

## **LA LEGITIMITE : UN DEBAT RECURRENT**

PAR

Michel GENTOT

*Conseiller d'Etat*

Je suis d'accord avec une bonne partie de ce qui a été dit. Mais nous sommes convenus tous les trois de ne pas reprendre point par point les éléments qui peuvent appeler précision, contestation, ou éventuellement approbation. Mais d'axer, en tout cas à ce stade de notre réunion, le propos sur quelques grandes idées. Pour ma part je développerai simplement trois idées, de manière un peu provocatrice, pour stimuler la discussion.

D'abord j'ai été très frappé dans le papier écrit de Danièle Lochak, comme dans la traduction orale qu'elle vient d'en donner, par des formules qui impliquent que nous sommes à un certain moment d'une évolution avec des paroxysmes, des tendances lourdes, une crise. Il me semble que l'on peut contester que nous sommes aujourd'hui à un certain point d'une tendance historique. En second lieu, je suis très incertain sur le concept de légitimité s'agissant d'une institution comme la juridiction administrative, c'est-à-dire non seulement le Conseil d'Etat, mais aussi les tribunaux administratifs et ces nouvelles institutions que sont les cours administratives d'appel ; je me disais en lisant le papier : est-ce que Danièle Lochak, dont ce n'est pourtant pas l'habitude, aurait cédé à la mode en posant cette question de "légitimité"? Du moins je le pensais jusqu'à hier soir et puis hier soir je suis allé à la bibliothèque du Conseil d'Etat fouiller dans quelques vieilles revues de droit public, et j'ai trouvé un article intéressant signé Laferrière, pas le grand Laferrière, mais un Laferrière quand même, disant ceci : *"Il semble bien que la question de la juridiction administrative est enfin sortie du terrain de la controverse théorique sur lequel elle a été placée si longtemps. Ce débat éternellement*

*repris sur la légitimité au point de vue des principes, de l'institution de la juridiction administrative, débat qui n'a jamais abouti peut-être parce que faute d'une terminologie précise, on ne s'entendait pas sur la portée de ces principes en l'honneur desquels on combattait et qui a tourné à la simple discussion d'écoles, devenait fastidieux, ce débat donc s'est apaisé, ce n'est pourtant pas que la querelle soit vidée, les adversaires restent sur leurs positions respectives*". Il explique toutes les raisons qu'on peut avoir de contester l'existence de la juridiction administrative et cite longuement des propos de parlementaires de l'époque qui disent : il n'y a qu'une seule juridiction, c'est la juridiction judiciaire (cet article a été écrit en 1921, voici 70 ans, à la RDP).

Je vais essayer de montrer que si on parle de légitimité il faut se demander légitimité par rapport à quoi, plutôt que par rapport à qui et essayer d'analyser le concept. Et puis j'en terminerai en disant qu'à mes yeux ce n'est pas en terme de légitimation ou même de re-légitimation qu'il faut analyser les problèmes actuels de la juridiction administrative dans la société telle qu'elle est mais peut-être en d'autres termes que ce débat permettra d'éclaircir.

#### I.- Y-A-T-IL UNE TENDANCE A LA MISE EN QUESTION DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, ET SOMMES-NOUS A UN POINT CRITIQUE DE SON HISTOIRE ?

La légitimité, si légitimité il y a, de la juridiction administrative a constamment dans notre histoire été mise en question et ce qui me frappe c'est la permanence de la contestation de l'idée qu'il peut y avoir à l'intérieur des institutions administratives des personnages dont on ne sait pas trop s'il sont fonctionnaires ou magistrats, qui disent être l'un et l'autre, qui ont pour compétence de dénouer des litiges qui existent entre l'Etat ou les collectivités publiques et le citoyen. On n'a peut être pas le temps de refaire l'histoire mais je citerai quand même quelques dates.

A la Restauration, comme l'a indiqué Danièle Lochak, la légitimité n'était pas acquise, c'est le moins qu'on puisse dire. A la Restauration, tout le monde connaît les propos des doctrinaires disant qu'il n'y a pas pire malheur pour un citoyen que d'apprendre qu'il va passer devant le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat napoléonien tirait sa légitimité de Napoléon, là je crois qu'on peut parler de légitimité, il y avait une identification entre le créateur et l'institution, encore que quelquefois il y ait eu des tensions entre l'un et l'autre. En tout cas à la Restauration, il n'y a aucune légitimité, est-il besoin de le rappeler, je n'insiste pas là-dessus.

