

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 périr 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'infailibilité 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 continuent — 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 déférés 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.