où des règles trop précises et trop rigides auraient risqué d'entraver l'efficacité de son action. Cette évanescence des contraintes juridiques était sans doute inéluctable, et elle a déjà été amplement analysée. Il ne s'agit donc pas, ici, de faire le procès de l'inflation des normes d'origine

administrative ou du pouvoir discrétionnaire, mais plutôt de mettre l'accent sur des phénomènes moins souvent évoqués et qui apparaissent comme d'authentiques entorses au principe de légalité.

— *La règle de droit, revue et corrigée*

Il arrive que l'administration viole la loi : c'est, si l'on ose dire, dans l'ordre des choses, puisque sans cela la juridiction administrative et plus spécifiquement le recours pour excès de pouvoir, n'auraient pas de raison d'être. Il existe également des circonstances dans lesquelles le respect strict de la légalité aurait pour effet de paralyser l'action administrative à un moment et dans un domaine où celle-ci est indispensable : la transgression du droit est alors excusée au nom des « circonstances exceptionnelles » — notion forgée par le juge pour absoudre l'administration.

Mais on préfère insister ici sur les hypothèses où l'administration, sans violer directement les textes, en aménage ou interprète les dispositions à sa façon. Souvent, les lois votées par le Parlement supposent, pour entrer en vigueur, l'édiction de textes d'application. Grâce à cette compétence qui lui est constitutionnellement reconnue, l'administration, chargée d'exécuter la loi, est d'abord en situation de l'interpréter, de la compléter, donc de l'infléchir. Mais elle va parfois plus loin en utilisant cette compétence pour tenir en échec la volonté du Parlement, par exemple en retardant plus ou moins longtemps, voire indéfiniment, l'édiction des règlements nécessaires. Et l'attitude du juge ne peut que la conforter dans ces errements : celui-ci ne censure en effet, sur le terrain de la légalité, que le refus ou l'ajournement délibéré de l'application de la loi, autrement dit la récalcitance ouverte de l'administration ; à l'inverse, l'administration ne commet pas, à ses yeux, d'illégalité lorsqu'elle tarde à prendre un règlement, et cela même si elle ne respecte pas les délais fixés par le législateur, que le juge considère comme simplement indicatif. Tout au plus s'expose-t-elle à voir sa responsabilité mise en jeu si le retard dépasse les délais que le juge estime « raisonnables » en fonction des circonstances. Absoute d'avance par un juge trop indulgent, pourquoi l'administration s'appliquerait-elle à faire diligence pour que les textes votés par le Parlement entrent effectivement en vigueur à l'heure dite, surtout lorsque ces textes sont mal acceptés par les services chargés de les mettre en œuvre ?

Il existe une autre façon, moins visible et plus insidieuse, de moduler et d'infléchir les règles, par le biais des circulaires. Que les circulaires occupent dans l'administration française une place excès-

sive, que les ministres aient tendance à en faire une utilisation abusive, chacun en convient. Il est bien connu, par exemple, que les dispositions d'une loi ou d'un décret n'entrent jamais effectivement en application avant d'avoir été commentées et converties en instructions concrètes à l'intention des services par le ministre compétent. Les agents ignorent la loi et le décret ; ils ne connaissent et ne veulent connaître que la circulaire dite, de façon significative mais ô combien contestable car de nature à entretenir la confusion, d'application. Souvent, trop souvent encore, les circulaires ne sont pas publiées, malgré la loi du 17 juillet 1978 qui fait obligation à l'administration de publier celles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description de procédures administratives. Enfin, il n'est pas rare que, sous couvert d'interpréter la loi, le ministre y ajoute en réalité des dispositions nouvelles, en modifie le sens, ou soumette à des conditions supplémentaires non prévues par la loi l'octroi des avantages qu'elle prévoit. Sans doute le ministre commet-il alors un excès de pouvoir, que le juge ne manquera pas de censurer... s'il est saisi : encore faut-il que les éventuels requérants aient pu avoir connaissance de l'existence et du contenu de la circulaire — ce qui nous ramène au problème précédent.

Ce sont là autant d'illustrations du mauvais usage des circulaires. Mais il existe, parallèlement, un « bon » usage des circulaires, qui n'est pas moins pernicieux, mais qui permet d'échapper à la censure du juge grâce à une formulation suffisamment habile des instructions adressées aux services. Ce que condamne la jurisprudence, en effet, c'est l'édiction de normes impératives, le ministre s'arrogeant alors un pouvoir réglementaire qu'il n'a pas ; en revanche, aussi longtemps qu'il se borne à donner des indications non contraignantes aux agents chargés du traitement des affaires, qu'ils appliqueront de façon souple en fonction de l'examen individuel des dossiers, il reste dans le cadre de ses compétences légales. L'administration a donc appris à rédiger ses circulaires en des termes qui laissent formellement subsister, au profit des services, un minimum de pouvoir d'appréciation, mais qui ne peuvent faire naître aucun doute dans l'esprit des fonctionnaires quant à la façon dont la hiérarchie entend que les textes soient appliqués. Des formules comme « en règle générale » ou « dans la plupart des hypothèses » seront interprétées par eux comme signifiant « toujours » ; mais le Conseil d'Etat, lui, se fondera sur la présence de ces clauses de style pour écarter le grief d'incompétence. Grâce à ce subterfuge, les ministres arrivent à faire prévaloir, à l'abri de toute censure, leur propre interprétation des textes — une interprétation généralement restrictive des droits

des administrés. L'application de la législation sur les étrangers — terrain d'élection, on le sait, de la réglementation par circulaires — fournit d'innombrables exemples qui illustrent jusqu'à la caricature ce type de comportement administratif.

Que la volonté du ministre puisse l'emporter sur celle du législateur, voilà qui représente une sérieuse entorse au principe de la hiérarchie des normes. Encore ne s'avoue-t-elle pas comme telle. Mais que dire de cette autre entorse — énorme, grossière — à la hiérarchie des normes qui se manifeste lorsque l'administration refuse d'appliquer les conventions internationales ou le droit communautaire en s'appuyant sur l'autorité du législateur et viole ainsi ouvertement l'article 55 de la Constitution qui confère aux traités une force supérieure à celle des lois ? La responsabilité du juge administratif est ici écrasante, qui a décidé une fois pour toutes non pas, certes, que l'administration avait juridiquement raison d'agir ainsi, mais que lui, juge, ne pouvait se permettre de censurer un acte administratif contraire à un traité mais conforme à une loi postérieure, car cela l'entraînerait à porter un jugement, au moins implicite, sur la loi elle-même. La thèse est si peu défendable qu'on s'étonne qu'elle n'ait pas provoqué plus de remous dans la doctrine : on s'est généralement borné à y voir une manifestation supplémentaire du « nationalisme juridique » du Conseil d'Etat, comme s'il y avait là quelque fatalité dont il fallait bien s'accommoder.

— *Les zones de non-droit*

Plus grave encore que cette « flexibilisation » du droit applicable apparaît l'existence de véritables zones de non-droit, qui tiennent soit à l'absence d'encadrement juridique des pouvoirs conférés à l'Exécutif, soit au refus du juge d'en contrôler l'exercice, soit enfin à la conjonction des deux.

Il faut en premier lieu mentionner les abus et les risques auxquels expose l'utilisation non contrôlée des prérogatives discrétionnaires. Risque de discrimination arbitraire, tout d'abord. Car le principe d'égalité, censé gouverner les relations de l'administration avec les administrés, est dans certains cas littéralement miné et privé d'effet par le pouvoir d'appréciation dont elle dispose et qu'elle exerce hors de toute contrainte. L'administration, lorsqu'elle est habilitée à statuer au cas par cas et en opportunité, au vu de chaque dossier (ce qui est la définition même du pouvoir discrétionnaire), est parfaitement libre d'accorder à l'un ce qu'elle refuse à l'autre : un permis de construire, une exonération ou un avantage fiscal,

une dérogation... Pour le juge, en effet, l'administration n'est pas liée par ses précédents, et le fait qu'un traitement plus favorable ait été antérieurement accordé à un administré se trouvant dans une situation analogue ne constitue pas — sauf détournement de pouvoir manifeste — un motif d'annulation. L'inégale distribution des avantages dont l'octroi ne constitue pas strictement un droit n'est pas considérée par le juge comme une discrimination illicite. Et pourtant, n'est-ce pas là une forme de l'arbitraire ?

Plus lourde de conséquences encore apparaît l'abstention du juge dans des domaines où sont directement en jeu les libertés fondamentales, et où le contrôle de l'action gouvernementale serait précisément le plus nécessaire. Est-il besoin de rappeler comment, tout au long de la guerre d'Algérie, le Conseil d'Etat a laissé les mains entièrement libres au gouvernement, renonçant à exercer autre chose qu'un contrôle parfaitement théorique sur les mesures qui lui étaient soumises et dont bon nombre étaient gravement attentatoires à la liberté individuelle ? Prenant le contrepied de sa jurisprudence habituelle en matière de police, il a estimé en effet qu'il ne lui appartenait pas de discuter l'appréciation faite par les autorités quant à l'existence et à la gravité de la menace pour l'ordre public invoquée à l'appui des décisions attaquées. L'arrêt *Rubin de Servens* (1962) est particulièrement significatif de cette attitude de retrait : si l'on peut à la rigueur comprendre que le juge ait qualifié d'acte de gouvernement, insusceptible de recours contentieux, la décision de mettre en vigueur l'article 16, il y avait pour le moins quelque hypocrisie à inclure dans le contrôle du juge les seules décisions présidentielles prises hors du domaine de l'article 34, et d'y faire échapper celles qui, précisément et par hypothèse, comportaient le maximum de risques pour les libertés !

Histoire ancienne, objectera-t-on (mais est-on absolument sûr que la France n'aura plus jamais à affronter de crise grave... y compris sur le front de ses colonies ?). Et raison d'Etat. Soit. Mais la raison d'Etat justifie-t-elle aussi la réserve observée par le juge en matière de police des étrangers ? Car à l'heure qu'il est, celui-ci ne s'est toujours pas résolu à exercer sur les mesures d'expulsion ou d'interdiction des publications étrangères autre chose qu'un contrôle dit « minimum ». Or la question de savoir si la présence sur le territoire français d'un étranger qui a commis des délits, ou encore la diffusion en France d'une publication étrangère contraire aux bonnes mœurs, constitue ou non une menace pour l'ordre public, n'est pas, que l'on sache, une question mettant en jeu des intérêts vitaux du pays ou la sécurité nationale. Là encore, on objectera

que dans les quinze dernières années la jurisprudence du Conseil d'Etat a beaucoup évolué sur ce point, et c'est exact. Le juge accepte, en particulier, depuis un arrêt *Maspero* de 1973, de censurer les mesures entachées d'une « erreur manifeste d'appréciation ». Mais lorsqu'on se félicite de ce renforcement du contrôle, on oublie de rappeler l'anomalie juridique que représentait et représente encore le refus d'exercer un contrôle entier — ou « normal » — de la qualification des faits dans un domaine où l'administration ne dispose pas, au regard des textes, d'un pouvoir discrétionnaire : elle ne peut agir, en effet, que si l'ordre public est effectivement menacé ; et c'est le juge qui, en s'abstenant de vérifier la réalisation de cette condition, transforme un pouvoir lié en compétence discrétionnaire.

Puisqu'on a évoqué la raison d'Etat, force est ici de rappeler au passage la jurisprudence sur les actes de gouvernement. Toutes les tentatives pour expliquer l'immunité juridictionnelle dont ils jouissent par le jeu normal des règles de compétence viennent buter sur cette vérité d'évidence que c'est le juge qui fixe ces règles, et qu'on a donc bien ici un nouvel exemple d'autolimitation volontaire de sa part. Que le juge hésite à gêner le gouvernement français dans ses relations avec les Etats étrangers, ou à risquer de se mettre en contradiction avec le Parlement, cela se conçoit. Mais à condition de reconnaître qu'il y a là, dans un nombre appréciable de cas, une résurgence de la raison d'Etat ; et à condition, également, qu'on ne puisse interpréter l'abstention du juge comme un simple prétexte pour éviter d'avoir à annuler des actes manifestement illégaux.

Enfin, on ne saurait terminer cet inventaire des zones de non-droit sans mentionner l'entorse trop souvent méconnue au principe de légalité que représente l'immunité juridictionnelle accordée aux mesures d'ordre intérieur. Ces mesures sont réputées ne pas produire d'effets juridiques, ne pas « faire grief » — et c'est la raison pour laquelle on ne peut les attaquer au contentieux. Mais peut-on sérieusement prétendre que les punitions infligées aux militaires — y compris les punitions privatives de liberté —, ou la décision de placer un détenu dans un quartier de plus grande sécurité ou en cellule de punition, ne font pas grief ? La vraie raison de l'abstention du juge n'est-elle pas de préserver les prérogatives de la hiérarchie dans des institutions — la caserne, la prison — où les contraintes de la discipline sont particulièrement rigoureuses ? Comme l'écrivit un auteur qu'on ne peut soupçonner de parti pris à l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'Etat, puisqu'il s'agit d'un ancien président de la section du contentieux, la plupart des mesures d'ordre intérieur « représentent le vestige d'une vieille

tradition qui (...) conserve aux autorités responsables une marge de pouvoir dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement, même, sans aucun contrôle juridictionnel »¹. Disons-le tout net : l'immunité juridictionnelle de ces prétendues mesures d'ordre intérieur représente l'une des atteintes les moins justifiables aux fondements de l'Etat de droit, un véritable déni de justice².

LE SPECTRE DU DÉNI DE JUSTICE

Cette forme de déni de justice, où le justiciable se voit refuser l'accès du prétoire pour contester les décisions de l'Exécutif, est la plus spectaculaire. Mais il est d'autres formes, plus subtiles et moins voyantes, de déni de justice, qui sont tout aussi choquantes que les précédentes, et finalement plus irritantes car bien plus fréquentes. Il en est ainsi à chaque fois que le justiciable a l'impression de lutter en vain contre plus fort que lui, l'administration étant finalement assurée d'une impunité de fait. Les rapports entre l'administration et les administrés illustrent encore trop souvent la fable du pot de terre et du pot de fer, tandis que le privilège du préalable, combiné avec la longueur des procédures d'un côté, les difficultés de faire exécuter la chose jugée de l'autre, aboutissent à signer la capitulation du droit devant le fait accompli.

— *Le pot de terre et le pot de fer*

Tout commence avec le privilège du préalable. Parce que les décisions de l'administration sont immédiatement exécutoires, parce que les intéressés doivent s'y soumettre avant même que de pouvoir les contester, les garanties les plus efficaces contre l'arbitraire se situent en amont du processus d'édition des actes administratifs, au niveau des procédures précontentieuses.

Or, même si les progrès accomplis au cours des dix dernières années dans ce domaine sont loin d'être négligeables, le dispositif de protection contre l'arbitraire administratif comporte encore de trop nombreuses failles. Les lois sur la motivation et sur l'accès aux documents administratifs et aux fichiers, utilement complétées par le décret du 28 novembre 1983, ont contribué à atténuer la

1. Raymond Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, p. 982.

2. En ce sens, voir J.-M. Auby, *Le contentieux administratif du service public pénitentiaire*, *RDJ*, 1987, 547 ; B. Genevois, conclusions sur CE 27 janvier 1984, *Caillol*, *RDJ*, 1984, 483.

situation d'infériorité dans laquelle se trouvent placés les administrés face à l'administration ; mais ces textes n'ont en aucune façon institué cette fameuse « transparence » tant vantée.

Lorsqu'on considère le nombre de mesures qui échappent encore à l'obligation de motiver³, ou le nombre de documents soustraits à l'obligation de communication⁴, lorsqu'on voit l'énergie qu'il faut dépenser face à une administration attentiste, récalcitrante, ou de mauvaise foi, pour mettre en œuvre les droits que ces textes confèrent, lorsqu'on sait qu'une interprétation exagérément large des notions de secret et de sécurité publique, entérinées par le juge, interdit l'accès à toute une série d'informations, et notamment à la quasi-totalité des informations détenues par la police, qui sont précisément les plus dangereuses pour les libertés, lorsque, enfin, on voit se mettre en place, avec la bénédiction de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, tous les éléments d'un fichage généralisé de la population, par le biais de la carte d'identité informatisée, on a bien du mal à souscrire à l'optimisme affiché par certains quant à une modification radicale des relations entre l'administration et les administrés.

L'inégalité se prolonge au stade de la procédure contentieuse. En vertu du privilège du préalable, c'est toujours l'administré qui se présente comme demandeur en première instance, c'est donc toujours à lui de faire la preuve de ce qu'il avance. Or cette preuve se trouve le plus souvent dans les dossiers détenus par l'administration. Cette dissymétrie *a priori* choquante est atténuée, fait-on valoir, par le caractère inquisitoire de la procédure contentieuse, qui permet au juge d'utiliser ses pouvoirs d'instruction pour alléger le fardeau de la preuve. Peut-être. Il reste que le juge décide librement de ce qu'il convient de réclamer ou non à l'administration, qu'il n'utilise pas toujours pleinement ses pouvoirs d'instruction, notamment lorsque le litige met en jeu des questions sensibles telles que la sécurité publique : il aura alors tendance à croire le ministre sur parole.

3. Citons : les décisions implicites (ce qui incite l'administration à ne pas répondre aux demandes et à laisser simplement s'écouler le délai qui fera naître une décision implicite), les décisions favorables à leur destinataire mais défavorables aux tiers (ainsi de l'autorisation administrative de licenciement au temps où elle existait encore), les refus de visa, les rejets de demande de naturalisation, la suspension d'un fonctionnaire, le refus de titularisation d'un stagiaire, le refus d'une subvention...

4. Ainsi des documents inachevés : ce qui signifie qu'ils ne deviennent communicables, le plus souvent, qu'une fois la décision virtuellement prise, en tous cas à un stade où il ne sera plus possible d'en arrêter le cours.

Il suffit d'ailleurs à l'administration d'invoquer le secret-défense pour se mettre à l'abri de toute investigation indiscreète, puisque le juge s'interdit d'ordonner la production de pièces couvertes par le secret de la défense nationale. Et l'expérience récente a montré comment l'utilisation abusive et non contrôlée de cette notion pouvait bloquer le cours de la justice (il est vrai qu'il s'agissait en l'occurrence de la justice judiciaire...). Mais le juge s'abstient aussi de réclamer des documents dont rien ne s'opposerait à ce que lui-même en reçoive communication et qui lui permettraient de forger sa conviction, lorsque ces documents ne sont pas communicables aux administrés ; car il devrait alors, par application du principe du contradictoire, porter le document en cause à la connaissance de l'autre partie, c'est-à-dire du requérant. Avec un tel système, ni le juge, ni le requérant ne seront jamais en mesure de savoir si le document existe réellement, ni ce qu'il contient, ni si les informations qu'il comporte devaient effectivement échapper à la communication : étrange conception, ou étranges conséquences du contradictoire ! Mais si le juge est si réservé, c'est peut-être parce qu'il a conscience de sa propre impuissance : pas plus que l'administré il ne pourra jamais être absolument sûr de l'authenticité des documents et de l'exactitude des informations que l'administration accepte de lui communiquer.

La capitulation du droit devant le fait accompli

Outre la détention quasi monopolistique de l'information, le temps joue en faveur de l'administration. Aussi longtemps que le juge n'a pas statué, la décision administrative même illégale, voire affectée d'une irrégularité grossière, reste en vigueur, et les administrés doivent s'y soumettre. Et cela peut durer, dure souvent des années.

A défaut de pouvoir agir sur la longueur des procès (et l'on peut douter que la réforme actuellement en cours la réduise de façon significative, en tous cas suffisamment pour supprimer les inconvénients résultant du maintien en vigueur des décisions illégales), il faudrait au moins qu'existent des procédures d'urgence dignes de ce nom. Or on sait bien que ce n'est pas le cas. Le référé existe dans les textes, mais il n'est d'aucune utilité réelle puisqu'il ne permet pas de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Hors l'hypothèse de la voie de fait, où la victime a (on serait tenté de dire : heureusement pour elle, ce qui est l'aveu de l'infériorité manifeste de la justice administrative sur ce terrain) la possibilité de se

tourner vers les tribunaux judiciaires, il n'existe aucun moyen de faire cesser immédiatement un agissement illégal de l'administration, alors même qu'il porterait atteinte à une liberté fondamentale : le juge administratif n'adresse pas d'injonctions à l'administration, et la décision du juge des référés qui s'aventurerait à constater que l'agissement est illégal serait immanquablement annulée en appel comme faisant préjudice au principal...

Quant au sursis à exécution, la politique extraordinairement restrictive suivie par le Conseil d'Etat l'a empêché de remplir le rôle qui aurait dû être le sien : celui d'un contrepoids indispensable, dans un Etat de droit, aux prérogatives de l'administration, permettant de concilier au mieux le privilège du préalable avec les exigences de la légalité⁵. En dehors du contentieux du permis de construire et de l'expulsion des étrangers, il est rarissime que le Conseil d'Etat prononce le sursis (les tribunaux administratifs, eux, sans doute parce qu'ils sont plus proches des justiciables, le prononcent plus volontiers, au risque de voir leurs jugements infirmés en appel) : ni la révocation d'un fonctionnaire qui peut se retrouver sans moyens d'existence pendant des années, ni l'interdiction d'une réunion dont l'annulation plusieurs années après n'aura plus aucun intérêt, pour ne prendre que ces deux exemples, ne sont, aux yeux du Conseil d'Etat, de nature à causer un préjudice irréparable aux requérants, justifiant le sursis à exécution.

La demande de sursis, du reste, n'est elle-même examinée que plusieurs mois après le dépôt de la requête. S'il y a vraiment urgence, le mal sera fait depuis longtemps. Et si, dans l'intervalle, la décision a déjà produit tous ses effets, il n'y aura plus lieu de prononcer le sursis, ce qui représente évidemment une forte incitation pour l'administration à pratiquer une politique du fait accompli en poursuivant rapidement l'exécution de ses décisions frappées d'un recours.

Lorsque l'annulation survient enfin, la décision illégale a déjà produit ses effets pendant plusieurs années — et des effets parfois irréversibles : il n'est pas rare que la sentence juridictionnelle, à l'époque où elle intervient, ne procure plus à l'intéressé qu'une satisfaction purement morale. L'illustration la plus éloquente de cette « capitulation du droit devant le fait accompli »⁶, on la trouve dans l'adage bien connu mais dont on ne souligne pas assez le caractère exorbitant : « Ouvrage public mal planté ne se détruit pas. »

5. Et c'est bien ainsi que le Conseil constitutionnel l'a compris dans sa décision des 22 et 23 janvier 1987 sur le Conseil de la concurrence.

6. La formule est de René Chapus, dans son *Droit administratif général*, t. II, 2^e éd., 1987, p. 474.

Lorsque, malgré l'écoulement du temps, l'annulation obtenue présente encore un intérêt, et parfois un intérêt vital, pour le requérant, celui-ci n'est pas pour autant absolument assuré de voir — enfin — triompher son bon droit. Car il y a mille et une façons pour l'administration de faire obstacle à l'exécution de la chose jugée, depuis les manœuvres dilatoires (l'appel abusif, par exemple, accompagné d'une demande de sursis à exécution de la décision rendue en première instance), jusqu'à l'obstruction pure et simple : autant d'attitudes qui traduisent, selon les cas, l'inertie, la mauvaise volonté, ou la mauvaise foi de l'administration. Ces difficultés sont aujourd'hui bien connues, puisqu'elles font chaque année l'objet d'une description détaillée — qui est aussi une dénonciation — de la section du rapport et des études. Elles mettent en jeu au premier chef la responsabilité de l'administration, mais aussi celle du juge. Celui-ci a en effet décidé une fois pour toutes qu'il n'adresserait pas d'injonctions à l'administration — alors que l'injonction, en faisant mieux ressortir le caractère scandaleux de la désobéissance de l'administration, rendrait l'inexécution plus difficile. Et il s'est refusé à lui infliger des astreintes jusqu'à ce que la loi du 16 juillet 1980 en prévoie la possibilité ; mais l'interprétation très restrictive qu'il a donnée de ce texte fait que l'efficacité du remède reste bien en deçà de la gravité du mal⁷. Comment le justiciable qui a obtenu gain de cause devant le juge n'aurait-il pas le sentiment d'avoir été floué ?

Le droit administratif n'apporte donc qu'une protection imparfaite contre l'arbitraire. La responsabilité en incombe en partie au législateur, dans la mesure où les lois elles-mêmes ne confèrent pas toujours une protection suffisante aux administrés ; elle incombe surtout à l'administration, qui n'hésite pas à s'affranchir des contraintes du droit en contournant les textes ou en les retournant à son profit, voire même en les violant ouvertement lorsqu'elle sait pouvoir le faire en toute impunité. Mais il existe aussi une responsabilité propre du juge, qui, trop souvent, interprète les

7. On peut citer l'exemple de cet agent licencié par une commune et qui, ayant obtenu l'annulation de son licenciement, a demandé à être réintégré. La commune n'ayant pas répondu, de son silence est né une décision implicite que l'intéressé aurait dû attaquer. Comme il ne l'a pas fait, le refus est devenu définitif, dit le Conseil d'Etat, et il est impossible d'ordonner la réintégration sous astreinte : l'agent devra se contenter de dommages et intérêts ! (CE, 11 juillet 1986, *M. Wallyn c. Commune de Bray-Dunes*).

textes à l'avantage de l'administration, et répugne à l'inverse à utiliser à son encontre des moyens suffisamment énergiques pour la contraindre à respecter la loi ou ses propres décisions. Enfin, on ne peut passer sous silence la responsabilité de la doctrine, et de nous tous, enseignants des facultés de droit, qui, à force de répéter depuis des lustres à nos étudiants que l'administration devait logiquement et constitutionnellement être soumise au droit, avons fini par nous persuader qu'elle l'était réellement, contribuant ainsi à entretenir autour de cette question une quiétude démobilisatrice.

RÉSUMÉ. — *Le droit administratif est traditionnellement considéré en France comme l'élément central du système de protection des citoyens contre l'arbitraire. Mais l'efficacité globale de ce système ne saurait dissimuler l'existence, dans le fonctionnement de l'administration et dans la mise en œuvre du contrôle juridictionnel, de véritables zones de non-droit et de pratiques confinant au déni de justice.*

JACQUES CHEVALLIER

*Le droit administratif,
droit de privilège?*

Le soupçon de privilège pèse depuis toujours sur le droit administratif : en tant que droit spécial, ne permet-il pas à l'administration de bénéficier d'un régime de faveur et d'échapper au contrôle du juge ordinaire ? Et des notions telles que « puissance publique », « prérogatives exorbitantes » ou « pouvoir discrétionnaire » ne marquent-elles pas l'inégalité foncière de situation qu'il établit entre l'administration et l'administré ? Non seulement l'idée de privilège paraît inhérente à l'existence même du droit administratif, mais encore il ne ferait que renforcer la suprématie administrative en l'exprimant en termes de prérogatives juridiques. Ainsi s'expliquerait la méfiance latente, entretenue par la timidité de certaines solutions jurisprudentielles — notamment en matière de responsabilité —, qui subsiste à l'égard du droit administratif. L'enjeu de ce débat ne saurait être sous-estimé. Mettant en cause le rapport de l'administration au droit, il soulève la question du degré de réalisation de l'Etat de droit : avant d'être un instrument d'assujettissement de l'administration, le droit administratif serait-il un moyen de conforter sa puissance ? Mais il pose aussi plus profondément le problème de la nature des relations entre l'administration et la société : le droit administratif servirait-il à imposer un certain mode d'exercice du pouvoir administratif à base d'autorité et de contrainte ?

Historiquement, le droit administratif a été sans nul doute conçu comme un droit de privilège : parce qu'elle disposait de prérogatives de puissance publique, l'administration était censée ne pouvoir être traitée comme les simples particuliers, soumise au

même droit qu'eux ; et le principe suivant lequel « juger l'administration c'est encore administrer »¹ justifiait l'exclusion de la compétence judiciaire pour connaître des litiges administratifs. L'existence du droit administratif ne faisait dès lors que traduire la supériorité de l'administration sur les administrés et l'irréductibilité de sa position sociale. Aussi les libéraux s'étaient-ils élevés avec vigueur pendant la première moitié du XIX^e siècle contre un système qu'ils jugeaient contraire aux libertés. La perspective change néanmoins radicalement à la fin du XIX^e siècle : le droit administratif n'est plus perçu comme un privilège pour l'administration mais comme un dispositif de protection des droits des administrés ; l'existence de règles distinctes et d'un juge spécial, dont l'émancipation est désormais réalisée (octroi de la justice déléguée en 1872), permettrait de réaliser un meilleur assujettissement de l'administration au droit. Le remarquable essor du droit et du contentieux administratifs est inspiré par le souci de donner aux administrés des garanties contre l'arbitraire, de poser des bornes à l'exercice du pouvoir administratif ; et la substitution du critère du service public à celui de la puissance publique exprime bien alors cette volonté de *refondation* du droit administratif sur les obligations incombant à l'administration. Le droit administratif a ainsi perdu sa signification première et n'est plus incompatible avec les exigences de l'Etat de droit. L'indépendance du juge administratif tout d'abord est incontestable : les juridictions inférieures ont obtenu à la faveur de réformes successives (1926, 1953 et 1986) les garanties qui leur ont fait longtemps défaut ; et la constitutionnalisation progressive du statut de la juridiction administrative, qui résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, met celle-ci à l'abri de toute atteinte. Certes, le juge administratif reste proche de l'administration active, à laquelle le rattachent des liens organiques et fonctionnels étroits : mais cette proximité, si elle le rend sensible à certains impératifs de l'action, lui permet aussi de pousser plus loin son contrôle ; et la comparaison des jurisprudences administrative et judiciaire ne tourne que rarement en sa défaveur. Quant à la spécificité des règles du droit administratif, elle ne signifie pas pour autant que celui-ci constitue pour l'administration un privilège² : si l'administration bénéficie d'un ensemble de *prérogatives*, au moins

1. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LCDJ, 1970.

2. Comme le souligne G. Dupuis (*Les privilèges de l'administration*, Thèse, Paris, 1962, ronéo., p. 272) à propos de la déchéance quadriennale, « des différences de régime ne sauraient se confondre avec des privilèges ».

en partie³ exorbitantes du droit commun, elle est soumise aussi à des *sujétions* particulières⁴ ; fondé sur l'imbrication des idées de « puissance » et de « service »⁵, le « régime administratif » se caractérise par une combinaison de règles, les unes favorables à l'administration, les autres favorables à l'administré, ce qui lui donne un caractère ambivalent.

Cependant, par-delà cet équilibre apparent de droits et de devoirs, le droit administratif n'en est pas moins caractérisé par l'existence d'un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'administration et l'administré qui constitue la véritable source des privilèges administratifs (I) ; et cette unilatéralité est tellement ancrée qu'elle imprègne l'ensemble des modes d'action administratifs (II). Il semble néanmoins qu'une évolution soit en cours qui, tendant au rééquilibrage de la relation administrative, contribue par là même à modifier la structure du droit administratif (III).

LE PRIVILÈGE DE L'UNILATÉRALITÉ

Du fait du lien organique qui l'unit à l'État, l'administration est dotée de moyens d'action particuliers : « appareil d'État », elle est chargée de mettre en œuvre, de gérer, d'instrumenter le monopole de la contrainte, sous son double aspect juridique et matériel. Transcrivant cette puissance en termes juridiques, le droit administratif est caractérisé par une structure inégalitaire, asymétrique, régie par un principe de non-réversibilité, de non-réciprocité. Sans doute, la construction de l'État de droit a-t-elle eu pour effet de soumettre cette puissance au droit. Au cœur du système de l'État de droit, il y a le principe selon lequel les divers organes de l'État ne peuvent agir qu'en vertu d'un *titre juridique* : toute production juridique ou tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique préexistante ; l'exercice de

3. Comme l'ont parfaitement montré C. Eisenmann et plus récemment J.-C. Vénézia (Puissance publique, puissance privée, *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1974, p. 363 s.), bien des règles prétendument dérogatoires se rencontrent en fait en droit privé.

4. Comme le disait J. Rivero (Existe-t-il un critère du droit administratif, *RDP*, 1953, p. 279 s.), « Les règles de droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits ».

5. J. Chevallier, Les fondements idéologiques du droit administratif français, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p. 3 s.

la puissance apparaît comme une *compétence*, encadrée par le droit⁶. Ainsi, administration et administrés semblent-ils, à première vue, placés dans la même position par rapport au droit : également assujettis à la loi, ils sont tenus de se plier à ses déterminations⁷ ; le droit administratif ne serait plus un « droit d'inégalité », mais un « droit de la légalité ». Cependant la relation au droit n'en est pas moins foncièrement différente : pour l'administration le droit n'est pas seulement en effet une contrainte mais un instrument d'action ; il lui permet d'agir tout autant qu'il limite sa puissance.

1 / Le monopole de la contrainte se traduit d'abord par le pouvoir de *prescription juridique*. Moyen traditionnel d'action de l'administration en direction de la société, l'acte unilatéral est le condensé de la puissance juridique de l'administration et l'expression de sa supériorité intrinsèque. Certes, l'acte unilatéral existe aussi, et « à une large échelle »⁸ en droit privé, où l'on rencontre de nombreuses hypothèses de rapports juridiques non fondés sur l'accord de volontés : comme l'a montré M. Hauriou, toute institution est amenée à imposer à ses membres un ensemble de « disciplines » nécessaires à sa survie et à son développement ; et les phénomènes d'autorité et de subordination ne sont pas non plus absents des rapports interindividuels. Néanmoins, l'acte administratif unilatéral présente des caractéristiques spécifiques, dans la mesure où il constitue le vecteur et le support principal de la relation administrative et où l'administration dispose des moyens juridiques de poursuivre son exécution. L'unilatéralité n'acquiert toute sa portée que lorsqu'elle prend la forme de la *décision exécutoire*, s'imposant aux administrés avec force obligatoire : le « privilège de décision exécutoire » se traduit à la fois par le fait que l'administration a la faculté d'édicter des obligations, de conférer des droits, de forger des interdits de sa propre initiative et indépendamment du consentement des intéressés (*pouvoir de décision unilatérale*) et qu'elle est dispensée de s'adresser au juge pour obtenir des administrés qu'ils obéissent à ses prescriptions (*privilège du préalable*) ; les administrés sont tenus de droit d'appliquer la décision adminis-

6. J. Chevallier, L'Etat de droit, *RDV*, 1988, p. 315 s.

7. « Bien qu'ayant des rôles différents et des moyens d'action disproportionnés ils sont juridiquement égaux devant la loi, devant leur commune obligation de se soumettre à la loi » (R. Chinot, *Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, Thèse, Paris, 1945, p. 181).

8. En ce sens J.-C. Vénézia, p. 370 et G. Dupuis, Définition de l'acte unilatéral, *Mélanges Eisenmann*, préc. p. 205 s.

trative, qui est valable immédiatement et produit dès son émission son plein effet juridique⁹. Ce privilège reviendrait à faire bénéficier les actes administratifs d'une « présomption de légalité », puisqu'ils se trouvent intégrés de plein droit à l'ordonnement juridique, sans examen préalable de leur régularité : le seul moyen de faire tomber cette présomption est pour l'administré, toujours placé de ce fait en position de demandeur, d'intenter un recours juridictionnel tendant à l'annulation de l'acte ; le privilège de décision exécutoire aurait ainsi pour conséquence de faire peser sur l'administré la charge de la preuve de l'illégalité¹⁰. Dans tous les cas, l'action intentée n'a pas pour effet de paralyser l'application des décisions : corollaire du privilège de décision exécutoire, le principe du *caractère non suspensif des recours* permet à l'administration de poursuivre l'exécution de ses décisions, même si leur régularité est contestée : les seules dérogations à ce principe résultent de dispositions textuelles et de la possibilité pour le juge administratif d'ordonner le sursis à l'exécution ; mais le faible nombre des sursis accordés par un juge, qui tend d'ailleurs à se montrer de plus en plus restrictif¹¹, donne à l'institution du sursis une portée surtout symbolique. Même si on a pu mettre en doute l'existence d'un véritable privilège du préalable¹² au motif que, non seulement les hypothèses de suspension de l'exécution des actes administratifs ne seraient pas rares, mais encore l'exécution provisionnelle, valant aussi pour les jugements rendus à l'encontre de l'administration, ne serait qu'une règle procédurale, il n'en reste pas moins que la combinaison de ces règles donne aux décisions prises par l'administration une force juridique particulière, inférieure à celle des jugements, mais supérieure à celle des actes privés, qualifiée par M. Hauriou d'« autorité de chose décidée »¹³.

Le privilège de décision exécutoire n'est pourtant que l'enveloppe formelle de l'unilatéralité : il prend sa véritable dimension que

9. M. Rousset, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Thèse, Grenoble, 1959, Dalloz, 1960, p. 83-86.

10. L'analyse de la jurisprudence montre pourtant que le juge administratif n'hésite pas à inverser cette charge de la preuve, au vu du dossier et des éléments fournis par le requérant.

11. On sait que depuis l'arrêt du 13 février 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, le juge administratif se reconnaît le pouvoir de ne plus accorder le sursis même s'il y a moyens sérieux et préjudice difficilement réparable.

12. G. Dupuis souhaitait même dans sa thèse (p. 424) que « le nom même du privilège du préalable disparaisse des exposés de droit administratif », ce « barbarisme » ne renvoyant à « aucune réalité juridique ».

13. Formule reprise par G. Vedel (*Droit administratif*, 7^e éd., 1980, avec P. Delvolvé, p. 280) et R. G. Schwartzberg, LGDJ, 1970.

dans la mesure où la décision administrative est un authentique acte de volonté, qui ne se réduit pas à la simple application de normes juridiques supérieures mais contient une part de création. La disparition de la catégorie des actes de « pure administration » n'a pas supprimé en effet tout élément de *discrétionnalité* dans l'action administrative : l'administration dispose d'une marge d'appréciation, d'une liberté de choix qui lui appartient en propre et est mise à l'abri de tout débat contentieux. Certes, cette marge varie : elle est dans certains cas inexistante (compétence liée) et le juge administratif a eu tendance à limiter progressivement son étendue ; mais le pouvoir discrétionnaire n'en apparaît pas moins comme un élément fondamental et irréductible de l'action administrative. L'unilatéralité était par ailleurs renforcée par le principe du *secret* qui gouvernait traditionnellement en France le déroulement des procédures administratives : non seulement les administrés étaient privés de tout droit d'accès aux informations administratives, mais encore, en l'absence de texte exprès, l'administration n'était pas tenue de leur indiquer les motifs de ses décisions ; certes, quelques exceptions seront apportées à cette règle et des atténuations imposées par l'exercice du contrôle juridictionnel, mais sans remettre en cause le principe de non-motivation. Or, le secret ne peut que conduire à une relation inégalitaire et à base de dépendance : privée de tout droit de regard sur l'administration, ne connaissant rien des conditions d'élaboration des décisions qui les concernent, les administrés sont tenus de s'en remettre au bon plaisir de l'administration. Cette unilatéralité du rapport juridique ressort de manière particulièrement frappante quand les libertés individuelles ou le droit de propriété sont en cause : le régime de l'expropriation et des servitudes, les compétences étendues données aux autorités de police apparaissent ainsi comme l'expression la plus achevée de la suprématie juridique de l'administration.

2 / L'unilatéralité résulte aussi de la détention par l'administration de la *force matérielle* qui, ramenée dans l'orbite du droit, codifiée par lui, se transforme en privilège juridique. Ce privilège se manifeste sous deux aspects, l'un positif, l'autre négatif. Positivement d'abord, il implique que l'administration puisse faire usage de la force, dans les conditions fixées par l'ordre juridique. Le pouvoir d'exigibilité n'a de sens que s'il est assorti de garanties appropriées, permettant à l'administration d'obtenir la bonne exécution de ses décisions. Ces garanties sont essentiellement de type répressif : des poursuites pénales pourront être exercées contre les contreve-

nants, soit sur la base de textes particuliers, soit par application de l'article R. 26-15^o du Code pénal ; mais aussi des sanctions administratives sont fréquemment instituées, qui donnent à l'administration la possibilité de réprimer elle-même les comportements non conformes ; ce pouvoir de *répression administrative*¹⁴, qui a eu tendance à se développer au nom d'une volonté de dépénalisation, exprime de manière ostentatoire, et en dépit de l'exigence de respect des droits de la défense, la suprématie d'une administration investie du droit de punir. Avec l'*exécution forcée*, une étape nouvelle est franchie puisque l'administration va cette fois recourir à la force pour parer au refus d'exécution des administrés. Sans doute la jurisprudence, depuis l'arrêt « Société immobilière de Saint-Just » de 1902, a fixé de strictes conditions à cette exécution qui, à défaut d'être explicitement autorisée par la loi, ne saurait intervenir que si aucune voie de droit n'existe pour sanctionner le comportement de l'administré ou s'il y a urgence : elle n'en témoigne pas moins de la spécificité irréductible que l'administration tire du monopole qu'elle détient sur les moyens de contrainte physique.

A contrario, ce privilège est attesté par le fait que les administrés ne sauraient, ni contraindre l'administration à faire usage de la « force publique », ni retourner celle-ci contre elle. D'une part, le refus d'employer la force publique, pour assurer l'exécution d'une décision de justice ou l'application des lois et règlements, se résout inéluctablement en dommages et intérêts — que ce refus soit ou non fautif ; et cette solution ne fait que traduire plus généralement l'impossibilité de contraindre l'administration à agir, qui a conduit le juge administratif à s'interdire tout pouvoir de substitution ou d'injonction¹⁵. D'autre part, aucune voie d'exécution forcée n'est envisageable contre l'administration ; aussi l'application des décisions de justice rendues à son encontre se heurte-t-elle à des obstacles, contre lesquels le juge administratif a longtemps buté.

La construction du droit administratif selon une structure unilatérale va favoriser la cristallisation d'un modèle de relation entre l'administration et la société, à base d'autorité et de contrainte : s'exprimant sous la forme de prescriptions obligatoires, parlant à l'impératif, l'administration tend à dicter sa loi au milieu social ; les administrés sont considérés comme des « assujettis », tenus de

14. J. Mourgeon, *La répression administrative*, LCDJ, 1967.

15. J. Rivero, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D, 1962, I, p. 67 s.

se plier à ses injonctions. Passant par le canal du droit, ce modèle acquiert une dimension normative, qui explique sa reproduction en dehors du contexte même de la relation juridique unilatérale.

CONTOURNEMENT DE L'UNILATÉRALITÉ

S'il est bien situé au principe même du droit administratif et au cœur des processus administratifs, l'acte unilatéral n'est pas, loin s'en faut, le seul mode d'intervention sociale de l'administration : celle-ci a toujours entretenu avec les administrés un autre type de relations, de nature plus égalitaire, fondées sur l'accord de volontés et non plus sur l'imposition unilatérale du pouvoir administratif ; et surtout le développement de l'interventionnisme a entraîné une profonde inflexion des procédés d'action administrative et la modification du sens même des rapports avec les administrés. Cependant, si l'unilatéralité paraît être ainsi de plus en plus contournée par l'avènement de ces nouvelles formes de relations, celles-ci restent, au moins en partie, soumises à son empreinte.

I / L'unilatéralité a toujours été limitée par la nécessité dans laquelle l'administration se trouve placée de s'assurer certains concours pour remplir les missions qui lui sont confiées : elle ne peut se dispenser de recourir à des entrepreneurs privés pour la construction des ouvrages, la réalisation des travaux, la fourniture des équipements dont elle a besoin pour fonctionner ; et cette exigence entraîne inévitablement l'inflexion du rapport administratif dans le sens de la bilatéralité. Acte synallagmatique, le *contrat* repose sur le libre-échange des consentements et l'égalité des parties : il ne s'agit plus pour l'administration d'imposer sa volonté, par la contrainte et sous la menace de sanctions, mais de négocier avec ses partenaires les termes de leur contribution ; et la réciprocité des engagements pris exclut apparemment tout usage de prérogatives de nature à fausser l'équilibre contractuel. Aussi l'essor récent du contrat, notamment à la faveur du développement de l'interventionnisme économique, semble-t-il indiquer un reflux de l'unilatéralité. Néanmoins, si le contrat manifeste bien la reconnaissance par l'administration de l'existence d'autres volontés avec lesquelles elle accepte de composer, il n'en reste pas moins marqué par le modèle traditionnel de relations. Il convient d'abord de relever que le contrat administratif présuppose l'unilatéralité, puisque celle-ci est un des éléments mêmes de sa définition : la « clause exorbitante

du droit commun » recouvre toujours l'existence d'un pouvoir unilatéral d'action sur le co-contractant ; et la délégation du service public, notamment sous la forme de la concession, comporte un élément fondamental d'unilatéralité qui, matérialisé par la présence de clauses réglementaires (cahier des charges) au cœur du contrat, pèsera d'un bout à l'autre sur son déroulement. Par ailleurs, le régime du contrat administratif reconnaît à l'administration la possibilité d'interventions unilatérales, soit pour mettre fin au contrat, soit pour modifier ses conditions d'exécution : si l'existence de ce pouvoir en l'absence de stipulations contractuelles avait été souvent mise en doute¹⁶, le juge l'a récemment confirmé, en considérant qu'il faisait partie des « règles générales applicables aux contrats administratifs »¹⁷. Le contrat ne parvient donc pas à s'affranchir réellement de la logique de l'unilatéralité.