Le Second Empire, c'est : 1) la suppression du Conseil d'Etat par Napoléon le petit ; 2) la révocation d'un commissaire du gouvernement ; 3) la création à la botte de l'Empereur d'un nouveau Conseil d'Etat : c'est Victor Hugo parlant du Conseil d'Etat : "*joyeux, payé, joufflu, rose, gras, frais, l'oeil vif, l'oreille rouge, le verbe haut, l'épée au côté du ventre brodé en or*", à côté du corps législatif, pâle, maigre, etc. Voilà ce qu'est le Conseil d'Etat

pour ceux qui ne pensent pas trop mal à l'époque, on ne peut pas dire que le Conseil d'Etat ait été à l'abri de toutes les critiques, même sous l'Empire libéral où il s'est plutôt mieux porté.

On franchit les années : 1872, le dernier grand débat législatif sur la juridiction administrative, où l'on voit un Gambetta hésitant disant qu'après tout il n'est pas sûr qu'on ait besoin d'un Conseil d'Etat, et puis finalement changeant d'avis et emportant la décision qui a conduit à la loi du 24 mai 1872, laquelle, comme souvent c'est le cas dans les cas de crises pour le Conseil d'Etat, a non seulement rétabli la légitimité de l'institution, mais encore l'a considérablement renforcée, puisque, comme vous le savez, c'est cette loi qui consacre le passage de la justice retenue à la justice déléguée.

Je continue avec la République triomphante. Que fait-elle ? 1879 : on épure le Conseil d'Etat, comme d'ailleurs la magistrature et la haute fonction publique comme jamais on ne l'avait fait et il est certain que ceux qui se trouvent n'être pas républicains - et il y en a pas mal à l'époque - doivent se demander ce qui les attend s'il sont jugés par ce corps de fonctionnaires nommés pour les besoins de la cause. Par la suite, dans les années 80, on trouve un Président du Conseil, qui dit dans une affaire de concession de chemins de fer assez compliquée où on attend une décision du Conseil d'Etat, et où l'on craint que cette décision ne soit défavorable : "*le Conseil d'Etat est fait de fonctionnaires, si ces messieurs me donnent tort, je les casserai*". Je ne sais pas si certains ont lu la thèse de J.P. Machelon *La République contre les libertés* qui montre qu'à cette époque, dont on dit justement que c'est l'âge d'or des libertés, celles-ci sont constamment attaquées et que le Conseil d'Etat n'apparaît pas nettement comme leur défenseur légitime.

1920 : un grand débat à la chambre des députés. Il y a des retards inadmissibles dans les jugements des affaires du Conseil d'Etat, 3 ans de retard, (comme par hasard) et il faut réformer la juridiction administrative. Le député Louis Marin s'étonne de l'encombrement du Conseil d'Etat et se demande à quoi il sert, s'il n'est pas "*disproportionné d'occuper un si grand nombre d'hommes de qualité, recrutés à si grands frais, à de si petites affaires*". Pourquoi un juge de la nature du Conseil d'Etat pour s'occuper de si petites affaires ? Et on trouve dans les débats des années 20 à 26 (jusqu'à la réforme des conseils de préfecture) des appréciations extrêmement négatives sur l'indépendance de ces juges par rapport au préfet dont ils étaient les auxiliaires.

Je passe sur la période de 1940 dont on ne peut pas dire que la légitimité du Conseil d'Etat apparaisse évidente et j'en arrive à la période de l'après-guerre. Est-on sûr de la "légitimité" du Conseil d'Etat dans la période de l'après guerre ? Que l'on songe aux critiques des années 1950-53 : 25 000 affaires en retard, comme un peu plus tard en 1987. Une critique générale des lenteurs de la juridiction administrative et une critique non seulement des citoyens, du législateur, du gouvernement, mais une critique de ceux qui vivent en symbiose avec le juge, c'est-à-dire les avocats. Il y a par exemple un certain nombre de jurisprudences élaborées en 52-54 que les avocats appe-

laient plaisamment entre eux la jurisprudence des 25 000 affaires en retard, c'est-à-dire une jurisprudence qui avait pour conséquence qu'on rejetait comme irrecevables, pour des raisons de forme, un certain nombre de recours qui n'étaient pas présentés dans des conditions formellement régulières. La critique était extrêmement sévère et sérieuse. Pour en rester à cette période, rappelons la défiance du législateur exprimée par la loi du 31 décembre 1957, qui décide de retirer au juge administratif le soin de connaître le contentieux des dommages causés par des véhicules de l'administration.

