

LA CONTESTATION DU DROIT ADMINISTRATIF DANS LE CHAMP INTELLECTUEL ET POLITIQUE

PAR

Françoise DUBOIS, Maurice ENGUÉLÉGUÉLÉ,
Géraldine LEFÈVRE, Marc LOISELLE

(C.U.R.A.P.P.)

Envisager la contestation du droit administratif ailleurs que dans la doctrine juridique semble méthodologiquement discutable : qui d'autre que les juristes familiers des concepts abstraits et des "grands arrêts" formant la quintessence même de ce droit souvent jugé "hermétique" pourrait prétendre développer un savoir ou plus modestement un discours sur cet objet ? En dehors de quelques "praticiens" du droit, les candidats paraissent peu nombreux. Pourtant on a pu observer depuis de nombreuses années, à des périodes diverses, dans deux champs distincts du champ juridique, différentes critiques du droit administratif émanant d'"intellectuels" ou d'"hommes politiques". Comment expliquer alors que certains acteurs, rompus aux "querelles idéologiques" ou "philosophiques" se soient autorisés à adopter un point de vue sur ce droit, surmontant sa "technicité" rébarbative, sa systématisme et son monolithisme ?

Une des réponses possibles à cette interrogation passe par la prise en compte des fondements idéologiques du droit administratif ; "*poisseux d'idéologie*"¹, pétri de valeurs et des représentation idéologiques, le droit administratif offre ainsi une prise plus aisée aux critiques de ces acteurs. A titre d'exemple, des notions comme celles de service public ou d'intérêt général,

1. Chevallier (J.), "Changement politique et droit administratif", in *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., C.U.R.A.P.P., 1989, p. 301 ; cf. également "Les fondements idéologiques du droit administratif français", in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 2, Paris, P.U.F., C.U.R.A.P.P., 1979, pp. 3-57.

qui cimentent le socle du droit administratif, véhiculent une re-présentation idéologique de l'Etat² que les "intellectuels" ou les "hommes politiques" vont chercher à modeler avec d'autant plus de facilité qu'ils peuvent alors utiliser les catégories des registres qui sont habituellement les leurs.

Le droit administratif peut alors devenir, malgré sa relative autonomie, l'objet de discours non plus spécifiquement juridiques mais "politiques" ou "intellectuels" et ainsi prendre place parmi d'autres éléments dans une formulation idéologique universaliste de l'ordre social existant ou souhaité ; sans aucun "machiavéisme", on peut considérer que ces acteurs insérés dans ces champs s'efforcent alors d'imposer et de monopoliser un point de vue légitime sur le droit administratif influençant ainsi indirectement le jeu de croyances sur lesquelles repose la société. Sans présumer des éventuels "effets" de ce processus sur cette dernière, on peut s'interroger par contre sur son influence sur le droit administratif ; la diversification des lieux de production des discours sur le droit administratif et leurs modifications corrélatives ont-elles des conséquences perceptibles sur cette branche du droit ?

Pour tenter de répondre à cette question on analysera différents thèmes idéologiques produits par certains "intellectuels" dans le "*champ de grande production symbolique*"³ et destinés au "grand public"; cette définition implicite de l'"intellectuel" volontairement laconique, privilégiant le "public" et la diffusion - escomptée ou réelle -, conduit à exclure les travaux de la doctrine juridique qui ne seront donc pas utilisés en tant que tels mais dans la mesure où ils nous renseignent sur certains aspects de cette contestation "intellectuelle" du droit administratif et de la juridiction du même ordre.

De même il nous faudra repérer dans le discours politique les différentes formes de la remise en cause de ce droit spécifique⁴.

Ainsi constatera-t-on que les multiples relations entre le discours managérial (I), la critique néo-libérale du droit administratif (II) et sa contestation dans le champ politique (III) ont véhiculé de "nouvelles" images du droit administratif auxquelles il semble toutefois difficile d'imputer de manière directe et immédiate des effets concrets sur l'ordre juridictionnel dont relève l'administration.