2 / Le développement des activités de *prestation* a remis apparemment en cause plus radicalement cette logique. D'une part, les méthodes d'intervention administratives changent du tout au tout : il ne s'agit plus pour l'administration de produire des normes juridiques, de prescrire des obligations de comportement, mais de gérer des activités sociales concrètes, de fournir des services matériels ; la communication entre l'administration et la société ne passe plus par le vecteur du droit mais par la prestation. D'autre part, et corrélativement, le sens de la relation au public s'inverse. Utilisant les services que l'administration met à sa disposition, recourant aux prestations qu'elle lui offre, l'usager apparaît comme le bénéficiaire et le référent ultime de son action : il ne subit plus l'imposition unilatérale des disciplines administratives mais tire au contraire profit d'une gestion qui satisfait ses attentes en lui permettant d'obtenir des biens à des conditions plus favorables que celles du marché ; il y a donc inversion du rapport administratif, puisque les attentes légitimes de résultat sont désormais celles de l'usager vis-à-vis des services publics, et non plus celles de l'administration à l'égard des assujettis. La promotion du régime de service public traduit parfaitement ce renversement : la « loi du service » (Duguit) qui domine la gestion publique signifie que l'administré a des droits à faire valoir à l'encontre de l'administration ; les obli-

16. Voir par exemple F.-P. Benoit, De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs, *JCP*, 1963, I ; n° 1775.

17. CE 2 février 1983, Union des transports urbains et régionaux, *RFDA*, n° 1, 1984, p. 45 note Llorens et 6 mai 1985, Ministre chargé des PTT c/Ricard, *RFDA*, 1985, n° 5, p. 697.

gations de service public ne sont que l'envers d'un statut positif de l'usager qu'elles transcrivent en termes de contraintes pour l'administration. L'élargissement constant de la sphère de la gestion publique paraît dans ces conditions entraîner un véritable basculement de la logique du droit administratif. Cependant, là encore, la prestation reste marquée du sceau de l'unilatéralité. Le service n'a pas suffi à éradiquer la puissance ; et à travers les prérogatives de puissance publique, qui sont, non seulement le corollaire, mais aussi la condition même de l'existence d'un service public, se profile le retour de l'unilatéralité ; l'acte unilatéral est ainsi considéré comme un procédé normal de gestion publique, ce qui montre que la prestation est davantage imposée que négociée¹⁸. La relation avec l'usager n'apparaît plus, dès lors, fondamentalement différente de celle qui existe avec l'administré ordinaire ; comme lui il tend à être posé en « assujetti », tenu de consommer docilement les prestations qui lui sont offertes.

3 / Le contournement de l'unilatéralité a pris plus récemment des formes nouvelles, avec l'apparition de technique d'*incitation*, qui prennent le relais des commandements juridiques traditionnels. On assiste ainsi au développement d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »¹⁹, procédant par voie de recommandations plutôt que de prescriptions : l'administration fixe des « objectifs qu'il serait souhaitable d'atteindre », formule des « directives qu'il serait opportun de suivre », mais sans pour autant leur donner force obligatoire ; renonçant à imposer ou réprimer, préservant la liberté de décision des intéressés, elle compte seulement sur des stimulants divers pour obtenir leur coopération et les amener à adopter l'attitude souhaitée. Il ne s'agit plus de contraindre mais de convaincre : l'administration s'efforce d'emporter l'adhésion des administrés plutôt que d'imposer leur soumission. L'extension de ces techniques s'explique par des arguments techniques et politiques. Plus économique dans son usage, plus souple dans ses effets et sans doute plus efficace dans ses résultats, l'incitation assure un meilleur contrôle des comportements ; elle permet d'éviter les réactions de passivité et de rejet suscitées par la réglementation auto-

18. Comme l'avait parfaitement montré M. Hauriou (*Précis de droit administratif*, Sirey, 1927, 10^e éd., p. 444, n. 1), dans l'organisation des services chargés de fournir des prestations « il apparaît toujours quelque contrainte qui révèle le droit de domination ».

19. Selon l'heureuse formule de P. Amselek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RDP, 1982, p. 278 s.

ritaire. Mais elle résulte aussi de la nécessité pour l'administration de tenir compte de l'existence de centres de décision privés avec lesquels elle doit composer. Si cette rétention par l'administration de ses prérogatives juridiques n'est pas indifférente, la relation n'en reste pas moins inégalitaire : la véritable liberté, c'est l'administration qui l'acquiert, à la fois parce qu'elle retrouve une plus grande latitude dans le maniement de la règle et parce qu'elle peut jouer vis-à-vis des administrés d'une stratégie de distanciation calculée ; et la forme juridique de l'incitation reste unilatérale, même si elle est parfois dissimulée derrière une apparence quasi contractuelle.

La diversification des formes d'action administrative ne suffit donc pas à modifier la structure profonde du droit administratif qui, construite sur le monopole de la contrainte, reste fondée sur l'unilatéralité. La question est de savoir dans quelle mesure cette structure elle-même, reflet du particularisme de la position sociale de l'administration, est susceptible d'évoluer ; certains signes semblent indiquer qu'une interprétation plus souple du privilège d'unilatéralité est progressivement en voie de s'imposer.

ATTÉNUATION DE L'UNILATÉRALITÉ

La fin du privilège de l'unilatéralité, par l'avènement d'un droit administratif fondé sur une stricte égalité des droits et des devoirs²⁰, relève de l'ordre de l'utopie : ce privilège est en effet au principe de l'institution administrative, qui repose sur le monopole de la contrainte ; et sa disparition impliquerait l'abolition de la forme étatique elle-même. Ce qui est en cause est donc moins le privilège lui-même que l'interprétation particulièrement rigide qui en a été donnée en France²¹ : une atténuation de cette rigidité est de nature à infléchir le droit administratif dans un sens plus protecteur pour les administrés ; et certains pas ont commencé à être effectués dans cette direction.

1 / La démarche la plus ambitieuse consiste apparemment à limiter la portée des privilèges reconnus à l'administration. En ce qui concerne la décision exécutoire d'abord, si la remise en cause

20. P. Mauroy s'interrogeait au Colloque *Administration et société* (IFSA, 27 janvier 1983) sur l'intérêt de conserver des notions telles que « pouvoir discrétionnaire » ou « acte unilatéral » — notions « choquantes » « à une époque où concertation et négociation sont devenues des règles de conduite politique ».

21. Comme le montre bien la comparaison avec les pays anglo-saxons : en ce sens M. Lefebvre, *Le pouvoir d'action unilatérale en droit anglais et français*, Paris, 1961.

du privilège du préalable et du principe du caractère non suspensif des recours est difficilement concevable, sauf à paralyser l'action administrative²², en revanche, l'extension des possibilités de *sursis à exécution* apparaît comme la contrepartie indispensable pour protéger les droits des administrés, notamment en matière de libertés individuelles. L'attitude excessivement restrictive que le juge administratif continue d'adopter a incité le législateur à prévoir des hypothèses de sursis obligatoire²³ ou à en alléger les conditions d'octroi²⁴ ; ces avancées législatives ont été complétées par un processus de constitutionnalisation du principe même du sursis, à l'initiative du Conseil constitutionnel²⁵ : mais seul un changement d'attitude du juge administratif peut donner au sursis la portée qu'il devrait avoir. En ce qui concerne l'usage de la force, les progrès résident moins dans la suppression des hypothèses d'exécution forcée, strictement encadrées par les textes et la jurisprudence, que dans l'amélioration des conditions d'exécution par l'administration *des décisions juridictionnelles* : relayant les efforts déjà déployés par le Conseil d'Etat, notamment par l'intermédiaire de son ancienne commission du rapport, le législateur s'est enfin attaqué au problème par la loi du 16 juillet 1980, qui introduit une procédure d'astreinte et prévoit la possibilité de mise en cause de la responsabilité pécuniaire des agents publics ; en dépit des dispositions restrictives du texte sur ces deux points et des conditions très rigoureuses posées par le Conseil d'Etat pour le prononcé d'astreinte, l'innovation n'en est pas moins importante, et l'efficacité du dispositif pourrait être renforcée.

2 Ces privilèges ne sont cependant, on l'a dit, que l'enveloppe formelle de l'unilatéralité : l'enjeu se situe donc plus en amont, au niveau de la conception même de l'action, dans le déroulement des processus décisionnels ; en rompant à ce niveau avec le mode de commandement de type autoritaire, on vide du même coup les

22. Duguit lui-même ayant buté sur ce problème : partant d'une dénonciation virulente du concept de puissance publique, il en était venu, comme l'ensemble de la doctrine, à admettre le privilège du préalable : sous peine de créer un doute permanent sur la validité des actes des gouvernants, il fallait bien « présumer » leur conformité au droit objectif.

23. Par exemple en l'absence d'étude d'impact (loi du 10 juillet 1976) ou après enquête publique ayant abouti à des conclusions défavorables (loi du 12 juillet 1983).

24. Par exemple en ce qui concerne les actes des autorités décentralisées (loi du 2 mars 1982).

25. Voir la décision du 13 juillet 1987, par laquelle le Conseil constitutionnel estime, à propos des décisions du Conseil de la concurrence, qu'en l'espèce l'existence du sursis est « une garantie essentielle des droits de la défense ».

privilèges de décision exécutoire et d'usage de la force de leur venin. La solution la plus drastique consiste à encadrer plus strictement l'exercice des compétences administratives, afin de réduire la part d'appréciation discrétionnaire dans laquelle s'exprime le pouvoir administratif : et il est certain que le développement du contrôle juridictionnel, par lequel le juge administratif a été amené à suivre l'administration de plus en plus sur le terrain du fait (contrôle de proportionnalité), en établissant un pilotage « à double commande », joue comme élément réducteur de l'unilatéralité — l'administration étant amenée à intérioriser les préceptes juridictionnels dans ses décisions ; mais cette liaison de la compétence administrative à ses limites et surtout ne modifie pas fondamentalement le contexte des rapports avec les administrés. C'est dès lors bien davantage par la conquête de *droits nouveaux* permettant aux administrés d'avoir *prise* sur l'action administrative que passe la véritable atténuation de l'unilatéralité ; et cette voie a été effectivement suivie depuis quelques années, entraînant une transformation en profondeur du droit administratif. D'une part, le principe du secret, garant de l'unilatéralité, a été remis en cause à la faveur des trois grandes lois de la fin des années soixante-dix qui, relatives respectivement à l'accès aux fichiers informatisés (6 janvier 1978), l'accès aux documents administratifs (17 juillet 1978) et la motivation des décisions administratives (11 juillet 1979), traduisent l'émergence de ce qu'on a pu appeler la « troisième génération des droits de l'homme » (G. Braibant), axée sur l'information et la communication et conquise au détriment de l'arbitraire administratif. Avec ces lois, l'information devient la règle et le secret l'exception : les administrés peuvent se prévaloir de dispositions juridiques explicites et positives, s'appuyer sur des institutions de protection et de sauvegarde et recourir à des procédures précises pour obtenir de l'administration les informations qu'ils souhaitent ; fonctionnant désormais sous le regard du public, l'administration est amenée à infléchir en conséquence ses modes de raisonnement, ses principes de fonctionnement, ses méthodes de décision. Sans doute convient-il de ne pas surestimer la portée de ces textes : non seulement le dispositif comporte des failles non négligeables²⁶, à travers lesquelles l'arbitraire administratif peut réapparaître, mais encore la transparence ne signifie pas l'établissement d'un réel pouvoir de contrôle sur l'activité administrative ; cependant, les ressources informationnelles dont

26. Ne doivent être motivées que les décisions individuelles défavorables ou dérogatoires ; des secrets font obstacle à la communication des documents, etc. (voir B. Lasserre, N. Lenoir, B. Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987).

disposent les administrés n'en sont pas moins un élément de rééquilibrage de la relation administrative. D'autre part, les administrés sont dotés d'une capacité nouvelle d'intervention dans les processus administratifs. Cette intervention est d'abord collective et s'effectue par l'intermédiaire de représentants : les procédures consultatives ont eu tendance à se généraliser, donnant naissance à des structures permanentes, intégrées à l'administration et dont l'avis est requis avant toute décision ; si la lourdeur de cette « administration consultative » réduit son efficacité, ces procédures sont doublées par des mécanismes plus souples de concertation, qui transforment les décisions administratives en décisions « négociées », produit d'une élaboration conjointe et fruit d'un compromis entre groupes sociaux. Mais les administrés ont aussi conquis un droit de regard sur les décisions qui les concernent plus directement : tandis que les garanties offertes par l'enquête publique ont été renforcées (loi du 12 juillet 1983), l'introduction du principe du contradictoire pour les décisions individuelles devant être motivées (art. 8 du décret du 28 novembre 1983) étend les droits de la défense ; certes, beaucoup reste à faire, mais un mouvement irrésistible semble pousser au développement d'une « procédure administrative non contentieuse » qui, restée longtemps embryonnaire en France, constitue un moyen essentiel d'atténuation de l'unilatéralité.

Par-delà les garanties indiscutables qu'il offre aux administrés, le droit administratif reste donc caractérisé par une structure dissymétrique et inégalitaire : placé sous le signe de l'unilatéralité, il est fondé sur le double pouvoir de contrainte, juridique et matérielle, reconnu à l'administration ; et même si l'exercice de ce pouvoir est strictement encadré par le droit, il est bien source de privilège pour l'administration. Si ce privilège de l'unilatéralité paraît impossible à éradiquer dans la mesure où il relève de l'essence même du phénomène administratif, en revanche le renforcement des garanties juridiques accordées aux administrés, tant en aval qu'en amont de l'action administrative, peut permettre de le contrebalancer, en contribuant par là à un rééquilibrage en profondeur du droit administratif.

RÉSUMÉ. — Même si l'existence du droit administratif ne repose plus sur l'idée de privilège, sa structure reste caractérisée par un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'administration et l'administré, lié au monopole de la contrainte. Il semble cependant que la reconnaissance de droits nouveaux en faveur des administrés ait pour effet d'entraîner une certaine atténuation de l'unilatéralité.

EVELYNE PISIER

*Vous avez dit indépendantes ?
Réflexions sur les AAI*

Autorité administrative indépendante : le législateur français utilise pour la première fois cette expression dans la loi du 6 janvier 1978 qui qualifie ainsi la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Par la suite, le législateur ne recourt que rarement à une telle formulation : sont désignées ainsi la Commission pour la transparence et le pluralisme (loi du 23 octobre 1984), la Commission de la concurrence (loi du 30 décembre 1985), toutes deux supprimées en 1986, et la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL, créée par la loi du 30 septembre 1986) remplaçant la Haute Autorité de la communication audio-visuelle, mais sans doute destinée à disparaître elle-même assez rapidement après l'élection de François Mitterrand à la Présidence de la République en 1988.

Le législateur ne semble donc pas porter une grande responsabilité dans la promotion actuelle de cette étrange qualification. Ni le juge constitutionnel, ni le juge administratif ne paraissent eux-mêmes décidés à lui assurer un véritable enracinement jurisprudentiel.

En revanche, les juristes ont rapidement perçu la nouveauté de la « chose » et tenté de signaler l'apparition au sein du schéma administratif classique d'une catégorie spécifique. Dès 1968, Jacques Rigaud, par exemple, voit bien que l'indépendance attribuée à certains nouveaux organismes ne va pas sans poser quelque problème : « A l'époque contemporaine, la belle harmonie de l'administration classique à deux dimensions, celle de la hiérarchie et celle de la tutelle, est fort compromise ; nous avons assisté pour de multiples

causes, à la création de nouveaux organismes qui, sans pouvoir être qualifiés d'autorités décentralisées au sens que notre droit attache à cette expression, ne sont pas pour autant soumis au pouvoir hiérarchique du ministre. Ce sont des organismes qu'on pourrait dire à "compétences propres". Institués par le pouvoir législatif ou réglementaire, ils ont pour objet soit de permettre la participation des citoyens ou des intérêts organisés, soit de *donner aux administrés la garantie de l'indépendance des personnes* qui concourent à la décision. Et ces organismes sont dotés, non d'une fonction consultative, mais bien d'un pouvoir de décision. »¹

Par la suite, la discussion s'organise, la définition fait l'objet de débats, l'expression reçoit la consécration des récents manuels de droit administratif² et l'étudiant, parlant désormais des AAI, sait au moins que leur nature et leur nombre sont en question. Une partie de la doctrine reste sceptique : arguant de l'hétérogénéité des catégories, de l'« impossibilité de cerner une notion unique d'AAI s'appliquant à tous les cas de figure », elle tend à conclure qu'« il n'y a pas de notion nouvelle d'AAI »³. D'autres s'engagent : « Les AAI constituent bien une institution. On trouve en elles les éléments qui fondent l'institution ; éléments sociologiques d'une part, une idée d'œuvre à réaliser à laquelle adhère le groupe social ; éléments juridiques d'autre part, une structure propre élaborant un droit. L'institution des AAI que l'on peut ainsi identifier constitue une innovation. Elle est en effet une réponse récente donnée par les pouvoirs publics à des problèmes nouveaux posés dans certains secteurs. »⁴ Tous, en tout cas conviennent à la fois de la légitimité d'un débat dont la difficulté centrale semble bien porter sur la question de l'indépendance⁵.

De l'indépendance réelle de ces organismes dépend le sort du paysage administratif français qu'elle pourrait bouleverser au point d'annoncer selon certains observateurs « un modèle nouveau de type polycentrique caractérisé par la coexistence de plusieurs centres de décision et de responsabilité »⁶ et donc de révéler « l'avènement progressif d'une vision pluraliste de l'Etat, qui fait craquer la rigi-

1. Concl. sur CE 6 déc. 1968, *RDP*, 1969, 703 (nous soulignons).

2. Cf. notamment : G. Dupuis, M. J. Guedon, A. Colin, 1986.

3. P. Sabourin, *AJDA*, mai 1983, 275.

4. C. Teitgen-Coly, *Les Autorités administratives indépendantes, Histoire d'une institution*. Rapport pour le Colloque CERAP, 11-12 juin 1987.

5. Cf. l'ensemble des travaux du colloque précité, à paraître aux PUF, 1988.

6. J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des AAI*, *Semaine juridique*, 1986, I, 3254.

dité de l'ancien modèle unitaire. »⁷ L'enjeu est donc d'une telle importance que le juriste est désormais requis de cerner le contour de la notion. Certains conservent une conception restrictive : nécessité de cumuler à la fois l'indépendance organique et l'indépendance fonctionnelle⁸. Après le coup de force théorique opéré par une étude de la commission du rapport et des études du Conseil d'Etat qui n'hésitait pas à dénombrer 18 autorités administratives indépendantes et à en souhaiter l'extension⁹, d'autres préconisent « la définition la plus large » qui ne risque pas « d'exclure de l'analyse des organismes „à la marge” dont la marginalité peut éclairer sur la spécificité de la catégorie et qui sont d'ailleurs susceptibles de se transformer ». Ceux-là sont amenés à entendre par AAI « des organismes publics dépourvus de la personnalité morale (partie intégrante de l'Etat, car créés par l'initiative publique et alimentés par des fonds publics) qui ne sont ni subordonnés au pouvoir exécutif, ni des prolongements du pouvoir législatif, du pouvoir judiciaire, dotés de pouvoirs leur permettant d'exercer une influence déterminante sur un secteur donné, placés enfin à une distance des pouvoirs qui les garantisse de toute intrusion de ceux-ci dans leur fonctionnement »¹⁰.

Partisans d'une définition restreinte ou élargie, ces observateurs débordent donc la lettre législative, étendant la formule à un certain nombre de secteurs dits sensibles où les libertés publiques peuvent être plus particulièrement menacées. Pourtant, relayés par la presse et par l'opinion publique, les faiseurs de la doctrine juridique sont eux-mêmes largement débordés par la multiplication de commissions aux contours plus flous encore mais que l'on dit commodément « de sages ». On les dit partout, on les voit partout, même lorsque leur degré d'institutionnalisation est minime ou que leur statut est évidemment provisoire, même lorsqu'il ne s'agit aucunement d'autorités administratives indépendantes. Ainsi la « sagesse » serait-elle appelée à s'étendre à des secteurs plus hétérogènes encore : réforme de la Sécurité sociale ou du code de la nationalité, déontologie des sondages, évaluation des universités ou éthique médicale. Au-delà de l'administré ou du consommateur, la conscience du citoyen.

7. J. Chevallier, Les autorités administratives indépendantes, dépassement ou confirmation de la dualité ? Colloque international de la Revue *Politiques et management public*, 15-16 décembre 1986.

8. P. Nicolay, Colloque CERAP, 11-12 juin 1987.

9. F. Gazier, Y. Cannac, *EDCE*, 1983-1984, n° 35.

10. C. Teitgen-Colly, rapport préc.

Quelles que soient les difficultés de sa traduction juridique, cette référence au terme de sagesse pour désigner des catégories si différentes, évoque au moins une même question : c'est qu'en effet sagesse et indépendance entretiennent un étroit rapport pour le « sens commun ». Le sage est d'abord celui dont l'opinion n'est ni soumise, ni dépendante. En ce sens, autorités administratives indépendantes ou simples « conseils de sages » relèvent d'une même « idée d'œuvre », d'un même « titre de légitimité » et l'opinion publique n'a pas tort de suggérer une même « raison d'être ».

Raison d'être ? L'examen en vaut bien quelque détour tant le bilan actuel fait l'objet de polémiques. Car on s'accorde d'autant mieux aujourd'hui à se lamenter sur l'absence d'indépendance de telle ou telle de ces autorités qu'on oublie ou qu'on veut ignorer le pourquoi d'un pareil vœu d'indépendance. Lequel ne va pas de soi au regard, notamment, de la culture et des traditions juridiques et politiques françaises.

Au-delà des efforts de certains auteurs pour établir une périodisation très sophistiquée, on s'accorde pour dater l'émergence des autorités administratives indépendantes de la décennie 1970. Sans doute, à l'écoute de la demande de sagesse, l'historien des idées devrait-il tenir compte des transformations à l'œuvre dans le paysage idéologique français : peut-être serait-il alors tenté d'associer la demande de sagesse à l'essoufflement des prophéties révolutionnaires. Lorsque l'Histoire perd sa majuscule et que le lendemain ne chante plus, les difficultés du présent réclament d'autres sirènes. Question d'époque ? Chacun ne se résigne pas de gaieté de cœur : ainsi datée, ainsi vêtue de réalisme et de pragmatisme, avant même toute discussion relative à son statut, cette sagesse-là est susceptible de nourrir sarcasmes et nostalgies. Jeunes fous, vieux sages : affaire de sensibilités, bien trop sérieuse donc pour qui a jamais prétendu trancher.

Moins sérieusement alors, on devrait repérer une multiplicité de facteurs qui tous font signe vers une certaine « crise de l'État » précédant puis s'épanouissant en « crise de l'État-Providence ». Mondialisation de l'économie, internationalisation du commerce, sophistication des techniques dans les secteurs les plus variés, complexification des réseaux sociaux, autant de défis nouveaux pour un « art politique » dit en « retrait » voire en « déroute ». Un art politique dont les choix doivent répondre à la fois des urgences du présent et des effets pervers du long terme. Pondération du temps, affaire de sagesse ?

Dans le secteur purement administratif, la crise n'est pas nou-

velle : la France, on le sait, souffre, de maladministration chronique. Rigidité, impersonnalité, non-publicité, bureaucratie : le temps est à la transparence et à la communication¹¹. Institué par la loi du 3 janvier 1973, renforcé dans ses attributions par celle du 24 décembre 1976, le Médiateur, ce *Solon*, « indépendant de tous, homme lige de l'équité et d'elle seule » ou plus modestement « intercesseur gracieux entre le citoyen et l'administration » constitue en tout cas une solution nouvelle. Telle est bien l'intention du législateur qui, le libérant du contrôle hiérarchique de ses décisions ou du contrôle financier de ses crédits, prétend « tenter la greffe d'un organe nouveau » « d'une institution juridique originale dans notre droit public », « d'une institution pragmatique et évolutive, un peu à la manière anglo-saxonne » qui n'hésite pas à en appeler au « caractère public » de ses recommandations, à « la pression de l'opinion publique et parlementaire qu'elles susciteront » pour garantir son autorité et en faire « un pouvoir de redressement et de régulation »¹². Solutions nouvelles aussi dans le secteur administratif que la CNIL et la CADA : bien que dotées de compétences différentes par les lois des 6 janvier et 17 juillet 1978, elles sont toutes deux chargées de missions telles que l'on n'en conçoit l'impartialité et la neutralité qu'à distance de l'Administration et du Politique. Manière pour le Pouvoir de s'avouer en difficulté ? On perçoit déjà les contours d'une polémique à double extrême : de la réalité de l'indépendance accordée, on conclura soit à la démission, soit à la manipulation des gouvernants.

Dans d'autres secteurs, ceux de l'économie ou des médias par exemple, la raison d'être d'organismes indépendants suggère des débats idéologiques plus tendus. L'émergence de tels organismes accompagne une volonté affirmée de « désengagement » de l'Etat dans ces domaines. A gauche comme à droite, un certain néo-libéralisme aurait marqué des points, mettant en question le principe et les modalités de l'interventionnisme étatique. Dans ces secteurs, la liberté, qu'elle soit de l'épargnant, de l'actionnaire, de l'entrepreneur, du lecteur, du spectateur en tous genres et finalement du citoyen, ne se conjugue désormais qu'avec le pluralisme. A l'affrontement classique Etat/Individu se substitue une diversification plus complexe des rapports sociaux dont on cherche à assurer, c'est le maître-mot, la régulation. Commission des opérations de bourse, commission puis Conseil de la concurrence, Commission des clauses

11. Cf. Bruno Lasserre, Noëlle Lenoir, Bernard Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987.

12. Cf. Débats Ass. nat. et Sénat, 14 et 19 décembre 1972.

abusives, Commission de la sécurité des consommateurs, Commission des sondages, Commission pour la transparence et le pluralisme en matière de presse, Haute Autorité de la communication audiovisuelle puis CNCL, ces organismes, qualifiés ou non d'AAI, prennent naissance au sein d'une législation marquée de l'esprit de pluralisme et de régulation. A la source, certes, on perçoit le paradoxe qui fragilise le processus de leur légitimation : depuis les années 1970, ces organismes sont tout autant le symbole du « désengagement » de l'État que son correctif. En France dérégulation et régulation sont quelque temps synonymes. Peu importe aux moins rigoureux puisque l'essentiel réside dans les garanties de l'indépendance offerte à ces missionnaires de la régulation. La cohérence repose en effet sur le double objectif de garantir l'indépendance par l'indépendance... Autrement dit, le stade de l'autoréforme administrative semble largement dépassé. L'ensemble de la société fait vœu de transparence et c'est dans le secteur le plus traditionnellement placé sous haute surveillance étatique que le Conseil constitutionnel érige le pluralisme en objectif à valeur constitutionnelle¹³. Le pouvoir politique apparaît dans une telle configuration à la fois inapte et suspect : inapte puisque la mission de régulation ne lui est pas directement confiée, suspect puisqu'elle est confiée à d'autres dont la légitimité tiendrait précisément à leur indépendance. On s'aperçoit que le recours aux sages devient le symptôme d'une crise plus grave que celle que l'on disait de l'État, de sa représentation ou de sa providence l'art même de gouverner est en question.

Des mots inusités scandent le vocabulaire de la nouvelle sagesse : magistrature d'influence, magistère moral, déontologie, conscience sociale, équité, médiation afin de convaincre, de persuader, de recommander, de négocier, d'arbitrer, de communiquer... Science, éthique, prudence font la panoplie du sage. A condition de leur restituer, malgré les références à Solon ou aux Grecques, un sens délibérément moderne. Moins celui d'Aristote que celui de Montesquieu¹⁴, comme le plaide remarquablement B. Manin. Le démocrate peut craindre la sagesse d'un Aristote dont le pragmatisme servirait encore à mieux aménager une science universelle ou à enfermer la vertu dans l'horizon du juste milieu. Et si le terme même de sagesse irrite, c'est qu'on lui prête un sens qui scelle l'alliance du libéralisme et du conservatisme. Mais au sens de Montesquieu la sagesse moderne

13. Cf. P. Bouretz, *Pluralisme et médias : à la recherche d'un critère juridique*, *Esprit*, janvier 1988.

14. B. Manin, *Montesquieu et la politique moderne*, *Cahiers de philosophie politique*, Ousia, 1985.

tient dans la vertu de modération qui prend acte à la fois du primat de la loi et de la liberté humaine¹⁵. En ce sens, la sagesse moderne peut faire signe moins vers un libéralisme « de la règle » ou du « marché » que vers un pluralisme des pouvoirs et contre-pouvoirs¹⁶. En ce sens encore, le démocrate eraint le sage qui lui paraît dessaisir à la fois et le juge (de quel « code » deviendrait-il la bouche ?), et le fonctionnaire (s'il n'est plus l'incarnation de l'expertise impartiale ?) et le législateur (dont l'efficacité normative a déjà été autrement mise en cause avec le constat de son impuissance « délibérative »). Bref on multiplie les commissions de sages, on nomme jusqu'à 18 autorités administratives indépendantes, on souligne l'urgence de leur mission de régulation, on les déclare indispensables à la cohésion sociale, on les prétend conformes aux nouveaux consensus et propices aux nouvelles chances de la démocratie politique mais la résistance s'organise. Au nom de la démocratie.

L'indépendance figure au cœur de cette résistance. Résistance intellectuelle : comment penser l'indépendance, jusqu'où, c'est-à-dire comment refuser de la penser pour n'en penser que la limite. Résistance politique : comment assurer l'indépendance de l'organisme et de ses membres de manière à préserver la légitimité de la mission sans prendre le risque de l'autonomie de l'institution.

Résistance intellectuelle. Il va de soi que la dépendance avérée des sages acérédite la thèse de la manipulation politique, de l'appareil idéologique d'Etat, de l'attrape-consensus ou du camouflage déshonorant. Il va de soi que l'indépendance affirmée de l'institution accrédite celle du « gouvernement des sages », de la démission du pouvoir politique, de la lâcheté parlementaire et de la perversion insensible de la démocratie. Au-delà d'inquiétudes dont l'expression prend un tour inévitablement polémique, d'excellents débats de doctrine témoignent des sérieuses difficultés à insérer ces institutions nouvelles dans le système politico-administratif français. Ces difficultés tiennent notamment à l'idée de séparation des pouvoirs, et en conséquence à celle de séparation des autorités administrative et juridictionnelle. Les débats qui ne cessent de s'amplifier depuis la création du Médiateur en sont un exemple significatif et la discussion porte sur ses liens avec chacun des trois pouvoirs. Après tout la mission même du Médiateur ne devrait-elle pas relever d'une commission parlementaire instituée *ad hoc*, le Médiateur n'au-

15. B. Manin, *ibid.*

16. B. Manin, Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoirs, *Intervention*, 1984, n° 9.

rait-il pas dû être un « délégué parlementaire à la liberté »¹⁷ ? Le Médiateur actuel, Paul Legatte, n'a pas hésité à s'impliquer dans le débat qui porte sur la nature de son institution : à juste titre, il défend l'idée que de sa qualification dépendent ses rapports avec les trois pouvoirs et donc la réalité de son indépendance. La décision Retail du 10 juillet 1981¹⁸ qui le qualifie d'autorité administrative indépendante le consterne¹⁹ : elle compromet son autorité aux yeux des citoyens qui le suspecteront d'avoir partie liée avec l'administration et gêne sa coopération avec les parlementaires qui, au lieu de l'interroger directement, posent des questions écrites auxquelles le Premier ministre ne peut répondre sans s'immiscer dans l'exercice de sa mission. Aussi souhaite-t-il qu'un revirement de jurisprudence ou une loi nouvelle lui redonne son identité qui serait celle d'une « autorité de l'Etat indépendante ». Sans vouloir ici rentrer dans le détail de la discussion juridique, retenons que ce débat est significatif des difficultés rencontrées par les conseils de sages dès qu'ils sont institutionnalisés comme autorités administratives et que chacun d'entre eux peut rester attentif à l'avertissement de Paul Legatte : « En effet, dans la vie courante la tentation sera de plus en plus forte de considérer qu' "autorité administrative" signifie "service administratif". »²⁰ Le débat porte aussi sur les rapports de ces autorités avec le pouvoir judiciaire : dans la recherche d'une indépendance plus complète, certains vont jusqu'à soutenir que leurs décisions doivent être soustraites à tout contrôle juridictionnel, d'autres, à juste titre, font valoir que le prestige de ces institutions n'aurait rien à gagner de voir ainsi accroître la catégorie des « actes de gouvernement »²¹. Le débat rebondit alors avec la question de savoir quel juge est compétent : la loi peut-elle, sous certaines conditions, confier au juge judiciaire le contentieux des actes des autorités administratives indépendantes ? Arguant de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, certains concèdent comme un possible aménagement « à la marge » du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, d'autres profitent de cette décision pour rappeler que le Conseil de la concurrence n'a pas le « caractère d'autorité administrative

17. Proposition de loi Chandernagor en 1972.

18. CE. Ass. plén., concl. M. Franc, *RDP*, 1981, p. 1441.

19. Cf. *Rapport annuel*, 1986 et le médiateur de la République, *Rev. adm.*, 1986, p. 431.

20. P. Legatte, *Le médiateur est-il une autorité administrative indépendante ? Rapport au Colloque CERAP*, préc.

21. Cf. notamment Jean Paul-Costa, *Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? AJDA*, 87, p. 341.

au sens strict »²². Sans vouloir entrer ici dans le détail du conflit d'intérêt entre professionnels du droit, on notera qu'au-delà du cas du Conseil de la concurrence, la compétence très large reconnue au juge administratif, juge mais administratif, suscite des inquiétudes : l'indépendance des AAI n'est-elle pas subtilement menacée dès lors que le juge administratif est appelé à jouer le rôle d'une « instance intégrative de substitution » ?

L'ensemble de ces débats reste révélateur des résistances de la tradition juridico-politique française attachée à une conception restrictive de la pensée de Montesquieu : le postulat tripartite laisse peu de place à l'indépendance des contre-pouvoirs. Malgré l'effort de certains auteurs pour critiquer le caractère « hexagonal » de réflexions qui freinent « l'acclimatation en notre pays » d'institutions originales et le contresens que l'on commet « à vouloir en rendre compte à partir des catégories préexistantes de notre droit public »²³, cette résistance conserve de solides ancrages et fragilise pour longtemps encore le processus de légitimation de telles institutions. Faut-il en conclure avec Jean-Denis Bredin que presque deux siècles après Napoléon, « l'indépendance n'est toujours pas une spécialité française » même si « volontiers nous fabriquons l'apparence des contre-pouvoirs, car nous aimons les symboles »²⁴ ?

Il n'est certes pas indifférent que nous aimions ce symbole et que le développement croissant des comités de sages en témoigne aujourd'hui. Il n'est pas indifférent qu'un certain nombre de ces autorités, à défaut d'une légitimité acquise d'emblée, aient réussi à se constituer, par leur pratique, une position originale face aux autres pouvoirs et à s'attacher progressivement les faveurs de l'opinion publique. Il n'est pas indifférent que certaines d'entre elles, jouant de la diversité de leurs modes d'action et d'intervention, aient parfois permis d'accréditer l'idée que l'édiction et l'application des normes ne sont pas le seul art de gouverner possible. Il n'est pas indifférent enfin que certaines d'entre elles soient parfois parvenues à développer en leur sein une « logique de consensus » qui favorise un processus d'autonomisation²⁵. Il n'est pas certain, tou-

22. Sur cette question, cf. notamment P. Nicolay, rapport au Colloque CERAP préc. et J. Chevallier, Note sous la décision du Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, *AJDA*, mai 1987.

23. Y. Gaudemet, le Médiateur est-il une autorité administrative ? *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117-130.

24. J. D. Bredin, Insupportable indépendance, *Le Monde*, 20 novembre 1987.

25. Cf. S. Hubac, E. Pisier, *Les AAI face aux pouvoirs*, Rapport au Colloque CERAP, préc.

tefois, que ces quelques signes autorisent un diagnostic optimiste. La résistance reste fondamentalement politique.

L'indépendance du « contre-pouvoir » devient l'enjeu de politiques contradictoires mais dont la cohérence est malheureusement perceptible : dans un premier temps, l'indépendance de l'institution est inversement proportionnelle à son pouvoir de décision ; on s'inquiète toutefois que le simple « magistère moral » ne se laisse pas enfermer dans la seule fonction de consultation dès que l'appel à l'opinion publique, par le jeu des média, s'institutionnalise tant soit peu ; le pari facile d'un organisme indépendant parce que sans autorité ne suffit plus ; reste le pari inverse, et autrement plus subtil de l'institution sans indépendance parce que accablée d'autorité... Il est sans doute trop tôt pour prédire un tel avenir au Comité d'éthique, il est peut-être trop tard pour prévenir celui de la CNCL...

Le cas de la CNCL est exemplaire. L'indépendance fait l'axe des débats et polémiques qui ont assuré la triste célébrité de cette « autorité administrative indépendante » à laquelle la loi du 30 septembre 1986 donne un pouvoir de décision et des moyens d'action bien supérieurs à ceux que la loi du 29 juillet 1982 accordait à la Haute Autorité. Accroître les pouvoirs pour renforcer l'indépendance, tel est l'objectif officiel. Mais, on s'en aperçoit rapidement, l'indépendance n'advient pas...

Premier problème : la CNCL souffre d'un péché originel. La suppression de la Haute Autorité, accablée du grief de politisation, n'allait pas de soi dès lors que l'on se déclarait attaché au symbole du contre-pouvoir installé au cœur du paysage audio-visuel français et que le consensus semblait acquis sur le bien-fondé de son existence²⁶. Mais la loi est la loi et ce qu'elle peut faire elle peut le défaire, aussi le Conseil constitutionnel a-t-il admis qu'il soit mis fin au mandat de la Haute Autorité en lui substituant un nouvel organisme. Mécanisme bien révélateur : en matière d'audio-visuel, aucun Gouvernement, aucune majorité n'aurait la naïveté de créditer l'adversaire de la moindre intention de loyauté. L'examen des débats parlementaires indique que le soupçon va de soi²⁷. Aussi le Gouvernement de 1986 est-il d'emblée suspect de vouloir simplement remodeler la composition de la nouvelle autorité aux couleurs de la nouvelle majorité. Le mal vient moins de ce qu'il en soit effectivement ainsi que de ce que personne, dans la classe politique, voire dans l'opinion

26. Seuls les parlementaires communistes le dénonçaient comme « le bras séculier du pouvoir en place » et « l'instrument accompli de sa tutelle ».

27. Sur tous ces points, cf. notamment J. Chevallier, Le nouveau statut de liberté de communication, *AJDA*, février 1987, p. 59.

publique avertie, ne doute que l'intention inverse ne relève du masochisme et de l'incompétence politiques. En 1988, les socialistes semblent convaincus de la nécessité d'assurer la permanence de l'institution au lieu de la « condamner à mort » à chaque changement politique. Sans doute est-il désormais pensable de constitutionnaliser le principe de cette institution pour garantir sa pérennité. Mais on ne voit pas que cela garantisse l'indépendance de ses membres ni l'impartialité de ses décisions.

Aussi bien le remodelage de la composition est-il de nouveau à l'ordre du jour. En général et pour chacune des AAI, c'est autour de la composition de l'institution et du statut de ses membres que le débat sur l'indépendance paraît le plus passionné. *A fortiori* dans le cas de l'audio-visuel. Les règles relatives à la composition de la CNCL sont aujourd'hui en discussion : du fameux cocktail destiné à associer les représentants des différents courants de pensée politique mais aussi des grandes juridictions et de la profession devait surgir l'expression de la sagesse et la garantie de l'impartialité. La pratique semble au moins avoir démontré que l'élection des membres de juridictions par leurs corps avait politisé ces derniers et que la désignation de ces magistrats ne s'était pas effectuée sans arrière-pensées politiques. Les déclarations de P. Nicolay en témoignent de manière accablante : « Je crains que les modifications récemment apportées au système de désignation des membres de l'autorité administrative n'aillent à l'encontre du propos affiché de rechercher l'indépendance. *On a critiqué le mode de désignation du Conseil constitutionnel, que l'on a jugé trop politique, et on a voulu le corriger pour la CNCL en faisant appel au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation, à la Cour des comptes et à l'Académie française...* Mais je ne crois que l'on ait ainsi éloigné la politique. Tout au contraire, et parce que l'on a choisi l'élection par les corps sollicités pour désigner une personnalité, on a introduit la politique dans ces corps... Le système imposé d'une candidature et d'une campagne électorale a fait disparaître tout frein à l'introduction de la politique. J'ai longtemps nié vivement que le Conseil d'Etat fasse de la politique. Je dois avouer aujourd'hui qu'il en a fait une fois, et c'était pour l'élection du membre de la CNCL. »²⁸ A quoi il faut ajouter que l'idée d'une cooptation de personnalités ne s'est pas révélée meilleure : devenant un enjeu majeur au sein de l'institution, elle ne pouvait que donner lieu aux divisions à caractère aussi « politique ». Enfin n'est pas meilleure l'idée de laisser à l'institution une autonomie totale dans

28. P. Nicolay, Rapport CERAP, préc.

le choix de son président car elle contribue aussi à consacrer les divisions politiques au sein de l'institution. La question du mandat se révèle de même source de sérieuses difficultés : le mandat non renouvelable constitue-t-il une véritable garantie d'indépendance alors que la perspective du non-renouvellement incite à moins de rigueur ? Quant au mandat de neuf ans qui garantit comme une sorte de « détachement » à l'égard des intérêts que l'on est censé représenter, il aboutit à tenir en dehors de l'institution des personnalités « dans la force de l'âge »... Or si l'on a pu croire longtemps que l'âge des « vieux sages » assurerait à la fois l'expérience et l'impartialité, on s'aperçoit aujourd'hui que la technicité des problèmes posés au nouvel « art de gouverner » requiert parfois plus d'énergie que la jeunesse... Chacun s'interroge mais pour l'instant on propose de calquer la composition de la CNCL sur celle du Conseil constitutionnel, ce qui ne prouve pas forcément que l'imagination est au pouvoir. Peu importe, puisque la CNCL s'est « totalement discréditée » : l'attachement au symbole de l'indépendance peut d'autant mieux s'affirmer que la critique de la dépendance est aisée. En ce domaine chacun reconnaît que la CNCL, et particulièrement certains de ses membres, y auront mis du leur et que « même aux yeux des téléspectateurs, le bilan n'est pas facile à défendre »²⁹. La liste des erreurs et des fautes est si longue qu'elle paraît rendre la tâche des réformateurs plus aisée et leur intention moins suspecte. Puisqu'en outre ils peuvent fustiger une dépendance non seulement politique mais « commerciale ». Le soupçon de corruption d'une part, et plus grave encore, la menace d'un véritable « cauchemar commercial » dans lequel la CNCL aurait entraîné la télévision française³⁰ réveille la phobie française du *lobby*.

Cauchemar commercial ? Qui observe aujourd'hui l'ainsi nommé PAF sait à quel point l'expression est juste et comme elle approche une réalité. Elle risque cependant, quelles que soient les meilleures intentions, de servir d'ultime argument aux faux défenseurs de l'indépendance des contre-pouvoirs. En ce cas, le cauchemar commercial sera le prix à payer pour l'impuissance à penser le service public, ses finalités et ses moyens, ses limites et ses rapports avec le marché. Il s'agit d'une question essentielle et urgente que les erreurs et les maladroites de la CNCL ont contribué à rendre plus essentielle et plus urgente. Mais elle ne devrait pas servir d'alibi à

29. Roger Bouzinac, Entretien, *Le Monde*, 12 avril 1988.

30. Cf. C. Ockrent, Tâchons de ne pas faire un cauchemar commercial, *Le Monde*, 9 mars 1988.

ceux qui n'acceptent les contre-pouvoirs qu'à condition qu'ils « ne gênent pas le pouvoir » et qui ne stigmatisent la dépendance des autres qu'à condition de lui substituer celle des leurs.

Dans le cas de la CNCL, l'indépendance de l'institution est un vrai problème. Mais tel qu'il est posé, il contribue à masquer un constat dont on commence à peine à prendre conscience : ses ailes de géant l'empêchent de voler librement³¹. A examiner la loi qui l'a créée et les décrets qui encadrent sa mission, à constater sans parti pris l'ampleur et la diversité des tâches qu'elle a cru devoir assumer, à mesurer les aspects contradictoires des contraintes budgétaires, à s'effarer de cette course de sauts d'obstacles qu'impose un agenda annuel et le peu de temps laissé à la réflexion de sages finalement comparée à celui que l'urgence laisse aux gouvernants, on reste sans espoir : décidément l'indépendance n'est pas une spécialité française. Pour ne pas faire de la CNCL un contre-pouvoir, on en a fait un ministère de plus, dont la fonction gestionnaire l'emporte sur toute ambition de régulation³². Loi et décrets fixent un calendrier et un mode d'emploi *a priori* tels que l'objectif d'une codification lente et progressive de règles déontologiques sagement mûries se vide de tout contenu. L'enjeu ne vaut même plus la peine de la discussion... Aussi bien est-il peut-être plus « sage » d'y renoncer.

Mais autant renoncer aussi au double langage : à quoi bon discourir de l'indépendance du « sage » si on la sait à la fois impossible et indésirable ? A moins qu'on ne la souhaite qu'aussi — mais pas plus — ambiguë que celle d'un fonctionnaire français : un paradoxe très libéral vante aujourd'hui son indépendance en lui rappelant son devoir d'obéissance. Ce n'est pas la pire solution, elle n'a simplement rien à voir avec l'idée de contre-pouvoir et n'entretient aucune illusion de pluralisme.

31. Cf. l'excellent rapport de Dana Hastier, à paraître à la *Documentation française*.

32. Cf. les analyses comparatives de B. Guillon, J. G. Padioleau (in *La régulation de la télévision*, la Documentation française, 1988), qui semblent conclure à une sorte de pathologie de la régulation « à la française » versant à la fois dans l'opportunisme et le dogmatisme.