Et puis on en arrive à la période de la guerre d'Algérie dans laquelle on n'est pas sûr aussi que la jurisprudence du Conseil d'Etat apparaisse à un certain nombre de parties prenantes au débat social comme de nature à accréditer l'idée que le Conseil d'Etat est une institution "légitime".

L'affaire Canal, enfin, marque la contestation la plus profonde, la plus radicale du rôle du juge administratif. Un chef d'Etat respecté et respectable dit publiquement, et convoque un Conseil des ministres pour que ça se sache, que le Conseil d'Etat est un corps de fonctionnaires et qu'il est sorti de sa compétence, qu'il a commis une usurpation, ce qui est la chose la plus grave que puisse commettre un fonctionnaire, en rendant l'arrêt Canal. Et ceux d'entre vous qui ont lu les *Mémoires* du Général de Gaulle savent encore plus précisément ce qu'il pense de ce corps au moment où intervient l'arrêt.

Qu'aujourd'hui il y ait une crise, que les retards de la juridiction administrative soient souvent dénoncés, que l'on trouve ici ou là, à la même RDP un article ou deux disant que le Conseil d'Etat n'est pas un vrai corps juridictionnel (et je pense à l'article d'Olivier Dupeyroux paru en 1983), je veux bien admettre qu'effectivement nous soyons dans une période où ces critiques existent. Je voulais simplement essayer de vous montrer, par ces quelques exemples, que cette critique est permanente, qu'elle est dans la nature des choses et qu'elle ne devrait pas gêner le juge administratif parce que, à la limite, il est fait pour cela.

## II.- CETTE CONTESTATION PERMANENTE REVIENT-ELLE A UNE MISE EN CAUSE DE LA LEGITIMITE DU JUGE ADMINISTRATIF ?

Je critique le concept de légitimité parce qu'il est dans la nature des choses que le juge des rapports entre l'administration et les citoyens soit contesté par les uns et par les autres suivant les cas, suivant la nature des arrêts qu'il rend. Je crois en effet qu'on doit se poser la question, si on parle de légitimité, de savoir qui exprime cette légitimité ou cette illégitimité. Une institution légitime est une institution pour laquelle on ne se demande pas au nom de quoi elle tient ses pouvoirs et pour laquelle on ne se demande pas : pourquoi elle et pas quelqu'un d'autre ? A cet égard la situation des différents participants à ce grand débat qu'est le débat juridique est différente, mais tout le monde a une raison particulière de contester l'existence même ou quelquefois les décisions du juge administratif.

a) *Les requérants*, d'abord, ceux des administrés qui ont affaire ou qui peuvent avoir affaire au juge administratif, ont toute raison de critiquer, de contester la juridiction administrative dans la mesure où cette juridiction ne leur donne pas satisfaction : ils n'ont jamais été aussi nombreux à la saisir, actuellement, nous tournons autour de 80 000 requêtes par an, tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et Conseil d'Etat réunis. Lorsque, en 1920, on se plaignait de l'encombrement du Conseil d'Etat, il y avait 4 000 affaires en stock. Donc, et c'est un fait de société, chacun veut faire reconnaître son droit et pour faire reconnaître son droit, à qui s'adresse-t-on ? au juge naturel des affaires de l'administration, c'est-à-dire au juge administratif.

