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 Linotte[1] 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 réjouissent[2] — 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 séjour[3], censurée l'automaticité pratiquée par l'administration entre condamnations pénales et expulsions[4], raisonnablement interprétée la notion « d'urgence absolue » autorisant une dérogation au droit commun de l'expulsion[5], 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 décision[6] ; 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 personne[7] et de la prohibition de l'extradition d'un réfugié[8].

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 », a 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'association[10], le caractère facultatif du financement des classes maternelles et enfantines[11]...

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 étrangère[12] ; 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'immédiat[13] ; 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 remplie[14].

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 télévision[15] —, soit de manière plus

6. Mantumona Benayi, 6 novembre 1987.
7. Lujambio Galdeano, 25 septembre 1984.
8. Bereciartua-Echarri, 1er 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 compétences[16].

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 normale[17], le droit des agents publics à un minimum de rémunération qui, en l'absence de dispositions plus favorables, ne saurait être inférieur au SMIC[18], 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 matérielle[19].

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'hôpital[20], dénié le caractère de préjudice à la naissance d'un enfant succédant à l'échec d'une IVG[21], décidé que la femme était seule juge de l'opportunité de recourir à une telle intervention[22], fixé les conditions du prélèvement d'organes sur un mineur décédé à l'hôpital[23] 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'enfants[24].

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. GISTI, 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 versés[25], et dénié celui d'être admis à l'école primaire avant d'avoir six ans dans l'année de la rentrée scolaire[26], que l'interdiction des réunions de groupements politiques d'élèves dans le lycée ait été jugée licite[27] 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 prescrits[28]. 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'entreprises[29] 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 usagers[30] mais non selon leurs ressources[31], ou encore aux conséquences des grèves dans les services publics et à la réparation des préjudices dont elles sont à l'origine[32].

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, 1er 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 aulne 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 fret[33] 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 fichiers[34], 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 français[35] 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 européens[36] 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 détachable[37].

En revanche, les « îlots d'ombre du contentieux administratif »[38] que constituent les mesures d'ordre intérieur demeurent, qu'elles concernent les prisons[39] ou l'école[40]. 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 représentatif[41], 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 naturelle[42], enfin le contrôle de l'appréciation portée par le chef de Cour, sur la qualité du travail juridictionnel fourni par un magistrat du siège[43].

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 sols[44], le degré de gravité d'une sanction disciplinaire concernant un agent public[45], la suspension et la révocation d'un maire[46], 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 constitutionnel[47] ainsi que la Cour européenne de Strasbourg[48].

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 pays[49], 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 disciplinaires[50] 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 national[51], y compris dans les rapports entre directive et règlement national[52] et interprétation conforme à celle donnée par la Cour de Luxembourg[53].

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 tâtonnements[54]. 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 jusrisprudentiel et une éventuelle modification des textes doit rapidement prendre fin[55].

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 judiciaire[56] 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 administratif[57].

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

56. 4 octobre 1974, Dame David.

57. Art. 700. *(Décr. 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 documents[58].

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

Le refus du référé provision est symbolique[59]. 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 contestée[60]. 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'audace[61].

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.*