RÉSUMÉ. — *Pour leur assurer une indépendance dont on craint les effets autant qu'on en déplore les limites, on institutionnalise le recours « aux sages » : alors le souci de la gestion risque de l'emporter sur l'ambition de la régulation et le pluralisme de rester une illusion.*

VINCENT COUSSIRAT-COUSTÈRE

*Le juge administratif
et le droit communautaire*

Difficultés anciennes et résistances nouvelles

Le 2 mai 1986 la Commission a introduit devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) un recours en manquement contre la France (aff. 105/86). Le fait est banal — pensera-t-on — sauf à l'examen de l'un des deux griefs de la Commission : l'article 38 V de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981, transférant de l'ordre judiciaire aux tribunaux administratifs le contentieux des contributions indirectes, aboutit à aggraver l'état d'application du droit communautaire en France ; en l'adoptant, le législateur a méconnu l'article 5, alinéa 2 du traité CEE qui impose à l'Etat de s'abstenir de toute mesure mettant en péril la réalisation des buts de la Communauté. Le recours de la Commission — retiré depuis, à la suite de l'abrogation de la mesure litigieuse — mettait directement en cause la jurisprudence administrative française sur des controverses bien connues (primauté de la loi postérieure, extrême rareté du renvoi préjudiciel à la CJCE) ; il illustre surtout une résolution nouvelle à donner une forme contentieuse à sa contestation du « nationalisme ombrageux » du Conseil d'Etat.

Le juge administratif français n'ignore cependant pas le droit communautaire, mais les rapports qu'il entretient avec lui ne peuvent être compris sans le rappel de quelques données de base. Comme juge naturel de l'administration, il est d'abord plus directement concerné que l'ordre judiciaire par les normes communautaires. Le traité CEE et son droit dérivé sont principalement destinés à affecter les compétences des personnes publiques qui restent des autorités nationales, soumises à leur juge, même quand elles agissent pour la Communauté (2 octobre 1981, G. I. E. Vival, *Rec.*, 347).

De plus les techniques contentieuses qu'il met en œuvre — annulation de l'acte illégal, responsabilité pour illégalité fautive — sont de nature à donner aux principes structurels du droit communautaire — effet direct, primauté — une portée plus grande que devant le juge judiciaire. Or le droit communautaire introduit dans le système administratif français des facteurs de perturbation. La norme communautaire s'intègre dans la légalité administrative (art. 55 de la Constitution et art. 189 CEE), mais le juge interne a sur elle des pouvoirs limités n'en étant ni le censeur ni l'interprète mais seulement le garant. Il subit encore une concurrence sur son propre terrain. Par renvoi préjudiciel ou dans le cadre d'une procédure en manquement, la CJCE peut connaître de la conformité au droit communautaire d'un acte administratif français ou encore « communautariser » un concept utilisé par le juge interne (« administration publique », « ordre public », « sécurité publique », etc.) ; la Commission elle-même, dans une mesure moindre et avec l'appui de la Cour, peut aussi infléchir le contenu des prérogatives publiques nationales (voir, entre autres, les art. 90 et 93 CEE).

Le droit communautaire s'impose au juge administratif français. L'examen d'ensemble de sa jurisprudence n'a pas à être repris (voir Genevois, *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 73 et s.) et le propos est ici limité. Partant seulement de la constatation que sur plusieurs points le juge administratif ne donne pas un plein effet au droit communautaire, il est d'en rechercher la cause. À cet effet on part de l'hypothèse qu'un système juridique — le droit administratif, le droit communautaire — est un ensemble cohérent de normes et d'enchaînements logiques ; le juge est chargé de le maintenir et de le faire évoluer pour concilier stabilité et mouvance dans les rapports sociaux mais il doit se garder de poser des solutions qui, rapportées à la structure du système, apparaissent aberrantes. Les aspects contestables, d'un point de vue communautaire, de la jurisprudence du Conseil d'Etat exigent donc un travail de reconstruction comme s'il s'agissait d'une anamorphose, afin d'établir s'ils s'expliquent par la cohérence d'un système ou l'esprit de système.

LA « POLITIQUE DE L'ACTE CLAIR »

En matière de renvoi préjudiciel pour l'interprétation uniforme du droit communautaire, la position du juge administratif semble paradoxale et ses choix arbitraires. Juge interne rodé au mécanisme de la question préjudicielle — et pour le Conseil d'Etat, juridiction

suprême tenue de renvoyer à la Cour toute question d'interprétation —, il y recourt avec une parcimonie notoire. Au-delà, la motivation de ses décisions prononçant ou refusant le renvoi reste si brève qu'elle donne à penser que le juge n'a pas de doctrine. L'observation de la jurisprudence accessible permet cependant de poser deux données de fait : le renvoi est rare et son domaine reste limité.

L'explication de la première ne peut être fournie avec précision faute de connaître la teneur des conclusions des parties mais il est évident que le juge administratif a transposé en droit communautaire les principes du renvoi préjudiciel de l'ordre interne ; le renvoi ne peut être prononcé que si le jugement au fond dépend directement de la solution d'une « question » réelle et sérieuse (15 octobre 1982, Société Roquette frères, *Rec.*, 350). On ne peut reprocher au juge d'exercer sa fonction en s'interrogeant sur l'existence de la difficulté prétendue — sauf à admettre que les parties ont la discrétion de faire saisir la Cour —, même s'il est vrai qu'il use parfois trop facilement de ce pouvoir, en réinterprétant par exemple une interprétation déjà donnée par la Cour (Sect., 10 février 1967, SA des Établissements Petitjean et autres, *Rec.*, 63 ; 8 avril 1987, Ministre du Travail... c/ Heisch, *Rec.*, 138). En tout cas le juge administratif recourt peu au renvoi parce qu'il est de ceux qui en connaissent le mieux les techniques.

La matière du renvoi est nettement circonscrite car, à l'exception de deux cas portant sur le traité (Sect., 28 juin 1974, Charmasson, *Rec.*, 376 ; TA Paris, 16 décembre 1974, Rutili, *Rec.*, 778), il s'est toujours agi de l'interprétation d'un règlement communautaire (Sect., 10 juillet 1970, Synacomex, *Rec.*, 477 ; TA Paris, 5 juin 1973, Sopad, *Rec.*, 789 ; Sect., 22 décembre 1978, Syndicat viticole des Hautes Graves, *Rec.*, 525 ; 16 mars 1979, dame Damas, *Rec.*, 122 ; 15 octobre 1982, Société Roquette frères, *Rec.*, 350 ; TA Strasbourg, 3 octobre 1985, Heisch, *Rec.*, 514). L'unité de la jurisprudence est frappante et conduit à la conclusion que le renvoi préjudiciel est maintenu dans sa fonction la plus étroite : assurer l'interprétation uniforme d'une réglementation communautaire substituée à son homologue nationale et conditionnant la légalité d'actes administratifs internes. La norme communautaire est alors perçue comme un corps étranger, intégré au droit interne, dont l'examen de la substance — sens ou validité — échappe au juge national.

En dehors de ces limites, c'est-à-dire dès qu'une norme nationale n'est pas directement conditionnée par le droit communautaire, il n'y a pas lieu à renvoi. « L'acte clair » a pour fonction d'empêcher la Cour de Justice d'apprécier directement ou par ricochet la compa-

tibilité du droit interne au traité, ou de lui offrir l'occasion d'entamer les compétences retenues par l'Etat (voir le jugement très éclairant à ce propos du TA Paris, 16 mars 1971, Garot et Société du journal *Le Point*, *Rec.*, 840). Jamais le juge administratif ne posera à la Cour la question-type d'aujourd'hui : « L'article "X" du *Traité* doit-il être interprété en ce sens qu'est incompatible avec lui une législation qui... (suit une description minutieuse du droit interne) » ? Il apporte au contraire un soin extrême à la formulation abstraite de sa question (voir arrêt Charmasson, précité) et si cette formulation adéquate n'est pas possible, privé qu'il est du renvoi au ministre des affaires étrangères, il réputera claire la disposition en cause. Cela se voit nettement à propos des articles du traité qui constituent des « réserves de compétence nationale » (art. 36, 48, § 4, 55, 56, § 1, 133, § 3 ou 189, II. 3), c'est-à-dire des cas où le traité lui-même opère un renvoi à une compétence ou à un concept du droit interne. Pour le Conseil d'Etat, ce renvoi ne peut être que « clair » puisqu'on ne peut admettre qu'un pouvoir de l'Etat soit à la fois autonome et communautarisé (voir, parmi beaucoup d'autres, 7 février 1979, *SGEN*, *Req.*, 5632 — sur l'article 48, § 4 ; et sur l'article 36, *Sect.*, 7 décembre 1979, Société « Les Fils de Henri Ramel », *Rec.*, 456 ; 7 octobre 1987, *Ministre de la Culture c/ Consorts Gentry*, *AJDA*, 1987, 768).

L'attitude du juge administratif face au renvoi préjudiciel en interprétation ne fait aucune place à l'objectif de rapprochement ou de convergence des droits nationaux par la voie judiciaire. Elle exprime dans ce domaine particulier sa conviction que l'ordre communautaire n'est qu'une variante du droit international, où la limitation de souveraineté ne se présume pas au-delà du consentement donné (voir *EDCE*, 1981-1982, n° 33, spéc. 385-387). Une autre illustration en est apportée par la pénétration de la directive en droit interne.

L'EFFET DIRECT AMORTI DE LA DIRECTIVE

L'article 189, al. 3 CEE fait de la directive un acte obligatoire pour l'Etat *quant au résultat à atteindre*, en lui laissant la compétence de choisir la forme et les moyens de la transposition en droit interne. Sur la question de l'invocabilité d'une directive devant le juge administratif, la jurisprudence Cohn-Bendit et ses prolongements sont bien connus. Le particulier n'est pas atteint par la directive elle-même mais seulement par les mesures réglementaires

nationales que l'Etat doit prendre. Autant donc le requérant n'est pas recevable à invoquer la violation de la directive à l'appui d'un recours contre un acte individuel (Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit, Rec.*, 524), autant il l'est à poursuivre l'annulation des actes réglementaires qui en font une transposition incorrecte (28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française Rec. tables*, 512).

Ces solutions se fondent sur l'obligation de l'Etat d'atteindre les objectifs fixés par la directive et la reconnaissance du droit du particulier à l'exécution de cette obligation. Le Conseil d'Etat a donc admis qu'il y avait un effet direct mais ce n'est pas celui du contenu de la directive. C'est évidemment l'article 189, al. 3 lui-même qui est revêtu de cette qualité, sinon le particulier ne serait en aucun cas recevable. Mais la norme contenue dans cet article n'est pas opératoire tant qu'on ne la rapproche pas de la directive en cause pour déterminer la mesure dans laquelle l'Etat a atteint le résultat prescrit. La norme communautaire d'effet direct est donc hétérogène, faite de la combinaison de l'article 189, al. 3 et des objectifs de la directive. L'amortissement de l'effet direct traduit ce constat que l'acte communautaire unilatéral ne s'intègre pas en bloc dans le droit français mais seulement sous la forme épurée de ses principes directeurs. Cependant cette jurisprudence n'est pas convaincante.

Le juge administratif part de l'idée que le particulier n'est pas le destinataire de la directive. Mais cela n'est pas en soi suffisant puisqu'il en va de même des décisions (art. 189, al. 4, CEE) dont l'effet direct est, lui, admis (3 février 1975, *Rabot, Rec.*, 81, Ass., 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux, Rec.*, 373). Cependant l'objection est que la décision est obligatoire en tous ses éléments, tandis que la directive ne l'est que quant aux objectifs. Mais ceux-ci sont-ils exprimés ailleurs que dans son texte ? Le Conseil d'Etat sait bien qu'il lui faut extraire de directives très détaillées ce qu'il prendra pour objectifs : il le fait autant comme conseil de l'Administration (*EDCE*, 1981-1982, n° 33, p. 87 et 94) que comme son juge (7 décembre 1984, *Fédération nationale des sociétés de protection de la nature, Rec.*, 409). Il a alors à sélectionner parmi les articles de la directive ceux qui seraient porteurs d'objectifs, mais il lui arrive aussi d'interpréter son droit interne à la lumière d'un membre de phrase de la directive sans se soucier de sa valeur d'objectif (*Sect.*, 8 octobre 1976, *Hill. Rec.*, 402). Cette discrétionnarité du juge est gênante ; elle conduit aussi à

ce paradoxe que le plus général — l'objectif — pénètre en droit interne, au contraire des prescriptions détaillées. Cela s'assortit sûrement mal à la jurisprudence bien établie par ailleurs selon laquelle pour être revêtu d'effet direct une disposition communautaire doit être *claire et précise* (Ass., 22 janvier 1982, Conseil régional de Paris de l'ordre des experts-comptables et comptables agréés, *Rec.*, 28).

L'obligation à charge de l'Etat de transposer la directive a reçu une portée élargie lorsque le Conseil d'Etat a jugé que cette obligation fondait le droit du requérant à demander l'annulation d'un acte réglementaire qui, sans être l'acte de transposition, entre dans le champ de la directive et en méconnaît les objectifs (7 décembre 1984, Fédération nationale des sociétés de protection de la nature, *Rec.*, 409 ; 13 décembre 1985, Société internationale Sales and Import Corporation, *Rec.*, 376). La norme de référence n'est plus l'obligation de transposer mais plus directement l'objectif communautairement fixé et, logiquement, une mesure nationale insuffisante pour l'atteindre est illégale (TA Lyon, 25 octobre 1979, Stasi, *Rec.*, 535). Mais alors l'absence de prise de mesures nationales de transposition doit aussi être considérée comme illégale et un acte individuel pris sur la base d'une réglementation inchangée malgré l'intervention de la directive devrait de ce seul fait être annulé. Le principe posé par l'arrêt Cohn-Bendit perd ici de sa force parce qu'il impose seulement au requérant d'exciper de l'illégalité de l'abstention de l'administration, comme il faut le faire face à un acte réglementaire de transposition incorrecte ou insuffisante. Arrivé à ce point, la notion de transposition n'a plus de substance propre et n'est plus qu'un relais imposé par le juge dans une opération intellectuelle.

L'applicabilité d'une directive en droit interne est une question qui plaçait le juge administratif devant une alternative. Il pouvait considérer que le particulier est étranger au mécanisme de la directive en jugeant que l'article 189, al. 3 est sans effet direct et que la sanction de sa méconnaissance relève de l'action en manquement. On ne peut lui reprocher de n'avoir pas suivi cette voie qui aurait d'ailleurs ouvert un nouveau front de conflit avec la Cour de justice. L'autre branche, celle de cette Cour, est de considérer que les dispositions d'une directive qui comportent une obligation inconditionnelle et suffisamment précise, peuvent être invoquées par le particulier autant à défaut de mesures nationales d'application (CJCE, 19 janvier 1982, Ursula Becker, aff. 8/81, *Rec.*, 63) qu'à l'encontre de mesures de transposition incorrecte (CJCE, 15 mai 1986, Johnston, aff. 222/84, *Rec.*, 1651). Le Conseil d'Etat a préféré une voie médiane

trouvée dans la lettre de l'article 189, al. 3 dont la rigueur de principe se ramène finalement à une subtilité de raisonnement. Mais même s'il se ralliait à la jurisprudence de la Cour en jugeant que l'abstention de transposer est illégale, il subsisterait des cas où sa compétence d'après le droit interne ne lui permettrait pas d'en connaître. Chaque fois en effet — et l'Acte unique européen en accroîtra la fréquence — où la transposition est du ressort du législateur, le recours mettrait en cause l'insuffisance de la loi ou sa compatibilité avec la directive, tout moyen que le juge administratif refuse d'examiner (28 mai 1984, Malbrancke, *Rev. jurispr. fsc.*, 1984, n° 7, 422 ; 1^{er} juillet 1985, Puy, *Rec.*, 214). Il y a toujours des frontières entre les ordres juridiques.

LA PERSISTANCE DES ÉCRANS NATIONAUX

Le juge administratif n'est pas le censeur de la loi et en cas de conflit entre une norme communautaire et une loi postérieure, le moyen tiré de la violation du droit communautaire par la loi n'est pas « utile » devant lui. Depuis l'arrêt Syndicat général des fabricants de semoules de France (Sect., 1^{er} mars 1968, *Rec.*, 149), la jurisprudence est restée fermement établie en ce sens qu'il s'agisse du traité lui-même (Ass., 13 mai 1983, SA René Moline, *Rec.*, 191), d'un règlement (11 décembre 1987, Daniélou, req. 56645) ou d'une directive (24 juillet 1981, Rhedey, *Rec.*, 340). La détermination du Conseil d'Etat à l'incompétence n'est pas entamée par l'autorité d'un arrêt de la Cour de Justice établissant l'incompatibilité avec le droit communautaire de la disposition législative (8 février 1985, Association des Centres distributeurs E. Leclerc, *Rec.*, 26 ; 13 décembre 1985, Société International Sales and Import Corporation, *Rec.*, 376). Cela offre à un législateur peu scrupuleux de réelles possibilités de contournement des obligations communautaires, comme le révélait le recours en manquement rapporté plus haut.

Les termes de la controverse entre le Conseil d'Etat et la doctrine sur la primauté de la loi postérieure sont trop connus pour être encore une fois repris mais on voudrait souligner que la motivation des arrêts pertinents du Conseil d'Etat montre que la question est non pas de constitutionnalité mais seulement de conformité au traité (Ass., 22 octobre 1979, UDT, *Rec.*, 384 ; 13 décembre 1985, Société International Sales and Import Corporation, *Rec.*, 376). Ce faisant, le Conseil d'Etat admet nécessairement que la loi contraire au traité n'est pas contraire à l'article 55 de la Constitution,

ou encore que par cette prescription le constituant ne s'adresse pas au législateur. A qui d'autre alors si ce n'est au juge ? Au surplus quand le juge administratif fait céder la loi antérieure au traité — dont la ratification n'a pas nécessairement été autorisée par une loi —, il se livre à un examen de conformité de la loi qui est évincée dans le champ du traité.

Les dangers que recèlent, pour la primauté et l'uniformité du droit communautaire, l'immunité juridictionnelle de la loi postérieure, ne sont pas restés inaperçus du juge administratif lui-même et l'on doit saluer les efforts faits pour les contenir. Le premier consiste à distinguer la loi-écran qui prévaut et la loi transparente qui ne paralyse pas l'application du droit communautaire : la loi forme un écran quand elle prédétermine les actes de l'administration (Ass., 13 mai 1983, SA René Moline, *Rec.*, 191 ; 23 janvier 1985, Time Life International, *Rev. Jurisp. fisc.*, 1985, n° 3, 226 ; 11 décembre 1987, Daniélou, *Req.*, 56 645), par contre elle est neutre quand elle lui attribue une compétence dont l'exercice reste discrétionnaire (13 décembre 1985, Société International Sales and Import Corporation, *Rec.*, 376 ; 19 novembre 1986, Société Smanor, *Rec.*, 260). D'une autre manière, l'interprétation de l'intention du législateur offre la possibilité de présumer qu'elle n'était pas de méconnaître le droit communautaire, soit que l'objet de la loi poursuive des buts analogues aux siens (28 septembre 1984, Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France..., *Rec. tables*, 512), soit mieux encore que la loi ait été adoptée pour l'application du traité (13 novembre 1974, Syndicat des fabricants d'explosifs et des produits accessoires, *Rec.*, 555).

Ce qui retient toutefois d'adhérer totalement à ces ouvertures est justement la discrétion avec laquelle le Conseil d'Etat les pratique. Il en est le maître, ce qui réduit à peu son aveu d'impuissance de principe — *non possumus* — face à la loi postérieure. Au fond, rien ne l'empêche de se faire l'interprète de la loi postérieure dans le sens indiqué par l'article 55 de la Constitution et de juger que, en l'adoptant, le législateur n'a pas entendu écarter l'application du droit communautaire existant.

Si la loi postérieure peut passer pour un écran subi par le juge, il en est d'autres qu'il crée lui-même. L'invocation des principes généraux du droit public français qui seraient aptes à paralyser les effets du droit communautaire, est apparue dans la jurisprudence administrative (Ass., 22 janvier 1982 Conseil régional de Paris de l'ordre des experts-comptables et comptables agréés, *Rec.*, 28), dans une perspective qui rappelle les affrontements de la Cour de justice

et du juge constitutionnel allemand sur la question des droits fondamentaux. Sans entrer dans le débat qui touche cependant à la primauté du droit communautaire, l'attention se porte sur la fonction du juge administratif et le rang hiérarchique desdits principes opposés au traité. Le juge administratif n'est pas le gardien des principes auxquels le législateur peut déroger, et ces principes devraient alors n'être que supraréglementaires. Mais comment expliquer qu'un principe infralégislatif l'emporte sur un traité quand il est établi que, sauf écran législatif, le traité prime ? Il faudrait hisser ces principes plus haut, sans doute plus haut que la loi puisque le législateur de 1957 a autorisé la ratification du traité et que la primauté du traité sur la loi antérieure montre que le traité a au moins valeur de loi. Par cette référence aux principes généraux prévalant sur le droit communautaire, le Conseil d'Etat est sorti de la compétence qu'il dit être la sienne et s'est placé dans une optique de contrôle de constitutionnalité qui lui est fonctionnellement étrangère. L'écran national posé par le juge n'a pas de solides justifications dans son droit interne, sauf celle d'entretenir une discontinuité latente, entre les ordres communautaire et national, profitable au juge lui-même.

UN QUASI-DUALISME

Sous réserve qu'elle soit revêtue de l'effet direct et en l'absence d'écran national, la norme communautaire fait partie de la légalité interne dont le juge administratif assure le respect. Pour l'exécution de cette fonction, deux principes sont à concilier. Le droit communautaire ne prescrit aucun moyen particulier pour atteindre le résultat de son respect et reconnaît au contraire l'autonomie procédurale de l'Etat. Mais cette autonomie ne s'étend pas à l'appréciation du fond parce que le juge national doit donner effet aux engagements communautaires de l'Etat dont il est l'organe ; la norme communautaire a des propriétés — de contenu, de validité — que le juge interne n'a pas la compétence de modifier.

Ces réflexions s'appliquent d'abord au contentieux de la légalité et à ses conséquences indemnitaires. Un acte administratif contraire au droit communautaire doit être annulé (voir, parmi beaucoup d'autres, 18 décembre 1981, Syndicat national du commerce de la chaussure, *Rec.*, 475), la responsabilité publique est engagée pour des dommages subis du fait d'actes juridiques, ou d'agissements, contraires au traité (TA Pau, 12 novembre 1985, Steinhäuser, *Rec.*, 514 ;

TA Dijon, 15 avril 1986, Société vinicole Bérard, *Rec.*, 311). Il y a au contraire l'apparence du dualisme quand le juge refuse de considérer le droit communautaire comme la norme de référence dans un domaine où elle est compétente, et encore plus quand sa portée a été déterminée par la Cour de justice.

Pour introduire la discontinuité, le juge interne doit alors pratiquer une substitution de base juridique (17 décembre 1986, Société Hit tv et Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers, *Rec. tables*, 415), ce qui l'a conduit à prononcer des solutions curieuses en matière de responsabilité. Ainsi un comportement réputé non contraire au droit communautaire — dans un domaine où sa compétence est exclusive — est néanmoins une faute génératrice de responsabilité (TA Strasbourg, 5 juin 1986, Société Tresch-Alsacaves, *CMLR*, 1986, 625). Ainsi encore un acte administratif, dont la Cour de justice a jugé qu'il constitue un manquement au traité, est-il considéré comme légal mais cependant générateur de responsabilité sans faute pour le préjudice anormal et spécial qui s'en est suivi (Ass., 23 mars 1984, Ministre du Commerce extérieur c/ Société Alivar, *Rec.*, 127). La solution de cette dernière espèce montre l'intention dualiste du Conseil d'Etat, par ses prémisses et ses implications. Le juge part de l'idée que l'arrêt de manque prononcé par la Cour ne s'impose pas à lui ; ainsi la norme communautaire en cause (art. 34 CEE), dont l'effet direct est certain, reste à interpréter par le juge national. Il considère alors que les actes litigieux étaient fondés sur des *motifs d'intérêt général tirés de l'état de pénurie du marché*, ce qui semble être une affirmation de leur légalité ; mais dans le passé, le Conseil d'Etat cherchait plutôt le motif de légalité dans l'article 36 CEE et cela est normal puisqu'en matière d'échanges intra-communautaires, les normes applicables sont celles du traité (Sect., 7 décembre 1979, Société « Les fils de Henri Ramel », *Rec.*, 456). Cependant l'article 36 ne vise que des motifs non économiques et ne pouvait fonder la légalité des actes pris en l'espèce. Le Conseil d'Etat a dû puiser dans le droit français pour n'avoir pas à dire illégal l'acte contraire au traité. Quant au régime de responsabilité sans doute retenu par le Conseil d'Etat, il modifie profondément le droit de la responsabilité publique puisque c'est un principe jurisprudentiel stable qu'en matière de réglementation économique, il n'y a pas de place pour ce genre de responsabilité (16 novembre 1960, Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques c/ Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio, *Rec.*, 621 ; 24 octobre 1984, Société Claude Publicité, *Req.*, 40204). Il eût été plus simple de retenir la solution classique de l'illégalité fautive génératrice de responsabilité, mais cela passait

par la reconnaissance de l'autorité de l'arrêt de la Cour de justice.

Le dualisme est plus apparent encore lorsque, de celui des normes, on passe au dualisme dans l'appréciation d'une même norme. La Cour de justice a le monopole de l'examen de la légalité des actes communautaires et l'une des voies de droit à cet effet est l'arrêt en appréciation de la validité sur renvoi du juge national (art. 177 CEE) ; son arrêt s'impose à lui car la validité ou l'invalidité de l'acte ne dépendent pas du droit interne du juge saisi au fond. En règle générale, le juge administratif s'y conforme mais depuis 1980 il résiste aux solutions de la Cour sur le point précis des effets dans le temps d'une déclaration d'invalidité ; les trois arrêts ONIC en sont l'illustration (Sect., 9 mai 1980, *Rec.*, 220 ; Sect., 26 juillet 1985, *Rec.*, 233 ; 13 juin 1986, *RTDE*, 1986, 533). Dans le premier arrêt (1980), le Conseil d'Etat a jugé que la déclaration d'invalidité d'un règlement fait revivre un précédent règlement abrogé par celui-là ; outre la méconnaissance de la chose jugée par la Cour, cet arrêt n'est pas cohérent avec la jurisprudence d'alors du Conseil d'Etat sur les effets de l'exception d'illégalité (Ass., 18 janvier 1980, *Bargain*, *Rec.*, 29), dont les inflexions ultérieures semblent limitées aux rapports particuliers de la loi et du règlement (Ass., 29 avril 1981. *Ordre des architectes*, *AJDA*, 1981, 429). La seconde ligne de résistance (arrêt de 1985) est trouvée dans l'excès de pouvoir commis par la Cour répondant hors des limites de la question posée par le juge national. Enfin l'arrêt ONIC de 1986 pose le principe que l'arrêt préjudiciel de la Cour ne s'impose avec l'autorité de la chose jugée qu'en cas d'identité des parties et de juge. Cette dernière décision donnerait à penser que le Conseil d'Etat, quand il n'est pas juge *a quo*, ne s'estime pas tenu par l'arrêt de la Cour ; or — ce qui montre la facticité de l'arrêt ONIC III —, c'est le contraire qu'il juge (1^{er} mars 1985, *Docks vinicoles nantais*, *Rec. tables*, 514 ; 11 décembre 1987, *Danielou*, *Req.* 56645 ; 11 décembre 1987, *Villard* *Req.*, 58672).

Ces affaires mettent en lumière la réserve du Conseil d'Etat à l'égard des effets produits par les arrêts préjudiciels et de manquement de la Cour de justice, comme « l'acte clair » est l'expression d'une volonté de maîtriser en amont le flux jurisprudentiel. Pourtant l'intégration des normes communautaires dans le droit interne implique une certaine dose de « circulation » des décisions juridictionnelles.

Ces réflexions ne sont qu'une représentation déséquilibrée de la jurisprudence administrative française sur les rapports du droit interne et du droit communautaire, et un examen élargi conduirait évidemment à un bilan nuancé. Elles ne visent pas non plus à calculer un « indice de cohérence » de cette jurisprudence parce que les décisions de justice ne sont pas mesurables — chacune restant particulière par les faits de l'espèce et l'argumentation des parties — et aussi parce que le juge ne doit pas rester prisonnier des solutions précédemment posées par lui. Elles ont seulement exposé quelques-unes des situations à quoi s'alimente le reproche fait au juge administratif d'ignorer le droit communautaire et été conduites en s'interrogeant sur la pertinence de ses choix.

On peut comprendre qu'un juge ne veuille pas bouleverser ses habitudes intellectuelles ou subvertir son propre ordre juridique. A ce titre — même si la perspective choisie ne convainc pas — certaines attitudes s'insèrent dans une démarche logique et ouverte à l'évolution. D'autres, par contre, relèvent plutôt d'une volonté de raidissement parce qu'aucune bonne raison apparente ne justifie le choix du juge, soit qu'il parte de prémisses non cohérentes avec son propre système juridique soit qu'il prenne le risque d'y introduire des facteurs de perturbation. L'effort doit donc porter sur ces anomalies, du traitement desquelles résultera une correcte articulation des deux ordres juridiques.

RÉSUMÉ. — *Le juge administratif voit dans le droit communautaire une variante du droit international et le soumet à des contraintes qui en limitent l'impact sur le droit interne. Il introduit aussi des barrières protectrices du droit français en refusant de reconnaître l'autorité des arrêts de la Cour de justice.*

YANN TANGUY

Quand l'argent fait la loi *Le cas de l'urbanisme commercial*

Le droit administratif obéit à des logiques qui ne sont pas toujours très explicites. Celles-ci n'ont d'ailleurs pas besoin d'être expressément programmées par le législateur. Elles s'imposent d'elles-mêmes, subrepticement mais irrésistiblement, comme les lois de la gravitation universelle aux corps en mouvement. Ainsi les lois de l'argent dominent parfois la rigoureuse logique de l'énoncé législatif ou la sobriété vertueuse de l'exposé des motifs, au point d'en escamoter les excellents principes.

Mais ce n'est que sur le mode conjuratoire, pour en dénoncer l'empire sur tout un système, comme parfois en période de campagne électorale, qu'on préfère les évoquer. Jamais en revanche pour explorer les phénomènes qu'elles induisent dans l'application des procédures ou dans le fonctionnement des institutions. Tout se passe comme si leur perversité effrayait. Corruption, pots-de-vin, trafics d'influence sont des hypothèses bannies de la réflexion sur le fonctionnement de l'administration et du système politique français. Ces horizons maudits ne sauraient appartenir à la planète de la République qui gravite avec sagesse sous l'attraction de lois bien-faisantes et de principes tutélaires qui se nomment service public, intérêt général, égalité devant la loi, Etat de droit.

Dans la législation française, la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 novembre 1973, dite plus souvent loi Royer¹,

1. La loi n° 73-1193 (Actualité juridique, *Droit Administratif*, 1974, p. 174) a reçu le nom du ministre du commerce et de l'artisanat qui l'a fait adopter dans des conditions difficiles puisque la France affrontait à cette époque de violentes manifestations de petits commerçants. M. Jean Royer, maire de Tours, fut candidat indépendant à la présidence de la République en 1974 sur un programme de défense des valeurs traditionnelles. La loi qu'il a fait adopter visait la protection du commerce de détail menacé par l'extension continue des grandes surfaces de 1969 à 1973.

occupe une place singulière. Poursuivant l'objectif de maintenir un certain équilibre entre les différentes formes de commerce de distribution, elle énonce sans ambage ses intentions. En ses premiers articles elle précise que les activités commerciales et artisanales s'exercent « dans le cadre d'une concurrence claire et loyale » et que les pouvoirs publics doivent éviter qu' « une croissance désordonnée des formes nouvelles de la distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux ». A cette fin, la loi soumet à une autorisation spécifique d'ouverture, les magasins de commerce de détail qui ont une surface de plancher de plus de 3 000 m² ou une surface de vente supérieure à 1 500 m² (ces seuils de surface sont ramenés respectivement à 2 000 m² et 1 000 m² dans les communes dont la population est inférieure à 40 000 habitants).

Cette autorisation — préalable au permis de construire qui continue d'être exigé — est délivrée par une Commission départementale d'urbanisme commercial (CDUC) qui est un très rare exemple en droit administratif français d'organisme composé pour partie de représentants de groupes d'intérêts se voyant reconnaître un entier pouvoir de décision et non une simple fonction consultative. La Commission départementale d'urbanisme commercial est présidée par le préfet qui ne prend pas part au vote². Elle est composée de vingt membres dont le mandat est de trois ans renouvelable une fois parmi lesquels : neuf élus locaux (dont sept ou six élus désignés par le conseil général parmi lesquels quatre maires), neuf représentants des activités commerciales et industrielles (dont huit membres désignés par la chambre ou leurs bureaux s'il en existe plusieurs), deux représentants des organisations de consommateurs désignés par le préfet sur proposition d'associations représentatives. Siègent enfin avec voix consultative, les maires des communes limitrophes de la commune d'implantation, et assistent aux séances de la commission, les directeurs départementaux de l'équipement et du commerce et des prix. Par ailleurs, une procédure spéciale d'appel au ministre chargé du commerce est aménagée. Elle est ouverte dans un délai de deux mois au pétitionnaire, au préfet ou au tiers des membres de la Commission départementale. Le ministre se prononce après avis d'une Commission nationale d'urbanisme commercial (CNUC). Celle-ci est présidée par le ministre du commerce et composée de neuf représentants d'élus locaux désignés par l'Assem-

2. Sur la composition et la procédure voir le décret n° 74-63 du 28 janvier 1974, modifié par le décret n° 88-184 du 24 février 1988 (JO, du 26 février 1988).

blée nationale et le Sénat, neuf représentants des activités commerciales et artisanales et deux représentants des consommateurs désignés par les organisations représentées au Conseil national de la consommation. Mais cet organe, à la différence de la Commission départementale, reste enfermé dans une fonction purement consultative puisque la décision appartient au ministre.

Le dispositif de la loi Royer joint aux inépuisables ressources du code de l'urbanisme permet toutes sortes de marchandages. Certains sont, en apparence au moins, légaux, d'autres sont franchement illicites mais, aussi, beaucoup plus difficiles à mettre en évidence³. Ilot de certitude dans un océan de doutes que des intérêts hétéroclites concourent à entretenir, l'existence même de marchandages semble unanimement reconnue.

LES EXIGENCES PARFOIS ILLICITES DE PARTICIPATIONS AUX ÉQUIPEMENTS PUBLICS

La technique, bien connue, des participations aux équipements publics constitue un premier procédé de marchandages entre une collectivité et un promoteur commercial. Son emploi est *a priori* tout à fait légal⁴ et son utilisation est devenue banale. Si l'on reste fidèle à l'esprit de cette technique, il s'agit de faire contribuer un promoteur aux charges créées par l'opération. Le principe est difficilement contestable puisqu'il s'agit d'une compensation de charges supportées par la collectivité. Dans tous les cas, c'est elle-même qui reçoit le montant de la participation et qui l'investit dans la réalisation d'un équipement d'intérêt général. Le procédé n'a donc, dans son principe, rien de choquant.

Mais cette technique peut aussi receler des pratiques moins innocentes. Elle peut dissimuler ce que certains promoteurs commerciaux et certains analystes de la jurisprudence n'hésitent pas à

3. On conçoit que toute recherche se heurte ici à des difficultés particulières. Elle porte souvent sur des activités occultes pénalement sanctionnées. On privilégiera ci-dessous les dossiers et informations publiés. Parfois ceux-ci seront complétés ou confrontés par des entretiens personnels recueillis par l'auteur.

4. Lorsque le régime de la taxe locale d'équipement — qui a pour objet de forfaitiser la contribution du constructeur aux équipements publics — est écarté, l'article L. 421-5 du code de l'urbanisme permet d'exiger des participations financières. Mais l'article R. 111-4 du même code précise que ces participations ne sont licites que si elles servent strictement au financement des équipements publics rendus nécessaires par le projet.

qualifier de « racket municipal »⁵. Dans cette hypothèse, la participation exigée du promoteur commercial reste bien une contribution aux équipements publics mais elle ne représente plus une compensation des charges induites par l'opération. Elle représente pour la municipalité une occasion de faire financer des équipements qui ne sont plus liés à l'opération ou qui ne profitent pas seulement au promoteur, aux usagers, aux clients, même entendus très largement, mais à la collectivité tout entière. La participation réclamée permettra, par exemple, le financement d'une extension de mairie, d'un terrain de golf, d'un aménagement de voirie, etc.

La notoriété de ces pratiques est telle que certains élus exigent purement et simplement leur dîme sur le montant de l'investissement commercial, à moins qu'ils ne préfèrent évaluer forfaitairement celle-ci d'après la surface de vente réalisée. L'affaire d'Osny-sur-Oise semble exemplaire des luttes que se livrent les élus locaux pour s'assurer le contrôle des primes à l'implantation des grandes surfaces. Le maire d'Osny réclamait une participation de 4 500 000 F en subordonnant au versement de celle-ci la délivrance du permis de construire d'extension de 3 000 m² de la surface de vente du magasin. La délibération du conseil municipal précisait que cette somme permettrait l'agrandissement de la mairie et la rénovation d'une rue commerciale située à 3 km de l'hypermarché. Mais, pour obtenir un vote favorable de la CDUC, le promoteur venait de concéder au maire de la commune riveraine, Pontoise, une participation de 3 000 000 de francs, destinée à agrandir un parking couvert existant. Moyennant cette participation, celui-ci se faisait fort de lui apporter trois suffrages favorables de membres de la CDUC, ce qui s'est d'ailleurs vérifié, puisque l'extension de la surface de vente exploitée a été autorisée après plusieurs échecs antérieurs. Le promoteur, compte tenu de cet engagement, a proposé à la commune d'Osny de prendre en charge l'aménagement d'un rond-point destiné à améliorer les conditions de circulation et la sécurité des usagers

5. C'est l'expression utilisée, par exemple, par le journal du groupe Leclerc *Le Parti Prix* daté du 27 avril 1987 qui, sous le titre « Halte au Racket » propose en première page la définition suivante : « *Racket municipial* : sport pratiqué obligatoirement sur un terrain municipal... Règle du jeu : le maire vous demande de "casquer" pour que votre entreprise puisse obtenir des autorisations. » L'expression est également utilisée par L. Fernand Bouyssou, un des meilleurs spécialistes de la matière, qui écrit que le juge administratif devrait censurer une pratique « ... trop fréquente... selon laquelle les autorisations d'urbanisme commercial dépendent "du prix qu'on y met"... les obstacles procéduraux ayant trop longtemps paralysé l'action des constructeurs victimes de ce type de racket sont en voie de disparition... » *Actualité juridique, Droit Administratif*, 1983, p. 333, note sous Conseil d'Etat, Section, 25 février 1983, Union des commerçants artisans et industriels de Parthenay.

pour une somme de 2 500 000 F. Cette offre sera refusée, le maire d'Osny se déclarant choqué de voir la commune riveraine empocher la plus forte prime et le permis de construire pour l'extension du magasin sera refusé dans des conditions d'ailleurs juridiquement contestables.

Si le promoteur commercial avait accédé aux *desiderata* des maires de Pontoise et d'Osny, l'opération se serait avérée fort coûteuse. Rapportée à la surface de vente autorisée soit 3 000 m², le montant global des participations réclamées par les élus locaux s'élevait ainsi à 7 500 000 F, le mètre carré de surface de vente créé « revenait » donc à la somme de 2 500 F. Or, selon certains professionnels, le montant des participations et commissions de tous ordres habituellement réclamées est de l'ordre de 1 000 F par mètre carré de surface de vente. Selon les « cours » du barème occulte usuellement pratiqué, l'extension du Centre Leclerc d'Osny s'avérait ainsi 2,5 fois plus coûteuse. C'est sans doute pourquoi le gérant a refusé de se prêter à un arrangement trop unilatéral, d'autant que le maire d'Osny venait de favoriser, par des moyens sur lesquels les protagonistes ont tenu à garder la discrétion, l'implantation d'un concurrent à l'enseigne Mammouth.

LE VERSEMENT DE CONTRIBUTIONS FINANCIÈRES AUX PARTIS POLITIQUES

La procédure d'autorisation cache également des pratiques franchement illicites qui tombent théoriquement sous le coup de la loi pénale. On conçoit que ces pratiques soient bien difficiles à mettre en évidence tant il est de l'intérêt conjoint de ceux qui s'y livrent — généreux donateurs et bienheureux donataires — de prendre toutes les précautions utiles pour les dissimuler, non seulement au regard de l'observateur trop curieux, mais aussi aux diligences d'une éventuelle enquête judiciaire. Pourtant, un certain nombre de documents parlementaires ou judiciaires en établissent de manière incontestable l'existence⁶. D'ailleurs, l'observation attentive des seules statistiques officielles sur le fonctionnement de la procédure d'autorisation, aussi bien en commission départementale qu'en procédure d'appel ministériel, révèle trop de phénomènes surprenants, de solutions inattendues ou aberrantes, pour qu'on puisse sérieu-

6. Voir les principales références citées dans les notes pour les documents parlementaires et les affaires judiciaires les plus récentes.

sement soutenir que les principes de la loi Royer constituent leur unique fondement. Depuis une époque récente, ces pratiques illégales font quelquefois l'objet d'une dénonciation par certains protagonistes, à moins qu'ils ne se contentent d'en admettre ou d'en révéler l'existence à la face de l'opinion.

La campagne présidentielle vient encore de montrer les besoins financiers quasi illimités des partis politiques pour l'achat de surfaces publicitaires ou de services des sociétés de conseil en communication. On sait aussi que la récente loi sur le financement des partis politiques laisse soigneusement dans l'ombre ce qui par définition ne peut qu'appartenir au royaume des ténèbres, telle l'acquisition de biens et de services commandés pour le compte de... Or, il est patent que ce financement est aujourd'hui assuré dans une proportion importante par des « contributions » versées à l'occasion des procédures d'autorisation d'urbanisme commercial. Le député Jean-Louis Masson⁷ le soulignait récemment au journal radiophonique de la mi-journée d'une station nationale en défiant un seul de ses collègues parlementaires de venir déclarer que sa formation politique n'avait pas reçu d'argent par ce canal. Ce « phénomène pervers » — comme il est parfois pudiquement qualifié — est évidemment impossible à quantifier. Mais il est aujourd'hui reconnu par de trop nombreuses voix émanant d'horizons différents pour qu'il puisse être sérieusement nié dans son existence ou dans son importance. La notion de « racket » ne s'applique donc pas seulement, comme on le suggère parfois, aux participations exigées par les municipalités ; elle vise aussi des marchandages pratiqués qui bénéficient directement aux partis politiques.

En tout premier lieu, c'est certainement aux partis qui détiennent la majorité municipale dans les communes d'implantation que vont d'abord les « contributions » réclamées aux promoteurs commerciaux. Le maire de la commune d'implantation joue en effet un rôle important dans la procédure d'autorisation en CDUC et il a donc le moyen de « monnayer » un soutien qui reste le plus souvent indispensable. Mais, en outre, il dispose ultérieurement de la faculté d'autoriser la construction du centre commercial au titre de la réglementation de l'urbanisme. Ses pouvoirs d'appréciation

7. M. Jean-Louis Masson, député RPR de Moselle est le parlementaire le plus actif sur les problèmes d'urbanisme commercial. On lui doit plusieurs propositions de lois visant à modifier la loi Royer et de nombreuses interpellations au ministre chargé du commerce et de l'artisanat. Il est également l'auteur du Rapport d'information déposé par la Commission de la Production et des Echanges de l'Assemblée nationale n° 497, séance du 26 novembre 1986.

ne sont pas négligeables, même s'ils restent contenus par de larges zones de compétence liée, et si pèse sur leur utilisation le risque d'éventuelles annulations prononcées par le juge. Dans l'affaire d'Osny-sur-Oise déjà évoquée, c'est essentiellement en s'appuyant sur son pouvoir discrétionnaire que le maire entendait soutenir l'assujettissement du projet d'extension à la procédure du permis de construire en faisant du versement d'une participation au soutien du commerce local et à l'extension de la mairie une condition *sine qua non* de l'autorisation. Il n'est pas difficile d'imaginer que d'autres conditions, complètement occultes celles-là, sont parfois posées sous les mêmes contraintes.

Le procès correctionnel qui vient de se tenir à Rouen constitue sans doute la plus récente et la plus importante illustration des trafics d'influence auxquels se livrent des groupes de distribution au bénéfice des partis politiques et, parfois, des individus eux-mêmes. Le directeur de la Société d'Aménagement de la Région de Rouen (SARR), une société d'économie mixte présidée par le maire de Rouen, a été notamment inculpé de faux en écriture de commerce, trafic d'influence, escroquerie et abus de biens sociaux. Il lui était reproché d'avoir reçu plusieurs millions de francs de la Société PROMODES qui exploite l'enseigne Continent pour la création d'un hypermarché à Mont-Saint-Aignan près de Rouen. Les débats correctionnels ont révélé les savants montages imaginés pour ces opérations occultes, tels la délivrance de fausses factures pour des prestations de services imaginaires pour un montant vérifié à l'instruction de 1,5 million de francs, ou la livraison d'un sondage de notoriété offert par PROMODES au maire de Mont-Saint-Aignan, et responsable départemental de la campagne d'un candidat à l'élection présidentielle. Les responsables de PROMODES ont précisé aux enquêteurs : *Il nous faut consentir beaucoup d'aménagements directement ou indirectement liés à notre implantation...* Ils évaluent par ailleurs, en moyenne, à 10 % de l'investissement global les diverses commissions et avantages occultes qu'il est nécessaire de concéder pour obtenir la création d'un hypermarché. L'enquête judiciaire a d'ailleurs établi que l'état-major du groupe — dont deux membres ont été inculpés — était organisé en vue de telles nécessités, certains cadres supérieurs ayant reçu toute latitude du président pour signer des chèques jusqu'à un montant de quatre millions de francs⁸.

8. Voir les comptes rendus d'audience de Etienne Blanzet, *Le Monde* des 15 mars, 20-21, 22 mars 1988 et *L'Événement du Jeudi*, déjà cité p. 80 à 83.