b) *Le pouvoir politique* lui-même peut récuser la légitimité du juge administratif. Le pouvoir politique, c'est qui ? C'est le *gouvernement* : sa critique n'a jamais été si violente et si brusquement exprimée que lors de l'affaire Canal, encore que sous la III<sup>ème</sup> République on puisse citer des contestations extrêmement sèches. Mais on a pu, dans une période qui après tout n'est pas si lointaine, se rappeler les critiques apportées par certains membres du gouvernement à la manière dont le Conseil d'Etat rendait la justice en matière d'élections locales. La légitimité vis à vis du pouvoir politique, c'est aussi la légitimité vis à vis du *parlement*, lequel se pose de manière récurrente la question de savoir comment il faut résorber les retards de la juridiction administrative et si oui ou non il faut modifier les compétences. Là aussi il faut relativiser les choses en se disant que, par exemple, lors du dernier grand débat qui a eu lieu sur la réforme qui a donné lieu à la loi du 31 décembre 1987, débat qui était fort intéressant et fort animé, il n'y a pas eu de critiques radicales de l'institution de la juridiction administrative, alors que pendant le débat de 1920, plusieurs voix se sont exprimées avec beaucoup de violence pour dire : nous ne voulons plus de juridiction administrative. Le pouvoir politique, ce sont aussi *les élus locaux*, et là il est vrai qu'il y a un vrai problème de légitimité qui ne concerne pas seulement le juge administratif mais qui est la conséquence des lois de décentralisation. Il y a aujourd'hui entre les administrations de l'Etat et le juge de l'administration d'une part, et d'autre part les collectivités territoriales, une vraie crise très perceptible à la section du rapport et des études compétente pour examiner les cas de refus d'exécution des décisions administratives. On rencontre très souvent des maires, des présidents de conseils généraux, voire de régions, qui nous disent : mais enfin de quel droit ? Moi je suis élu du peuple, je suis responsable devant mon électeur, ce n'est pas un tribunal administratif ou des juges siégeant au Palais Royal au centre de Paris qui vont m'apprendre mon métier. Ça c'est une contestation qui existe et à ce niveau là c'est bien une contestation de la légitimité.

c) Je voudrais poursuivre en posant *le problème de la légitimité de la juridiction administrative par rapport à l'autorité judiciaire*. Le problème se posait souvent dans le passé et j'ai l'impression, ne serait-ce que par les rapports qui sont entretenus à la fois à Paris et dans les régions entre les juges administratifs et les juges judiciaires, qu'il y a une nette acceptation des uns par les autres, beaucoup plus qu'autrefois.

d) *Enfin, notre système est-il reconnu comme "légitime" par les grands systèmes étrangers ?* Est ce que notre système juridique est légitime par rapport à ce qu'on peut penser que les étrangers pensent de nous ? On dit encore trop souvent que dans les systèmes anglo saxons, temples de la démocratie libérale, il y a le droit commun, un juge unique et que l'administration est soumise à ce juge unique et que c'est très bien comme ça. Aujourd'hui, tout le monde en revient. D'abord parce qu'on a fini par s'apercevoir, en Angleterre par exemple, que les privilèges de la Couronne sont sans commune mesure avec les privilèges de notre malheureux Président de la République qui est soumis à un contrôle juridictionnel, ensuite parce qu'on s'aperçoit aussi que les Britanniques et tous ceux qui vivent dans ce monde de droit anglo-saxon regardent avec intérêt le système de la juridiction administrative.

En conclusion, ce n'est donc pas en termes de relégitimation que je pose-rais le problème ; je crois que le juge administratif encourt des critiques, que certaines sont largement fondées et que notamment la vieille critique du retard de la juridiction administrative, on le sait bien, est hélas parfaitement fondée, mais n'est pas nouvelle. Ce qui importe aujourd'hui à la juridiction administrative, c'est de rechercher tous les moyens pour faire face à ces critiques fondées et le processus de réforme qui a été lancé depuis maintenant quatre à cinq ans va tout à fait dans le sens de cette recherche permanente d'une réponse à une contestation que je crois naturelle. Et puis enfin, le vrai problème de l'insertion de la juridiction administrative dans la société, ce n'est pas, me semble-t-il, une quête de légitimité mais simplement une adaptation qui est, là aussi, dans la nature du juge administratif, une adaptation permanente aux questions nouvelles qui sont posées à l'administration et à la société. Il est évident qu'il y a de plus en plus un besoin de ce pouvoir d'arbitrage qui est parfois exercé par les AAI et pour lequel le juge conserve naturellement sa mission. Il y a un besoin évident pour l'administration de l'Etat et pour les administrations déconcentrées et peut être aussi décentralisées, d'avoir des forces de frappe intellectuelles, administratives, des gens qui suggèrent des réformes et c'est effectivement en ce sens que s'oriente la section du rapport et des études depuis quelques années. Le vrai problème du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs est de jouer dans notre société un rôle innovateur, beaucoup plus que de rechercher une "relégitimation".