LES VERSEMENTS AU PROFIT PERSONNEL DES DÉCIDEURS

La frontière est à l'évidence ténue entre ces pratiques et les pots-de-vin à usage privé perçus par des agents investis à divers titres du pouvoir de décision. Les promoteurs commerciaux font d'ailleurs masse de l'ensemble des divers « aménagements » qu'il faut consentir pour assurer le franchissement des divers barrages institués par la loi Royer⁹. Mais l'existence et l'importance des versements personnels sont encore plus délicats à établir. Le procès correctionnel de Rouen vient cependant de lever une partie du voile en indiquant quelques voies et moyens empruntés à cet effet. Ceux-ci sont, somme toute, assez classiques : versements directs de commissions déguisées en honoraires d'études et de conseils alors que ces prestations sont inexistantes ou sans rapport avec la facture acquittée, exécution de travaux immobiliers ou d'entretien dans les résidences privées et autres prestations personnelles en nature. On sait depuis longtemps que de telles pratiques sont parfois utilisées par les entreprises lorsqu'elles veulent s'imposer contre une concurrence gênante pour l'obtention d'un marché public¹⁰.

Les débats du procès de Rouen ont ainsi révélé que la SARR, dirigée par le principal inculpé, n'hésitait pas à recourir, pour assurer la réussite du projet d'implantation de Continent à Mont-Saint-Aignan à la SAGRIMEX, société d'import-export dont l'objet social venait d'être étendu en vue... *d'effectuer toutes études de marché concernant l'implantation, l'équipement et l'organisation de magasins à grandes surfaces...* Ainsi, cette société a reçu, aux termes de trois conventions pour études signées avec la SARR, une somme globale de 779 727 F, alors que l'enquête établit l'inexistence des prestations correspondantes. Le président de la SAGRIMEX a même admis devant les enquêteurs, qu'il avait reçu mission de la SARR d'influencer les votes de la CDUC. La même société versera personnellement au directeur de la SARR 172 684 F après que son président eut déjà acquitté pour lui diverses factures de travaux relatives à l'extension de sa maison. La corruption active dans cette affaire était donc

9. Ce chiffre est avancé par M. Louis Decadie dans l'enquête publiée par *L'Événement du Jeudi*, déjà cité, et il est corroboré par les informations que j'ai pu personnellement recueillir.

10. Le Rapport Regimbeau présenté par la Section de la Production et des Echanges du Conseil économique et social fait allusion à l'intervention de tels bureaux d'études. Avis et rapports du Conseil économique et social, *Journaux officiels*, 1987, n° 1, janvier 1987, p. 19.

bien établie même si elle tentait de se dissimuler derrière l'habituel écran de trop savants montages.

Sans doute les élus ne sont pas les seuls à bénéficier des largesses des promoteurs commerciaux. Les procédures d'autorisation d'urbanisme commercial et celles d'urbanisme comme le permis de construire qui en constituent le prolongement direct, désignent d'elles-mêmes les maillons fragiles de la chaîne. La réalisation d'un projet d'implantation suppose à divers moments décisifs des processus d'autorisation l'intervention d'agents publics investis de pouvoirs d'appréciation qui ne sont pas négligeables, même si ces fonctionnaires ne sont pas des décideurs au sens strict du terme. Les attachés commerciaux des chambres de commerce ou le personnel de direction de celles-ci, les fonctionnaires de l'Etat chargés du secrétariat des CDUC dans les préfectures, les agents des directions départementales de l'Equipement et de la Concurrence et des Prix prennent part au processus de décision et exercent des missions de contrôle qui les exposent aussi directement à des tentatives de corruption. Les agents territoriaux des communes occupent une place à part dans le dispositif. Ils sont plus aisément accessibles et influents sur le cours de certaines décisions sensibles particulièrement en amont de l'intervention des CDUC et de la délivrance des permis de construire. Les promoteurs commerciaux nouent avec eux des relations étroites de conseil en les associant à la définition de leurs opérations d'implantation ou d'extension. Elle fait parfois l'objet d'une discrète rémunération.

STRATÉGIES ET INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

Afin de dresser une typologie sommaire des conditions dans lesquelles ces divers concours occultes interviennent. Il est intéressant de rechercher les intérêts en présence et de situer le terrain sur lequel ils peuvent se rencontrer.

Les concours occultes s'adressent prioritairement aux élus sans exclure pour autant d'autres bénéficiaires potentiels. Les besoins de financement des partis politiques rendus considérables par les formes nouvelles de marketing politique, trouvent dans les promoteurs commerciaux des partenaires dont la capacité financière, si elle n'est pas illimitée, est importante. Les élus sont donc demandeurs, et quand ils ne le sont pas, par déontologie personnelle, les instances régionales et nationales du parti auxquels ils appartiennent risquent, comme on l'a vu, de les inviter à plus de réalisme devant

les nécessités modernes de la lutte politique, voire tout simplement, de se substituer à eux. Aucune discussion de principe n'a d'ailleurs besoin d'entourer l'attribution d'une contribution et il est probable que bien souvent l'élu n'a pas d'initiative particulière à prendre. Pour le promoteur commercial, elle vient s'insérer naturellement parmi divers coûts d'étude indispensables. Le concours du maire s'il est quasiment indispensable lors de l'instruction de la demande initiale, le demeure souvent ensuite. Il est également nécessaire pour les demandes d'extension de la surface de vente qui sont fréquentes et rendues indispensables pour la nécessaire adaptation de l'outil commercial aux conditions changeantes de la concurrence et du marché. Il l'est encore, s'il s'agit du maire, pour l'attribution de toutes les autorisations d'occupation du sol. Il l'est enfin pour empêcher un concurrent de venir s'installer dans son aire d'attraction commerciale¹¹.

Le recours à ces financements parallèles pose en théorie des questions de principe. Mais l'argument, partout employé, que l'adversaire quant à lui y recourt¹², et qu'en outre, la légitimité des idées défendues efface l'illégitimité ou l'immoralité du procédé, a tellement bien fait son chemin, qu'il est partiellement admis par l'opinion. Par ailleurs, les sociétés commerciales sont rompues à des pratiques institutionnelles et comptables qui permettent de déguiser les versements en recourant à des intermédiaires ou des écrans qui sont susceptibles de « blanchir » plus facilement l'argent ainsi dispensé. Sociétés de marketing réalisant des études de marché, bureaux

11. Une récente information pénale vient de révéler comment la CDUC peut faire l'objet d'un véritable « noyautage » par un même groupe commercial. En Meurthe-et-Moselle, le groupe CORA-REVILLON dont le directeur est aussi le président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Nancy a été inculpé et placé en détention provisoire pour avoir notamment organisé l'élimination systématique de ses concurrents en faisant autoriser des projets contre ceux qu'ils présentaient en laissant expirer la période de validité de l'autorisation sans implanter d'équipement commercial. D'importants pots-de-vin semblent également avoir été versés sous le couvert de fausses factures dont le montant s'élèverait à près de 20 millions de francs. Voir *L'Événement du Jeudi*, déjà cité p. 78 et 79 et *Le Monde*, 10, 13 et 18 mars 1988.

12. On ne compte plus les campagnes de dénonciations des mécanismes de financement des partis politiques par les moyens d'information qui ont été rapidement arrêtées. En 1982, la chaîne télévisée « Antenne 2 » a commencé une série de révélations à épisodes au cours du journal télévisé de 20 heures sur l'intervention de bureaux d'études privés qui perçoivent des honoraires élevés dans des marchés de travaux publics de la ville de Paris n'ont souvent qu'une existence fictive. Cette série d'enquêtes a rapidement été interrompue. Il est bien connu que l'intervention de ces bureaux d'études dans les marchés publics est une modalité privilégiée de financement des partis politiques dans les grandes agglomérations. Les adversaires politiques se tiennent donc mutuellement en respect sur ce terrain.

d'études techniques, facturations de pure complaisance pour des services fictifs sont des procédés qu'il est aisé pour elles de mettre en œuvre.

La procédure d'appel au ministre ne peut limiter d'une quelconque manière ces pratiques. Elle serait plutôt de nature à les activer. D'abord, on a déjà noté les connexions qui s'établissent entre certains parlementaires influents de la CNUC et les représentations locales de certains partis politiques. Mais l'analyse du fonctionnement de la procédure d'appel ministériel révèle des phénomènes surprenants qui ne peuvent s'expliquer par les seules logiques de la procédure ou de l'urbanisation commerciale. On peut ainsi se demander pourquoi, à la veille des alternances de 1981 et 1986, les ministres en charge du commerce et de l'artisanat ont donné, dans les quelques semaines qui ont précédé la cessation de leurs fonctions, autant d'autorisations d'ouverture qu'il en restait à attribuer jusqu'à la fin de l'année en cause¹³. On imagine que ces phénomènes survenus en période électorale agitée ou des changements de majorité s'annoncent prêter à suspicion. Même en dehors de ces zones de turbulence, l'attitude du ministre s'est trouvée à plusieurs reprises vivement contestée à l'occasion de décisions prises sur avis contraire de la CNUC et de la CDUC. La Commission de la Production et des Echanges de l'Assemblée nationale avait déjà demandé que le pouvoir discrétionnaire du ministre soit limité, et souhaité que lorsque l'avis de la CNUC est rendu dans le sens de la décision antérieure de la CDUC, le ministre ne détienne plus de pouvoir discrétionnaire mais une compétence liée.

Or, non content d'ignorer cette suggestion, le ministre du commerce a rendu des décisions sur avis contraire de la CNUC qui autorisent des implantations commerciales importantes, au profit du groupe Leclerc notamment. Ces décisions ont été mises en cause avec une sévérité inaccoutumée par de propres membres de la majorité. Le 2 juin 1987, le groupe d'études de l'Assemblée nationale sur l'urbanisme commercial élevait une protestation. Le 11 mars 1987, lors d'une séance de la CNUC, le député Jean-Louis Masson adressait au ministre une vigoureuse et solennelle mise en garde en ces termes : « ... les principes fondamentaux de l'urbanisme commercial sont mar-

13. M. André Delelis, ministre du commerce et de l'artisanat dans le Gouvernement Mauroy a ainsi dû imposer un moratoire jusqu'à la fin de l'année 1981, son prédécesseur ayant distribué dans les semaines qui ont précédé la campagne présidentielle l'équivalent des surfaces commerciales habituellement autorisées en sept à huit mois. M. Bockel, ministre du commerce dans le Gouvernement Fabius a autorisé de son côté, en une semaine plus de 150 000 m² de surfaces commerciales.

ginalisés au profit de la prise en compte d'intérêts financiers, d'interventions politiques ou d'autres éléments qui n'ont rien à voir avec les objectifs annoncés par la loi Royer de 1973. Je le répète, les décisions ministérielles en matière d'urbanisme commercial doivent être prises exclusivement en fonction de l'urbanisme commercial et certainement pas en fonction d'interventions ou d'influences diverses sur lesquelles il est préférable de ne pas trop insister... pour la crédibilité de la CNUC et de l'urbanisme commercial en général, il est nécessaire de protester solennellement... »¹⁴ Le même député reprendra l'ensemble de ces accusations dans une proposition de résolution déposée le 23 juin 1987 et visant à la création d'une commission d'enquête sur les arbitrages ministériels depuis 1981¹⁵. Cette proposition n'a cependant fait l'objet d'aucune suite. On reste également dans l'attente du plaidoyer ministériel établissant qu'en dépit d'apparences trompeuses, les principes ont été saufs, et que l'esprit de la loi Royer a été respecté...

En réalité, la cause est entendue et chacun sait à quoi s'en tenir sur les pratiques qui peuvent avoir cours jusque dans l'entourage ministériel. L'auteur de la proposition de résolution n'entretenait guère d'illusions à cet égard puisqu'il n'a pas hésité à accuser de collusion le ministre et le groupe Leclerc en écrivant « ... pendant la même période le ministre a également désavoué sept fois la CNUC et la CDUC en refusant des dossiers bénéficiant d'avis convergents et favorables. L'arbitrage ministériel ne s'est par contre jamais exercé au détriment du groupe Leclerc... M. Leclerc s'est toujours présenté en pourfendeur de l'urbanisme commercial et a toujours voulu donner des leçons de moralité et de cohérence économique. Les exemples qui précèdent prouvent que les donneurs de leçons ont parfois plus d'une corde à leur arc et qu'en matière d'intervention ou d'influences occultes, ils sont loin d'être en reste... »¹⁶

Dans les pratiques ainsi recensées, ce n'est sans doute pas l'offense à la vertu républicaine — encore qu'elle fasse problème — qui mérite de retenir l'attention. C'est plutôt à la structuration d'un système de relations entre partis politiques et pétitionnaires commerciaux qu'il convient de s'attacher. On se contentera ici de formuler sur ce point quelques réflexions.

Les pratiques d'influence mettent au premier plan de la scène le personnel politique. Ainsi d'ailleurs l'a voulu la loi Royer qui

14. C'est nous qui soulignons.

15. Proposition de résolution n° 884 en application de l'article 140 du règlement, annexée au procès-verbal du 23 juin 1987.

16. Proposition de résolution n° 884, déjà citée p. 7 et 9.

confié à des hommes politiques, élus, en première instance, ou ministre, en appel, le soin d'opérer les régulations appropriées. Au niveau local, le mécanisme instauré par la loi est à peu près transparent. Les commissions départementales ne peuvent fonctionner sans l'arbitrage des élus locaux, censés être les véritables départiteurs des groupes d'intérêts rivaux. A l'origine, c'est pour rassurer le petit commerce local que cette fonction d'arbitrage leur a été conférée. C'est aux élus que le maire de Tours, M. Royer, songeait pour permettre l'évolution de l'appareil commercial tout en évitant *l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux*. Leur présence (dans une première version de la loi) à parité avec les représentants des intérêts professionnels et commerciaux, ne pouvait que susciter la confiance des petits commerçants ligüés dans une fronde violente contre les perceptions et autres symboles de l'autorité d'un Etat accusé de collusion avec la grande distribution. Le poids électoral des petits commerçants est encore important dans la France de 1973 et ceci gage la réforme par le capital de confiance que les représentants du petit commerce se résignent à placer dans cette tentative de la dernière chance. Dans la Commission départementale investie d'un réel pouvoir de décision — on devrait dire d'empêcher — les élus locaux sont conçus par la loi comme les garants de la crédibilité du système. Mais l'évolution économique n'a pas tardé à laminer le dispositif initial et à faire prévaloir des logiques dissidentes. Le jeu a ainsi vite retrouvé une certaine fluidité qui a ouvert la voie à des évolutions beaucoup plus radicales et permis aux forces dominantes de la grande distribution de s'imposer au petit commerce et de se poser comme concurrentes entre elles.

La présence d'un bloc hétérogène de représentation des intérêts commerciaux antagonistes, agencés dans un processus de concertation à la française, préfigure un tel scénario. Les chambres de commerce détiennent un rôle clef dans le dispositif, non pas tant du fait de leur présence en commission départementale, qu'en raison de leur place dans la procédure d'instruction. Il leur incombe en effet d'émettre un avis sur la demande d'autorisation en fonction des objectifs de la loi Royer et par le recours aux techniques modernes d'études de marché appliquées à l'évaluation des aires de « chalandise ». En règle générale, la conclusion de ces avis mobilise les ressources de la casuistique la plus subtile pour éviter à l'organisme consulaire de se prononcer trop ouvertement sur l'opportunité commerciale du projet. La chambre de commerce doit demeurer le porte-parole des intérêts de ses ressortissants qui comprennent

aussi bien le petit que le grand commerce, or, le projet d'urbanisme commercial exaspère les antagonismes. Mais une fois ses termes décodés, l'avis se révèle le plus souvent, implicitement au moins, favorable au projet. Dès lors, le bloc des élus peut transgresser les lois non écrites de la puissance tutélaire dont la loi Royer les a investis. En cas de besoin, l'expertise des commerciaux peut être invoquée pour légitimer leur choix et l'anonymat des votes en commission permet de se prononcer en faveur d'un projet de grand magasin sans renoncer aux apparences d'une attitude protectrice à l'égard du petit commerce. Jusqu'à la récente réforme intervenue par voie réglementaire¹⁷, l'abstention ou le vote blanc eux-mêmes sont décomptés comme émis en faveur du projet présenté.

Encore faut-il que les élus soient accessibles à des comportements qui heurtent la morale politique et tombent sous le coup de la loi pénale. L'encadrement des partis politiques et l'influence des états-majors nationaux ont certainement joué un rôle important dans cette évolution. D'une part, dans une première phase, c'est au niveau national que les arbitrages ont été faits contre les stratégies locales protectrices du petit commerce. La procédure d'appel a donc constitué le premier terrain d'élection de ces pratiques et les parlementaires membres de la commission nationale ont pu être les interlocuteurs des groupes de distribution. D'autre part, c'est à ce niveau qu'apparaissent les besoins de trésorerie les plus importants des partis politiques. Mais très vite ces pratiques ont essaimé en province autour des commissions locales qui se sont trouvées investies à leur tour d'une véritable fonction régulatrice. Ce sont leurs membres que les pétitionnaires ont cherché à influencer dans le sens de leurs intérêts. Les pratiques se sont alors rapidement acclimatées au niveau local où depuis longtemps les partis bénéficient de diverses ristournes et libéralités occultes, qui émanent, par exemple, des adjudicataires de marchés publics.

En conclusion, le droit des autorisations d'urbanisme commercial a joué un rôle singulier. Techniquement, les procédures d'autorisation, au niveau local comme au niveau national, ont pu faciliter certaines pratiques occultes. Mais c'est dans sa globalité que le fonctionnement du dispositif révèle les phénomènes les plus intéressants.

17. Décret du 24 février 1988 déjà cité. Désormais la CDUC se prononce à la majorité relative, le nombre des voix « pour » doit donc être supérieur au nombre des voix « contre ».

Tout s'est passé comme si la loi du marché prenait sa revanche sur la loi Royer, qui voulait défendre le petit contre le grand, s'insurgeant ainsi contre un des canons du libéralisme économique. Les compétiteurs ont rapidement analysé les contraintes réglementaires comme des coûts inhérents aux divers « aménagements » qu'il leur fallait consentir et intégré ceux-ci au bilan financier prévisionnel de leur projet. En même temps, s'est établi le barème usuel des avantages occultes. Trafics d'influence, pots-de-vin, corruption se sont eux-mêmes assujettis d'une certaine manière aux lois de la concurrence. La rupture de l'égalité entre les pétitionnaires/contributeurs par un processus d'enchère, ou la violation du barème des contributions jugées compatibles avec un niveau de rentabilité correct du magasin sont des infractions à ces règles non écrites. Il est significatif que l'unique rupture de la loi du silence par le personnel politique émane d'un « marginal » de la distribution, le groupe Leclerc, désigné comme bouc émissaire du système. Mais c'est pourtant ce même groupe de distribution qui a pris l'initiative de dénoncer tout haut les pratiques auxquelles la loi Royer donne lieu en faisant remarquer qu'elles aussi ont des incidences sur le « panier de la ménagère »¹⁸. Ce procédé, par trop en rupture avec l'habituelle loi du silence, n'aura pas manqué de renforcer sa marginalisation...

La récente loi sur le financement des partis politiques¹⁹ est « une loi à refaire » déclarait récemment un trésorier de campagne²⁰ d'un candidat à l'élection présidentielle. A peine votée — et à grand-

18. « Le parti prix » déjà cité. Entendu comme témoin dans l'affaire des fausses factures de Nancy, M. Michel-Edouard Leclerc a déclaré en sortant du cabinet du juge d'instruction : « C'est lorsque les hommes politiques seront directement concernés qu'ils arrêteront de régler leurs comptes préélectorales sur le dos des chefs d'entreprises, bailleurs de fonds ou non, et que pourra s'instaurer un vrai débat sur le financement des partis politiques », *Le Monde* du 13 mars 1988.

19. Loi adoptée par le Parlement le 25 février 1988.

20. Déclaration de Mme Gilbert Beaux, trésorière de la campagne électorale de M. Raymond Barre qui regrette que la loi du 12 mars 1988 ait été « votée à la vavite » et déclare qu'elle la trouve « totalement insuffisante ». Selon la presse, elle a également précisé qu'il régnait sur le financement des partis des zones d'ombre qu'elle souhaiterait voir disparaître. *Le Monde* du 27 avril 1988, p. 11. De son côté, le trésorier de la campagne de M. François Mitterrand, M. Henri Nallet a estimé que la loi était « insuffisante et incomplète ». Il a évalué à 10 millions de francs le montant des souscriptions attendues des entreprises et a expliqué que le Parti socialiste avait adressé à chacun de ses députés un dossier comportant une lettre aux 6 000 premières entreprises françaises pour les solliciter. M. Nallet a déclaré qu'à l'occasion de ses fonctions temporaires, il avait découvert l'existence de quelques trésors de guerre rassemblés par les « barons du ps ». Il estime à environ 85 millions de francs le montant du budget de campagne du candidat, *Le Monde*, 20 avril 1988, p. 9.

peine ! — toutes les voix s'accordent pour en noter le caractère partiel et insuffisant. Si l'on se souvient qu'elle a été préparée et adoptée dans un climat de relatif consensus, ces jugements sévères peuvent surprendre. Les étranges lacunes de la loi n'ont pourtant pu échapper aux parlementaires qui l'ont adoptée puisqu'ils en sont aussi les premiers bénéficiaires. En fait, le consensus n'a eu d'autre objet que de tenter de faire échapper l'ensemble du personnel politique à la suspicion d'une opinion prompte à le rassembler dans le même opprobre après les récents scandales qui ont précédé l'ouverture de la campagne pour l'élection présidentielle. Mais il conviendrait que dans un louable souci d'exactitude, le législateur en vienne à modifier, à défaut de son contenu, l'intitulé de sa loi. S'il nous permettait ici de lui adresser une suggestion, nous lui proposerions : « Loi sur le financement complémentaire des partis politiques. »

RÉSUMÉ. — *Corruption, pots-de-vin, trafics d'influence sont des phénomènes habituellement bannis de l'étude de l'administration française. L'article montre leur existence dans la mise en œuvre du régime d'autorisation préalable des grandes surfaces commerciales institué par la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat de 1973 dite loi Royer. Il décrit les pratiques utilisées et analyse les relations qui s'échafaudent à la périphérie du dispositif réglementaire en vigueur.*

SYLVIE HUBAC,
YVES ROBINEAU

Droit administratif :
vues de l'intérieur

Longtemps protégée par des louanges peut-être excessives, la juridiction administrative s'est trouvée depuis peu soumise à des regards moins indulgents, voire franchement critiques. Le temps d'une réflexion sereine et — pourquoi pas ? — contradictoire est sans doute venu.

La place manque pour approfondir les trois questions clés : la contribution du juge à l'élaboration d'un ordre juridique mieux achevé, les modalités d'exercice de ses pouvoirs de contrôle, enfin la capacité de l'outil juridictionnel à répondre aux attentes du justiciable.

On esquissera seulement ici, sur chacun de ces points, et en s'appuyant sur la dernière décennie de jurisprudence, les évolutions que l'on peut discerner et pressentir et celles qu'il est permis d'espérer.

I. — LE JUGE ET LE CONTENU DU DROIT

Dans un article paru en 1980 le Pr Linotte¹ avait développé la thèse d'un « déclin du pouvoir jurisprudentiel et d'une ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », lequel, de l'âge « héroïque » de la formation et de la création, serait passé à l'âge plus paisible de la maturité où la fonction de contrôle l'emporterait sur la fonction normative.

1. *AJDA*, 1980, 631.

Le survol de la jurisprudence des dix dernières années ne confirme que partiellement cette analyse : l'effacement du rôle créateur du juge administratif, s'il est réel, reste à bien des égards relatif. Ce survol met en effet en lumière trois constats. Il confirme d'abord que l'âge sinon « héroïque », du moins « classique » de l'élaboration du droit administratif est certes aujourd'hui révolu : dans les domaines de la police générale, de la fonction publique, des marchés publics, de l'urbanisme, de l'expropriation, de la responsabilité administrative ou des modalités du contrôle juridictionnel, les règles juridiques du jeu sont largement fixées et les évolutions jurisprudentielles, lorsqu'elles se font, s'opèrent à la marge, dans les rares interstices de liberté laissés par les textes et la jurisprudence. Dans ces matières, parce qu'il y a généralement une législation ou une réglementation stable dans sa lettre et son interprétation et une pratique jurisprudentielle anciennement fixée, voire même textuellement codifiée, le juge gère un contentieux en le raffinant dans ses détails mais il est vrai — et d'aucuns s'en réjouissent² — ne fait pas ou plus œuvre normative.

Mais si le juge administratif a, pour les raisons que l'on vient d'esquisser, en partie déserté le terrain des innovations jurisprudentielles en ce qui concerne l'élaboration des principes généraux régissant l'action administrative classique, la procédure contentieuse et non contentieuse, il en a progressivement occupé d'autres qui se situent hors de ses champs traditionnels d'investigation. Il est en effet frappant de constater qu'il a ces dernières années, et plus que par le passé, été présent dans ce qu'il est convenu d'appeler « les débats de société » et qu'il a pesé sur leur cours. Au risque d'être fastidieux, nous en prendrons six illustrations :

Le statut des étrangers d'abord, que la jurisprudence a très largement contribué à façonner et à préciser dans un sens presque toujours protecteur : droit de l'expulsion où a été prohibé le prononcé d'une expulsion pour infraction aux règles de séjour³, censurée l'automatisme pratiquée par l'administration entre condamnations pénales et expulsions⁴, raisonnablement interprétée la notion « d'urgence absolue » autorisant une dérogation au droit commun de l'expulsion⁵, admis le recours pour excès de pouvoir contre la notification d'un arrêt d'expulsion imposant un pays de destination et

2. Voir par exemple, O. Dupeyroux, « La jurisprudence source abusive du droit », *Mélange Maury*, t. II, p. 349.

3. Ministre de l'Intérieur c/Benouaret, 8 décembre 1978.

4. Ministre de l'Intérieur c/Dridi, 21 janvier 1977.

5. Mersad, 25 février 1985.

opéré un contrôle normal sur cette décision⁶ ; droit de l'extradition qui s'est enrichi notamment de l'énoncé d'un principe général du droit selon lequel il est impossible d'extrader lorsque le système judiciaire du pays requérant ne respecte pas les droits et libertés fondamentaux de la personne⁷ et de la prohibition de l'extradition d'un réfugié⁸.

Les relations entre les collectivités locales et les établissements d'enseignement privé ont fait l'objet d'un important contentieux qui a conduit le juge, au cœur même de la « querelle scolaire », à en définir le régime en ses éléments essentiels tels que la notion de « besoins scolaires reconnus »⁹, l'obligation incombant aux communes, avant comme après les lois de décentralisation, de contribuer au fonctionnement des classes primaires privées sous contrat d'association¹⁰, le caractère facultatif du financement des classes maternelles et enfantines¹¹...

Le code de la nationalité a fait l'objet d'interprétations jurisprudentielles sur des points importants : ainsi l'indignité de nature à justifier légalement l'opposition à acquisition de la nationalité, ne peut-elle résulter d'une activité politique licite ou de relations purement personnelles ou professionnelles entretenues avec des tiers suspectés d'activités au profit d'une puissance étrangère¹² ; une demande de libération des liens d'allégeance peut être légalement rejetée au motif que les intéressés n'envisagent pas de quitter la France dans l'immédiat¹³ ; le fait de poursuivre en France depuis près de dix ans des études supérieures ne permet pas de regarder la condition de résidence en France comme remplie¹⁴.

Le juge administratif n'est, en quatrième lieu, pas resté étranger aux secteurs dont la charge a été confiée à des *autorités administratives indépendantes* et a eu soit à arbitrer, parfois à chaud, des conflits opposant ces « nouveaux sages » au pouvoir exécutif — on pense ici à l'affaire de la règle des « trois tiers » régissant l'expression politique à la télévision¹⁵ —, soit de manière plus

6. Mantumona Benayi, 6 novembre 1987.

7. Lujambio Galdeano, 25 septembre 1984.

8. Bereciartua-Echarri, 1^{er} avril 1988.

9. Communes de Bouguenais et Saintes, 19 juin 1985.

10. Ministre de l'éducation nationale c/Association d'éducation populaire de l'Ecole Notre-Dame d'Arc-lès-Gray, 31 mai 1985, L. p. 167.

11. Ville de Moissac, 31 mai 1985.

12. Dame Weislar, 28 avril 1978, et Dame Vorobovia, même jour.

13. Epoux Djebbar, 25 juillet 1986.

14. Akhras, 28 février 1986.

15. Labbé et autres, 20 mai 1985.

générale à définir les conditions d'exercice de leurs compétences¹⁶.

Sa contribution à la *définition des droits sociaux* s'est, cinquième exemple, poursuivie au cours de la période étudiée. Ont été, on le sait, érigés en principes généraux du droit le droit des étrangers à mener une vie familiale normale¹⁷, le droit des agents publics à un minimum de rémunération qui, en l'absence de dispositions plus favorables, ne saurait être inférieur au SMIC¹⁸, le principe en vertu duquel la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit notamment à la mère et à l'enfant la sécurité matérielle¹⁹.

Le juge administratif a enfin été amené à prendre part aux débats sur *l'éthique médicale* : il a défini les conditions d'accès au dossier médical d'une personne décédée à l'hôpital²⁰, dénié le caractère de préjudice à la naissance d'un enfant succédant à l'échec d'une ivg²¹, décidé que la femme était seule juge de l'opportunité de recourir à une telle intervention²², fixé les conditions du prélèvement d'organes sur un mineur décédé à l'hôpital²³ et, par une décision qui fera date dans l'histoire du droit des procédés de maternité par substitution, jugé que les associations dont l'objet est de faciliter et d'organiser le recours à ces procédés tombent sous le coup des dispositions de l'article 353-1 du code pénal qui punit ceux qui auront provoqué à des abandons d'enfants²⁴.

Cette incursion marquée du juge administratif dans le cours des « questions d'actualité » ne doit pas masquer — et c'est notre troisième constat — toute une production jurisprudentielle, sans doute moins « médiatique », mais tout aussi importante et consacrée à ce que l'on pourrait appeler la vie quotidienne des administrés ordinaires.

Les décisions définissant dans ce domaine les obligations des uns et des autres sont nombreuses et souvent méconnues. Elles

16. Citons, sans prétendre à l'exhaustivité, les décisions d'Orcival, 22 décembre 1982, Société Indice, 13 décembre 1985, SARL IPSOS, 5 juillet 1985 pour la Commission des sondages ; CGT, 12 mars 1982, et Lebihan, 17 janvier 1986 pour la CNIL ; Société Cabot Corporation, 22 mai 1985 pour la Commission de la Concurrence.

17. CISTI, CFDT et CGT, 8 décembre 1978.

18. Ville de Toulouse c/Mme Aragnou, 23 avril 1982.

19. Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique, 6 juin 1986.

20. Administration générale de l'Assistance publique à Paris, 22 janvier 1982.

21. Mme R., 2 juillet 1982.

22. Mme X., 31 octobre 1982.

23. Epoux Camara, 17 février 1988.

24. Association Les Cigognes, 22 janvier 1988.

sont pourtant au centre de la fonction juridictionnelle. Que l'on songe à la vie à l'école publique : il n'est pas négligeable qu'ait été reconnu le droit des élèves ou de leurs représentants à obtenir soit la suppression de mentions figurant dans leur dossier scolaire qui ne devraient pas y figurer, soit la rectification de renseignements erronés qui auraient pu y être versés²⁵, et dénié celui d'être admis à l'école primaire avant d'avoir six ans dans l'année de la rentrée scolaire²⁶, que l'interdiction des réunions de groupements politiques d'élèves dans le lycée ait été jugée licite²⁷ et la responsabilité de la puissance publique engagée lorsque n'est pas assumée l'obligation légale de dispenser un enseignement dans toutes les matières obligatoires inscrites aux programmes d'enseignement selon les horaires réglementairement prescrits²⁸. Que l'on songe à la vie au travail, sur laquelle le juge administratif exerce notamment, par le biais de l'examen des règlements intérieurs d'entreprises²⁹ et du licenciement des salariés protégés, un contrôle étroit. Que l'on songe enfin aux conditions tarifaires d'accès aux services publics locaux dont il a été admis à un moment où les pratiques touchaient à la confusion la plus extrême qu'elles pouvaient légalement varier selon le domicile des usagers³⁰ mais non selon leurs ressources³¹, ou encore aux conséquences des grèves dans les services publics et à la réparation des préjudices dont elles sont à l'origine³².

Quels enseignements tirer de ce panorama ? D'abord que le juge administratif continue de créer des règles là où les enjeux politiques et sociaux sont importants et où apparaissent des insuffisances ou des carences du droit positif qui risquent, sinon de menacer, du moins de fragiliser l'exercice de certaines libertés publiques (statut des étrangers, droits sociaux, enseignement privé...). Ensuite que son rôle est plus qu'hier centré sur l'accompagnement des évolutions politiques et sociales que sur l'énoncé de règles gouvernant l'action administrative à proprement parler. Enfin, selon une formule qui n'est pas nouvelle, que l'extension de ses champs d'investigation (éthique, audio-visuel, droit du travail en entreprise...), elle-même directement liée à l'extension de l'intervention des pouvoirs publics

25. Guihaume, 6 février 1980.

26. Ministre de l'éducation nationale c/Epoux Mousset, 25 mars 1983.

27. Ministre de l'éducation nationale c/Rudent, 8 novembre 1985.

28. Ministre de l'éducation nationale c/M. Giraud, 27 janvier 1988.

29. Ministre du travail c/Société Peintures Corona, 1^{er} février 1980.

30. Commissaire de la République de l'Ariège, 5 octobre 1984.

31. Ville de Tarbes, 26 avril 1985.

32. Par exemple Ville de Paris c/ Duvinage, 27 janvier 1986, p. 10.

sur la société civile tend à faire de lui un juge administratif de la légalité autant qu'un juge de la légalité administrative.

Si l'effacement du juge administratif dans la création normative apparaît ainsi relatif, il faut y ajouter que sa contribution à l'élaboration de l'Etat de droit et d'un corpus juridique adapté à l'Etat des temps ne se mesure pas à la seule aune de sa production jurisprudentielle. Elle se mesure aussi à sa capacité à féconder ou à entraîner un mouvement législatif et réglementaire, notamment dans les domaines où l'évolution par la voie jurisprudentielle est impossible, sauf à procéder par la voie d'arrêts de règlements, et perturbante en raison de son caractère rétroactif. Si le Conseil d'Etat n'est pas, loin s'en faut, à l'origine de tous les textes récemment adoptés en matière de procédure ou de libertés, il en a cependant directement inspiré certains : la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, à laquelle la décision Agence maritime Marseille fret³³ avait ouvert la voie, les lois Auroux qui dans leurs dispositions relatives au règlement intérieur des entreprises reprennent les principes formulés dans l'arrêt ministre du travail c/ Société Peinture Corona, la loi « informatique et libertés » qui a une filiation peut-être lointaine mais certaine avec la décision Deberon relative aux fichiers³⁴, la loi du 25 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers qui, sur certains points, a puisé son inspiration dans la jurisprudence...

Peu importe que l'on doive ou non faire de « grands arrêts », le juge administratif a pris sa part aux grands débats de société, comme il l'a toujours fait, en contribuant à les dépassionner par l'énoncé de règles de droit qui n'excluent pas leur part d'audace.

II. — LE JUGE ET LE CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION

Dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle de l'activité administrative, faute de procéder à des innovations majeures, le juge a marqué trois soucis constants qui témoignent de la poursuite d'une dynamique antérieure.

Le premier est de réduire les zones de non-droit, les domaines situés hors de tout contrôle juridictionnel. Le champ d'application de l'« acte de Gouvernement » s'est restreint et, chaque fois que l'hésitation était permise, le juge a fait prévaloir une conception

33. 27 novembre 1970.

34. 13 février 1976.

restrictive de la notion. Ainsi l'autorisation accordée à une société de radiodiffusion étrangère d'installer un émetteur sur le territoire français³⁵ ou la décision du Premier ministre retenant une ville pour l'implantation du laboratoire européen de rayonnement synchrotron et demandant au ministre de la recherche de se rapprocher de son collègue allemand pour préparer la proposition conjointe des deux pays aux partenaires européens³⁶ ne constituent pas des actes se rattachant à la conduite des relations internationales de la France.

De même, la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat à raison d'une éventuelle insuffisance des mesures prises pour assurer la protection des membres d'une mission diplomatique ne met pas en cause la conduite de ces relations mais dépend seulement de l'appréciation portée sur la façon dont les services s'acquittent de leur mission, qui en est détachable³⁷.

En revanche, les « îlots d'ombre du contentieux administratif »³⁸ que constituent les mesures d'ordre intérieur demeurent, qu'elles concernent les prisons³⁹ ou l'école⁴⁰. Une évolution de la jurisprudence et, à tout le moins, l'admission de la recevabilité du recours dirigé contre la décision prise sur recours hiérarchique contre la mesure d'ordre intérieur est, sur ce point, vivement souhaitable.

Le deuxième souci du juge administratif a été de ne pas s'enfermer dans une conception frileuse de la séparation des pouvoirs chaque fois que des libertés essentielles sont en jeu et que le maintien d'appréciations échappant tant au juge administratif qu'au juge judiciaire confinerait au déni de justice. On citera le contrôle du motif du licenciement d'un salarié investi d'un mandat représentatif⁴¹, le contrôle de l'avis de la chambre d'accusation en matière d'extradition jusqu'à ce que la Cour de cassation décide d'exercer sa compétence naturelle⁴², enfin le contrôle de l'appréciation portée par le chef de Cour, sur la qualité du travail juridictionnel fourni par un magistrat du siège⁴³.

Le juge administratif a enfin renforcé l'encadrement du pouvoir

35. Société Radio Monte-Carlo et autres, 17 décembre 1982.

36. Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire, 8 janvier 1988.

37. Consorts Yener et consorts Erez, 29 avril 1987.

38. De la mesure d'ordre intérieur, Maryvonne Helquard-Theron, *AJ*, 1982, p. 231.

39. Pour la décision d'affecter un détenu en quartier de haute sécurité : Caillol, 27 janvier 1984.

40. Pour la décision d'affecter un élève dans une classe déterminée : Attard, 5 novembre 1982.

41. 5 mai 1976, SAFER d'Auvergne c/ Bernette, 18 février 1977 Abellan.

42. 7 février 1978, Croissant.

43. 13 mars 1987, Bauhain.

discrétionnaire, par une extension continue du degré de contrôle de la qualification juridique des faits en excès de pouvoir.

Des appréciations qui échappaient auparavant à tout contrôle sont aujourd'hui soumises à celui de l'erreur manifeste : le tracé du zonage des plans d'occupation des sols⁴⁴, le degré de gravité d'une sanction disciplinaire concernant un agent public⁴⁵, la suspension et la révocation d'un maire⁴⁶, etc. Et le contrôle normal est venu, en certaines matières, telles que le remembrement rural, se substituer entièrement au contrôle restreint.

Au point d'avancement actuel de la jurisprudence, la meilleure manière de la parfaire serait sans doute de consacrer le contrôle de proportionnalité chaque fois que sont en cause des droits et libertés bénéficiant d'une protection particulière, comme nous y convie le Conseil constitutionnel⁴⁷ ainsi que la Cour européenne de Strasbourg⁴⁸.

C'est en effet dans un cadre international de plus en plus affiné, en particulier celui posé par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que devront intervenir à l'avenir les évolutions jurisprudentielles.

Il est éminemment salutaire et stimulant de jeter à cette occasion sur notre droit un regard neuf. Si la convention de Strasbourg consacre pour l'essentiel un état de droit existant dans notre pays⁴⁹, le réexamen de quelques solutions traditionnelles paraît s'imposer. Il en va ainsi de l'interprétation des traités par voie de question préjudicielle renvoyée au ministre des affaires étrangères. On souhaiterait également que la divergence apparue entre le Conseil d'Etat et la Cour de Strasbourg en ce qui concerne la publicité des débats devant les juridictions disciplinaires⁵⁰ laisse place à une position commune : la reconnaissance du principe assorti d'exceptions bien délimitées.

Le Conseil d'Etat serait-il, comme on le soutient parfois, moins ouvert que d'autres juridictions suprêmes à la prise en compte des normes internationales ?

Il convient de faire, pour le moins, la part des choses, en commençant par relever la faible imprégnation de la communauté juridique française par un droit autre que national. Cela étant, les mécanismes essentiels de pénétration du droit communautaire fonc-

44. 23 mars 1979, commune de Bouchemaine.

45. 9 juin 1978, Lebon.

46. 27 février 1981, Wahnapo.

47. Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987.

48. 31 décembre 1981, affaire Lecomte c/ Belgique.

49. 8 avril 1987, min. intérieur et de la décentralisation c/ Peltier.

50. 11 juillet 1984, Subrini.

tionnent : primauté sur le droit national⁵¹, y compris dans les rapports entre directive et règlement national⁵² et interprétation conforme à celle donnée par la Cour de Luxembourg⁵³.

Sans que ce soit ici le lieu de prendre parti sur le fond, il ne nous choque pas que la construction progressive d'un ordre juridique communautaire d'une grande ambition laisse place sur des points précis, tels que l'effet direct des directives, à quelques tâtonnements⁵⁴. Reconnaissons que le sujet de désaccord n'est pas si mal choisi...

Beaucoup moins aisé à justifier est le maintien de la jurisprudence dite des « Semoules », qui conduit le juge administratif à écarter l'application de la norme internationale au profit de celle de la loi postérieure contraire. Les éléments du débat, et notamment les très sérieux motifs de droit qui fondent cette jurisprudence, sont trop connus pour être rappelés ici. Ce qui paraît certain, vingt ans après, et alors que le Conseil constitutionnel n'a pas occupé le terrain laissé libre par le Conseil d'Etat, c'est que les inconvénients de la situation qui en résulte s'aggravent au fur et à mesure de la multiplication des normes auxquelles l'article 55 de la Constitution accorde la primauté sur la loi interne. S'y résigner serait sans doute affaiblir la France dans les négociations communautaires et internationales. Le Conseil d'Etat aura de moins en moins de raisons de résister à la pression de ceux qui l'incitent à interpréter l'article 55 comme l'habilitant directement à faire prévaloir le traité sur la loi postérieure, et à rejoindre ainsi la Cour de cassation. Ceux que cette faille dans la cohérence de l'ordre juridique ne satisfait pas pensent à juste titre que la course de lenteur entre le revirement jurisprudentiel et une éventuelle modification des textes doit rapidement prendre fin⁵⁵.

III. — LE JUGE ET LES ATTENTES DU JUSTICIABLE

Juge à part, mais juge à part entière, le juge administratif doit offrir des garanties équivalentes à celles que le Code de procédure civile organise devant les juridictions de l'ordre judiciaire. La mise

51. 18 décembre 1981, Syndicat national du Commerce de la Chaussure.

52. 7 décembre 1984, Fédération française des Sociétés de Protection de la Nature.

53. 2 décembre 1983, Sucrimex ; 8 avril 1987, min. du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Heisch.

54. 22 décembre 1978, min. intérieur c/ Cohn-Bendit précité.

55. Cf. sur l'ensemble de ces points, le rapport de Bruno Genevois, au colloque des 21 et 22 janvier 1988 « Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat », intitulé *Le droit international et le droit communautaire*.

en œuvre de la réforme issue de la loi du 31 décembre 1987 devrait permettre de réduire très sensiblement les délais de jugement. Mais elle n'est pas la solution à tous les maux et doit être l'occasion d'approfondir la réflexion sur ce que doit être une juridiction administrative moderne : plus transparente et plus efficace.

Pour ce qui est de la transparence, une première remarque concerne le principe de publicité des débats.

On peut regretter que ce principe n'ait été clairement posé que pour les juridictions de l'ordre judiciaire⁵⁶ et que la publicité des audiences ne soit exigée, devant les juridictions administratives, qu'en vertu d'un texte exprès, lequel existe heureusement pour les juridictions à compétence générale. On alimente ainsi la suspicion sur l'aptitude du juge administratif à être un vrai juge : tout manque de transparence est perçu comme le signe de liens inavoués avec l'administration.

Au plan de la mise en œuvre du principe de publicité, le juge administratif souffre de sa procédure écrite alors que, dans une société contemporaine « médiatisée », la demande de justice est souvent celle de s'expliquer contradictoirement devant un juge et un public.

Actuellement, seuls les tribunaux administratifs répondent à cette demande, compte tenu du déroulement de l'audience. Il faut espérer que les futures cours administratives d'appel puissent également prendre en compte cette attente. Il est certain que le déroulement actuel de l'audience publique devant le Conseil d'Etat sera mieux adapté à son futur rôle de juge de cassation.

En ce qui concerne les garanties offertes au justiciable, n'y a-t-il pas une certaine discordance entre une tradition ancienne d'extrême libéralisme (on pense aux conditions de saisine du juge de l'excès de pouvoir) et la nécessité pour le requérant devant le Conseil d'Etat non représenté par un avocat de demander sa convocation à l'audience ou à être avisé des mémoires produits en défense ? Il en va de même de l'impossibilité d'obtenir pour le moment le bénéfice de l'article 700 du nouveau code de procédure civile devant le juge administratif⁵⁷.

En matière de motivation des décisions juridictionnelles, la réforme du contentieux devrait favoriser une dissociation plus nette entre les motivations en droit qui s'accrochent d'une certaine

56. 4 octobre 1974, Dame David.

57. Art. 700. (*Déc. n° 76-714 du 29 juill. 1976.*) Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine.

concision, et les motivations en fait qui appellent plus de précisions.

Mais, en cette matière, la forme rejoint le fond. Prenons l'exemple des cas où la faute lourde est exigée en matière de responsabilité non contractuelle. La reconnaissance d'une faute repose toujours sur une appréciation des difficultés concrètes auxquelles est confronté son auteur. Comment justifier l'exigence de la faute lourde si ce n'est sur ce terrain ? On voit donc bien la fragilité d'un raisonnement qui tend à présumer, pour telle catégorie de décisions ou d'agissements, l'existence de telles difficultés. Beaucoup moins contestée serait une jurisprudence qui justifierait notamment en matière de responsabilité médicale ou policière, *in concreto*, les raisons d'une absence de faute et délimiterait ainsi, au cas par cas, le droit à l'erreur qui peut être reconnu aux agents du service public.

Dans le même esprit, la victime peut-elle comprendre, en l'état actuel des motivations, ou plus exactement de l'absence de motivation, le mode de calcul de l'indemnité qui lui est allouée au titre des troubles dans ses conditions d'existence ?

Côté efficacité, la réforme de la juridiction administrative doit s'accompagner d'un usage plus nourri des pouvoirs d'investigation mis en œuvre par les juges du fond : enquêtes, visites sur place, audition d'experts, audition des parties notamment en matière disciplinaire par un magistrat désigné à cet effet, tous pouvoirs dont le juge ne fait aujourd'hui qu'un usage regrettablement modéré.

Il faut de même muscler encore les moyens de contraindre les parties à produire dans un délai déterminé. Le principal verrou est actuellement le caractère inadapté de l'acquiescement aux faits lorsque l'administration tarde à défendre — parfois volontairement — à un recours pour excès de pouvoir. Pourquoi ne pas affirmer que le privilège du préalable a un corollaire : l'obligation pour l'auteur de la décision de la justifier dans le délai fixé par le juge, à peine de caducité de la décision contestée ?

L'efficacité des procédures d'urgence est en 1988 un autre critère important de la qualité de toute juridiction.

La crainte de s'aligner sur une conception civiliste, où le référé tient souvent lieu de procès au fond, a sans doute pesé dans le sens d'un référé administratif à peu près limité à l'expertise, alors qu'il peut être un moyen utile de mettre à plat les éléments d'un litige à naître, et jouer — pourquoi pas ? — un rôle préventif comme le montre par exemple la jurisprudence relative à la communication de documents⁵⁸.

58. 11 mai 1979, min. de la santé et de la famille c/ Espinasse.

Le refus du référé provision est symbolique⁵⁹. Aucune particularité du juge administratif ne nous semble justifier un tel refus dès lors qu'il n'y a pas contestation sérieuse sur le principe de la créance. Le juge administratif n'a pas hésité à juste titre à prononcer par référé l'expulsion du domaine public au seul motif que l'absence de titre régulier n'était pas sérieusement contestée⁶⁰. Le pas est donc facile à faire.

Un juge protecteur des libertés publiques doit de même pouvoir statuer, par une mesure provisoire, dans un délai maximum de quelques jours. Tribunal administratif et Conseil d'Etat ont montré dans le passé qu'ils y sont aptes. Ce rythme est d'ailleurs le lot quotidien des sections administratives du Conseil d'Etat. La loi du 2 mars 1982 a mis en place une procédure de sursis dans les quarante-huit heures qui a donné pleine satisfaction. Il est suggéré d'étendre cette voie de droit, dès lors que les libertés publiques sont en cause, à d'autres requérants que le préfet et à d'autres actes que ceux des collectivités décentralisées.

Dans un ordre d'idées différent, on a souvent relevé que le juge de l'excès de pouvoir se borne à prononcer une annulation sans préciser les conséquences à en tirer même lorsqu'elle appelle de la part de l'administration un acte positif que le juge peut déjà identifier : nouvel examen de la demande, reconnaissance de droit... Excéderait-il ses pouvoirs en allant plus loin que l'annulation ? Evidemment non, puisque quelques années plus tard, saisi d'un refus d'exécution ou d'une exécution partielle, il tranche la question de l'autorité de la chose jugée par son annulation, donc des obligations qu'elle imposait et des droits qui en résultaient pour le requérant.

C'est la Section du Rapport et des Etudes qui exerce aujourd'hui ce pouvoir d'injonction, tant pour les tribunaux administratifs que pour le Conseil d'Etat. Inclure cette injonction dans le dispositif de la décision d'annulation présenterait plusieurs avantages :

- fixer immédiatement, avec la solennité d'une décision de justice, les obligations de l'auteur de l'acte, ce qui faciliterait le jeu des astreintes ;
- laisser la Section du Rapport et des Etudes se consacrer aux réelles difficultés d'exécution : refus d'exécuter l'injonction ou éclaircissements donnés aux parties sur des questions d'exécution qui se situent en aval de l'injonction elle-même.

59. 20 juin 1980, Gaz de France.

60. 28 novembre 1980, Ville de Paris c/ Ets Roth.

Le justiciable peut comprendre que le juge ne puisse prendre une décision à la place de l'administration, et qu'il n'y ait pas de voies d'exécution forcée contre l'Etat. Il peut s'étonner en revanche que ce même juge refuse d'ordonner que soient tirées les conséquences de sa décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Le Conseil d'Etat du début du siècle faisait preuve à cet égard de plus d'audace⁶¹.

De manière plus générale, il faut s'interroger sur le maintien du principe selon lequel le juge administratif ne peut pas adresser d'injonction à l'administration, principe à ne pas confondre avec l'interdiction pour le juge de se substituer à elle. Quelle que soit la valeur des raisons d'opportunité qui ont conduit à le poser, ont-elles la même aujourd'hui, alors que les exigences de l'Etat de droit se sont accrues et que l'existence d'un juge administratif, consacrée au plan constitutionnel, n'est plus à négocier avec le pouvoir exécutif?

Le juge administratif a pour fonction de fixer les conditions de l'équilibre entre l'exercice par l'administration des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de ses missions et la protection des administrés contre ces mêmes pouvoirs. Il n'est en ce sens ni le porte-parole fidèle des citoyens contre l'Etat ni le défenseur aveugle des pouvoirs de l'administration.

Certains soutiennent qu'un cordon ombilical relierait le juge administratif à l'Etat et le rendrait inapte à garantir réellement les citoyens contre les abus des pouvoirs : il tiendrait, à raison de ses origines et de sa complicité en quelque sorte biologique avec l'administration, la balance inégale entre les parties au procès. Ceux-là mêmes suggèrent soit une formation et un recrutement du juge administratif différents de ceux des fonctionnaires, soit une séparation des fonctions administratives et contentieuses du Conseil d'Etat.

Cette thèse repose selon nous sur deux idées fausses : la première est que l'on jugerait d'autant mieux que l'on ignore tout du contexte dans lequel un litige est né. Cette analyse est contredite par l'exigence ressentie par nombre de magistrats de l'ordre judiciaire de consacrer une partie de leur carrière à enrichir en dehors du Palais de justice leur expérience professionnelle. Loin d'être une survivance dépassée, le déroulement de carrière d'un juge administratif nous paraît en avance sur son époque.

61. 20 juillet 1906, Machart, 10 août 1917, Pillot.

La seconde est qu'il existerait une collusion objective d'intérêts entre l'administration et son juge : mais appartenir à l'administration c'est aussi mieux la connaître et se donner les moyens de la censurer sans complexe et sur les bons terrains : l'invention contentieuse du détournement de pouvoir en est une illustration. Par ailleurs, le poids réel de la collégialité dans la juridiction administrative, les effets du brassage des générations et des origines professionnelles en son sein rendent dérisoires les critiques tirées de ce que le sens d'une décision pourrait être influencé par les mouvements de va-et-vient qui affectent ses effectifs.

Tout est affaire d'équilibre, mais attention : les meilleures intentions du monde peuvent conduire à enfermer le juge administratif dans une tour d'ivoire, à contre-courant des exigences de son temps.

RÉSUMÉ. — *Les auteurs, membres de la juridiction administrative, s'interrogent sur trois questions : la contribution du juge administratif à l'élaboration d'un ordre juridique mieux achevé, les conditions d'exercice de ses pouvoirs de contrôle, la capacité de l'appareil juridictionnel à répondre aux attentes du justiciable.*

JOURNAL

*Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel**

FREDERIK L. MORTON

Pour l'observateur nord-américain¹, l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel constitue un développement politique fascinant qui invite à une analyse comparative. Le développement du Conseil constitutionnel sous la V^e République représente une tentative pour greffer la pratique du contrôle de constitutionnalité sur une longue tradition de suprématie parlementaire. A cet égard, on peut mettre en parallèle les récents développements au Canada, qui a abandonné en 1982 sa tradition de parlementarisme de style britannique en amendant sa Constitution afin d'y inclure une « Charte des droits et libertés »². L'expérience beaucoup plus ancienne des Etats-Unis en matière de contrôle juridictionnel des lois et les nombreuses controverses qu'elle a engendrées, fournit également un riche secteur pour l'analyse comparative. Dans ce qui suit, l'auteur propose cinq comparaisons destinées à faciliter une meilleure compréhension du rôle grandissant du Conseil constitutionnel dans la vie politique fran-

* La traduction a été aimablement réalisée par le service de la documentation étrangère de l'Assemblée nationale et le Groupe d'Etudes et de Recherches sur la justice constitutionnelle d'Aix-en-Provence.

1. F. L. Morton a enseigné le droit public comparé et le droit juridictionnel comparé aux Etats-Unis et au Canada ; il est actuellement professeur et codirecteur du Centre de Recherches et d'Etudes sociolégales de l'Université de Calgary (Alberta, Canada). Cette étude a été rédigée en 1987 au cours d'un séjour sabbatique à Aix-en-Provence, France. Une première version a été préparée pour la « Journée d'études du 13 mars 1987 » organisée par l'Association française des constitutionnalistes à Paris, F. L. Morton est de nationalité américaine.

2. F. L. Morton, *The impact of the Charter of Rights : The Judicialization of Canadian Politics*, 20, *Canadian Journal of Political Science*, 31-35 (mars 1987).

çaise, et d'une manière générale à apporter une contribution aux études comparatives, actuellement en plein développement, relatives aux juridictions constitutionnelles.

I

Le rôle originel du Conseil constitutionnel était beaucoup plus modeste que celui qu'il a récemment assumé. Conçu à l'origine comme un « chien de garde » chargé de protéger l'exécutif contre les empiétements parlementaires, le Conseil constitutionnel a, au cours de la décennie qui vient de s'écouler, acquis la plupart des caractéristiques d'une véritable juridiction constitutionnelle, et notamment l'autorité lui permettant d'invalidier les lois méconnaissant les droits constitutionnels. Certains ont fait grief au Conseil constitutionnel d'avoir usurpé des pouvoirs qu'il n'avait jamais été question de lui accorder.

De semblables griefs d'« usurpation » furent formulés contre la Cour suprême des Etats-Unis lorsqu'elle commença à exercer le contrôle juridictionnel des lois. La Constitution américaine n'attribue nulle part explicitement à la Cour suprême le pouvoir d'invalidier des lois et les comptes rendus des travaux d'élaboration et d'adoption de la Constitution font état d'opinions extrêmement divisées sur le sujet. La Cour suprême n'essaya pas d'exercer un tel pouvoir pendant les treize premières années de son existence (1790-1803)³, et le Conseil constitutionnel fit de même en France (1958-1971)⁴. Fait plus important : la légitimité de la démarche du *chief justice* John Marshall revendiquant, pour la Cour suprême, le droit d'annuler les textes législatifs fut contestée jusqu'à la guerre de sécession (1860-1865). Alors que tous les partis admettaient le principe de la suprématie de la Constitution, il n'y avait pas de consensus sur la manière d'appliquer (de mettre en œuvre) ce principe. Le caractère non représentatif, non responsable, et donc non démocratique de la Cour suprême était le dénominateur commun de la plupart des arguments formulés contre le contrôle juridictionnel des lois au cours de la période de formation du système politique américain⁵.

La réponse de la Cour suprême à ces critiques fut un exercice très circonscrit du contrôle juridictionnel des lois pendant les premières années. Après sa décision *Marbury v. Madison* en 1803, la Cour suprême ne déclara inconstitutionnelle aucune autre loi jusqu'en 1857, date de la désastreuse décision *Dredd Scott* — qui affaiblit gravement l'autorité de la Cour⁶.

3. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

4. Décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

5. Pour une relativement brève mais instructive recension des arguments en faveur des mécanismes alternatifs du contrôle de constitutionnalité, voir John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, 1984.

6. *Dredd Scott v. Sandford*, 19 Howard 393 (1857).

Ce fut seulement pendant les décennies faisant suite à la guerre de sécession — décennies au cours desquelles le contrôle juridictionnel des lois acquérait la légitimité que seul le temps peut conférer — que la Cour suprême devint plus agressive⁷.

On est particulièrement frappé de l'analogie qui existe entre la Cour suprême et le Conseil constitutionnel en ce qui concerne la source de leur compétence en matière de libertés. Il est bien connu que le Conseil constitutionnel n'eut presque aucun rôle dans la protection des libertés avant 1971, année où il commença à interpréter le Préambule de la Constitution de 1958 comme incorporant tous les droits énumérés dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et le Préambule de la Constitution de la IV^e République. Alors que ces documents étaient tous les deux mentionnés dans le Préambule de 1958, ils n'avaient jamais été considérés comme ayant valeur de droit positif. Le Conseil constitutionnel changea cela par ses propres décisions, se conférant ainsi à lui-même un nouveau et beaucoup plus influent rôle politique.

L'habituelle idée fautive sur la Cour suprême est qu'elle ait été toujours le défenseur actif des droits des minorités et des libertés individuelles. En réalité, ce rôle date seulement des années 1920. Avant cela, la Cour a rendu très peu de décisions concernant les libertés. La raison en est qu'à l'origine, le *Bill of rights* américain (art. 1-10) s'appliquait uniquement aux autorités fédérales, et non aux Etats. Durant le XIX^e siècle, les Etats avaient une grande liberté pour traiter les questions de liberté, sans aucun contrôle de la Cour suprême. Dans la mesure où la législation fédérale mettait rarement en cause le *Bill of Rights*⁸, la Cour suprême n'était tout simplement pas concernée par les questions de libertés.

Cette situation commença à changer en 1920, lorsque la Cour suprême interpréta la *due process clause* du 14^e Amendement, qui était clairement applicable aux Etats, comme « incorporant » les diverses dispositions du *Bill of Rights*⁹. Durant les quarante années qui suivirent, la Cour suprême utilisa son pouvoir d'interprétation pour faire respecter par les lois des Etats et les autres actes de ceux-ci la totalité du *Bill of Rights*. Aujourd'hui, ces affaires de libertés publiques concernant les Etats constituent la presque totalité de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour, et sont à l'origine de sa réputation « héroïque » de défenseur des minorités

7. Même au cours de la présente période, la Cour est beaucoup plus respectueuse des lois du Congrès que de celles des Etats. En septembre 1979, on comptait 950 lois d'Etat annulées par la Cour suprême, contre 122 lois nationales. Abrahams, *The Judicial Process*, 4^e éd., New York, Oxford University Press, 1980, p. 296.

8. La Cour suprême ne statua pas sur une affaire concernant le premier amendement (liberté de religion, d'expression, de la presse, et d'association) jusqu'en 1875 (*us v. Reynolds*, *The Mormon Polygamy Statute from Utah*). Elle n'invalida pas de loi fédérale pour violation du premier amendement (*establishment of religion grounds*) avant 1971 (*Tilton v. Richardson*, 403 US 672 (1971)).

9. Le premier cas d'« incorporation » fut *Gitlow v. New York*, ussc, 1920.

et des opprimés¹⁰. Comme le Conseil constitutionnel, la Cour suprême s'est conférée à elle-même cette importante et nouvelle compétence.

Pour conclure, le rôle admis et l'autorité de la Cour suprême américaine sont le résultat de deux cents ans de développement et d'acceptation progressive. Ont grandi avec le temps l'étendue de sa compétence et la force avec laquelle elle l'exerce. Je suggérerai que le développement politique du Conseil constitutionnel soit considéré dans cette optique. La compétence grandissante du Conseil constitutionnel apparaît moins surprenante lorsqu'on la mesure par analogie avec l'expérience américaine. La comparaison suggère aussi qu'il serait peu réaliste d'attendre des nouvelles juridictions constitutionnelles, telles que le Conseil constitutionnel, qu'elles exercent leur activité avec la même autorité que leur pendant américain, lequel est bien plus ancien et bien mieux établi qu'elles.

Il convient de rappeler la justification, par Alexander Hamilton de la Cour suprême, comme étant « la branche la moins dangereuse » du pouvoir proposée par la nouvelle Constitution de 1787¹¹.

« On pourrait vraiment dire qu'elle n'aura ni force ni volonté, mais simplement du jugement ; et finalement qu'elle devra compter sur l'aide du bras exécutif pour l'effectivité de son jugement. »

L'autorité d'une juridiction dépend non pas de sa capacité de commander, mais de la bonne volonté mise par les autres acteurs politiques, et finalement par l'opinion publique, à obéir. Dans une démocratie, où la fiabilité est la pierre de touche de la légitimité politique, l'autorité d'une juridiction est précaire, surtout à ses débuts. L'obéissance aux décisions constitutionnelles doit devenir une coutume politique. Le constitutionnalisme doit être soigneusement entretenu dans « les mœurs politiques de la nation »¹² et cela prend du temps¹³.

II

L'affrontement entre le Conseil constitutionnel et le nouveau Gouvernement socialiste pendant l'« alternance » ressemble étrangement à l'expérience américaine de la « crise de la Cour suprême au moment du

10. Le développement du rôle de la Cour en tant que défenseur des libertés est décrit dans F. L. Morton, *Racial Injustice : The Origins of the New Judicial Activism in the US Supreme Court*, rapport présenté à la réunion annuelle de l'Association américaine de Science politique, La Nouvelle-Orléans, 28 août-1^{er} septembre 1986.

11. *The Federalist Papers*, n° 78.

12. En français dans le texte.

13. Cette perspective peut changer l'appréciation que l'on peut porter sur les décisions du Conseil constitutionnel. Par exemple, la réserve observée par le Conseil constitutionnel dans certaines décisions relatives aux libertés — critiquées comme excessives par Lochak — peut apparaître comme raisonnable. Cf. Danièle Lochak, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?*, in *Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 13, 1986, p. 41-54.

New Deal » des années 1930¹⁴. Dans les deux cas, la politique d'intervention économique d'une nouvelle majorité arrivée au pouvoir se heurte aux limitations constitutionnelles interprétées par des juges nommés par un gouvernement précédent, beaucoup plus conservateur. Dans les deux cas, la confrontation entraîne de violentes critiques contre la Cour suprême ou le Conseil constitutionnel déclarés antidémocratiques et illégitimes. Il a été allégué, dans les deux cas, que les juges abusaient de leur autorité pour défendre la politique conservatrice des gouvernements précédents qui les avaient nommés. Et finalement, dans les deux cas, la quasi-totalité de la nouvelle législation fut adoptée.

Mais, au-delà de ces ressemblances évidentes entre la vie politique française des années 1980 et celle des Etats-Unis des années 1930, un enseignement plus profond doit être tiré de la pratique du contrôle de constitutionnalité. Pendant les périodes de grands changements politiques, la légitimité des juridictions constitutionnelles sera particulièrement contestée. Le caractère antidémocratique du contrôle juridictionnel des lois est une donnée permanente quoique peu remarquée (voir V, ci-dessous). Cet aspect antidémocratique du contrôle juridictionnel des lois a des chances de passer inaperçu pendant les périodes de consensus politique prolongé et de majorité stable. Dans de telles circonstances, il est peu probable que voient le jour des changements politiques radicaux mettant en cause les principes fondamentaux du régime.

C'est le contraire qui arrive lorsque se produisent, dans une société, des réajustements politiques profonds donnant naissance à une nouvelle majorité ayant un nouveau programme politique qui, en général, s'oppose à l'« ancien régime » sur une série de questions clés. Ce sont là des circonstances qui sont de nature à favoriser des débats constitutionnels importants et diviseurs. L'ancienne majorité, devenue la nouvelle minorité, tendra à se servir de toute institution politique existante pour faire obstacle au programme de la nouvelle majorité. Les juridictions constitutionnelles sont parfaitement adaptées à ces combats politiques d'arrière-garde puisque leurs membres ont généralement été nommés par l'ancien régime, partageant la même fidélité à ses valeurs et la même antipathie à l'égard de la nouvelle majorité qui l'a remplacée.

Dans ces circonstances, il n'est guère surprenant que les juridictions constitutionnelles aient accepté d'user du pouvoir qui est le leur d'interpréter la Constitution, pour s'opposer à la mise en œuvre du programme de la nouvelle majorité. Les événements qui ont suivi le bouleversement électoral de 1932 ne furent pas les premiers du genre dans l'histoire américaine. Les Fédéralistes essayèrent de se retrancher à l'abri du pouvoir

14. Un précédent commentateur nord-américain, John Keeler, a effectué la même comparaison, mais il est arrivé à des conclusions différentes : Confrontations juridico-politiques : Le Conseil constitutionnel face au Gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal, *Pouvoirs*, 35, 133-148 (1985). Sur nos divergences, voir *infra*.

judiciaire après avoir été écrasés par Thomas Jefferson et son nouveau Parti démocrate aux élections de 1800¹⁵. Dans les années 1850, les hommes politiques du Sud essayèrent de défendre leur situation politique de plus en plus désespérée en influençant les nominations à la Cour suprême et les décisions de celle-ci. Le résultat le plus tangible en fut la *décision Dredd Scott*.

Dans chacun de ces cas, la majorité politique nouvelle vit la réalisation de son programme contrariée par une Cour non responsable nommée par ses adversaires politiques. Elle attaqua le caractère non responsable et anti-démocratique du contrôle juridictionnel des lois; elle contesta son autorité et même son existence. Les événements politiques français de janvier et février 1982 sont conformes à cette analyse. La fameuse accusation lancée contre le Conseil constitutionnel par un député socialiste : « Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires », aurait pu aussi bien être formulée par un Démocrate jeffersonien, un Républicain lincolnien ou un partisan du New Deal de Roosevelt. Toutes ces péripéties mettent en lumière la fragilité du contrôle de constitutionnalité en période de changement politique.

III

Ceci m'amène à ma troisième remarque relative au rôle nouveau du Conseil constitutionnel dans la vie politique française. Si l'affrontement de l'hiver 1982 était prévisible, on pouvait aussi prévoir qu'il ne serait ni aussi durable ni aussi sérieux que la crise de la Cour suprême américaine à l'occasion du New Deal ; et, cela, en raison des différences existant quant aux conditions de nomination et à la durée du mandat des membres du Conseil constitutionnel et de la Cour suprême. En France, le fait que les juges ne puissent être nommés que pour un mandat de neuf ans non renouvelable et que le tiers des juges soit renouvelé tous les trois ans, est la garantie d'un apport constant de « sang nouveau ». Au contraire, les juges de la Cour suprême sont nommés à vie et restent en fonction de dix à vingt ans. Au cours de ce siècle, quatre juges ont siégé à la Cour suprême pendant plus de trente ans, et huit autres pendant plus de vingt ans¹⁶. Les dates de nominations relèvent du hasard et dépendent de la retraite ou du décès des juges en exercice.

Ces différences prennent toute leur signification au cas de changement politique majeur, tel qu'examiné ci-dessus. Il y a plus de chances, dans le système américain, pour que se produise un « décalage politique » et,

15. Cf. Robert McCloskey, *The American Supreme Court*, Chicago Press, 1961, chap. 2.

16. La durée moyenne du mandat des 43 juges ayant siégé au XX^e siècle est de 13,7 ans. Ces chiffres sont tirés de Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, p. 57, 401-403.

par suite, il existe un risque plus grand d'affrontement entre la juridiction constitutionnelle et le nouveau gouvernement. Comme ce fut le cas lors du New Deal, les juges nommés par le Gouvernement précédent peuvent être majoritaires à la Cour jusqu'après le début du *second* mandat du nouveau président. Le programme de la nouvelle majorité peut donc se trouver paralysé pendant plusieurs années¹⁷.

Au contraire, le renouvellement périodique des membres du Conseil constitutionnel rend plus improbable une paralysie aussi prolongée. La nouvelle majorité a eu l'occasion de nommer deux nouveaux membres — y compris un nouveau Président — avant que trois ans ne s'écoulent. Mon intention n'est pas de soutenir qu'un Gouvernement peut contrôler d'une manière précise les votes des juges qu'il nomme, mais plutôt, qu'en période de divisions politiques accusées, la nouvelle majorité nommera sans doute des juges plus en accord avec sa « philosophie politique » et que de tels juges montreront plus de sympathie pour les grandes options (mais pas nécessairement pour les détails) du nouveau programme gouvernemental. En fait, dès 1986, quatre des neuf membres du Conseil constitutionnel pouvaient être regardés comme des sympathisants du Parti socialiste, et le président — M. Badinter — était l'ancien ministre de la justice du Président Mitterrand et l'un de ses collaborateurs de longue date.

En raison de ces différences dans le mode de nomination et dans la durée du mandat, la position idéologique du Conseil constitutionnel est plus sensible aux changements d'opinion du corps électoral que ne l'est la Cour suprême. En ce sens, le Conseil est plus responsable politiquement, en tant qu'institution, que son équivalent américain. Quelques commentateurs ont considéré ce fait comme une « erreur » traduisant une insuffisante « indépendance de la juridiction »¹⁸. Mais cette critique pose la question préalable et plus fondamentale de savoir si la fonction de contrôle de constitutionnalité doit être confiée à une juridiction ordinaire (c'est-à-

17. L'héritage le plus durable de la présidence de Reagan sera sans doute le grand nombre de jeunes juges conservateurs nommés par lui dans les Cours fédérales. Les deux juges nommés à la Cour suprême — O'Connor et Scalia — ont tous deux la cinquantaine. A la fin de son second mandat, Reagan aura nommé plus de la moitié des juges des cours inférieures, c'est-à-dire plus qu'aucun autre président. Une autre étude récente montre qu'un inhabituel fort pourcentage — 11,4 % — de juges ainsi nommés ont moins de quarante ans « ce qui est susceptible de prolonger l'influence de Reagan au cours des huit prochains mandats présidentiels » (Murphy and Pritchett, *Courts, Judges and Politics*, 142 (1986)). Pour un commentaire plus détaillé de la tentative de Reagan pour investir les Cours fédérales de juges conservateurs, voir F. L. Morton, *Conservatives and the Courts in the United States and Canada*, in Kornberg and Coopers (eds), *The resurgence of Conservatism in the Anglo-american Democracies* (1987).

18. Julliard parle du « péché originel » du Conseil constitutionnel ; Cappelletti et Cohen, d'un « défaut congénital ». Cité dans Michael Davis, *The Law politics distinction, the French Constitutionnel, and the us Supreme Court*, *The American Journal et Comparative Law*, 1986, n° 1 (hiver 1986), p. 45-92, à la p. 61.

dire composée de juges nommés à vie) ou à un organisme plus politique (c'est-à-dire plus responsable). Comme la discussion de ce problème fait l'objet de mon cinquième paragraphe (ci-dessous), je dirai simplement pour le moment que chaque solution présente avantages et inconvénients.

Les avantages du Conseil constitutionnel ont déjà été précisés : les affrontements avec un nouveau Gouvernement seront vraisemblablement moins durables, et par conséquent moins sujets à critique en raison de l'apport régulier d'un « sang » politique nouveau. Pour simplifier, il est plus démocratique. Il est vrai que, à l'inverse, cette flexibilité institutionnelle peut être regardée comme un défaut fondamental. Une juridiction constitutionnelle a pour mission de guider la démocratie, non de la suivre. A quoi bon avoir une Constitution *écrite*, pourraient demander nos collègues américains, si l'on peut changer son contenu simplement en changeant les juges qui l'interprètent? L'objet d'une Constitution *écrite* n'est-il pas d'obliger les changements politiques à se conformer aux principes permanents?¹⁹

La réponse est : oui et non. Car, en pratique, il est également vrai qu'une Constitution doit s'adapter aux changements politiques et sociaux. Si elle ne le fait pas — comme ce fut *presque* le cas pour la Cour suprême et la Constitution américaine en 1937 — non seulement cela causera crise constitutionnelle et paralysie, mais elle se condamnera elle-même à être mise au rebut de l'histoire « vestige » anachronique pour un Gouvernement d'un autre âge²⁰.

Là est le paradoxe de la règle constitutionnelle. Pour être fidèle à son objet, son contenu ne doit pas varier ; mais pour survivre au-delà d'une génération ou deux, ce contenu doit changer. Une constitution doit être à la fois rigide et souple. Comme une constitution écrite est rigide par définition — une « barrière de parchemin » selon les termes de *The Federalist* — la souplesse est introduite à travers la structure de l'institution chargée de l'interpréter. Qu'il suffise de dire ici, qu'en raison des différences institutionnelles entre le Conseil constitutionnel et la Cour suprême américaine, la Constitution de la V^e République, en France, est plus souple

19. C'était la position du juge Sutherland, un des conservateurs influents de la Cour suprême, qui conduisit la bataille de la Cour suprême contre le New Deal de Roosevelt et aussi contre la législation économique dirigiste des Etats : « la Constitution ne doit pas changer avec les flux et reflux des événements économiques ». Si la Constitution fait obstacle à une législation souhaitée « le remède, dans cette situation, et le seul remède, c'est d'amender la Constitution » (*Home loan Association v. Blaisdale*, 290 us 398 (1934)).

20. La réplique à l'opinion du juge Sutherland quant à l'interprétation constitutionnelle vint de Robert LaFollette, sénateur du Wisconsin et leader du Parti progressiste américain pendant les années 1920. Se référant à des décisions de la Cour suprême invalidant les premiers efforts du Gouvernement fédéral pour lever un impôt national sur le revenu et pour interdire le travail des enfants LaFollette déclara : « Nous ne pouvons pas vivre dans un système de gouvernement dans lequel nous devons modifier la Constitution chaque fois que nous voulons adopter une loi progressiste. » *Les deux opinions, d'après moi, sont correctes.*

que celle de la Seconde République²¹ des Etats-Unis. Le paradoxe selon lequel une bonne constitution doit demeurer semblable à elle-même, mais constamment changer, sera le sujet des remarques qui suivent.

IV

Le Pr Favoreu a montré d'une manière convaincante que, pendant l'alternance, le Conseil constitutionnel a, à la fois, limité et légitimé les initiatives politiques de la nouvelle majorité socialiste²². Ce paradoxe apparent ne devrait pas étonner les spécialistes du développement constitutionnel américain. Plus d'une fois au cours de l'histoire américaine, des initiatives politiques nouvelles ayant été âprement (mais vainement) combattues dans le forum politico-législatif ont été ensuite légitimées par le « sceau de l'approbation » de la Cour suprême. L'exemple le plus frappant fut la volte-face fameuse de la Cour suprême en 1937 qui, après s'être opposée pendant quatre ans à la politique de Roosevelt sur le New Deal, changea brusquement sa jurisprudence et commença à approuver des mesures qu'elle avait précédemment déclarées inconstitutionnelles. La retraite ultérieure de plusieurs juges permit à Roosevelt de nommer de nouveaux juges (neuf en tout) qui renforcèrent le soutien juridictionnel — et par conséquent constitutionnel — apporté à la nouvelle politique d'intervention économique de son parti. A la fin de la présidence de Roosevelt (1944), la constitution *non écrite* des Etats-Unis — c'est-à-dire la pratique politique — avait subi une véritable révolution. Et pourtant cette même constitution écrite vit toujours, légitimant les changements en établissant la continuité avec le passé.

Un récent exemple de ce phénomène fut le soutien donné par la Cour suprême en 1964-1965 aux Civil Rights Acts adoptés, à l'initiative du Président Lyndon Johnson, par un Congrès démocrate²³. Dans un effort pour contraindre les Etats du Sud récalcitrants à mettre un terme à leur politique de discrimination raciale envers les Noirs, cette législation imposa des normes fédérales dans les domaines jusque-là réservés à la compétence des Etats. Quand la Cour suprême soutint l'autorité fédérale, l'opposition aux Civil Rights Acts prit fin rapidement.

De tels exemples ont amené Alexander Bickel, le plus éminent constitu-

21. Les Américains ont l'habitude commode d'oublier que leur Constitution actuelle de 1789 est en réalité la seconde constitution américaine. La première consistait dans les malheureux et éphémères articles de la Confédération (1781-1788). Ceux-ci furent de courte durée précisément parce qu'ils étaient tellement rigides. Il n'y avait pas de juridiction constitutionnelle particulière chargée de les interpréter et pour les modifier il fallait le consentement unanime des 13 Etats originels, ce qui constituait politiquement une impossibilité.

22. Cf. Louis Favoreu, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, *Revue française de Science politique*, vol. 34, n° 4-5 (août-octobre 1984), p. 1002-1029.

23. *Katzenbach v. McClung*, 379 us, 294 (1966); *Heart of Atlanta Motor Lodge v. us* 379 us 241 (1965).

tionnaliste de sa génération, à déclarer que le pouvoir de la Cour suprême d'approuver et donc de légitimer la politique gouvernementale était aussi important que son pouvoir de déclarer inconstitutionnelle une législation²⁴. Plus récemment, des spécialistes de politique comparée ont attiré l'attention sur cette même possibilité pour les juridictions constitutionnelles de donner une légitimité à la politique gouvernementale lorsque la confiance publique dans les assemblées élues diminue²⁵. Au Canada, par exemple, depuis l'adoption, en 1982, de la nouvelle Charte canadienne des Droits, certains gouvernements provinciaux ont cherché à obtenir une plus grande acceptation de leurs propres initiatives politiques en les soumettant d'abord aux cours d'appel provinciales²⁶.

L'interprétation par le Pr Favoreu du rôle du Conseil constitutionnel pendant l'alternance — à la fois phénomène d'« autolimitation de la majorité gouvernementale » et d'« authentification du changement » — est conséquente avec ces tendances du droit comparé. Il est vrai que l'on pourrait tirer une conclusion encore plus large que celle du Pr Favoreu, à savoir que le nouveau rôle du Conseil constitutionnel contribuera à assurer la stabilité du régime de la Ve République. D'abord, comme Favoreu le suggère, le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil tend à modérer les changements politiques. Mais, en plus, la tendance du Conseil à suivre les évolutions confirmées de l'électorat pour les raisons examinées plus haut signifie que, à plus ou moins longue échéance, même un changement radical de politique est susceptible de recevoir le « sceau constitutionnel de l'approbation ». Comme dans le cas du New Deal américain, une semblable souplesse constitutionnelle légitime le changement en fournissant une continuité pratique et symbolique avec le passé.

V

Mes conclusions des deux sections précédentes étant en contradiction avec celles de Keeler, cela mérite une explication. Keeler conclut que le Conseil constitutionnel « a bloqué les tentatives de réforme du Gouvernement, autant, ou même plus que la Cour suprême américaine à l'époque du New Deal »²⁷. Il s'appuie sur trois arguments, dont aucun ne me paraît déterminant.

Tout d'abord, Keeler relève que le Conseil constitutionnel a annulé plus de lois que la Cour suprême (21 contre 12). Mais comme Keeler le reconnaît lui-même, cette appréciation est plus quantitative que quali-

24. Cf. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of politics* (1962).

25. Cf. Kenneth Holland, *Emerging Trends in the Political Role of Courts in Modern Democracies : Courts and the enhancement of legitimacy*, étude présentée à la réunion du groupe d'études de droit comparé de l'Association internationale de Science politique, Berkeley, Californie, 14-15 décembre 1986.

26. Cf. Morton, *op. cit.* (n. 2, *supra*), p. 47-51.

27. Keeler, *op. cit.*, p. 146.

tative, et ces statistiques ne sont pas par elles-mêmes déterminantes. En fait, l'usage que fait Keeler de ces chiffres est quelque peu fallacieux. Sur les 21 cas cités par Keeler, un seul est une annulation complète. Les vingt autres sont des annulations partielles, qui n'empêchent pas les lois d'être promulguées et mises en application. Vu sous cet angle, l'argument statistique de Keeler perd l'essentiel de sa force.

Deuxièmement, Keeler attache une signification au fait que la Cour américaine a cessé d'invalider la législation du New Deal au bout de deux ans (1935-1937), tandis que le Conseil constitutionnel a continué d'invalider les lois socialistes trois ans après sa première annulation (1982-1985). Je ne parviens pas à voir la signification que Keeler voudrait attribuer à une différence d'une année, sachant que le chiffre américain est le résultat d'un fait contingent — à savoir le départ à la retraite ou le décès de la plupart des membres conservateurs de la Cour suprême en 1937²⁸. Pour le Conseil constitutionnel, le renouvellement du tiers de ses membres tous les trois ans n'est pas le fait du hasard mais d'une exigence constitutionnelle.

Un deuxième problème apparaît dans la statistique de Keeler : il exclut les invalidations des lois des Etats prononcées par la Cour suprême, lois destinées, elles aussi, à lutter contre la dépression économique, et dont beaucoup furent annulées avant 1935²⁹. Ces décisions sont considérées à juste titre comme faisant partie de la crise constitutionnelle des années 1930, et leur inclusion dans les statistiques effacerait toute différence entre les deux juridictions. Le fait que Keeler n'ait choisi que les décisions de la Cour suprême intervenues après 1932 pourrait être contesté parce que arbitraire et servant sa propre interprétation. Le conflit entre la Cour suprême et le New Deal de Roosevelt était le point culminant d'une lutte de vingt ans menée par la majorité conservatrice de la Cour contre la législation sociale et économique « progressiste » à la fois au niveau fédéral et au niveau des Etats³⁰. Vu sous cet angle, la crise constitutionnelle américaine des années 1930 fut beaucoup plus longue et plus sérieuse que les événements qui se sont produits en France pendant les années 1980.

Troisièmement, Keeler attache une signification au fait que la technique de contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel l'autorise à bloquer les lois avant qu'elles ne soient promulguées. Je suggérerais respectueusement qu'à la lumière des statistiques ci-dessus (une seule annulation totale), c'est un point de vue plutôt académique. De plus, on pourrait dire d'une manière

28. Au cours du second mandat présidentiel de Roosevelt (1937-1940), trois sur quatre des archi-conservateurs partirent à la retraite ou décédèrent, autorisant le président à nommer de nouveaux juges qui soutinrent le New Deal. Van Devanter démissionna en 1937 à l'âge de 78 ans après vingt-six ans passés à la Cour. Sutherland démissionna en 1938 à l'âge de 76 ans après quinze ans de service. Butler mourut en 1939 à l'âge de 73 ans après avoir été juge pendant seize ans.

29. Par exemple, la Cour suprême invalida la loi sur le salaire minimum de l'Etat de New York dans sa décision *Morehead v. Tipaldo*, 1934.

30. Il s'agit du conflit raconté par Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921.

aussi plausible que la technique de contrôle *a priori* peut en réalité minimiser le pouvoir de la Cour constitutionnelle de s'opposer à la politique du gouvernement. Dans le système américain, une loi nouvelle peut être l'objet de nombreux jugements contradictoires des Cours fédérales de premier degré et aboutir éventuellement à des injonctions susceptibles d'empêcher son application. Comme il faut deux à cinq ans pour qu'un cas passe devant la Cour suprême et qu'une décision soit rendue, la politique ainsi attaquée peut rester des années dans les « limbes légaux ». Par contraste, dans le système français, les questions relatives à la constitutionnalité d'un nouveau texte sont définitivement tranchées dans le délai d'un mois après l'adoption de la loi, ou même de huit jours si le gouvernement le demande. Une fois que le Conseil constitutionnel a donné son accord, la réforme politique peut être mise en œuvre directement sans qu'aucun doute subsiste sur sa validité sur le plan constitutionnel.

Même dans les cas où le Conseil constitutionnel invalide une loi, le gouvernement a la possibilité de la réviser immédiatement pour la rendre conforme à la décision du juge. C'est précisément ce que firent les socialistes avec la loi de nationalisations, qui fut corrigée, votée par le Parlement, approuvée par le Conseil constitutionnel et promulguée moins de deux mois après qu'elle a été déclarée inconstitutionnelle. Si l'on veut faire dépendre le caractère sérieux des crises constitutionnelles de la longueur du délai pendant lequel les Cours respectives bloquent la politique du gouvernement, il serait plus juste et plus plausible pour la France de faire le calcul sur deux mois plutôt que sur trois ans.

Keeler rejette également la thèse de Favoreu (que j'admets) selon laquelle, en dernière analyse, le Conseil constitutionnel a plus fait pour légitimer le programme politique socialiste que pour empêcher sa réalisation. Je répondrai tout d'abord, en accord avec Keeler, que le concept de « légitimation » du changement politique n'a pas été — et j'ajouterais, probablement ne peut pas être — vérifié de manière empirique. C'est en quelque sorte un *judgement call* (?), fondé sur la lecture des événements politiques entourant les décisions juridictionnelles en question. Je suggérerai alors que la lecture de Favoreu concernant les événements en France entre 1981 et 1986 est plus convaincante que celle de Keeler.

En premier lieu, la thèse principale de Keeler — à savoir que le Conseil constitutionnel a été un obstacle plus sérieux pour le gouvernement de F. Mitterrand que ne l'a été la Cour suprême pour le New Deal de Roosevelt — présente toutes les faiblesses exposées plus haut. Il demeure qu'en définitive, toutes les réformes, sauf une, du gouvernement socialiste ont été adoptées. L'observation de Favoreu selon laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas fait obstacle au programme socialiste, mais l'a plutôt canalisé dans des formes constitutionnellement acceptables, est plus convaincante que celle de Keeler.

Mais les limitations partielles de la nouvelle politique socialiste par le Conseil constitutionnel ont-elles servi à légitimer celle-ci ? Comme ce jugement ne peut probablement pas être définitivement établi ou réfuté,

j'apporterai seulement ce que j'espère être deux observations utiles. Premièrement, la différence entre Keeler et Favoreu peut être due en partie à une différence de perspective. Comme Holland l'a observé, ceux qui étudient le contrôle juridictionnel ne voient que les exemples où une loi est déclarée incompatible avec la Constitution, alors que ceux qui étudient la légitimité concentrent leur intérêt sur les cas beaucoup plus nombreux où le texte est conforme³¹. Tandis que le premier est plus dramatique (et donc retient davantage l'attention des médias), le dernier peut être plus important. A une époque où l'on constate un déclin de l'autorité des parlements nationaux de toutes les démocraties occidentales, il y a un consensus grandissant pour que la légitimation juridictionnelle de la politique faite par d'autres institutions soit plus importante que la manière dont s'établit la politique jurisprudentielle³².

Deuxièmement, je suggérerai que la stabilité du régime et sa légitimité politique ne peuvent être considérées comme garanties dans les périodes de changement politique majeur. L'expérience américaine suggère que le « bon pour accord » de la Cour suprême a aidé à consolider le soutien — ou au moins à désamorcer l'opposition — à la « révolution constitutionnelle » effectuée par le New Deal de Roosevelt³³. Peut-être Keeler a-t-il sous-estimé le sérieux de la crise politique potentielle ouverte par la victoire de la gauche en 1981. La Constitution de la V^e République avait été écrite par la droite et pour la droite, et la droite avait gouverné sans interruption depuis 1958. La France voudrait-elle — et pourrait-elle — accepter un Gouvernement de gauche ? La réponse n'était pas évidente au printemps 1981.

Ironiquement, l'article de Keeler souligne le sens de la confrontation et de la crise qui entourait les événements de janvier 1982 : la déclaration de *La Croix* selon laquelle le Conseil constitutionnel était « le dernier rempart (face au) Gouvernement socialo-communiste », la déclaration de Jacques Chirac selon laquelle « le clivage politique en France n'était plus entre gauche et droite mais entre républicains et marxistes », ou la menace à peine voilée du député socialiste André Labarrère adressée au Conseil constitutionnel : « A force de nous assassiner, il va finir par se suicider. »³⁴

31. Holland, *Courts and the Enhancement of Legitimacy*, p. 14.

32. J. C. Wahlke, Policy Demands and System Support : The Role of the Represented, in G. Loewenberg (ed.), *Modern Parliaments : Change or Decline ?*, Chicago, Aldine, 1971, p. 141-171 ; cité par Holland, *Courts and the Enhancement of Legitimacy*, p. 14.

33. Je n'ai pas inventé le terme « révolution constitutionnelle » pour dramatiser l'importance de la transformation que Roosevelt apporta à la vie politique et à la société américaines. Ce terme a été créé par Edward Corwin, Le meilleur constitutionnaliste américain de sa génération, *Constitutional Revolution Ltd* (Claremont, 1941).

34. Keeler, p. 137-143. Il me semble que Keeler s'est trompé en plaçant la citation de Chirac après sa référence à l'approbation par le Conseil constitutionnel de la loi de nationalisation refaite. Ceci donne la fausse impression que la seconde décision du Conseil sur la loi de nationalisation aggravait les tensions politiques plutôt qu'elle ne les calmait.

En définitive, Keeler constate que « la tempête est calmée... par l'approbation par le Conseil constitutionnel de la nouvelle loi de nationalisation en février »³⁵. A mon avis, ces notations du propre article de Keeler corroborent la thèse de Favoreu : à savoir que les actions simultanées du Conseil constitutionnel qui, à la fois, limite et approuve le programme politique socialiste pendant les années 1982-1985 font percevoir la continuité constitutionnelle — et donc la légitimité — du Gouvernement de Mitterrand.

VI

Les auteurs américains et français n'ont pas cessé de s'interroger sur le point de savoir si le Conseil constitutionnel est une « véritable juridiction »³⁶ [« La classique controverse sur la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel »³⁷]. Je suggérerais que c'est là une manière non productive — ou tout au moins prématurée — d'aborder l'objet de la recherche. Elle ne clarifie pas la question plus fondamentale de savoir « pourquoi le Conseil constitutionnel devrait-il être une juridiction » ? Ou bien pour poser la même question sous une forme techniquement plus exacte : pourquoi la fonction de *contrôle de constitutionnalité* devrait-elle être dévolue à une institution judiciaire ?

Pour répondre à cette question il faut déterminer le véritable objet du contrôle de constitutionnalité : agir comme un contrôle contre-majoritaire afin de corriger les injustices éventuelles de la « démocratie à l'état pur ». La crainte d'injustices a été déterminante au XVIII^e siècle chez les « pères fondateurs » du régime américain (les premiers architectes du constitutionnalisme moderne), ainsi que chez les juristes et hommes d'Etat européens après la seconde guerre mondiale. La démocratie libérale procède des deux valeurs jumelles de liberté et d'égalité³⁸. Nos obligations à l'égard de la liberté impliquent que les gouvernants protègent et respectent les droits naturels ou fondamentaux de l'homme. Nos obligations, à l'égard de l'égalité (qui signifie pour nous qu'aucune personne n'est telle qu'elle puisse imposer sa volonté à une autre sans son consentement), impliquent un système de Gouvernement recueillant le consentement des gouvernés. Malheureusement le Gouvernement par consentement ne produit pas toujours des politiques qui respectent les droits fondamentaux. Pour dire les choses plus simplement, la règle majoritaire viole parfois les droits de la minorité. Le renforcement des constitutions écrites par des déclai-

35. Keeler, p. 144.

36. Ceci est le thème du pénétrant article de Michael Davis, *The Law-Politics Distinction, the Conseil constitutionnel, and the us Supreme Court*, *The American Journal of Comparative Law*, n° 1 (hiver 1986), p. 45-92.

37. En français dans le texte.

38. Pour une discussion brève mais instructive sur la question liberté-égalité dans le contexte de la politique américaine, voir Martin Diamond, *The Relationship between the Declaration of Independence and the Constitution of 1789*.

rations ou des chartes de droits est une tentative pour canaliser la politique des majorités dans des voies qui respectent les limites des droits individuels³⁹. Ainsi le contrôle de constitutionnalité est destiné à servir de frein à la démocratie majoritaire.

Reconnaître son caractère antimajoritaire fait apparaître le problème le plus sérieux du contrôle de constitutionnalité : quelle force peut atteindre un contrôle sur une démocratie politique ? Ou plus concrètement, comment établir de la manière la plus efficace possible des limitations antimajoritaires ? Un examen rapide de la pratique suivie dans plusieurs démocraties libérales suggère que les contrôles les plus directs peuvent ne pas être les plus efficaces. Il convient de noter la disparition de presque toutes les institutions clairement antidémocratiques — c'est-à-dire non élues et irresponsables — qui avaient pour objectif, à l'origine, d'agir comme un mécanisme de contrôle sur les modes de Gouvernement les plus démocratiques ou les plus populaires. Aux Etats-Unis, le « non-politique » et volontairement élitiste collège électoral a été rapidement « démocratisé » par Thomas Jefferson et par l'émergence, en 1800, de partis politiques organisés⁴⁰. De la même manière, l'élection indirecte des sénateurs prévue pour donner au Sénat un comportement plus stable et politiquement sûr n'a pas pu survivre au mouvement populiste du siècle suivant. Les divers « conseils de révision » et « censeurs » des premiers Gouvernements qui avaient pour objet de contrôler l'activité législative furent graduellement supprimés. En Grande-Bretagne, l'autorité de la Couronne et de la Chambre des Lords a été réduite à une expression symbolique. Au Canada, le Sénat non élu, qui, à l'origine, devait être partie intégrante du fonctionnement du Gouvernement national, est devenu un organisme ne disposant même pas d'une autorité symbolique. Le dénominateur commun de toutes ces institutions était de présenter un caractère explicitement politique quant à leurs fonctions, tout en étant non élues, et donc irresponsables dans l'exercice de leur fonction de contrôle. Dans des sociétés qui se sont progressivement démocratisées au fil des générations, cette combinaison fut fatale à leur autorité.

39. Il existe malheureusement à l'heure actuelle une tendance qui consiste à penser que la seule voie pour contrôler les excès de la démocratie majoritaire passe par l'énumération dans les constitutions écrites des droits et libertés fondamentaux. Ceci est une vue très étroite des choses si on la compare à celle des pères fondateurs américains qui ont conçu l'ensemble de la Constitution comme un contrôle sur les défauts de la « démocratie à l'état pur ». Le fédéralisme, la séparation des pouvoirs, un parlement bicaméral, l'élection indirecte des sénateurs et du président — tous ces mécanismes étaient compris pour donner une forme à la pratique de la démocratie et pour tempérer le « fait majoritaire ». En effet, à l'exemple d'Alexander Hamilton, l'un des auteurs des *Federalist Papers* a affirmé que la proposition antifédéraliste consistant à ajouter à la Constitution une charte des droits était superflue. Pour une analyse contemporaine très riche de cette question, voir Herbert Storing, *The Relationship between the Constitution and the Bill of Rights*, réédité dans Garry McDowell (ed.), *Taking the Constitution Seriously*, Essays on the Constitution and Constitutional Law, p. 266-281 (1981).

40. Voir James Ceseair, *Presidential Selection* (Princeton University Press, 1979).

En revanche, des institutions de contrôle irresponsables qui ont su dissimuler, pour ainsi dire, leur fonction politique sous le manteau de procédures et de formes légales, ont prospéré. La Cour suprême des États-Unis est l'institution la plus ancienne et la plus puissante qui puisse être donnée en exemple ; mais la Cour suprême du Canada a également tiré une légitimité politique de son assise légale. L'impression générale selon laquelle les décisions de ces « juridictions » sont dictées par le texte des constitutions — et non par les préférences politiques des juges — fait que leurs décisions sont mieux admises. Les expériences américaine et canadienne suggèrent que la manière la plus efficace de contrôler une démocratie majoritaire est la voie indirecte « judiciaire ».

Nous pouvons maintenant répondre à la question posée au début : pourquoi la fonction de contrôle de constitutionnalité devrait-elle être dévolue à une institution judiciaire ? La réponse est que la judiciarisation du contrôle de constitutionnalité le rend plus légitime et ainsi plus efficace en supprimant — ou au moins en camouflant — la sensibilité politique de ceux qui l'exercent, c'est-à-dire les juges. La jurisprudence constitutionnelle des États-Unis et du Canada comporte de très nombreux cas où il est affirmé que ce que la Cour suprême fait (ou devrait faire) *n'est pas de faire la loi mais de l'interpréter*. L'accent mis sur la stricte dichotomie entre droit et politique opérée par les promoteurs du contrôle judiciaire des lois est en fait une « stratégie de défense » qui cherche à légitimer sa fonction politique en l'enrobant dans la procédure et le langage de la fonction judiciaire.

La tentative de légitimer le rôle politique du Conseil constitutionnel en insistant sur son caractère juridique a aussi commencé à apparaître dans la jurisprudence française. Favoreu et Philip le disent d'une manière négative lorsqu'ils observent que⁴¹ : « Une autre manière de mettre en cause le principe même de la justice constitutionnelle est de considérer le juge constitutionnel comme un pouvoir politique, dans un premier temps, puis de contester sa légitimité, dans un second temps... C'est évidemment le meilleur moyen de ruiner l'autorité du juge constitutionnel car, en tant que « pouvoir politique », il n'a pas de légitimité. Il ne repose pas, en effet, sur l'élection, du moins directement, et il n'est responsable devant personne. »

Le Conseil constitutionnel manifeste de la même manière qu'il est conscient de la source de son autorité lorsqu'il souligne qu'« il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁴² et qu'« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur »⁴³.

De manière significative la Cour suprême du Canada s'est prononcée récemment dans le même sens s'agissant de l'interprétation de la nouvelle

41. Favoreu et Philip, *Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, p. 527.

42. Décision du 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse.

43. Décision du 20 janvier 1981, Sécurité et Liberté.

Charte des Droits et Libertés du Canada⁴⁴. En s'opposant à une tradition politique de « suprématie parlementaire » l'adoption de la Charte a suscité une grande inquiétude au motif qu'elle transférerait trop d'influence politique à la justice. Ainsi dans ses décisions concernant la charte, la Cour suprême du Canada a essayé de dissiper les doutes à propos de la légitimité de son nouveau rôle en affirmant de manière répétée que son rôle, dans le cadre de la charte, est « juridique » et non pas « politique ». La Cour a insisté sur le fait que son examen est limité à la « légalité » de la politique mise en cause et non pas à sa « sagesse »⁴⁵. Comme le Conseil constitutionnel, la Cour suprême du Canada cherche par la distinction entre droit et politique à légitimer sa nouvelle fonction et ainsi à renforcer son autorité.

Le Conseil en édictant une règle générale de non-intervention, excepté dans le cas d'une « erreur manifeste », cherche de la même manière à créer une stricte dichotomie entre le juridique et le politique⁴⁶. En effet, cette règle reprend la très importante doctrine américaine de l'erreur manifeste (*rule of clear mistake*)⁴⁷. Formulée par James Thayer au début du xx^e siècle, la règle de l'erreur manifeste est devenue une norme de la jurisprudence américaine jusqu'à l'émergence d'une nouvelle pensée judiciaire stimulée par le mouvement des droits civiques des années cinquante⁴⁸. Les principes français et américain de « l'erreur manifeste » cherchent à circonscrire, mais dans le même temps à légitimer, les méthodes respectives de contrôle de constitutionnalité. Le fait que deux règles de jurisprudence identiques puissent surgir de manière indépendante dans deux cultures politiques différentes à quatre-vingts années de distance révèle la fragilité de l'autorité d'un contrôle de constitutionnalité politiquement indépendant s'exerçant sur des Parlements démocratiques. Il atteste également de la nécessité de distinguer le juridique du politique si l'on veut légitimer la fonction d'un contrôle de constitutionnalité indépendant.

44. Le Canada a amendé sa Constitution en 1982 pour y inclure la déclaration des droits et libertés, voir F. L. Morton, *The impact of the Charter of Rights : The Judicialization of Canadian Politics*, *op. cit.*

45. « La question qui se pose à nous n'est pas de savoir si la politique de défense du Gouvernement est judiciaire mais de savoir si elle contrevient aux droits des appelants aux termes de la section 7 de la Charte des Droits et Libertés. Ceci est une question totalement différente. Je ne pense pas qu'il puisse y avoir de doute sur le fait qu'il s'agit là d'une question de la compétence de la justice », Juge Wilson, *Operation Dismantle v. the Government of Canada* (1985) 1 s. cr. 441.

46. Décision du 16 janvier 1982, *Nationalisations*.

47. Voir James Thayer, *The origin and Scope of the American Doctrine of Judicial Review*, *Harvard Law Review*, 1910. Réédité dans Gary McDowell, *Taking the Constitution Seriously*, *Important Texts and Essays in American Constitutional Law*, 1980. La plus importante discussion dans la période récente se trouve dans Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, *Bobbs-Merrill*, 1965, chap. 1.

48. Voir F. L. Morton, *Racial Injustice and the Origins of a New Judicial Activism in the US Supreme Court*, Contribution présentée à la réunion annuelle de l'Association américaine de Science politique, La Nouvelle-Orléans, Louisiane, 1^{er}-4 septembre 1985.

Cela signifie-t-il que la judiciarisation du contrôle de constitutionnalité est la meilleure approche et que la Cour suprême des Etats-Unis est le modèle auquel doivent être comparées les autres juridictions constitutionnelles ? Certainement pas. Si elle peut avoir la vertu d'une légitimité renforcée, elle possède aussi les défauts qui en découlent. La nomination à vie dont bénéficient les juges ordinaires a-t-elle un sens pour des fonctionnaires disposant du pouvoir d'annuler des actes politiques majeurs du Gouvernement ? La discussion qui a eu lieu à propos de la crise de la justice américaine qui a accompagné le « New Deal » de Roosevelt suggère des solutions alternatives tout à fait possibles. Serait-il sensé que chaque juge dans le pays puisse se prononcer sur la validité de la politique gouvernementale ? Les magistrats des tribunaux de simple police sont-ils vraiment chargés d'une telle fonction ou est-il plus sensé de conférer cette fonction mi-politique, mi-juridique, à une seule juridiction constitutionnelle spécialisée, composée des meilleurs juges d'un pays et qui ont été choisis expressément pour cette mission délicate ? Certainement, on peut sur ce point plaider pour le modèle européen des Cours constitutionnelles⁴⁹. Enfin est-il pertinent d'investir une instance irresponsable de 9 juges de l'autorité ultime d'interpréter la portée pratique des grands mais vagues principes de la démocratie libérale ? Ou bien serait-il prudent d'avoir une sorte de « contrôle législatif » du contrôle juridictionnel — comme c'est le cas au Canada avec le nouveau projet de *legislative override* — pour se garder des « erreurs » judiciaires dans l'interprétation de la Constitution⁵⁰.

Toutes les pratiques qui viennent d'être décrites n'ont pas de caractère judiciaire et sont cependant aussi valables que la solution américaine au problème de l'aménagement du contrôle de constitutionnalité des lois dans une démocratie. Cette approche comparative du contrôle de constitutionnalité nous permet de distinguer les avantages et inconvénients relatifs des différentes pratiques institutionnelles et procédurales. En revanche, la perspective est moins nette lorsque l'on commence à examiner la question traditionnelle de savoir si le Conseil constitutionnel est une « véritable juridiction ». Cette dernière approche suppose que l'exercice par une instance judiciaire du contrôle de constitutionnalité — le modèle américain — est la norme. Ce faisant, on s'interdit tout examen plus approfondi plutôt qu'on ne le facilite. On affirme simplement l'avantage de la judiciarisation sans identifier avec précision la nature de cet avantage (c'est-à-dire la légitimité), ni admettre la possibilité de désavantages correspondants.

Pour conclure : il est temps que les doctrines constitutionnelles amé-

49. Voir Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF (« Que sais-je ? »), 1986.

50. D'après la section 33 de la Charte canadienne des Droits, à la fois le Parlement national et les Parlements provinciaux peuvent en effet rejeter l'interprétation juridictionnelle de la Charte qu'ils trouvent fautive ou inacceptable. On pouvait penser que les gouvernements auraient hésité à utiliser la section 33 par peur d'une réaction politique du public. Jusqu'à aujourd'hui, cependant, cela n'est pas encore arrivé. V. Morton, *The Political Impact of the Charter*.

ricaine et européenne conçoivent le contrôle de constitutionnalité comme le « genre » et le modèle américain simplement comme une « espèce ou un cas » (en quelque sorte la variante judiciaire) de contrôle de constitutionnalité qui n'est ni intrinsèquement meilleur ni pire que les différentes pratiques européennes. Cette approche permet une évaluation plus objective et plus enrichissante des avantages et inconvénients relatifs des différents aménagements institutionnels du contrôle de constitutionnalité. Plus fondamentalement, elle facilitera une discussion plus raffinée sur la dialectique juridique/politique inhérente à tout régime de contrôle de constitutionnalité⁵¹.

VII

Pour résumer l'impact du rôle politique croissant du Conseil constitutionnel, un commentateur a suggéré qu'avec l'accumulation de nouvelles décisions année après année le Conseil constitutionnel construit peu à peu un mur autour de l'exercice par le Parlement de son pouvoir législatif⁵². Les implications peu orthodoxes de cette métaphore provocatrice — que le Conseil fait la loi plutôt que de se contenter de l'interpréter — portent la critique à riposter que le Conseil constitutionnel ne construit pas ce mur, mais plutôt le découvre. Pour terminer, je suggérerai une variation supplémentaire sur ce thème : « Peut-être est-ce moins un nouveau mur que de nouvelles mœurs qui s'édifient. »

51. Des questions essentielles telles que la méthode de désignation des juges constitutionnels et leur mandat ; l'accès à la juridiction ; les pouvoirs de réparation ; juridiction spéciale ou juridiction ordinaire.

52. Louis Favoreu, présentation orale à la Journée d'études de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, 13 mars 1987, *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, 1988, p. 70.

Repères étrangers

(1^{er} janvier - 11 mars 1988)

PIERRE ASTIÉ et DOMINIQUE BREILLAT

ÉTATS-UNIS

3 février 1988 : Cour Suprême : la Haute Juridiction est enfin complète, le Sénat ayant confirmé la nomination du juge Anthony Kennedy par 95 voix contre 0 (cf. *RE*, n° 45, p. 164) (*Le Monde*, 6 février 1988).

FINLANDE

15 février 1988 : Election présidentielle. Le président Mauno Koivisto qui avait succédé le 29 janvier 1982 à Urho Kekkonen a été réélu pour six ans selon un nouveau mode de scrutin. En effet les 31 janvier et 1^{er} février, les électeurs finlandais ont voté simultanément pour un candidat à la présidence de la République et pour un candidat au collège des grands électeurs. Aucun candidat à la présidence n'ayant obtenu la majorité absolue des suffrages, ce sont ces 301 grands électeurs qui ont réélu le 15 février le président sortant. La désignation par les grands électeurs se fait selon un système majoritaire à trois tours. Au troisième tour, seuls les deux candidats ayant obtenu le plus de voix restent en présence. En cas d'égalité de suffrage, le résultat est obtenu par tirage au sort. Rappelons qu'auparavant le président était élu exclusivement par les grands électeurs (v. tableau p. 148).

GRANDE-BRETAGNE

3 janvier 1988 : Premier ministre. Margaret Thatcher occupe le 10 du Downing Street depuis huit ans et deux cent quarante-cinq jours. Elle bat ainsi le record du libéral Herbert Henry Asquith qui avait dirigé le

FINLANDE	Election directe		Grands électeurs	
	31 janvier- 1 ^{er} février		15 février	
Inscrits	3 791 397			
Votants	3 158 234			
Participation	83,3 %		301	
Nuls	63 641			
Exprimés	3 094 593			
Candidats	Voix	%	1 ^{er} tour	2 ^e tour
Mauno Koivisto (Parti social-démocrate et section parti rural), président sortant	1 513 234	47,92	144	189
Paavo Väyrynen (Parti du centre)	636 375	20,15	68	68
Harri Holkeri (Parti du rassemblement national), Premier ministre	570 340	18,06	63	18
Kalevi Kivistö (ligue démocrate populaire, euro- communiste)	330 072	10,45	26	26
Jouko Kajanoja (alternative démocrate, communiste orthodoxe)	44 428	1,41	0	0

(*Le Monde*, 3 et 17 février 1988, ambassade de Finlande.)

cabinet du 5 avril 1908 au 5 décembre 1916. Même si elle détient la plus longue durée au xx^e siècle, elle est encore bien loin de la longévité politique de Sir Robert Walpole qui fut Premier ministre vingt et un ans de 1721 à 1742 (*Le Monde*, 3-4 janvier 1988).

9 février 1988 : Parlement. Les Communes décident d'autoriser la retransmission de leurs débats à la télévision par 318 voix contre 264, dont celle du Premier ministre. Les Lords avaient déjà pris une telle décision, il y a trois ans. Jusqu'alors, les débats des Communes étaient seulement diffusés à la radio (*Le Monde*, 11 février, Survey of Current Affairs, février 1988).

13 janvier et 3 mars : Parti politique. Après de difficiles discussions, l'Alliance se transforme en parti politique. Le Parti social-démocrate et le vieux Parti libéral décident leur fusion, en tant que Parti social et libéral démocratique (SLDP) (*Le Monde*, 15 janvier et 5 mars 1988).

INDONÉSIE

10 mars 1988 : Election présidentielle. Le Congrès du Peuple (Majelis Permusyawaratan Rakyat) réélit le général Suharto, candidat unique, pour un cinquième mandat depuis le 27 mars 1968. Suharto était devenu président intérimaire le 12 mai 1967 (*Le Monde*, 11 mars 1988).

ISRAËL

23 février 1988 : Election présidentielle. Le président Haïm Herzog, président depuis le 5 mai 1983, a été réélu par la Knesset pour un second mandat par 82 voix sur 102 suffrages exprimés (*Le Monde*, 25 février 1988).

ITALIE

Février-mars 1988 : Gouvernement. Le Gouvernement Gorla, replâtré en novembre 1987 (cf. *RE*, n° 45, p. 166), a définitivement succombé le 10 février : le président du Conseil, mis en minorité à la faveur d'un vote secret sur la répartition des crédits du ministère des finances, a présenté sa démission. Le 13 février, le président Cossiga refusait cette décision. Le 18 février, Giovanni Gorla obtenait la confiance et en même temps un bref sursis. Le 11 mars, il démissionnait définitivement suite à l'aggravation des tensions entre les 5 partis de la coalition. Le 16 mars, le chef de l'Etat sollicitait Ciriaco de Mita, secrétaire général de la démocratie chrétienne, afin de former un nouveau gouvernement (*Le Monde*, 12, 16 et 20 février - 12, 13-14 et 18 mars).

SÉNÉGAL

28 février 1988 : Elections présidentielle et législatives. Rare exemple de multipartisme en Afrique, le Sénégal a vu les élections présidentielle et législatives entachées par la proclamation de l'état d'urgence et l'arrestation du principal concurrent du président Diouf, au lendemain de la réélection de celui-ci.

Election présidentielle du 28 février. — Inscrits : 1 932 265 ; votants : 1 135 501 ; participation : 58,77 % ; bulletins nuls : 4 033 soit 0,36 % ; suffrages exprimés : 1 131 468.

Candidats	Voix	%
Abdou Diouf, Parti socialiste	828 301	73,20
Abdoulaye Wade, Parti démocrate sénégalais	291 869	25,80
Babacar Niang, Parti pour la libération du peuple	8 449	0,75
Landing Savane, mouvement révolutionnaire pour une démocratie nouvelle	28 449	0,25

Elections législatives du 28 février 1988. — Inscrits : 1 932 265 ; votants : 1 118 246 ; participation : 57,87 % ; bulletins nuls : 4 500 ; suffrages exprimés : 1 113 746.

Partis	Voix	%	Sièges	%
Parti socialiste	794 559	71,34	103 (— 8)	85,8
Parti démocrate sénégalais	275 532	24,74	17 (+ 9)	14,2
Ligue démocratique, Mouvement pour le parti du travail	15 664	1,41	0	0
Parti pour la libération du peuple	13 184	1,18	0	0
Parti de l'indépendance du travail	9 304	0,84	0	0

(*Le Monde*, 1^{er} et 2 mars 1988, ambassade du Sénégal.)

TAIWAN

13 janvier : Président de la République, Jiang Jingguo, fils et successeur du maréchal Tchang Kai-Chek, chef de l'Etat depuis le 20 mai 1978, décède. Il est remplacé par Lee Teng-hui qui est né sur l'île de Taiwan (*Le Monde*, 15 janvier 1988).

Grande-Bretagne*

G. W. JONES

1987 : Une année charnière pour le Gouvernement de la Grande-Bretagne

L'année 1987 a vu plusieurs développements majeurs dans la vie politique et gouvernementale britannique.

Les élections législatives

Le plus important de ces événements est naturellement représenté par les élections législatives du 11 juin. Les conservateurs restent au pouvoir, avec une majorité aux Communes, par rapport à l'ensemble des autres partis, de 101 sièges (contre 144 en juin 1983), ainsi qu'une avance par rapport aux seuls travaillistes de 146 (188 en juin 1983). 43,4 % des suffrages exprimés sont obtenus par le parti de Mme Thatcher (contre 43,5 % en 1983) : les travaillistes attirent 31,6 % (28,3 en 1983) et l'Alliance libéraux/sociaux-démocrates 23,1 % (26 % en 1983).

Il en résulte une Chambre des Communes de la composition suivante (les chiffres de 1983 figurent entre parenthèses : une troisième colonne montre l'état des partis au moment de la dissolution) :

Chambre des Communes

Parti	1987	1983	Lors de la dissolution
Conservative	375	(397)	392
Labour	229	(209)	206
Liberal	17	(17)	19
Social Democrat	5	(6)	8
Scottish Nat.	3	(2)	2
Plaid Cymru	3	(2)	2
Official Unionist	9	(11)	10
Democratic Unionist	3	(3)	3
Popular Unionist	1	(1)	1
Social Democratic Lab.	3	(1)	2
Sinn Fein	1	(1)	1
Speaker	1	()	1
			Independent
			Vacancies
			2

* Traduit de l'anglais par A. Knapp.

Les conservateurs gardent leur part des suffrages par rapport à 1983 : ils perdent moins de 1 % des électeurs, et seulement 22 sièges. Mais cette diminution sur l'ensemble du territoire cache des variations régionales importantes. En Ecosse, la tendance à la baisse était de 4 %, au pays de Galles de 2 %, au nord de l'Angleterre de 1,5 %; par contre, au sud de l'Angleterre ainsi que dans les *Midlands* et même à Londres on constate un léger déplacement des voix en faveur du Parti conservateur, qui progresse là où se trouvait le plus grand nombre de sièges, et surtout le plus grand nombre de sièges disputés. Le vote travailliste augmente dans ses zones de force traditionnelles, avec un mouvement en sa faveur de près de 10 % à Liverpool, tandis qu'à Londres l'hégémonie prétendue de ce qu'on a appelé la « gauche cinglée » (*loony left*) au sein de certains conseils municipaux, ainsi que de fortes hausses des impôts locaux, produit, au contraire, des revirements vers les conservateurs. On assiste au renforcement de l'électorat travailliste dans les zones de fort chômage, parmi les habitants des logements sociaux, et plus généralement parmi les laissés-pour-compte de « la Grande-Bretagne de Thatcher ». On a souvent perçu cette division entre régions prospères et régions en déclin comme un écart nord-sud. S'il est vrai qu'aucun député conservateur ne représente désormais de grandes villes telles que Manchester, Leicester, Bradford, Liverpool, Glasgow et Newcastle, le parti du Premier ministre se maintient dans ses sièges de Bury, York, Darlington, Keighly, Hyndburn et Elmet. Il subit cependant un échec incontestable en Ecosse, où sur un total de 72 sièges, il fait élire 21 députés en 1983 et... 10 en 1987.

Le résultat est la plus forte majorité parlementaire depuis 1945, la plus forte majorité conservatrice depuis 1935... exception faite, bien entendu, de celle de 1983. Les élections représentent un désastre pour les travaillistes, qui n'ajoutent que 20 sièges à leur total de 1983. Mis à part ce dernier scrutin encore plus catastrophique, le Parti travailliste enregistre son pire résultat en sièges et en pourcentage des suffrages exprimés depuis 1931, c'est-à-dire depuis qu'il est devenu un parti de masse. Par rapport à 1979, au lendemain de « l'hiver du mécontentement », sa part des suffrages exprimés a diminué de 6 %, son nombre de députés de 40. Le vote travailliste s'est rétréci d'un tiers depuis 1966. Le pronostic, pour un parti lié à une classe ouvrière en pleine diminution, aux perdants de la société, aux syndicats toujours impopulaires, doit être celui d'un déclin continu. Le Labour n'a eu que peu d'impact parmi les bénéficiaires de la prospérité conservatrice. Au contraire, il a rassemblé le soutien traditionnel, voire traditionaliste, d'une classe ouvrière syndiquée sans aucune culture de prospérité : un soutien, en somme, limité aux régions dont le regard reste fixé sur le passé. L'avenir semble donc appartenir aux conservateurs, surtout s'ils réussissent à étendre la prospérité de ses bases au sud et aux *Midlands* jusqu'au nord, au pays de Galles et en Ecosse.

L'Alliance libéraux/sociaux-démocrates, bien qu'ayant enregistré le meilleur score d'un Parti centriste depuis les années 1920 (exception faite, toujours, de 1983), ainsi qu'un pourcentage des suffrages exprimés qui

ferait l'envie des formations centristes européennes, subit néanmoins un échec majeur, en perdant 3 % de ses voix de 1983. Elle a ainsi raté la percée qui lui aurait permis de « casser le moule », selon sa propre expression, du système politique britannique. Il ne faut pas cependant ne plus en tenir compte. Elle est arrivée en deuxième place dans trois circonscriptions conservatrices sur cinq. Elle représente, au sud, l'opposition au conservatisme même si elle est coincée par le système bipartiste, avec la prime au vote « utile » (et donc pas en faveur de l'Alliance) qu'il implique. Ceux qui ne voulaient pas des conservateurs se sont déplacés vers le Labour, ceux qui craignaient les travaillistes se sont prononcés en faveur du parti de Mme Thatcher. L'Alliance n'a pas su présenter une image suffisamment différenciée pour pouvoir attirer un soutien suffisant. Elle aurait pu, par exemple, cibler les candidats travaillistes les plus extrémistes dans sa campagne : en fait elle s'en est prise d'une manière virulente à plusieurs modérés conservateurs. Il était facile de marginaliser un parti aux couleurs si fades.

Les nationalistes écossais et gallois enregistrent des progrès modestes, insuffisants cependant pour révéler une volonté de séparation du Royaume-Uni de la part des populations concernées. En Irlande du Nord les unionistes gardent leur hégémonie, avec une hausse modeste du niveau de soutien du Parti social-démocrate et travailliste, qui se réclame d'une voie démocratique vers une Irlande unie. Sinn Fein, qui pratique la lutte armée comme la voie électorale en tant que moyen d'unification du pays, a vu diminuer son audience.

Le résultat global ne laissait guère de surprises pour ceux qui croient au vieux dicton que ce ne sont jamais les oppositions qui gagnent les élections, mais les gouvernements qui les perdent ; ni pour ceux qui croient que ce sont les questions de base, tels les salaires, les prix, les emplois, qui font gagner ou perdre les élections aux gouvernements. Les électeurs sont suffisamment astucieux pour ne pas juger les partis sur leurs promesses ; ils préfèrent apprécier les gouvernements à leurs bilans, surtout en ce qui concerne le niveau quotidien. Un taux de chômage qui tournait autour de 13 % en laissait néanmoins quelque 87 % exerçant une activité : ceux-ci ont vu leurs revenus augmenter de 8 %, par rapport à une hausse des prix de 4 à 5 % seulement. C'est dire que la grande majorité bénéficiant d'une activité s'en sortait très bien. Les sans-emploi, souvent concentrés géographiquement dans les vieux centres-villes vétustes du Nord, du pays de Galles, ou de l'Ecosse, représentaient une armée de mécontents qui de toute façon auraient été peu enclins à soutenir le Gouvernement, tout en restant trop peu nombreux pour lui infliger un véritable échec.

Un dernier élément qui favorisait le Gouvernement sortant fut bien entendu la division de ses adversaires. Le Parti conservateur était capable d'obtenir une forte majorité aux Communes avec entre 40 et 45 % des suffrages exprimés grâce au partage des voix restantes entre le Labour et l'Alliance.

La campagne ne semble pas avoir eu un grand impact. La situation des

partis auprès de l'opinion publique fut tout à fait semblable à la fin de la campagne officielle qu'à son début. En avril et mai, les sondages donnaient entre 42 et 44 % aux conservateurs, entre 29 et 33 % aux travaillistes, entre 21 et 25 % pour l'Alliance. On aurait pu en conclure, à travers ce résultat si proche de ceux des premiers sondages, que les campagnes ne font pas la moindre différence. Il n'en reste pas moins que le changement de préférence fut important : autour de 20 % des sondés avouaient avoir changé d'avis — des mouvements cachés par des chiffres moyens au niveau national.

L'ensemble des observateurs s'accordaient pour reconnaître que le Labour a mené la meilleure campagne, même s'il a perdu l'élection. Sa présentation semblait nettement plus professionnelle que celle des conservateurs. Les travaillistes ont fait de Neil Kinnock le point de mire de leurs efforts en lui créant l'image d'un candidat modéré, presque présidentiel. Les conservateurs ont mené une campagne terne et vacillante, tandis que l'alliance souffrait en même temps d'un trop-plein de leaders (au nombre de deux : David Owen et David Steel) et du manque d'une stratégie cohérente définie au centre.

Les partis après les élections

L'Alliance

Pour l'Alliance, les élections législatives représentaient un grand tournant. Elle a très visiblement manqué son but principal — réussir une percée suffisamment importante pour pouvoir remplacer le Labour comme opposition aux conservateurs —. Sa désintégration commence dès les lendemains du scrutin, après l'appel de la part du leader libéral, David Steel, en faveur d'une fusion entre sa formation et les sociaux-démocrates. Le chef de ces derniers, David Owen, fait campagne contre la disparition de son parti mais est mis en minorité sur la question de la fusion. Tout de suite après la déclaration du résultat de ce scrutin (25 897 ou 57,4 % des votants, en faveur de la fusion et 19 228, ou 42,6 % contre), il démissionne du poste de leader et crée la *Campaign for Social Democracy* dans le but de maintenir un Parti social-démocrate indépendant. Le nouveau chef du SDP « officiel », Robert McLennan, commence aussitôt des négociations avec les libéraux sur la constitution et les positions politiques du parti fusionné ainsi proposé. Vers la fin de 1987, ces tractations semblaient être sur le point d'aboutir. La perspective, à l'aube de la nouvelle année, était celle de la balkanisation du centre de la vie politique britannique en quatre blocs : les SDP anti-fusion menés par Owen, les SDP pro-fusion de McLennan, les libéraux pro-fusion de Steel, enfin les libéraux contre la fusion menés par Michael Meadowcroft. La grande question pour le centre est donc s'il est capable d'unir ses forces pour constituer une alternative crédible aux conservateurs et aux travaillistes.

Les travaillistes

La publicité électorale habile du Labour s'est révélée peu efficace pour attirer les suffrages, même si elle a fait l'admiration des observateurs politiques : elle semble cependant, au début au moins, avoir consolidé la position de Neil Kinnock à la direction de son parti. Il a mis en route, au lendemain de l'élection, un processus de restructuration de son parti afin d'élargir son audience. Il commença par une tentative de mettre en place un système de sélection des candidats parlementaires par l'ensemble des adhérents directs — « un membre, une voix ». Cette réforme était perçue comme un élément primordial afin de diminuer l'influence des militants du parti au niveau local, perçus par la direction comme ayant perdu le contact avec des électeurs dont le soutien était nécessaire à l'élection d'un gouvernement travailliste. Il se heurta à l'opposition de la gauche du parti ainsi que des syndicats : le résultat, au Congrès d'automne du parti, fut la création d'une formule complexe qui envisage la désignation des candidats parlementaires par des collèges électoraux composés des représentants des syndicats, des associations socialistes ainsi que des adhérents directs. Le parti a également engagé un processus de reformulation de sa politique, ce qui a déclenché un vif débat entre révisionnistes et traditionalistes. Le parti continue donc à présenter une image de division interne. Vers la fin de l'année, Kinnock a subi les attaques de la droite comme de la gauche pour la faiblesse de son leadership.

La composition du groupe travailliste aux Communes s'est déplacée vers la gauche. L'aile droite du parti, qui détenait la majorité au sein de l'exécutif du *Parliamentary Labour Party* depuis des années, l'a perdue aux premières élections après le scrutin législatif. M. Kinnock s'est trouvé dans une situation de dépendance envers la tendance *Tribune*, qui seule le protégerait contre le groupe *Solidarity* à droite et la gauche pure et dure de *Campaign*. Désormais, la gauche domine très nettement le PLP. La grande question pour l'avenir est si elle se comportera de sa façon traditionnelle, c'est-à-dire en s'opposant à des mesures destinées à élargir l'audience du Labour, ou si, au contraire, elle réunira ses forces avec la droite en vue de modérer les politiques les plus extrêmes du parti. M. Kinnock a affirmé qu'il resterait fidèle à la politique du désarmement nucléaire unilatéral, qui s'était révélée impopulaire aux urnes. Il y a peu d'indices que le Parti travailliste apprenne à s'accommoder de l'économie mixte, qu'il renonce à sa démarche dirigiste et centralisatrice, à ses dogmes, à ses slogans évoquant la guerre des classes, ou à son asservissement aux syndicats, ou qu'il rejette sa politique défaitiste de défense. De nouvelles luttes internes sont à prévoir. On peut même imaginer une nouvelle scission si la gauche « molle » s'unit avec la gauche « dure » pour pousser le PLP vers des positions sectaires.

Le Premier ministre et le Cabinet

Pour le Premier ministre, Margaret Thatcher, le résultat du scrutin fut un triomphe personnel. Elle devient le premier chef de l'exécutif à

gagner trois élections successives depuis le *Great Reform Act* de 1832 : et en janvier 1988 elle atteint sa 3 165^e journée en fonctions, dépassant ainsi le record d'Asquith jusqu'alors le Premier ministre champion de la longévité gouvernementale au xx^e siècle. Son autorité en a été renforcée. Certains ont affirmé qu'elle a changé la nature du Gouvernement central britannique, du « Cabinet Government » vers un système présidentiel. Cet argument se fonde sur la diminution par Mme Thatcher du nombre de séances plénières du Cabinet, ainsi que sur le recours pour gérer les affaires du Gouvernement, vis-à-vis des commissions, et surtout des réunions *ad hoc* des ministres ainsi que de leurs conseillers fonctionnaires avec le Premier ministre. On a prétendu que le Cabinet s'en trouve dévalorisé, et que le point de vue du Premier ministre prévaut dans le processus décisionnel gouvernemental. Ceci dit, ces commissions sont composées de ceux qui sont les plus concernés par la question à traiter, qui relève en partie au moins de leurs responsabilités. S'y ajoutent souvent des ministres qui, sans être directement impliqués, ont du poids au Cabinet, et sont en mesure de « vendre » la décision à leurs collègues. De tels groupements sont représentatifs du Cabinet : leurs délibérations cherchent à anticiper ce que seraient les réactions vraisemblables du Cabinet s'il avait eu à résoudre les questions à traiter. De telles réunions ne diminuent en rien le Cabinet : au contraire, elles le renforcent, en lui permettant de se libérer des problèmes susceptibles d'être réglés en petits groupes pour se concentrer sur des sujets vraiment critiques. C'est dans l'utilisation de telles réunions que le côté pratique de Mme Thatcher se révèle. Elle a rationalisé le système, elle a instauré une méthode plus efficace pour mener à bien les affaires.

Mme Thatcher opère à l'intérieur des limites du rôle collégial du Cabinet. Son changement est un changement de style. Premier Ministre le plus interventionniste depuis Lloyd George, elle n'est pas devenue pour autant un président. Elle n'a fait que montrer que le poste de Premier ministre ressemble à un élastique : il peut s'étirer afin d'accommoder un Premier ministre activiste, comme elle-même, comme il peut se contracter pour un titulaire plus passif.

Un revers pour Mme Thatcher s'est produit en fin d'année avec la démission du Cabinet de son n^o 2, William Whitelaw, à la suite d'une attaque d'apoplexie. Il avait facilité le passage de ses mesures au Cabinet, et son départ pourrait nuire à la capacité du Premier ministre d'obtenir la cohésion du Cabinet.

Le noyau du programme conservateur

Les conservateurs, au vu des résultats électoraux, se voient au pouvoir jusqu'au siècle prochain. Le peuple a plébiscité leur bilan, appelé de ses vœux et de ses voix la continuation d'une politique qui lui a apporté la prospérité. La perspective est bien à la continuité, à la diminution des contrôles étatiques sur l'économie, à une baisse des impôts, à la privatisation soutenue, au renforcement des contrôles sur la permissivité, au renforcement de la défense nationale.

L'orientation essentielle du programme législatif du Gouvernement au lendemain de l'élection fut annoncée par Mme Thatcher au moment de sa victoire. « Il faut faire plus pour les centres-villes vétustes », a-t-elle déclaré. De son point de vue, les collectivités locales élues n'avaient pas réussi à prendre en main ces quartiers urbains désbérités. Dominés par des majorités municipales travaillistes qui poursuivaient des politiques extravagantes et nuisibles, ces centres-villes, selon elle, ne pouvaient connaître un nouvel essor qu'en diminuant la sphère d'activité du *local government*, une politique qui limiterait aussi l'influence du parti travailliste. Avant la fin de l'année elle a présenté quatre projets de loi majeurs, tout en mettant en marche une action administrative destinée à miner les collectivités locales. Le Gouvernement s'est ainsi embarqué dans une restructuration massive de l'Etat britannique. Les projets de loi concernés sont le *Local Government Bill*, le *Local Government Finance Bill*, le *Housing Bill*, et l'*Education Reform Bill* : 430 p., 422 titres en tout, ce qui constitue avec les actions administratives du Gouvernement le plus grand changement du siècle dans le rôle de l'administration locale.

L'offensive gouvernementale contre le *Local government* peut se résumer sous six rubriques.

1 / *Le logement*. — Les locataires des logements des collectivités locales pourront désormais se retirer du régime de la propriété municipale pour choisir leur propre propriétaire. Des Organismes (non élus) pour l'Action sur l'Habitat (*Housing Action Trusts*) créés par le Gouvernement central se verront confier la gestion ainsi que la réhabilitation des ensembles des logements sociaux là où le Gouvernement estime que les collectivités locales ont échoué dans ce rôle. Le rôle des municipalités dans le domaine du logement sera ainsi très nettement réduit.

2 / *L'éducation*. — Le Gouvernement central définira, pour la première fois en Angleterre, un programme national des études scolaires. La responsabilité budgétaire de l'éducation, qui revenait jusqu'à maintenant aux municipalités élues, sera désormais confiée aux directeurs d'établissement ainsi qu'aux conseils — nommés — des gestionnaires d'école. Chaque école pourra se soustraire au contrôle municipal pour se placer directement sous un régime de financement par le Gouvernement central. Le Gouvernement central créera des *City Technology Colleges* (collèges urbains de technologie), contrôlés et financés directement par lui. Les *polytechnics* (équivalents aux IUT) ainsi que les *further education colleges* seront également soustraits du régime municipal, tandis que la fixation des salaires des professeurs relèvera de la responsabilité de l'administration centrale. Tout aussi bien que pour le logement donc, le rôle des collectivités locales sera diminué.

3 / *Les centres-villes (Inner Cities)*. — Le Gouvernement central se donnera les moyens de contourner les collectivités locales en étendant le rôle des organismes pour le développement urbain (*Urban Development Corporations*) dans la redynamisation des économies locales, en collabo-

ration surtout avec le secteur privé, ôtant aux collectivités locales le contrôle de l'utilisation des sols et de l'environnement local.

4 / *Les finances locales.* — La dépendance financière des collectivités locales à l'égard de l'Etat central sera accrue : les subventions d'Etat représenteront 75 % environ de leurs revenus, contre quelque 46 % actuellement. Avec l'introduction d'une taxe « locale » sur les entreprises déterminée au niveau national, les collectivités locales perdront le pouvoir de fixer leur propre taux d'imposition des activités économiques. La taxe sur la propriété foncière bâtie à usage d'habitation (*domestic rates*) sera supprimée et remplacée par une capitation (*Community Charge*, ou *poll tax*), une taxe sur les personnes vivant dans chaque collectivité locale à taux uniforme pour chaque individu, sauf pour les plus pauvres, qui seront de toute façon obligés de payer au moins 20 % du taux normal. Le Gouvernement espère que les contraintes résultant de cette taxe obligeront les collectivités locales à réduire leurs dépenses.

Quant aux subventions, elles seront « ciblées » vers les municipalités qui maintiennent leurs dépenses à des niveaux que le Gouvernement estime convenables. De plus en plus, les subventions spécifiques prendront le relais des dotations globales, ce qui aidera à faire passer les priorités gouvernementales dans le choix des dépenses locales.

5 / *Les services municipaux.* — Les collectivités locales seront obligées de mettre en adjudication tout un éventail de fonctions assurées jusqu'alors par les services municipaux, tels la collecte des ordures ménagères, le nettoyage urbain, les cantines, le nettoyage des bâtiments et des bureaux, l'entretien des véhicules. D'autres activités, et notamment certains services professionnels, pourraient s'ajouter ultérieurement à cette liste.

6 / *La publicité.* — Les possibilités pour les collectivités locales de porter sur la place publique leurs doléances contre le Gouvernement central seront diminuées par le renforcement des limitations sur les activités « publicitaires » des collectivités locales.

Mme Thatcher voit les collectivités locales et les syndicats du même œil : en tant que féodalités puissantes, et en tant que contre-pouvoirs s'opposant à sa volonté, ils doivent être remis à leur place. L'éventail de leurs activités doit être circonscrit, d'une part par des contrôles gouvernementaux, d'autre part par le transfert de leurs fonctions vers des organismes non élus ou alors vers le marché. La pensée du Premier ministre n'est pas conforme à la tradition constitutionnelle. Elle n'a aucune estime pour la valeur des *checks and balances*, ni pour l'utilité des collectivités locales comme contre-pouvoirs à l'égard d'un Gouvernement central peut-être trop puissant. Elle n'a aucun projet de réforme du mode de scrutin aux élections municipales qui assurerait une responsabilité des municipalités vis-à-vis de leurs électeurs. Elle ne veut qu'affaiblir les collectivités locales, comme elle a affaibli hier les syndicats, en laissant au marché le soin de discipliner le Gouvernement aux niveaux central comme local. Le résultat définitif de la politique néo-conservatrice dont se réclame

Mme Thatcher est le citoyen isolé face à l'Etat central sans le tampon du niveau intermédiaire représenté par le *local government*.

Mme Thatcher a une vision « néo-marxiste » de l'Etat. Pour le Premier ministre, l'Etat n'est qu'une seule entité, les municipalités ne représentent que le bras local de l'Etat central. Au nom du « moins d'Etat » (donc moins de *local government*) elle est prête à renforcer les pouvoirs du Gouvernement central. La question pour l'avenir reste : est-ce ainsi qu'elle parviendra à son objectif de « moins d'Etat » ? Même là où elle privatise, elle érige tout de suite une structure complexe réglementaire gérée par des ministères ou des agences spéciales très peu responsables devant l'électorat. Son exploit a été de faire de la responsabilité démocratique des corps élus devant leurs électors une notion péjorative. Pour elle, une telle idée équivaut au contrôle politique, et la politique déforme les préférences des consommateurs. Ces préférences prévaudront, dans l'esprit du Premier ministre, au fur et à mesure que les possibilités de choix du public sont élargies et les services payés à leur vrai prix, puisque les souhaits des gens sont beaucoup plus finement exprimés quand un enjeu financier existe que quand ils exercent le droit de vote. Une conséquence majeure de cette troisième victoire conservatrice sera la poursuite de l'érosion des concepts de service public, de l'utilité d'un secteur public, des valeurs de solidarité communautaire. La Grande-Bretagne deviendra une société où l'important sera, non pas la valeur des choses, mais uniquement leur prix. L'économiste peut se réjouir devant cette perspective. En revanche, les observateurs de la vie politique se sentiront peut-être un peu tristes que le Gouvernement ait l'intention d'anéantir toute forme d'opposition institutionnelle ; à vrai dire, certains en seront même profondément inquiets.

Chronique constitutionnelle française

(1^{er} janvier - 8 mai 1988)

PIERRE AVRIL et JEAN GICQUEL

La référence aux 23 premières chroniques sont données sous le sigle correspondant de Pouvoirs et de la page du recueil qui les réunit : Chroniques constitutionnelles françaises, 1976-1982 (PUF, 1983).

ASSEMBLÉE NATIONALE

— *Bibliographie.* Statistiques 1987, *BAN*, numéro spécial, mars 1988.

— *Bureau.* La loi 88-226 du 11-3 attribue une nouvelle compétence au bureau de l'AN, qui doit recevoir les déclarations de patrimoine des députés et « apprécier les variations des situations patrimoniales » de ceux-ci, mais c'est le président qui établit le rapport prévu par l'art. LO 135-1. Ces dispositions sont applicables au Sénat en vertu de l'art. LO 296 du code électoral (v. *Parlementaires*).

— *Précision.* Contrairement aux informations reproduites (cette *Chronique*, n° 45, p. 182), le bureau n'a pas eu à se prononcer sur la régularité des poursuites décidées contre M. Nucci, c'est-à-dire sur la question de la levée de son immunité, mais seulement sur la rectification de l'erreur matérielle du compte rendu, par voie d'un *erratum* rétablissant l'authenticité des propos tenus par M. Fanton, rapporteur de la commission *ad hoc*.

V. *Parlement*.

AUTORITÉ JUDICIAIRE

— *Bibliographie.* J. Giudicelli-Delage, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, PUF, 1987 ; J. Robert, De l'indépendance des juges, *RDP*, 1988, p. 3 ; D. Soulez Larivière, La magistrature : « To be or not to be »,

in *La France en politique*, Esprit-Fayard-Seuil, 1988, p. 174. Concl. P. Arpaillange, sous cass., ch. crim., 6-11-1987, Michel Droit, *ibid.*, p. 23.

— *Conseil supérieur de la magistrature*. Une sombre affaire. Des poseurs de micros ont été surpris au domicile d'un huissier du csm, le 23-12-1987, soupçonné par ailleurs d'être à l'origine de fuites, portant sur des notes confidentielles adressées par la secrétaire générale dudit conseil au chef de l'Etat (*Le Monde*, 10/11, 13, 17/18 et 25/26-1, 7/8-2). Cette affaire des écoutes a débouché à ce jour sur l'inculpation, le 22-1 (*ibid.*, 23-1), des nouveaux *plombiers* pour tentative d'atteinte à l'intimité de la vie privée (v. *Libération*, 6/7-2).

— *Protection de l'autorité et de l'indépendance*. Dans un arrêt du 7-3 (*Le Monde*, 12 et 30-3), la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29-10-1987 (cette *Chronique*, n° 41, p. 211) qui avait condamné M. Raymond Forni, à la suite de l'action de l'Association professionnelle des Magistrats (APM). Les juges suprêmes ont estimé qu'il appartenait au seul ministère public, et non aux magistrats qui concourent à la justice, d'assurer la défense de cette dernière, en tant qu'*institution fondamentale de l'Etat*.

V. Loi organique.

AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

— *Bibliographie*. Chr. Gabolde, La seconde réforme du contentieux administratif, *D.*, 1988, p. 51 ; Réforme du contentieux administratif, *AJDA*, 1988, p. 76.

— *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*. Au moment où le décret 88-155 du 15-2 (p. 2245) crée 5 cours à Bordeaux, Lyon, Nancy, Nantes et Paris (cette *Chronique*, n° 45, p. 171), la composition dudit conseil institué par la loi du 6-1-1986, a été arrêtée (p. 508). Présidé par le vice-président du Conseil d'Etat, il accueille, entre autres, trois personnalités nommées respectivement par le Président de la République, le président du Sénat et le président de l'Assemblée nationale (art. 14).

— *Activité du Conseil d'Etat*. A un parlementaire, le garde des Sceaux précise qu'au 1^{er}-1 (AN, *Q*, p. 1892), le conseil compte environ 200 membres en service dans le corps. Ceux-ci participent à la fonction consultative : 2 227 avis sur des projets de loi et de décret en 1986 et 1 843 en 1988, parallèlement à la fonction contentieuse. En 1987, plus de 8 000 affaires ont été réglées sur les 9 800 entrées ; 75 % des affaires viennent en appel de jugements de TA. D'où la réforme du contentieux (cette *Chronique*, n° 45, p. 171).

CODE ÉLECTORAL

— *Financement des campagnes pour l'élection des députés.* La LO 88-226 du 11-3 relative à la transparence financière de la vie politique a inséré les art. LO 163-1 à 163-4 et LO 179-1 aux termes desquels chaque candidat est tenu d'établir un compte de campagne retraçant l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses effectuées en vue de son élection par lui-même ou pour son compte dans les trois mois précédant le scrutin (LO 163-1). Dans les trente jours suivant l'élection, le candidat doit déposer à la préfecture ce compte de campagne, présenté par un membre de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés et accompagné des justificatifs de ses recettes, ainsi que des factures, devis et autres documents de nature à établir le montant des dépenses payées ou engagées par lui ou par son mandataire (LO 179-1).

L'art. LO 163-2 fixe à 500 000 F le plafond des dépenses de campagne d'un candidat autres que les dépenses de propagande directement prises en charge par l'Etat, et l'art. LO 163-3 régit les contributions privées :

1° Les dons manuels consentis à un candidat par des personnes dûment identifiées (à l'exclusion des personnes morales de droit public, des casinos et maisons de jeu) ne peuvent excéder 20 000 F pour une personne physique et 50 000 F pour une personne morale.

2° Tout don supérieur à 2 000 F doit être versé par chèque.

3° Le montant global des dons en espèces faits au candidat ne peut excéder 20 % du total des recettes retracées par le compte de campagne prévu à l'art. LO 136-1.

4° Le montant global des dons consentis au candidat ne peut excéder le plafond des dépenses prévu à l'art. LO 163-2.

Les sanctions prévues à l'art. L 106 sont applicables à tous ceux qui auront contrevenu à ces dispositions. Les dons sont déductibles au titre de l'art. 238 *bis* du code général des impôts.

La loi 88-227 promulguée le même jour a ajouté trois alinéas à l'art. L 167 qui prévoient, au profit des candidats ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés, un remboursement forfaitaire égal au dixième du plafond prévu à l'art. LO 163-2, soit un maximum de 50 000 F, mais ce remboursement ne peut excéder le montant des dépenses telles que les retrace le compte de campagne que doit déposer chaque candidat. En sont exclus les candidats qui ne se sont pas conformés aux prescriptions de l'art. LO 179-1 ou qui n'ont pas respecté le plafond de dépenses fixé par l'art. LO 163-2, ainsi que les candidats élus qui n'ont pas déposé dans les quinze jours de leur entrée en fonction sur le bureau de l'Assemblée nationale la déclaration patrimoniale prévue par l'art. LO 135-1.

— *Conformité.* Le cc, qui n'était saisi que de la LO en vertu de l'art. 61, al. 1 C, a jugé que les art. 2, 3 et 4 C ne font pas obstacle à une aide de l'Etat sous forme de prise en charge ou « d'exonérations fiscales destinées

à favoriser les concours financiers de la part de certains contribuables ». Mais il précise que l'aide doit, « pour être conforme au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs » et que, quel que soit le mécanisme retenu, « il ne doit conduire, ni à établir un lien de dépendance d'un candidat ou d'un parti politique à l'égard de quiconque contribue au financement de ses dépenses, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions, ni à enrichir une personne physique ou morale ». Après avoir constaté les limitations fixées aux dons et aux possibilités de déductions fiscales, la décision 88-242 DC du 10-3 conclut que les dispositions dont il était saisi « ne sont pas contraires aux exigences constitutionnelles ».

V. *Election présidentielle, Elections, Incompatibilités, Inéligibilités, Parlementaires, Partis politiques.*

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

— *Bibliographie.* M. J. Tulard, La loi d'amélioration de la décentralisation, *AJDA*, 1988, p. 197.

— *Appartenance politique des maires.* Dans les 223 communes de plus de 30 000 habitants, en métropole, la répartition se présente comme suit : 53 PC ; 60 S ; 2 radicaux de gauche ; 1 divers gauche ; 47 RPR ; 38 UDF et 22 divers droite (S, Q, p. 48).

— *Condition des présidents et de certains maires.* La loi 88-227 du 11-3 (p. 3290) étend les dispositions de l'art. LO 135-1 du code électoral relatives à la déclaration patrimoniale à l'entrée et à la sortie de fonctions (v. *Parlementaires*) au titulaire d'une fonction de président de conseil régional, de président de l'assemblée de Corse, de président d'une assemblée de territoire d'outre-mer, de président de conseil général, de président élu d'un exécutif de territoire d'outre-mer et de maire d'une commune de plus de 30 000 habitants. V. *Gouvernement, Inéligibilités.*

— *Loi d'amélioration de la décentralisation.* La loi 88-13 du 5-1 (p. 208) s'emploie à préciser le champ d'application de la nouvelle décentralisation, selon la tendance observée depuis mars 1986 (cette *Chronique*, n° 44, p. 180). A titre d'exemple, elle aboutit à une amputation de la compétence des chambres régionales des comptes (art. 23).

— *Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie.* A l'issue du référendum d'autodétermination du 13-9-1987 (cette *Chronique*, n° 44, p. 194) et de la décision de non-contrariété, rendue par le Conseil le 19-1 (décision 87-241 DC, p. 1025), la loi 88-82 du 22-1 (p. 1231) confère audit territoire un nouveau statut (cette *Chronique*, n° 40, p. 165). Par-delà les nouvelles modifications apportées à la répartition des compétences entre

les autorités territoriales, l'affrontement entre les communautés intéressées frappe de précarité ce statut, à l'encontre duquel le chef de l'Etat s'était élevé une fois encore (*ibid.*, n° 45, p. 175).

V. Conseil constitutionnel, Elections, Libertés publiques, Pouvoir réglementaire, Quorum.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

— *Bibliographie.* L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988 ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Ed. STN, 1988 ; S. Baumont, Le Conseil constitutionnel et le droit d'amendement du Gouvernement, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXV, 1987, p. 177 ; F. Colly, Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété, *RDP*, 1988, p. 135 ; M. Kajman, Le Conseil constitutionnel (1981-1988) : Le grand régulateur, *Le Monde*, 12-3 ; F. Luchaire, Le Conseil constitutionnel et le Gouvernement des juges, *RSAMO*, 1987, p. 29 ; N. L. Tehio, *Le Conseil constitutionnel et les DOM-TOM*, mémoire Montpellier ; G. Vedel, Le cc, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme, cette *Revue*, n° 45, p. 149.

Notes. F. Luchaire sous 86-224 DC, 23-1-1987, *D.*, 1988, p. 117 ; J.-M. Sorel, *ibid.*, *RA*, 1988, p. 29 ; E. Peuchot, 87-61 du 24-11-1987, *JJA*, 8-4.

cc, *Rec. des décisions*, 1987.

— *Décisions.* 87-231 DC, 5-1 (p. 320). LO modifiant le 2^e alinéa de l'art. LO 145 du Code électoral. V. *Incompatibilités*.

— 87-235 DC, 5-1 (p. 321). LO modifiant l'art. 3 de la loi 62-1292 du 6-11-1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel afin d'élargir aux conseillers régionaux le droit de présenter des candidats à cette élection. V. *Election présidentielle*.

— 87-236 DC, 5-1 (p. 321). LO modifiant l'art. 3 de la loi 62-1292 du 6-11-1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. V. *Election présidentielle*.

— 87-238 DC, 5-1 (p. 321). LO portant maintien en activité des magistrats des cours d'appel et des tribunaux de grande instance. V. *Autorité judiciaire*.

— 87-234 DC, 7-1 (p. 444). LO relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de Sécurité sociale. V. *Loi organique*.

— 87-232 DC, 7-1 (p. 482 et 486). Loi relative à la mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole. V. *Libertés publiques*

— 87-240 DC, 19-1 (p. 1024 et 1026). Loi sur les bourses de valeur. V. *Libertés publiques*.

— 87-241 DC, 19-1 (p. 1024 et 1027). Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances. V. *Collectivités territoriales*.

- 88-242 DC, 10-3 (p. 3350). LO relative à la transparence financière de la vie politique. V. *Code électoral, Election présidentielle.*
- 88-153 L, 23-2 (p. 2647). Délégalisation. V. *Pouvoir réglementaire.*
- 88-154 L, 10-3 (p. 3392). Délégalisation. V. *Pouvoir réglementaire.*
- 88-155 L, 10-3 (p. 3393). Délégalisation. V. *Pouvoir réglementaire.*
- 88-156 L, 6-4 (p. 4667). Délégalisation. V. *Pouvoir réglementaire.*
- 22-3 Francis Germes (p. 4013). V. ci-après.
- 10-3 (p. 3268) ; 22-3 (p. 4013) ; 6-4 (p. 4610) et 28-4 (p. 5828). Nomination de délégués du Conseil constitutionnel. V. *Election présidentielle.*
- 7-4 (p. 4631). Liste des candidats à l'élection du Président de la République, liste des citoyens ayant présenté les candidats à la présidence de la République (p. 4783). V. *Election présidentielle.*
- 28-4 (p. 5776). Liste des candidats habilités à se présenter au second tour de l'élection du Président de la République. V. *Election présidentielle.*

— *Déclaration.* 27-4 (p. 5648). Résultats du premier tour de scrutin de l'élection du Président de la République). V. *Election présidentielle.*

— *Proclamation.* 10 et 11-5 (p. 7036). V. *Election présidentielle.*

— *Procédure.* De manière inhabituelle (cette *Chronique*, n° 40, p. 167), la saisine déposée par les députés socialistes à l'encontre de la loi portant statut de la Nouvelle-Calédonie invoque le principe de la libre administration des collectivités territoriales (art. 72 et 74 C) sans expliciter cependant les griefs articulés contre certaines dispositions.

Par suite de l'empêchement du président Robert Badinter, il a appartenu au doyen d'âge (art. 13 de l'ord. du 7-11-1958), M. Louis Joxe, de convoquer le conseil comme naguère M. Gaston Monnerville (cette *Chronique*, n° 25, p. 190) : « Pour le président », la formule apparaît les 22-3 (Francis Germes), 6-4 (88-156 L) et 7-4 (liste des candidats à l'élection du Président de la République). Au surplus, nonobstant le caractère limitatif qui s'attache à sa compétence consultative (14-9-1961, *GD*, p. 145) le conseil qui « veille à la régularité de l'élection du Président de la République » a été sollicité, comme en 1981 du reste, par le Gouvernement. A preuve, le visa du décret 88-250 du 16-3 (p. 3344) convoquant les électeurs. Cependant, le décret 88-272 du 23-3 (p. 3945) qui fixe au 24-4 l'organisation des élections régionales en Nouvelle-Calédonie, simultanément au déroulement du premier tour de l'élection présidentielle, n'y fait point référence. Tout en déclinant sa compétence, en matière de consultations régionales, la Haute Instance a émis, cependant, un avis le 22-3 (*Le Monde*, 25-3) en raison de la concomitance en appelant l'attention sur la nécessité d'un déroulement sans interférences ni atteintes à l'égalité des deux campagnes.

Il y a lieu de préciser que le juge a été consulté à propos du décret 88-185 du 24-2 (p. 2690) relatif à la date d'envoi des formulaires de présentation à l'élection présidentielle, tout autant qu'à l'occasion de la mise en place

de la CNC (décret 88-231 du 14-3, p. 3407). Par suite, le ministère de l'intérieur a recueilli l'opinion de la Haute Instance s'agissant du *memento* remis aux candidats à la magistrature suprême (*Le Monde*, 9-4).

Pour conclure, on mentionnera que cette dernière a déclaré irrecevable la requête présentée par M. Francis Germes le 22-3 (p. 4013) à propos d'une candidature à l'élection présidentielle (cette *Chronique*, n° 45, p. 174). De la même façon il a indiqué qu'il n'est pas compétent afin d'ouvrir une information judiciaire à l'encontre d'un dirigeant d'un parti politique.

V. *Elections, Loi, Loi organique, Pouvoir réglementaire.*

CONSEIL DES MINISTRES

— *Bibliographie.* F. Luchaire, De la cohabitation : le chef de l'Etat et l'art. 13 C, *JJA*, 18-1.

— *Mission du bicentenaire de la Révolution française et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.* Le décret 88-54 du 18-1 (p. 927) modifie le titre de ladite mission instituée par le décret 86-1034 du 15-9 dans un louable souci de purisme (cette *Chronique*, n° 40, p. 176).

— *Titre de préfet et de sous-préfet.* Le décret 88-199 du 29-2 (p. 2869) rétablit dans tous les textes réglementaires ces titres traditionnels à l'encontre de ceux de commissaires de la République et commissaires adjoints de la République.

— *Réunion en période électorale.* Sur convocation du Président de la République (art. 9 C), le conseil s'est tenu, le 23-3, au lendemain de l'annonce de la candidature de M. François Mitterrand. Conformément à la tradition observée sous la V^e République, le président-candidat et le PM-candidat, fait sans précédent, se sont entretenus au préalable, mais, cette fois, en présence de MM. Bianco et Attali (*Le Figaro*, 24-3). A la veille du débat télévisé du 28-4, par exemple, le tête-à-tête a été observé pendant quarante-cinq minutes, alors que le conseil se limitait à quinze minutes (*ibid.*, 28-4). Mais il s'agissait, en l'occurrence, du dernier conseil de la cohabitation (cette *Chronique*, n° 38, p. 169).

CONSTITUTION

— *Bibliographie.* P. Avril, Fin de la constitution gaulliste ?, *La France en politique*, 1988, Esprit-Fayard-Seuil, 1988, p. 39 ; D. Maus, Guy Mollet et l'élaboration de la Constitution de 1958, *Actes du Colloque Guy-Mollet*, Lille, 1986, p. 349.

— *Révision par le référendum de l'article 11 C.* Contrairement à son prédécesseur qui avait affirmé le 8-11-1978 que l'art. 89 était seul applicable, M. F. Mitterrand a estimé, sur la base des précédents de 1962 et 1969, que « l'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89 » (cette *Revue*, n° 45, p. 138). Toutefois, la consultation référendaire devrait être précédée d'un débat parlementaire.

— *Titre XII. De la communauté.* A la question d'un parlementaire, le garde des sceaux indique que les dispositions afférentes sont dépourvues d'objet, en raison des changements intervenus à la suite de la LC 60-525 du 4-6-1960 (AN, Q, p. 1892).

V. *Loi organique.*

DROIT COMMUNAUTAIRE

— *Bibliographie.* Y. Galmot et J.-Cl. Bonichot, La cour de justice des communautés européennes et la transposition des directives en droit national, *RFDA*, 1988, p. 1.

DROIT CONSTITUTIONNEL

— *Bibliographie.* Ch. Cadoux, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, t. 1, Cujas, 3^e éd., 1988.

DYARCHIE

— *Bibliographie.* H. Roussillon, *Cohabitation 1986-1988*, Presses de l'IEF de Toulouse, 1988 ; Samy Cohen, Deux années de cohabitation en politique étrangère, *Le Monde*, 30 et 31-3 ; Gérard Grundberg, Cohabitation et opinion publique, *Esprit*, numéro spécial La France en politique, 1988, p. 50.

— *Fin d'une rubrique?* L'ouverture de la campagne électorale a rétrospectivement jeté un jour nouveau et contrasté sur la pratique de la dyarchie, comme en témoignent la « Lettre à tous les Français » du Président, candidat depuis le 22-3 (*Libération*, 7-4), et la réplique du Premier ministre, candidat depuis le 16-1 (*Le Monde*, 15-4). La vivacité des propos de campagne, notamment la controverse sur le point de savoir « qui garde l'Etat », contraste avec les déclarations apaisantes tenues lors des vœux (*ibid.*, 6-1). Parmi les incidents qui ont marqué cette ultime période, notons la décision de boycott prise lors de la visite du chef de l'Etat à La Réunion :

aucun membre du Gouvernement ne l'accompagnait (*ibid.*, 7/8-2). En revanche, le protocole a retrouvé ses droits pour le sommet de l'OTAN à Bruxelles. V. *Gouvernement*.

ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE

— *Bibliographie*. Emmanuel Derieux, Propagande électorale, *Petites affiches*, n° 48, p. 10 ; Xavier Delcros, L'audio-visuel à l'heure des présidentielles, *AJDA*, 1988, p. 273.

— *Chronologie*

— 3-2, Recommandations de la CNCL aux sociétés nationales de programme pour la période du 22-3 à l'ouverture de la campagne officielle (p. 1984).

— 22-2, Recommandations du 22-2 de la CNCL aux sociétés nationales de programme et aux services de communication audio-visuelle autorisés ou concédés à compter du 8-4 (p. 3206).

— 1-3, Envoi des formulaires de présentation (ceux-ci peuvent être soit directement adressés au CC, soit transmis par les candidats).

— 10-3, Nomination des délégués du CC (p. 3268) ; quatre autres décisions compléteront ces nominations, le 22-3 (p. 4013), le 6-5 (p. 4610), le 28-4 (p. 5828) et le 3-5 (p. 6108).

— 10-3, Décision de la CNCL fixant les règles de programmation et de diffusion des émissions officielles (p. 3915).

— 14-3, Décret 88-231 relatif à la composition de la commission nationale de contrôle (p. 3407), qui sera installée le 17.

— 17-3, Publication du décret 88-250 de convocation des électeurs (p. 3543).

— 5-4, Clôture des présentations.

— 8-4, Publication des 9 candidats par le CC (p. 4631) et ouverture de la campagne.

— 8-4, Décisions de la CNCL réduisant la durée des émissions officielles et fixant leur nombre, leur durée et leurs horaires (p. 4733).

— 12-4, Publication des listes des élus ayant présenté un candidat (p. 4783).

— 13-4, La CNCL étant revenue sur l'interdiction d'utiliser les archives sonores dans les émissions de la campagne, la commission nationale de contrôle décide que l'autorisation s'appliquera à compter du 18-4 (*Le Monde*, 15-4).

— 22-4, Clôture de la campagne.

— 24-4, Premier tour.

— 27-4, Déclaration du CC relative aux résultats du 1^{er} tour (*JO* du 28, p. 5648).

— 28-4, Décision du CC arrêtant la liste des candidats habilités à se présenter au second tour (*JO* du 29, p. 5776).

- 28-4, Débat télévisé entre MM. F. Mitterrand et J. Chirac.
- 29-4, Décisions de la CNCL fixant les émissions du second tour et modifiant la décision du 10-3 (p. 5897).
- 6-5, Clôture de la campagne.
- 8-5, Second tour.
- 11-5, Proclamation des résultats.
- 21-5, Expiration du mandat du Président en exercice.

— *Présentation des candidats.* Les LO 88-35 et 88-36 du 13-1 (p. 704) complètent le 3^e alinéa de l'art. 3 de la loi 62-1292 du 6-11-1962 en ajoutant aux « parrains », d'une part, les conseillers régionaux et, d'autre part, les membres élus du Conseil supérieur des Français de l'étranger. Ces derniers, ainsi que les sénateurs représentant les Français de l'étranger, sont réputés être les élus d'un même département ou territoire pour l'application de la règle des 30 départements ou territoires d'outre-mer.

— *Transparence financière.* La LO 88-226 du 11-3 (p. 3288) modifie et complète l'art. 3 de la loi 62-1292 du 6-11-1962. D'une part, les personnes présentées doivent remettre au CC, sous peine de nullité de leur candidature, une déclaration de leur situation patrimoniale conforme aux dispositions de l'art. LO 135-1 du code électoral (v. *Parlementaires*), ainsi que l'engagement de déposer une nouvelle déclaration en fin de mandat... La déclaration du candidat élu est jointe à la publication au *JO* des résultats de l'élection proclamés par le CC. Il en va de même de la déclaration en fin de mandat. D'autre part, les art. LO 163-1 à 163-3 (v. *Code électoral*) sont applicables avec les aménagements suivants :

1^o Le compte de campagne retrace les opérations des six mois précédant le scrutin (à titre transitoire, le compte couvrira en 1988 la période comprise entre la publication de la loi et le scrutin) et il doit être adressé au CC par tous les candidats dans les soixante jours suivant l'élection. Les comptes sont publiés au *JO* dans les dix jours.

2^o Le plafond des dépenses est fixé à 120 millions et, pour les deux candidats du ballottage, 140 millions.

3^o Le remboursement forfaitaire s'élève à 1/20^e du plafond des dépenses pour tous les candidats, et au quart du plafond pour ceux qui ont obtenu plus de 5 % des suffrages exprimés, sans pouvoir excéder les dépenses retracées par le compte de campagne. En sont exclus les candidats qui n'ont pas respecté les prescriptions mentionnées plus haut.

Saisi de ces dispositions, le CC a jugé qu'elles n'étaient contraires à aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle, « dès lors que le remboursement par l'Etat des dépenses électorales ne conduit pas à l'enrichissement d'une personne physique ou morale » (88-242 DC du 10-3).

— *Décrets d'application de la loi 62-1292 du 6-11-1962.* Le décret 88-22 du 6-1 (p. 274) modifie les décrets 64-231 du 14-3-1964 et 80-213 du 11-3-1980 (CCF, 14, p. 124) pour tenir compte de la création de la collectivité

territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon et des dispositions sur la communication audio-visuelle, notamment la CNCL. Ce décret a été à son tour modifié par le décret 88-72 du 20-1 (p. 1166).

— *Contentieux des candidatures.* A la différence de la précédente élection (CCF, p. 126 et 128), les opérations préliminaires n'ont pas fait l'objet de réclamations, à l'exception d'une requête prématurée de M. Francis Germes (v. *Conseil constitutionnel*).

— *Résultats du 1^{er} tour (24-4).* Le CC a proclamé le 27-4 les résultats du 1^{er} tour (p. 56-58) « après avoir opéré diverses rectifications d'erreurs matérielles, procédé aux redressements qu'il a jugés nécessaires et aux annulations ci-après » (formule reprise de 1981 : CCF, 18, p. 129). Ont été ainsi annulés les suffrages exprimés dans 12 bureaux de vote.

— 9 dans les départements, dont 6 dans des communes détenues par le Parti communiste (*Le Monde*, 29-4), pour « méconnaissance délibérée et persistante des dispositions destinées à assurer la régularité et la sincérité du scrutin » (Calais) et « discordances très importantes » entre le nombre des bulletins et celui des émargements (Fontenay-sous-Bois, Gentilly et Vitry-sur-Seine) ;

— 3 bureaux de Nouvelle-Calédonie, dans lesquels, « en l'état des informations dont dispose le Conseil » les conditions du scrutin « n'ont pas permis une expression régulière des suffrages ». M. F. Mitterrand avait demandé l'annulation de l'ensemble des opérations dans le territoire en faisant valoir que de nombreux bureaux de vote n'avaient pu être ouverts et que ses représentants avaient été dans l'impossibilité de contrôler la régularité des opérations dans les autres (*Le Monde*, 27-4). Le CC ne l'a pas

Inscrits	38 128 507
Votants	31 027 972
Abstentions	7 100 535 (18,62 %)
Suffrages exprimés	30 406 038
Blancs ou nuls	621 934 (2 % des votants)

	Voix	% exprimés	% inscrits
M. Mitterrand	10 367 220	34,09	27,19
M. Chirac	6 063 514	19,94	15,90
M. Barre	5 031 849	16,54	13,19
M. Le Pen	4 375 894	14,39	11,47
M. Lajoinie	2 055 995	6,76	5,39
M. Waechter	1 149 642	3,78	3,01
M. Juquin	639 084	2,10	1,67
Mme Laguiller	606 017	1,99	1,58
M. Bousset	116 832	0,38	0,30

(Source : *Le Monde*, 29 avril.)

suivi, considérant que, « pour graves qu'ils aient été, les incidents relatés n'ont pas eu pour effet, en raison du caractère national du scrutin, d'affecter dans l'ensemble du territoire la validité des suffrages qui y ont été exprimés ».

« Considérant que chacun des deux candidats habilités à se présenter au second tour du scrutin a porté à la connaissance du Conseil qu'il maintenait sa candidature », le cc a décidé le 28-4 que les candidats habilités à se présenter sont : M. François Mitterrand et M. Jacques Chirac. »

— *Résultats du second tour (8-5)*. Après avoir annulé les opérations de vote de Quimperlé, Tarare et Loudéac pour défaut de contrôle d'identité des électeurs, Montreuil-sous-Bois pour irrégularité dans la composition du bureau et refus d'inscrire une réclamation, et Villejuif pour « discordance très importante » entre le nombre des bulletins et celui des émargements, le cc a constaté que les incidents qui avaient empêché l'ouverture de 6 bureaux en Nouvelle-Calédonie n'avaient pas empêché le déroulement du scrutin dans les autres et a proclamé M. F. Mitterrand Président de la République (séances des 10 et 11-5, p. 7036).

Inscrits	38 168 869
Votants	32 085 071
Abstentions	6 083 798 (15,93 %)
Suffrages exprimés	30 923 249
Blancs ou nuls	1 161 822 (3,04 % des votants)
François Mitterrand	16 704 279 (54,01 %)
Jacques Chirac	14 218 970 (45,98 %)

(Source : *Le Monde*, 13 mai.)

ÉLECTIONS

— *Bibliographie*. Claude Franck, *Droit des élections nationales et locales*, Delmas, 1988.

— *Elections à l'Assemblée nationale*. Le décret 88-44 du 14-1 (p. 775) modifie le décret 78-21 du 9-1-1978 fixant les conditions de participation à la campagne radiodiffusée et télévisée des partis et groupements définis à l'art. L 167 du code électoral. Ledit décret avait été modifié en 1985 en raison du changement de mode de scrutin et de l'institution de la Haute Autorité (cette *Chronique*, n° 37, p. 174), et la mise à jour tient compte du retour au scrutin majoritaire et du remplacement de la Haute Autorité par la CNCL.

— *Elections cantonales*. — Conformément à la pratique traditionnelle suivie lorsque des élections générales interviennent à une date proche du

renouvellement d'une série de conseillers généraux, la loi 88-26 du 8-1 (p. 407) proroge jusqu'en octobre le mandat des conseillers généraux renouvelables en mars 1988. Mais la loi comportait aussi une innovation que le cc a censurée. Elle portait de trois à six mois le délai dans lequel il doit être procédé à une élection partielle en cas de vacance survenue pendant le premier trimestre de 1988. Considérant que cette disposition permet à l'autorité administrative de choisir une date à sa convenance dans un délai dérogatoire d'une aussi longue durée sans préciser les conditions ni les limites de son application, « le législateur est resté en deçà de sa compétence et a méconnu la Constitution » (87-233 DC du 5-1, p. 320).

— *Elections cantonales.* En réponse à une question écrite de M. Jean-Louis Masson (RPR), dont on connaît la soif didactique, le ministre de l'intérieur dresse, d'une part, dans la perspective ouverte par le cc, le 8-8-1985 (cette *Chronique*, n° 36, p. 182), la liste, dans les départements métropolitains, des cantons le plus et le moins peuplés ainsi que leur superficie en hectares (AN, Q, p. 1457) et, d'autre part, ceux d'entre eux dont la population est supérieure au double de la population cantonale moyenne du département (*ibid.*, p. 1459).

— *Elections territoriales de Nouvelle-Calédonie.* En application de la loi 88-82 du 22-1 (v. *Collectivités territoriales*), les décrets 88-267 du 22-3 (p. 3880) et 88-272 du 23 (p. 3945) organisent les élections aux conseils de région et au congrès de Nouvelle-Calédonie et convoquent les électeurs le 24-4, le même jour que le 1^{er} tour de l'élection présidentielle. Le chef de l'Etat a jugé « saugrenue » cette simultanéité (*Le Monde*, 10-2). Le scrutin a été marqué par des violences et les abstentions ont atteint 43,62 % en raison des consignes de boycott des indépendantistes (*ibid.*, 26-4).

— *Fraudes électorales.* L'ancien maire de La Queue-en-Brie, M. Cl. Roméo (PC), et un de ses anciens adjoints ont été condamnés le 2-3 par le rci de Créteil, respectivement à quatre mois de prison avec sursis et deux ans de privation de droits civiques (*Le Monde*, 6/7-3, v. cette *Chronique*, n° 28, p. 205). La cour d'appel de Versailles a relaxé le 25-3 deux des quatre prévenus poursuivis pour atteinte à la sincérité du scrutin lors des élections municipales de Trappes, et confirmé les condamnations des deux autres (*ibid.*, 27/28-3, cette *Chronique*, n° 45, p. 179).

ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

— *Bibliographie.* J. Dhommaux, Le rôle du Parlement dans l'élaboration des engagements internationaux, *RDP*, 1987, p. 1449 ; Geneviève Burdeau, Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'Etat de droit, *AFDI*, 1986, p. 837.

GOUVERNEMENT

— *Bibliographie.* R. Letteron, note sous CE, 2-12-1987, Mlle Pokorny, D, 1988, p. 180 (non-communication d'un document administratif portant atteinte au secret des délibérations du Gouvernement).

— *Communication publicitaire.* Sous l'égide du SID (cette *Chronique*, n° 24, p. 183), une campagne sur le thème *La France se redresse* s'est déroulée en janvier, au moment où le PM allait se porter candidat à la magistrature suprême.

— *Conseil de cabinet.* A la veille de sa déclaration de candidature, M. Jacques Chirac a réuni, le 15-1 (*Le Figaro*, 16/17-1), un nouveau conseil à Matignon (cette *Chronique*, n° 44, p. 185). Le PM a indiqué à ses ministres qu'ils devraient faire preuve, en tant que personnalités politiques, de *réserve et de mesure* au cours de la campagne présidentielle.

Un conseil de cabinet s'est tenu, le 25-4, au lendemain du premier tour de l'élection présidentielle (*Le Monde*, 25-4).

— *Conseil de sécurité intérieure.* Le conseil, créé par le PM, en vue de *concevoir et de coordonner la lutte contre le terrorisme*, s'est réuni, le 10-2 (*Le Monde*, 13-2), en vue d'examiner les précautions à prendre en période électorale. Les ministres de l'économie et des finances, des affaires étrangères, de la justice, de l'intérieur et de la sécurité s'y sont retrouvés comme naguère (cette *Chronique*, n° 45, p. 180). Un nouveau conseil s'est tenu le 27-4 (*Le Figaro*, 28-4) à propos de la situation en Nouvelle-Calédonie.

— *Comité interministériel.* Appelé abusivement *conseil restreint*, dénomination classique sous la V^e République d'une réunion présidée par le chef de l'Etat (v. A. Delion, Les conseils et les comités interministériels, *AJDA*, 1975, p. 268), un comité a été réuni à Matignon, le 22-4 (*Le Monde*, 23-4), après que M. Mitterrand eut demandé à M. Chirac, ce jour, de lui *rendre compte de la situation en Nouvelle-Calédonie et des mesures prises par le Gouvernement* après les affrontements de l'île d'Ouvéa. L'Elysée a déploré que ni le PM, ni les ministres de l'intérieur et de la défense n'aient informé préalablement le chef de l'Etat de ces incidents. Les deux responsables de l'exécutif se sont entretenus au téléphone toutefois (*ibid.*, 24/25-4). M. F. Mitterrand a fait état, à nouveau, lors du débat télévisé avec M. Chirac, le 28-4 (*ibid.*, 30-4), de l'absence d'informations.

— *Condition des membres.* M. Jean-Jacques Descamps, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'industrie chargé du tourisme, s'est retiré de l'élection cantonale de Lille-Ouest, après qu'il eut été devancé au sein de la majorité, à l'issue du premier tour, le 6-3 (*Le Monde*, 8-3).

De surcroît et conformément à sa jurisprudence (cette *Chronique*, n° 39, p. 169), la Cour de cassation, dans un arrêt du 19-4 (*Le Monde*, 22-4), a estimé que les propos tenus sur une radio par M. Jack Lang, alors ministre de la culture à l'encontre de M. Charles Pasqua, ne pouvaient pas être appréciés par une juridiction de droit commun, contrairement à l'appréciation de la cour d'appel. En application de l'art. 68, al. 2 C seule la Haute Cour de justice est compétente. L'argumentation, selon laquelle les appréciations portées relevaient d'une polémique personnelle, n'a pas été retenue par les juges suprêmes.

— *Réunion de ministres*. Le Premier ministre a réuni, le 21-2 (*Le Monde*, 23-1), les ministres concernés par le plan Monory pour l'avenir de l'éducation nationale.

— *Déclaration de situation patrimoniale des membres*. L'art. 1^{er} de la loi 88-227 du 11-3 relative à la transparence financière de la vie politique étend aux membres du Gouvernement les dispositions de l'art. LO 135-1 au code électoral : dépôt d'une déclaration au début et à la fin de leurs fonctions (en dehors de l'hypothèse du décès), dans un délai de quinze jours auprès d'une commission composée du vice-président du Conseil d'Etat (président) du 1^{er} président à la Cour de cassation et du 1^{er} président à la Cour des comptes (art. 3). Cette commission assure le caractère confidentiel desdites déclarations et apprécie leur variation ; elle établit un rapport publié au *JO*, lorsqu'elle le juge utile et en tout état de cause tous les trois ans. Cependant, à l'opposé du chef de l'Etat et des parlementaires, aucune sanction n'est envisagée en cas d'inobservation. On partage, à cet égard, le sentiment que, le *Gouvernement ayant pour mission constitutionnelle de veiller au respect des lois, il est permis de penser que le PM tirerait les conséquences du refus d'un ministre* (Rapport Mazeaud, AN, n° 1216, p. 31).

V. *Dyarchie, Parlement, Premier ministre, Président de la République, République*.

HABILITATION LÉGISLATIVE

— *Loi modifiant une loi d'habilitation*. La loi 88-2 du 4-1 (p. 165) complète l'art. 6 de la loi du 2-7-1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (cette *Chronique*, n° 40, p. 173) concernant la limite d'âge des présidents d'entreprise du secteur public.

HAUTE COUR DE JUSTICE

— *Mise en jugement d'un membre du Gouvernement.* Consécutivement à la mise en accusation de M. Christian Nucci par le Parlement (cette *Chronique*, n° 45, p. 181) et au rejet le 29-1 (*Le Monde*, 31-1) par la commission d'instruction de la Haute Cour de la demande, présentée par ses conseils, de la nullité de la procédure parlementaire en l'absence de levée formelle de son immunité (cette *Chronique*, n° 45, p. 182), ladite commission a entendu l'intéressé, en première comparution, le 19-2 (*Le Monde*, 20-2). A son issue, l'ancien ministre s'est vu notifier les chefs d'inculpation retenus à son encontre par les assemblées. Conformément au principe de la procédure contradictoire, les avocats de M. Nucci ont eu accès au dossier d'instruction. Parallèlement, le rapport final d'enquête de la police judiciaire atténue la responsabilité de l'intéressé (*Le Monde*, 6-2).

— *Régime financier.* Le décret 88-188 du 25-2 (p. 2711) en détermine les éléments : le président de la Haute Cour a la qualité d'ordonnateur des dépenses et des recettes tandis que le contrôle financier ressortit à la compétence du service de contrôle des dépenses engagées du ministère de l'économie. Dans cette perspective, deux arrêtés du 27-4 (p. 5966), du ministre de l'économie et des finances portent respectivement institution d'une régie de recettes et d'une régie d'avances auprès de la Haute Cour, et règlement de comptabilité. Un autre arrêté nomme le régisseur desdites recettes et d'avances (*ibid.*). Quant à M. Larché, président de la Haute Cour, il délègue sa signature, en tant qu'ordonnateur, au président de la commission d'instruction (p. 5967).

— *Siège.* Au moment de sa constitution (cette *Chronique*, n° 43, p. 205) la Haute Cour avait choisi de siéger au château de Versailles, par suite du silence observé par l'ord. du 17-11-1958 et au motif que ce lieu était commun et propre aux assemblées. Sous la III^e République, compte tenu de la mission spécifique dévolue au Sénat (art. 9 de la LC du 24-2-1875) le palais du Luxembourg accueillait la cour de justice. Dans ces conditions, des locaux affectés au Congrès (art. 89 C), moyennant certes des aménagements destinés à recevoir les journalistes et le public, notamment, devraient être mis à la disposition de la Haute Cour. Pour l'heure, le président de la commission d'instruction, M. Paul Berthiau, a demandé à Christian Nucci de s'y présenter : Cour des princes plus précisément (*Le Monde*, 20-2).

Quant à l'affaire du *vrai-faux passeport*, la Cour de cassation a confié le 7-3 (*Le Monde*, 10-3), à la chambre d'accusation de Rouen, le sort de la plainte déposée par l'ancien ministre (cette *Chronique*, n° 45, p. 183).

IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES

— *Inviolabilité parlementaire.* M. Robert Galley, député de l'Aube et trésorier du RPR a été inculpé, le 29-3 (*Le Monde*, 31-3), de complicité d'infraction, en matière d'affichage, aux art. L 51 et 90 du code électoral, suite à la plainte déposée, à l'occasion des élections législatives de 1986, par la liste « Verts de Paris écologie ».

— *Irresponsabilité parlementaire.* La cour d'appel de Versailles a confirmé, le 28-1 (*Le Monde*, 30-1), l'ordonnance du juge des référés (cette *Chronique*, n° 44, p. 185) condamnant M. Jean-Marie Le Pen, député de Paris (FN) à verser 1 F symbolique à des associations de résistants, s'agissant du point de détail des chambres à gaz. Ces propos constituent, selon la cour, une *faute dans l'exercice de la liberté d'expression qui... a notamment pour limite... le respect des valeurs essentielles assimilables comme en l'espèce à la notion d'intérêts légitimes juridiquement protégés.*

M. Pierre Joxe, président du groupe socialiste à l'AN, a été condamné, le 17-2, par le TGI de Paris (*Le Monde*, 9-2) à verser 1 F symbolique au RPR à l'honneur duquel il avait porté atteinte sur RTL, à propos de son mode de financement électoral.

INCOMPATIBILITÉS

— *Bibliographie.* Eric Peuchot, note sous cc 87-611 du 24-11-1987 (v. cette *Chronique*, n° 45, p. 184).

— *Article LO 145 du code électoral.* La LO 88-37 du 13-1 (p. 705) précise que l'incompatibilité visant les fonctions de président ou de membre de conseils d'administration d'entreprises nationales ou d'établissements publics nationaux ne s'applique pas aux députés (ou aux sénateurs) désignés du fait d'un mandat local (la rédaction antérieure ne concernait que les parlementaires désignés en cette qualité).

— *Condition des avocats parlementaires.* M^e Roland Dumas, député de la Dordogne, a été choisi, entre autres, comme conseil de M. Christian Nucci, inculpé devant la Haute Cour de justice. On sait qu'en l'occurrence, l'art. LO 149 du code électoral autorise le cumul d'activités (v. *Haute Cour de justice*).

— *Condition des ministres des cultes dans les départements concordataires d'Alsace et de Moselle.* Traditionnellement bénéficiaires du cumul avec le mandat parlementaire (art. LO 142 *in fine* du code électoral), ces derniers n'ont pas la qualité de fonctionnaires *stricto sensu* bien que rémunérés sur le budget de l'Etat, aux termes de l'avis émis par le Conseil d'Etat, le 27-8-1948 (AN, Q, p. 621). En conséquence, ils ne sont pas astreints au devoir de réserve, en matière électorale notamment.

IRRECEVABILITÉS

— *De l'inutilité de l'art. 40 C.* L'accord des pouvoirs publics a favorisé le vote de la loi, d'origine parlementaire, 88-3 du 4-1 (p. 165), portant reconnaissance de la vocation internationale de l'Association internationale des Parlementaires de Langue française (AIPLF).

INÉLIGIBILITÉS

— *Nouveaux cas.* Le nouvel art. LO 128 du code électoral édicte une inéligibilité de un an pour le parlementaire qui n'a pas déposé l'une des déclarations patrimoniales prévues à l'art. LO 135-1 (ce qui entraîne sa déchéance en vertu de l'art. LO 136), et pour tout candidat à l'Assemblée nationale qui n'a pas déposé le compte de campagne prévu à l'art. LO 179-1. La même inéligibilité s'applique au président de conseil général, de conseil régional, d'assemblée territoriale et au maire d'une commune de plus de 30 000 habitants. V. *Code électoral, Collectivités territoriales, Parlementaires.*

LIBERTÉS PUBLIQUES

— *Bibliographie.* GISTI, *Le guide des jeunes étrangers en France*, La Découverte, 1988, et *Le guide des étrangers face à l'administration*, *ibid.* ; J. G. Padioleau et B. Guillou, *La régulation de la télévision*, Les études de la CNCL, 1988 ; J.-M. Auby, *Le droit de propager la vérité*, *La vie judiciaire*, 4-1 ; A. Mole, *L'informatique et le droit aux respects de la vie privée, des salariés*, *JJA*, 22-2 ; J. Molinier, *Le second volet de la réforme des procédures fiscales et douanières*, *Revue française de Finances publiques (RFFP)*, 1897, n° 20, p. 197 ; O. Schrameck, *Expulsions*, *AJDA*, 1988, p. 207 ; F. Sudre, *La protection du droit de propriété par la convention européenne des droits de l'homme*, *D*, 1988, p. 71.

Concl. Chr. Vigouroux sous CE, 6-11-1987, Buayi, *RFDA*, 1988, p. 86, et 20-1-1988, ministère de l'intérieur C. Elfenzi (expulsion), *AJDA*, 1988, p. 223 ; O. Schrameck sous CE, 13-1-1988, Belkacem Abina (expulsion en urgence absolue), *ibid.*, p. 225 ; B. Stirn, sous CE 22-1-1988, Association Les cigognes, *RFDA*, 1988, p. 94.

Notes. J.-B. Auby, sous CE, 5-6-1987, Kaberseli, *JJA*, 17-2 (données faisant apparaître les opinions raciales, politiques, philosophiques ou religieuses) ; B. Toulemonde, sous CE, 12-6-1987, Syndicat national de l'enseignement chrétien c/ministre de l'éducation nationale, *AJDA*, 1988, p. 236.

— *Droit d'asile.* Se fondant sur des raisons humanitaires, M. Jacques Chirac a rapporté le 14-1 (*Le Monde*, 16-1) les mesures d'expulsion vers

le Gabon qui avaient frappé des réfugiés iraniens et turcs en France (cette *Chronique*, n° 45, p. 185). Les protestations tant au plan interne qu'au plan externe (si l'on en juge notamment par des pétitions de parlementaires étrangers) ont eu raison de la détermination du Gouvernement (*Le Monde*, 7-1), d'autant que le TA de Paris avait ordonné, le même jour, le sursis à exécution des arrêtés d'expulsion. La force dissuasive de l'Etat de droit n'a pas été vaine dans ce dénouement.

— *Droit de grève*. La cour d'appel de Paris a infirmé, le 27-1 (*Le Monde*, 29-1), le jugement du tribunal du 21-11-1987 qui avait suspendu le préavis de grève déposé par le syndicat national des pilotes de ligne (cette *Chronique*, n° 45, p. 185) : *Le juge de l'ordre judiciaire qui n'a reçu, ni de la loi ni des parties mission d'arbitrer ou de trancher un conflit collectif du travail n'a pas qualité ni compétence pour apprécier le bien-fondé et, par suite, la légitimité des revendications d'ordre professionnel... Il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation de la rationalité du mouvement collectif à celle normalement débattue entre employeurs et syndicats professionnels*. Coup d'arrêt à la dérive judiciaire par rapport à un droit fondamental ? Il est permis de le penser. V. toutefois les observations de D. Soulez Larivière, La magistrature : « To be or not to be », *La France en politique*, Esprit-Fayard-Le Seuil, 1988, p. 182.

— *Droit de manifestation*. Aucune disposition de nature législative ou réglementaire, indique le ministre de l'intérieur (AN, Q, p. 1369), n'interdit les manifestations un jour de scrutin. Seul le maire, sous le contrôle du juge, peut les limiter ou les interdire, en cas de menace sur l'ordre public. De sorte que les opérations électorales ne sont pas incompatibles avec le déroulement de commémorations officielles, tels le 26 avril 1981 à l'occasion de la journée de la déportation ou le 8 mai 1988 pour la victoire de 1945 (*ibid.*). A ce titre, MM. Mitterrand et Chirac ont participé ensemble à la cérémonie organisée à l'Arc de triomphe à Paris.

— *Egalité devant la loi*. Sur recours de l'opposition socialiste le CC a été appelé à se prononcer sur divers aspects de la loi relative à la *mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole* le 7-1 (décision 87-232 DC). Il a repoussé l'argument tiré du caractère autoritaire de la mutualisation, en considérant, au vu des art. 6 et 17, qu'il était loisible aux caisses régionales d'accepter ou de décliner l'offre présentée ; qu'au surcroît l'acquisition des actions de la caisse nationale soit réservée à celles-ci n'empêche pas rupture de l'égalité devant la loi. En effet, ce principe, selon une formulation classique, *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit*. Or, en l'espèce, le réseau bancaire, constitué par l'ensemble des caisses de crédit agricole, est orienté, pour l'essentiel, au profit du monde agricole. Ce parti-

cularisme autorise, par voie de conséquence, le législateur à se fonder sur la *différence de situation* au profit des caisses régionales.

Dans le même ordre d'idée, le transfert du monopole de la Caisse régionale, s'agissant de la distribution des prêts bonifiés, ne saurait être identifié à un service public. Par voie de conséquence, le législateur est habilité à opérer la translation de cette activité du secteur public au secteur privé (art. 8, al. 2). Reste que l'article 17 de la loi déferée n'enfreint aucune disposition constitutionnelle, en prévoyant que la mutualisation serait conditionnée à l'acceptation d'un nombre suffisant de caisses régionales, ce qui n'emporte nullement assimilation à l'entrée en vigueur de ladite loi.

A l'opposé, le Conseil a frappé de non-conformité l'art. 15 du texte examiné, abès de fixation de la délibération parlementaire au demeurant, qui accordait un véritable *privilege* de représentation dans les conseils d'administration des caisses régionales à certains sociétaires visés à l'art. 617 du code rural. La garantie conférée d'y détenir la majorité, *en raison de son caractère général et absolu, apporte au principe d'égalité une atteinte qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour faire droit à la situation de certaines catégories de sociétaires au maintien d'avantages spécifiques au profit des activités agricoles*, a opiné le juge. Amputée de cette disposition la loi 88-50 du 18-1 a vu le jour (p. 879).

— *Informatique et liberté*. Le garde des Sceaux précise dans le cadre d'une question écrite (AN, Q, p. 1680) les conditions dans lesquelles les candidats aux élections politiques et les formations politiques peuvent utiliser des fichiers publics et privés à des fins de propagande et de recherche de financement, suivant la délibération de la CNIL du 5-11-1985. En outre, cette dernière a été appelée à préciser, par une délibération en date du 2-2 (*Le Monde*, 20-2), l'utilisation de fichiers nominatifs des médecins, tenus par les conseils départementaux de l'ordre. Par une délibération du 1^{er}-12 (p. 135), elle s'est prononcée sur les traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre par les communes ou syndicats de communes dont la population est inférieure à 10 000 habitants.

— *Liberté d'aller et venir*. Ainsi que nous en exprimons le souhait (cette *Chronique*, n° 45, p. 186), le juge administratif s'est porté au secours de la légalité, en soumettant à son contrôle la motivation d'une procédure d'expulsion en urgence absolue : CE, 13-1 Belkacem Abina, concl. O. Schra-neck, *AJDA*, 1988, p. 225.

— *Liberté d'association*. En application de la loi locale d'Alsace-Moselle du 19-4-1908 (maintenue par la loi du 1^{er}-6-1924 mettant en vigueur la législation française dans les départements recouverts (*CCF*, 18, p. 247), le CE dans un arrêt d'assemblée, Association « Les cigognes » du 22-1 (*RFDA*, 1988, p. 104), a confirmé le jugement du TA de Strasbourg par lequel le préfet du Bas-Rhin avait refusé l'inscription sur le registre départ-

temental de cette association de mères porteuses dont le but était contraire aux lois pénales. De cette méthode d'insémination artificielle résulte nécessairement l'abandon de l'enfant à naître, puni aux termes de l'art. 353-1 du code pénal. Une autre association (Sainte-Sarah) a été frappée de dissolution, le 23-3 (*Le Monde*, 25-3), par le tribunal de Créteil.

Le *JO* du 27-1 a publié l'annulation prononcée le 26-6-1987 par le CE du décret du 24-1-1985 portant dissolution de l'association Fédération d'Action nationale et européenne (FANE) : cette *Chronique*, n° 34, p. 178.

— *Liberté de communication audio-visuelle.* Outre la mission dévolue à la CNCL de veiller au respect du pluralisme à l'occasion de l'élection présidentielle (v. Lettre d'information, n° 15, 25-4) et de promouvoir la règle des trois tiers entre le Gouvernement, la majorité et l'opposition (*ibid.*, n° 9, 1^{er}-2) plusieurs ordres de fait retiennent l'attention.

Les démêlés de M. Michel Droit avec la justice (cette *Chronique*, n° 45, p. 186) ont relancé la polémique dans la presse. Accusé par le *Canard enchaîné*, le 13-4, d'avoir enfreint le régime des indemnités et désireux de mieux assurer sa défense, il s'est placé le lendemain *proprio motu* en « congé » de la CNCL (*Le Monde*, 16-4). Cette position non prévue par la loi du 30-9-1986 autorise à s'interroger sur le point de savoir s'il n'appartenait pas à la commission de statuer elle-même sur la situation de l'un de ses membres, d'autant plus qu'une radio (Larsen FM) a déposé plainte devant le tribunal correctionnel contre deux de ceux-ci, MM. Michel Droit et Yves Rocca (*ibid.*, 19-3).

La CNCL a fait œuvre utile, dans le cadre d'une décision 87-381 du 31-12 (p. 581), en se livrant à un exercice salutaire de terminologie à propos d'expressions utilisées dans le langage de l'audio-visuel. Au demeurant, cette dernière a tancé vertement la Société RFO-La Réunion, le 7-3 (*Le Monde*, 10-3), dont la carence et la partialité, lors du déplacement officiel du chef de l'Etat le mois précédent, avaient été manifestes : la manière dont la société s'est acquittée de sa mission... n'est pas acceptable, a-t-elle considéré. Peu de temps après, la direction générale de RFO relevait le directeur intéressé de ses fonctions (*ibid.*, 18-3).

Un autre démêlé, entre la CNCL et TFL, relatif à des dépassements des temps de publicité a été porté pour la première fois devant le juge, en l'espèce le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, statuant en référé (art. 42 de la loi du 30-9-1986). Ce dernier a condamné la société, sous peine d'astreinte (*ibid.*, 25-3).

— *Liberté individuelle et inviolabilité du domicile.* La possibilité réservée à la COB, en vue de l'exécution de sa mission de désigner des agents habilités à procéder à des enquêtes, à caractère administratif, n'est pas contraire à la Constitution, a estimé le CC, le 19-1 (décision 87-240 DC, p. 1024). Cependant, à toutes fins utiles, et conformément à la démarche observée le 29-12-1983 (loi de finances pour 1984, cette *Chronique*, n° 29, p. 178), le juge s'est employé à délimiter l'activité desdits agents en com-

plétant la loi, sous couvert d'interprétation, en ce qu'ils ne peuvent *ni procéder à une perquisition ou à une saisie, ni... effectuer un acte quelconque de contrainte matérielle*. Munie de ces garde-fous, la loi 88-70 du 22-1 (p. 1111) sur les bourses de valeur a été promulguée.

— *Protection de la vie privée*. L'adresse personnelle des administrés constitue l'un des éléments de leur vie privée (art. 9 du code civil). A ce titre, sa divulgation est sanctionnée par les juridictions judiciaires (cour d'appel de Paris, 22 mai 1975, Comité d'établissement de la Société Honeywell Bull c/Cie Honeywell Bull). En conséquence, la CADA a précisé, dans un avis du 3-2-1983, que l'adresse n'est pas communicable. De sorte qu'un maire, saisi par un tiers d'une demande de renseignement concernant l'un de ses administrés, n'est pas tenu d'y donner suite, en dehors d'une opération de police judiciaire (art. 81, al. 6 du code de procédure pénale) (AN, Q, p. 454).

Le Canard enchaîné a été condamné le 22-3 (*Le Monde*, 25-3) par le tribunal civil de Paris à indemniser M. Jean-Marie Le Pen pour avoir publié une photographie irrespectueuse (cette *Chronique*, n° 38, p. 187).

V. *Autorité judiciaire, Dyarchie, République*.

LOI ORGANIQUE

— *Conformité de la LO portant maintien en activité des magistrats des cours d'appels et des tribunaux de grande instance*. La possibilité offerte aux magistrats atteints par la limite d'âge d'être maintenus en activité, en surnombre, a été déclarée conforme par le CC (décision 87-238 DC, 5-1, p. 321). La LO 88-23 du 7-1 (p. 342) en a ainsi décidé.

— *Déqualification*. Saisi de la LO relative à la transparence financière de la vie politique, le CC a rétabli, conformément à sa jurisprudence (76-62 DC et 87-228 DC, cette *Chronique*, n° 43, p. 208), la nature juridique des dispositions ne présentant pas un caractère organique et ressortissant donc au domaine de la loi ordinaire (88-242 DC du 10-3). Il en va ainsi des trois derniers alinéas de l'art. LO 135-1 concernant les modalités des déclarations patrimoniales des parlementaires ; de l'art. LO 135-2 sur la communication des déclarations ; de l'art. LO 163-2 en tant qu'il fixe un plafond de dépenses pour l'élection des députés et de l'art. LO 163-3 en tant qu'il définit les conditions des dons ; de l'art. LO 163-4 prohibant les contributions étrangères, ainsi que des dispositions fiscales, et du dernier art. de la loi qui n'a valeur organique qu'en tant qu'il se réfère à la date d'entrée en vigueur de dispositions elles-mêmes organiques. Jugées « non contraires », ces dispositions législatives ordinaires ont été promulguées sans que leur véritable nature soit rétablie dans la LO 88-226, mais elles pourront naturellement être modifiées par une loi ordinaire.

V. *Code électoral, Election présidentielle, Inéligibilités, Parlementaires*.

— *Non-conformité de la LO relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de Sécurité sociale.* Par une décision 87-234 DC du 7-1 (p. 444), le juge constitutionnel a frappé de non-conformité la LO d'origine parlementaire (cette *Chronique*, n° 45, p. 176) qui, en vue de préciser et compléter l'art. 34 C, prévoyait que le Parlement serait saisi chaque année d'un projet de loi sur les finances sociales, motif pris de ce que *ces dispositions n'ont pas pour objet la détermination des matières qui sont du domaine de la loi, mais qu'elles sont afférentes à la procédure législative.*

Au-delà de l'erreur d'aiguillage, on en vient, en bonne logique, à relever le caractère superfétatoire de la démarche. Tout bien considéré, la jurisprudence généreuse du conseil dont témoigne la décision du 30-7-1982 (CCF, 23, p. 276) tient lieu de LO de manière avantageuse. L'art. 34 C ou l'histoire d'un destin contrarié, somme toute !

V. Loi.

MOTION PRÉJUDICIELLE

Erratum. Une erreur de transcription a fait qualifier de « question préjudicielle » la motion prévue à l'art. 44, al. 4, du règlement du Sénat (cette *Chronique*, n° 45, p. 194).

PARLEMENT

— *Bibliographie.* A. Rossinot, *Le Parlement et l'action du Gouvernement (1986-1988)*, conférence de presse, 2-3, ministère chargé des relations avec le Parlement ; D. Rousseau, *Les enjeux de la maîtrise parlementaire des choix scientifiques et technologiques*, RSAMO, 1988, p. 14 ; observations ss sous CE, 4-11-1987, Assemblée nationale c/ Mme Cazes, AJDA, 1988, p. 298.

— *Interruption des travaux.* En raison de l'élection présidentielle et conformément à la tradition (CCF, 18, p. 24), l'Assemblée a décidé d'interrompre ses travaux le 6-4 en laissant à son président le soin de la convoquer (p. 316). Au Sénat, qui a procédé de même, le terme d'*ajournement* est employé (p. 244), bien qu'il désignât sous la III^e République la suspension décidée par le Président de la République (art. 2 de la LC du 17 juillet 1875) : lorsqu'elle était décidée par les chambres elles-mêmes, on parlait de *prorogation* (P. Avril et J. Gicquel, *Lexique-Droit constitutionnel*, PUF, 1986, p. 8).

V. Assemblée nationale, Haute Cour de justice, Loi organique.

PARLEMENTAIRES

— *Bibliographie.* CE, 27-2-1987, Michel Noir, concl. Vigouroux, *RDP*, 1987, p. 1669 (intérêt à agir d'un député ès qualités).

— *Déclaration de patrimoine.* L'article LO 135-1 du code électoral (LO 88-226 du 11-3) prévoit que le député doit déposer sur le bureau de l'Assemblée, dans les quinze jours suivant son entrée en fonctions, une déclaration certifiée sur l'honneur exacte et sincère de sa situation patrimoniale. Une nouvelle déclaration doit être déposée deux mois au plus tôt et un mois au plus tard avant l'expiration du mandat. En cas de dissolution ou de cessation du mandat, le dépôt doit être effectué dans les quinze jours suivants. Le bureau de l'Assemblée « apprécie la variation de la situation des députés telle qu'elle résulte des déclarations » et le président établit, au moins à l'occasion de chaque renouvellement, un rapport publié au *JO*. L'art. LO 135-2 subordonne la communication des déclarations à la demande de l'intéressé. Ces dispositions sont applicables aux sénateurs en vertu de l'art. LO 296. V. *Assemblée nationale, Inéligibilités*.

— *Mission.* Il se confirme que les dispositions relatives aux parlementaires en mission (art. LO 144 du code électoral) sont désormais tournées par la pratique des missions officieuses, les statistiques de 1987 indiquant « néant » pour cette rubrique (*BAN*, mars 1988, p. 7), alors que la presse a signalé à plusieurs reprises l'annonce de missions (cette *Chronique*, n° 42, p. 184 ; n° 44, p. 190 ; n° 45, p. 190). On a relevé depuis les missions confiées par le ministre de l'industrie à M. B. Cousin, député (*RPR*) des Côtes-du-Nord (*Figaro*, 6/7-2), sur les « pôles de compétitivité », et à M. F. Geng, député (*UDF*) de l'Orne, sur la situation des PME-PMI (*Démocratie moderne*, 25-2).

PARTIS POLITIQUES

— *Bibliographie.* Y. Mény et M. Riglet, Financements politiques et élection présidentielle, *RPP*, n° 934, mars-avril 1988.

— *Financement.* Le titre III de la loi 88-227 du 11-3 relative à la transparence financière de la vie politique dispose que les partis et groupements politiques « jouissent de la personnalité morale » ; ils ont le droit d'ester en justice, d'acquérir des biens et d'effectuer « tous les actes conformes à leur mission » (compte tenu du principe constitutionnel selon lequel ils « se forment et exercent leur activité librement », rappelé par le même art. 7, on ne voit pas très bien les conditions de naissance et d'exercice de ladite personnalité morale...). L'art. 8 prévoit que « le montant des crédits inscrits dans le projet de loi de finances de l'année pour être affectés au financement des partis peut, de la part des bureaux de l'Assemblée nationale et du Sénat, faire l'objet de propositions conjointes au

Gouvernement » (cette rédaction alambiquée vise à reconnaître le principe d'une subvention sans méconnaître les dispositions relatives à l'initiative financière). Selon l'art. 9, la répartition de cette subvention entre les partis s'opère « proportionnellement au nombre de parlementaires qui ont déclaré au bureau de leur assemblée y être inscrits ou rattachés » au début de la 1^{re} session de chaque année. Le principe de liberté de l'art. 4 C exclut l'application aux partis des diverses dispositions relatives au contrôle financier (art. 10), mais il est prévu que les comptes de chaque parti, certifiés par deux commissaires aux comptes, doivent être déposés chaque année sur les bureaux des assemblées qui en assurent la publication au *JO*, sauf à perdre le bénéfice de la subvention l'année suivante.

— *Messages présidentiels.* M. F. Mitterrand a adressé le 20-3 un message diffusé sur écran vidéo au rassemblement national des élus socialistes du Bourget, dans lequel il affirme « Je suis resté l'un des vôtres » (*Le Monde*, 22-3). Après sa déclaration de candidature, le 22, il a adressé le 27 un bref message à la convention nationale extraordinaire du PS qui confirmait le soutien unanime du parti à celle-ci (*ibid.*, 29-3).

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

— *Bibliographie.* L. Favoreu, Les règlements autonomes n'existent pas, *RFDA*, 1987, p. 871. Note X. Prétot sous TA Paris, 10-11 1987, Soc. Verdala-Alomar, *AJDA*, 1988, p. 231.

— *Délégalisation.* Comme à son habitude, le CC s'est livré au tri normatif. Il a tout d'abord rappelé que la procédure à suivre devant les juridictions ressortit à la compétence réglementaire, à l'exception de la procédure pénale et des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi. Ainsi l'institution d'une période d'observation, en dehors de sa durée, consécutive à un jugement de redressement judiciaire d'une entreprise, met en cause les principes afférents aux obligations civiles (88-153 L, 23-2, p. 2647).

De la même façon ensuite, l'obligation faite aux collectivités territoriales, ainsi qu'à leurs établissements publics, de motiver les décisions de refus de communiquer un document administratif (art. 7 de la loi du 17-7-1978, modifiée) revêt un caractère législatif, en ce qu'elle concerne les principes fondamentaux de leur libre administration (88-154 L, 10-3, p. 3392). Il en est de même s'agissant des organismes privés de Sécurité sociale. En revanche, la procédure administrative précontentieuse a une nature réglementaire (*ibid.*), ainsi que la désignation d'une autorité administrative compétente habilitée à exercer au nom de l'Etat des attributions (88-155 L, 10-3, p. 3393).

Enfin le juge a considéré qu'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux de la Sécurité sociale ayant valeur législative l'exis-

tence même d'un régime d'assurance vieillesse ou d'assurance invalidité volontaire, à l'opposé de la fixation de la durée impartie aux intéressés pour faire procéder à leur affiliation (88-156 L, 6-4, p. 4667).

PREMIER MINISTRE

— *Condition*. Si, selon une pente naturelle, un ancien Premier ministre a vocation sous la V^e République à briguer la magistrature suprême (à l'exception, à ce jour, de MM. Couve de Murville, Messmer, Mauroy et Fabius), M. Jacques Chirac, Premier ministre *en exercice*, crée un précédent en s'y portant candidat, le 16-1 (*Le Monde*, 17/18-1).

En dehors de Georges Clemenceau en 1920, et de Joseph Laniel en 1953, qui subirent l'échec, seuls trois présidents du conseil des ministres avant 1958 parvinrent au faite des honneurs : Raymond Poincaré en 1913, Alexandre Millerand en 1920 et le général de Gaulle en 1958.

— *Services*. Le décret 88-189 du 26-2 (p. 2736) crée un observatoire juridique des technologies de l'information. Cette commission est chargée de conseiller les administrations sur les questions juridiques liées au développement desdites technologies.

V. *Dyarchie, Elections, Gouvernement, Président de la République*.

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

— *Bibliographie*. P. Avril, Les débats de 1962, in *L'élection du chef de l'Etat en France*, Bauchesne, 1988, p. 173 ; P. Auvret, La responsabilité du chef de l'Etat sous la V^e République, *RDP*, 1988, p. 77 ; A. Moreau, La haute trahison du Président de la République sous la V^e République, *ibid.*, 1987, p. 1341 ; J. Y. Lhomeau, Le feuilleton du septennat, *Le Monde*, 15 au 22-3.

— *Chantiers du président*. Le chef de l'Etat a procédé à l'inauguration de la pyramide du Louvre, le 4-3 (*Le Monde*, 6-3).

— *Chef des armées*. La monarchie nucléaire a été rappelée par le chef de l'Etat (cette *Chronique*, n^o 42, p. 187), le 16-3 : *Notre force de dissuasion nucléaire dépend des ordres que donne le Président de la République. Nul ne peut par-dessous lui décider pour la nation et pour l'armée* (*Le Monde*, 17-3).

En revanche, des opérations classiques menées en Nouvelle-Calédonie, en avril, en liaison avec les événements survenus à l'île d'Ouvéa, ont placé initialement le Président devant le fait accompli. Les dépêches d'agence de presse l'en ayant seulement informé, comme tout un chacun (*ibid.*, 30-4). Mais il a été informé par le ministre de la défense de l'opération

lancée le 5-5 (*ibid.*, 6-5) sur cette île, destinée à libérer des gendarmes retenus en otages, et l'a approuvée. V. *Gouvernement*.

— *Collaborateurs*. M. Hubert Védrine, qui avait quitté l'Elysée après sa nomination comme maître des requêtes au tour extérieur (cette *Chronique*, n° 38, p. 191), a été nommé conseiller à la présidence le 10-2 (p. 2038).

— *Condition*. Conformément à la LO 88-226 du 11-3 (v. *Election présidentielle*), la déclaration de situation patrimoniale de M. F. Mitterrand a été publiée à la suite de la proclamation de son élection (p. 7044).

— *Epouse du chef de l'Etat*. En sa qualité de présidente de France-Libertés, Mme Danielle Mitterrand a manifesté sa solidarité avec les réfugiés iraniens expulsés (cette *Chronique*, n° 45, p. 185), en se rendant sur le lieu où des opposants à l'imam Khomeiny observaient une grève de la faim. Parallèlement, la cour d'appel de Paris a confirmé, le 27-1 (*Le Figaro*, 25-2), la condamnation de la Société Figaro SA à payer, entre autres, à Mme Danielle Mitterrand la somme de 1 F pour allégations diffamatoires (cette *Chronique*, n° 42, p. 188). De surcroît, ce journal, le 18-4 en exécution d'une ordonnance en référé, a publié une mise au point en première page, par laquelle il prie Mme Danielle Mitterrand d'accepter ses excuses. Dans *Le Figaro-Madame* du 16-4, il était affirmé que son secrétariat particulier par l'entremise de la fondation France-Libertés procurait des armes à des mouvements étrangers (*Le Monde*, 19-4).

Enfin, l'épouse du chef de l'Etat a participé à Villacoublay, le 4-5 (*ibid.*, 6-5), à l'accueil, marquant le retour à la liberté, des otages français au Liban.

— *Fonction*. En annonçant sa candidature à Antenne 2, le 22-3, le chef de l'Etat a précisé que la présidence était *une fonction à la fois d'autorité et d'arbitrage. D'autorité, parce qu'il est indispensable que la France ait à sa tête un responsable qui soit en mesure d'indiquer les orientations, les grands choix en matière de politique extérieure et de sécurité du pays, de défense (...). Et puis, il y a une valeur de conseil, une valeur d'arbitrage... Ordre, autorité, arbitrage et conseil. Et il faut absolument que le Président de la République puisse remplir ces deux fonctions ; qu'il ne se prenne pas pour le Premier ministre ; mais que le Premier ministre ne se prenne pas pour le Président de la République* (*Le Monde*, 24-3). M. Mitterrand devait revenir sur ce thème dans sa « Lettre à tous les Français » (*Libération*, 7-4).

— *Qui gardera l'Etat ?* L'interrogation de M. Raymond Barre, au lendemain de l'annonce de la candidature du chef de l'Etat à la magistrature suprême, le 23-3 (*Le Monde*, 24-3), consécutive à celle du Premier ministre (l'exemple unique à ce jour, sous la V^e République), se révèle sans fondement, à la réflexion. Sans qu'il soit expédient d'invoquer en

l'espèce la théorie du dédoublement fonctionnel, il n'est que de songer à l'art. 5 C, qui confère au Président de la République la mission d'assurer la *continuité de l'Etat*, pour s'en persuader aisément. Dès lors, on comprend la vivacité des échanges entre les concurrents. A M. Jacques Chirac qui déclare, sans ambages à TF1, le même jour (*ibid.*) : *Je gouverne... je gouvernerai jusqu'au terme du mandat de mon gouvernement... Je garderai l'Etat et s'il n'en reste qu'un je serais celui-là*. M. François Mitterrand réplique en dénonçant à Europe 1, le 25-3 (*ibid.*, 27/28-3), *l'hérésie constitutionnelle : On n'a jamais dit une chose pareille depuis 1875 ! C'est absolument inacceptable. Celui qui, constitutionnellement, a la charge de garder l'Etat, le gardien des institutions... c'est le Président de la République, c'est le chef de l'Etat. Il y a une intrusion qui, en d'autres temps, m'inquiéterait*. Dans sa « Lettre à tous les Français », publiée le 7-4, il devait le stigmatiser derechef.

Cette fonction insigne explique, en bonne logique, qu'un président entre en lice tardivement, de manière à ne pas l'altérer, particulièrement au plan international. M. François Mitterrand devait se rendre, cependant, à la veille du second tour de l'élection présidentielle à une cérémonie européenne à La Haye (*Le Monde*, 9/10-5). Dans un entretien à TF1, le 16-2, il avait observé : *Je dois — autant qu'il me sera possible — maintenir ma fonction dans sa pleine autorité. Il faut bien que quelqu'un garde l'Etat, c'est mon rôle* (*Le Figaro*, 17-2). En conséquence, il devait se conformer au calendrier suivi par ses prédécesseurs : le général de Gaulle s'est porté candidat, le 4-11-1965, en vue du premier tour fixé au 5-12 ; M. Valéry Giscard d'Estaing le 2-3-1981 pour le 26-4 (*Le Monde*, 24-3).

On observera qu'en dehors de Georges Pompidou, décédé dans l'exercice de ses fonctions, le Président de la V^e République est candidat à un second mandat.

— *Réélection*. M. François Mitterrand a été réélu le 8-5 à la présidence de la République. C'est le 4^e dans toute l'histoire de la République mais le premier à avoir bénéficié à deux reprises de la confiance du suffrage universel direct.

— *Refus de l'instabilité présidentielle*. Intervenant sur TF1 le 2-3 (*Le Monde*, 4-3), M. François Mitterrand, après avoir résumé l'esprit de la cohabitation (*comme les chats, on dort toujours en regardant*), a indiqué qu'elle a été « imposée par les élections ». Il ne fallait pas ajouter aux instabilités propres à la France une *instabilité présidentielle*. Il s'est interrogé sur le point de savoir s'il fallait « changer les présidents avec les majorités ». Ce qui pose la nature du régime et aussi la responsabilité éventuelle du chef de l'Etat devant la nation. V. P. Avril, *Fin de la constitution gaulliste ?* art. précité p. 44.

V. *Dyarchie, Election présidentielle, Gouvernement, Premier ministre, République*.

QUESTIONS

— *Questions écrites.* Outre le bilan dressé au 8-2 desdites questions (AN, Q, p. 625), les tableaux chiffrés concernant la situation des personnels des préfectures sollicités par un député lui ont été communiqués directement, « compte tenu de l'importance de leur volume » (AN, Q, p. 1574), en méconnaissance du principe de publicité posé à l'art. 138 RAN. Au même titre, il a été répondu directement au parlementaire, s'agissant de la population allogène dans des communes de la Seine-Saint-Denis (*ibid.*, p. 1583).

QUORUM

— *Appréciation du moment.* Dans un arrêt relatif au conseil régional de Haute-Normandie, le CE a jugé, le 11-12-1987, que le quorum s'apprécie au début de la séance, et non au moment des opérations de vote. V. F. Chauvel, *JJA*, 22-1.

V. Collectivités territoriales.

RÉPUBLIQUE

— *Bibliographie.* O. Duhamel et J.-L. Parodi (sous la direction de), *La Constitution de la V^e République*, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 2^e éd., 1988 ; S. Darviche, *Les anniversaires de la V^e République*, Montpellier, mémoire 1987.

— *Tradition républicaine.* M. Pons, ministre des DOM-TOM, a décidé, le 6-2 (*Le Monde*, 7/8-2), en méconnaissance de cette tradition de ne point accompagner le chef de l'Etat lors de sa visite à La Réunion, en estimant que celui-ci se comportait en candidat. A l'issue du conseil des ministres, tenu le 10-2 (*ibid.*, 2-10), M. Alain Juppé a confirmé cette interprétation, s'agissant des déplacements présidentiels en France : « Pour les tournées électorales à travers le territoire, la jurisprudence de la Réunion sera maintenue. » En revanche, des ministres ont accompagné M. Mitterrand au sommet européen de Bruxelles les 10/11-2 et en Irlande les 25/26-2 (*ibid.*, 13 et 27-2).

Lors du débat sur TF1 et A2, dans le cadre de l'élection présidentielle, le 28-4 (*Le Monde*, 30-4), MM. Mitterrand et Chirac se sont trouvés d'accord sur la tradition selon laquelle le Premier ministre présente sa démission à l'issue d'une consultation nationale. Bien que M. François Mitterrand ait considéré qu'en « droit strict » la Constitution n'imposait pas la démission du Premier ministre après une élection présidentielle, la solution

contraire reviendrait à paralyser l'exercice du pouvoir propre que le chef de l'Etat nouvellement élu tient de l'art. 8, al. 1^{er} C.

Il est, enfin, une tradition, observée depuis 1975, selon laquelle la galette des Rois ne comporte pas de fèves lorsqu'elle est présentée au chef de l'Etat (*Libération*, 6-1). République oblige. En revanche, le Premier ministre bénéficie du régime normal. Dans le même ordre d'idée, M. Jacques Chirac a présenté les vœux du Gouvernement au chef de l'Etat, le 4-1 (*Le Monde*, 6-1), dans une ambiance surréaliste, à bien des aspects, cohabitation institutionnelle oblige.

V. *Libertés publiques.*

SÉNAT

— *Bibliographie.* L'activité du Sénat au cours de l'année 1987, BIRS, n° 415, février 1988.

V. *Assemblée nationale, Incompatibilités, Inéligibilités, Parlement, Parlementaires.*

SESSION EXTRAORDINAIRE

— *Convocation et clôture.* Le Parlement a été convoqué pour le 2-2 par un décret du 20-1 (p. 1174), en vue de débattre, comme l'avait suggéré le chef de l'Etat à RTL, le 16-11-1987 (cette *Chronique*, n° 45, p. 190), des projets de loi relatifs à la transparence financière de la vie politique. La clôture est intervenue le 25-2 (p. 679).

— *Rythme.* A l'occasion de sa rencontre avec les journalistes de la presse présidentielle, le 5-1, M. Mitterrand a émis l'idée que la tenue d'une session extraordinaire devait demeurer exceptionnelle (*Le Monde*, 7-1).

SONDAGES

— *Bibliographie.* Michel Brûlé, *L'empire des sondages. Transparence ou manipulation ?*, Robert Laffont, 1988.

— *Activité de la commission des sondages.* Pendant la période qui a précédé le scrutin présidentiel, la commission instituée par la loi du 19-7-1977 (CCF, 5, p. 458) a publié 12 mises au point visant la diffusion de sondages électoraux et 4 communiqués de caractère plus général ou concernant des poursuites pour défaut de publication des mises au point. Au total, il apparaît que la loi est appliquée par les instituts, sous réserve de certaines négligences dans l'administration des questionnaires et des

modalités de redressement des résultats bruts. Elle l'est aussi par les médias, en dépit des réticences apportées à la publication des mises au point de la commission. La principale difficulté rencontrée en 1988 a concerné les enquêtes des Renseignements généraux qui, selon la commission, entrent dans le champ de la loi de 1977 dès lors qu'elles sont diffusées, alors que le ministre de l'intérieur considère qu'elles échappent à ses prescriptions.

Pouvoirs-Biblio

ADMINISTRATION

Paul BERNARD, *L'Etat Républicain au service de la France*, préface de Jacques MOREAU, Paris, Economica, 1988, 377 p. Comment redéfinir, délimiter, réformer l'Etat ? Des réflexions nourries par la pratique du métier préfectoral.

Guy THULLIER, *La bureaucratie en France aux XIX^e et XX^e siècles*. Préface de Jean TULARD, Paris, Economica, 1987, 737 p. Voyage à travers l'Administration française du xv^e au xx^e siècle, en compagnie des bons auteurs, poètes, romanciers, clercs, philosophes et hommes de science, qui ont fréquenté, décrit, raillé les bureaux. Une anthologie où l'humour — involontaire souvent — le dispute au sérieux.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Louis FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, 158 p. A travers le Conseil constitutionnel se développent de nouveaux rapports entre le droit et la politique. Regroupement de communications présentées autour de cette idée par l'auteur dans une succession de colloques depuis 1984.

Louis FAVOREU (éd.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, Paris, 1988, 122 p. Communications présentées à une journée d'étude de l'Association française des Constitutionnalistes. Le point de vue des hommes politiques ne correspond pas toujours avec celui de la majorité de la doctrine.

DROIT CONSTITUTIONNEL

François DELPEREE, *Droit constitutionnel*, t. 1 : *Les données constitutionnelles*, 2 éd., Bruxelles, F. Lancier, 1987, 507 p. Par un professeur à l'Université de Louvain une présentation classique et claire des principes constitutionnels belges.

FONCTION PUBLIQUE

Evelyne PISIER et Pierre BOURETZ, *Le paradoxe du fonctionnaire*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, 252 p. Regard décapant sur une fonction publique en quête de bases doctrinales, mal à l'aise dans un statut ambigu et confrontée aux incertitudes du service public. Ouvrage cohérent et informé qui devrait ouvrir un débat retardé jusqu'à aujourd'hui par les polémiques, les anathèmes et le fractionnement des analyses.

HISTOIRE

Mai 68, revue *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, janvier-septembre 1988, BDIC-Nanterre, 304 p, 250 F. Préface de René Rémond. Vingt ans après, une étude des mouvements étudiants en France et dans le monde par les acteurs, témoins, observateurs, chercheurs... Des témoignages de tous les horizons, une analyse approfondie de la situation de la France en mai-juin 68, une chronologie générale nourrissent interprétations et réflexions sur les « événements ». De nombreuses photos et illustrations complètent cet intéressant numéro.

René RÉMOND, *Notre siècle, 1918-1988*, « Histoire de France » sous la direction de Jean Favier, t. 6, Paris, Fayard, 1988, 1 012 p., 198 F. A partir de l'histoire politique d'un siècle exceptionnellement riche en changements, une réflexion sur les transformations de la France par la modernité.

INTERNATIONAL

Robert CHARVIN, Jacques VIGNET-ZURZ, *Le syndrome Kadhafi*, Paris, Albatros, 1988, 152 p. A contre-courant des idées reçues, exposé serein de la doctrine du dirigeant libyen et réflexion sur la pathologie de l'anti-kadhafisme.

R. ERGEC et autres, *Maintien de l'ordre et Droits de l'homme*, Centre interuniversitaire de droit public, Bruxelles, Bruylant, 1987, 295 p. C'est sur ce terrain que la démocratie est la plus vulnérable dans les Etats de droit occidentaux. La réflexion dépasse, et de beaucoup, le cas belge.

Patrick GÉRARD, *L'élection présidentielle américaine de 1984*, Bibliothèque constitutionnelle et de Science politique, t. LXIX, Paris, LGDJ, 1987, 310 p. A quelques mois de l'élection de 1988 cette étude démonte tous les mécanismes qui vont jouer à nouveau et expose le rapport de forces dont l'évolution sera sanctionnée par la consultation de novembre.

Edmond JOUVE, *Le Tiers Monde*, Paris (« Que sais-je ? », n° 2388), 1988, 126 p. Une nouvelle contribution à l'étude du problème essentiel, en cette fin du siècle, qui enrichit une prestigieuse collection. Une analyse sérieuse autant que chaleureuse.

Talaat EL-SINGABY, *La République démocratique du Soudan*, Travaux et documents de l'IREMAN, n° 4, Aix-en-Provence, 1987, 135 p. Très utile bibliographie faisant le bilan des recherches sur le Soudan en France et en RFA entre 1900 et 1986.

Marie-France TOINET (sous la dir. de), *Et la Constitution créa l'Amérique*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1988, 260 p. Actes du colloque organisé au Sénat en janvier 1987 à l'occasion du bicentenaire de la Constitution des Etats-Unis. Un rayonnement incontestable fait-il du texte un modèle ? Une sacralisation remarquable suffit-elle à garantir que la pratique sera conforme ?

POLITIQUE

Jean-Paul HÉBERT, *Les ventes d'armes*, préface d'Alain Joxe, Paris, Syros-Alternatives, 1988, 186 p. Les ventes d'armes doivent-elles être envisagées comme un problème commercial, ou politique, ou les deux. Clair, bien documenté, honnêtement argumenté.

Claude JOURNÈS (sous la dir. de), *Police et politique*, Presses Universitaires de Lyon, 1988, 129 p., 65 F. Six contributions sur divers aspects de la police, issus d'une confrontation entre politologues et chercheurs en sciences sociales.

Robert PONCEYRI, *Le découpage électoral*, Paris, Economica, 1988, 334 p. A travers le découpage des circonscriptions depuis les débuts de la III^e République s'éclairent une foule d'interrogations et de

mystères. On apprend, on comprend, par exemple, pourquoi Chirac en 1986 n'a pas ramené l'Assemblée à ses effectifs de 1981, pourquoi le rapport électeurs/habitants varie d'une circonscription à une autre...

SOCIOLOGIE

Raymond ARON, *Etudes sociologiques*, Paris, PUF, coll. « Sociologies », 1988, 309 p., 185 F. Recueil des principaux articles rédigés par R. Aron entre 1955 et 1967 sur les données sociales, les élites, les droits de l'homme, la connaissance historique.

Summaries

Jean BOULOUIS. — **The abolition of administrative law ?**

Arguments in favour of abolishing administrative law do not hold up in the face of an examination of its nature and purpose. It is true that public administration falls within the scope of regular civil law in many cases. To generalise from these cases to other areas regulated by administrative law would be to lose sight of their real meaning, and to run up against insurmountable obstacles.

Laurent COHEN-TANUGI. — **The future of administrative justice.**

Confronted with multiple challenges, the French system of administrative justice is hard-pressed to justify the drawbacks of its singularity. The future holds two alternatives for this system, either of which is likely to modify its status in the judicial landscape.

Alain MARION. — **Malfunctions in administrative jurisdiction and some remedies for them.**

The workings of French administrative justice suffer from two evils : the perfectionism of jurisprudence and an excessive reverence for administrative authority. The remedies lie not only in structural changes but in the modernisation of the methods and a change in the attitudes of administrative judges. Judges should cease to consider themselves as being at the exclusive service of the law, and instead ensure full respect of practical justice, and of the points of view of the people they deal with.

Michel BAZEX. — **The implosion of dual jurisdiction.**

The current system of dual jurisdiction is highly complex. The Constitutional Council's decision to 23 January 1987 attempted to remedy this, but it contains a number of elements of uncertainty.

Danièle LOCHAK. — **Administrative law : a barrier against arbitrary power ?**

Administrative law in France is traditionally considered as the central element in the system of protection for citizens against arbitrary authority. But the overall effectiveness of this system should not hide the existence of areas where the law does not reach, and of practices bordering on the denial of justice, both in the workings of public administration and in the application of judicial controls on it.

Jacques CHEVALLIER. — **Administrative law : benefit of clerks ?**

Even if the existence of administrative law no longer rests on the idea of special privileges for administrators, its structure is still characterised by a fundamentally unequal relationship between administrators, who enjoy a monopoly of coercive power, and the people administered. Some attenuation of this unilateral schema can be observed with the recognition of new rights that work to the advantage of ordinary people.

Evelyne PISIER. — **Some reflexions on « independent » regulatory agencies (Autorités Administratives Indépendantes).**

Recourse to « sages » has been institutionalised in bodies like the *Commission nationale de la Communication et des Libertés* in order to ensure their independence (an independence that has been both feared and deplored as insufficient by politicians). This has led to the risk being run that administrative concerns will prevail over the wish to regulate, allowing the pluralism desired to remain an illusion.

Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE. — **Administrative judges and community law.**

Administrative judges have seen community law as a variant of international law and have placed it under constraints that limit its impact on internal French law. They have also put up the protective barriers of French law in their refusal to recognise the authority for rulings of the European Court of Justice.

Yann TANGUY. — How money buys law : the case of shopping precinct planning in France.

Phenomena like corruption, bribery and influence-peddling are usually excluded from studies of French public administration. This article shows that they were very much present in the application of the 1973 Royer Act on retailing and crafts, which regulated the processing of planning applications for major shopping precincts. The body of regulation in force gave rise to a range of practices and networks of relationships on its periphery that are described here.

Sylvie HUBAC, Yves ROBINEAU. — Administrative law : views from inside.

The authors, who are both practising administrative judges, address themselves to three questions : the contribution of the administrative judiciary to improving the machinery of justice, the conditions under which administrative judges exercise their control, and the capacity of the machinery to fulfil the expectations of its users.

JOURNAL

Frederik L. MORTON. — An American looks at the French Constitutional Council.

Pierre ASTIÉ and Dominique BREILLAT. — Foreign notes (1 January - 31 March 1988).

G. W. JONES. — 1987 : a momentous year for British government.

Pierre AVRIL and Jean GICQUEL. — French constitutional chronicle (1 February - 8 May 1988).

Recent books.

Summaries.

La rédaction de ce numéro a été achevée le 12 mai 1988.

Imprimé en France, à Vendôme
Imprimerie des Presses Universitaires de France
ISBN 2 13 041716 7 — ISSN n° 0152-0768 — Imp. n° 34 148
CPPAP n° 59 303
Dépôt légal : Septembre 1988
© Presses Universitaires de France, 1988
108, boulevard Saint-Germain, 75005 Paris

POUVOIRS

revue trimestrielle

- 1977 1. l'alternance
2. le parlement européen
3. qui gouverne la Chine?*
- 1978 4. la V^e République
5. le consensus*
6. l'Union soviétique*
7. le régime représentatif
- 1979 8. l'Espagne démocratique
9. le giscardisme*
10. les pouvoirs de crise
11. psychanalyse
- 1980 12. les régimes islamiques
13. le Conseil constitutionnel
14. élire un président
15. la négociation
- 1981 16. la justice
17. le pouvoir dans l'Eglise
18. Italie
19. régions
- 1982 20. la gauche au pouvoir
21. le système communiste
22. la R.F.A.
23. l'impôt
- 1983 24. le maire
25. les pouvoirs africains*
26. le pouvoir syndical
27. le mendésisme
- 1984 28. le R.P.R.
29. les Etats-Unis
30. l'école
31. la corruption
- 1985 32. la représentation
proportionnelle
33. les sondages
34. l'Assemblée
35. le Japon

ABONNEMENTS

France Etranger

1 an (1988)	265 F 360 F
2 ans (1988-1989)	530 F 720 F

*Les abonnements peuvent être pris
chez votre libraire
ou demandés aux*

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

DÉPARTEMENT DES REVUES

14, avenue du Bois-de-l'Épine
BP 90, 91003 Evry Cedex

Tél. (1) 60 77 82 05

Télécopie (1) 60 79 20 45

Télex : PUF 600 474 F

PUF : CCP 1302 69 C Paris

Chèques à l'ordre des PUF

- 1986 36. le ministre
37. la Grande-Bretagne
38. l'armée
39. Mai 1968
- 1987 40. des fonctionnaires
politisés ?
41. le Président
42. la tradition politique
43. la Suisse
- 1988 44. le Sénat
45. l'U.R.S.S.
de Gorbatchev
46. droit administratif,
bilan critique

A paraître

l'immigration
l'Europe 1992

* épuisé

droit administratif

bilan critique

Faut-il supprimer le droit administratif ? Doit-on renoncer au dualisme de juridiction ? D'où viennent les dysfonctionnements de la justice administrative ? Quels progrès a-t-elle accomplis ? Quelles réformes restent à entreprendre ? Les nouvelles « autorités administratives » sont-elles « indépendantes » ? Veut-on qu'elles le soient ? Le droit administratif reste-t-il sous le signe du privilège ? Où s'arrête-t-il dans la protection des administrés contre l'arbitraire ? Comment évolue-t-il face au développement du droit communautaire ? Que peut-il quand l'argent fait la loi comme dans l'urbanisme commercial ? *Pouvoirs* ouvre le débat.

Journal

Frederik L. MORTON		Le Conseil constitutionnel vu d'Amérique
G. W. JONES		Chronique britannique
Pierre AVRIL Jean GICQUEL		Chronique de la V ^e République (1 ^{er} janvier - 8 mai 1988)