I - LA CONTESTATION MANAGÉRIALE

On prendra pour point de départ de cette première analyse la période pos-

2. Voir Nizard (L.), "A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales", in *Mélanges Eisenmann*, 1977, p. 92.

3. Bourdieu (P.), "Le marché des biens symboliques", *L'Année sociologique*, 1971, vol. 22, p. 55

4. Le caractère plus réduit de ce développement réservé à la contestation du droit administratif dans le discours politique s'explique par la place relativement réduite que ce thème y occupe.

térieure à l'“affaire” Canal, “*crise symptomatique*”⁵ depuis laquelle la juridiction administrative est devenue une des cibles de la critique d'intellectuels promoteurs des thèmes du “renouveau” et de “la modernisation” de l'administration (A). Les échos recueillis par cette critique seront d'autant plus importants que va se développer simultanément une contestation de la règle “bureaucratique”(B) ; la contestation de la juridiction administrative et du droit qu'elle produit entre alors en résonance avec la critique du droit qui régit l'administration et son action, les deux thèmes se renforçant mutuellement.

A) *La critique de la juridiction administrative*

Si l'indépendance dont fait preuve la juridiction administrative à l'égard de l'exécutif dans l'“Affaire Canal” suscite des commentaires élogieux dans le champ intellectuel, l'entourant par là-même d'un halo diffus de prestige et consolidant sa légitimité⁶, elle devient au cours des décennies suivantes la cible de certaines entreprises intellectuelles⁷ qui, à mesure qu'elles tendent à modifier la conception de la place et du rôle de l'Etat dans la société, développent les thèmes du “renouveau” et de “la modernisation”. Le réquisitoire contre les corporatismes dressé en 1982 par F. de Closets dans *Toujours plus* en est une illustration. Ce “best-seller” des années 80 ne diffère à première vue ni sur le fond ni dans la forme du Rapport Rueff-Armand publié au début des années 60⁸. Mais la signification des notions de “renouveau” et de “modernisation” a changé : elles ne visent plus à définir une stratégie de l'Etat vis-à-vis de la société, - bien que cette dimension soit toujours présente chez ces “intellectuels” -, mais constituent une sorte de substitut à la notion “*d'efficacité de l'Etat*”⁹. L'administration doit pour ces auteurs, être soumise à l'effort d'adaptation qui s'impose au pays tout entier dans la mesure où l'évolution économique et sociale en a fait un partenaire principal des citoyens dans la vie quotidienne¹⁰, ce qui emporte certains effets sur le droit administratif qui la régit partiellement. Cette obligation d'efficacité de l'administration ne répond donc pas “à une mode”¹¹ : elle résulte, selon ces “intellectuels” de

5. Lochak (D), *La justice administrative*, Clefs-Montchrestien 1992, p 31.

6. Voir à ce propos entres autres, Fauvet (J.), *Le Monde*, 28-29 Octobre 1962 ; Favre (E), *Le Figaro*, 28 Octobre 1962 ; Suffert (G.), *France-Observateur*, 25 Octobre 1962 ; et pour une analyse systématique Kessler (M.-C.), *Le Conseil d'Etat*, PFNSP 167, 1968, pp 75 et s.

7. Voir par exemple, malgré la diversité des entreprises Barret-Kriegel (B.), *L'Etat et la Démocratie*, La Documentation française, 1985, p77 ; Crozier (M.), *Etat modeste, Etat moderne*, Fayard 1987, pp 165 à 167 et “Le jeu de l'Etat face aux autres acteurs”, dans *Où va l'Etat ? La souveraineté économique et politique en question*, ss. la dir. de R. Lenoir et J. Lesourne, Le Monde ed., 1992 ; Closets (F. de), *Le pari de la responsabilité*, Commission “Efficacité de l'Etat” du Xe plan, Petite Bibliothèque Payot, 1989 ; Pêcheur (B.), “France : un processus continu relayé par un projet politique”, *RFAP*, Janvier-Mars

8. *Rapport sur les Obstacles à l'expansion économique*, 1960.

9. Barret-Kriegel (B.), *op. cit. supra*.

10. *Ibid*, p 75.

11. Closets (F. de), *Le pari de la responsabilité*, Petite Bibliothèque Payot 1989, p 78.

causes fondamentales décelées depuis longtemps, mais dont la conjonction a renforcé les effets : les unes sont dûes à l'inertie qui caractérise les grandes organisations administratives et les rend incapables de renouveler par elles-mêmes leurs modes d'action¹² ; les autres proviennent des mutations de la société française et de son environnement¹³.

C'est dans cette perspective générale que se situent les entreprises intellectuelles qui se construisent autour de la disqualification de l'administration dans ses formes classiques - et de la juridiction - dans les décennies 70 et 80. Elles correspondent à une représentation nouvelle des rapports administration/administrés censés se rééquilibrer, dont les premières traductions concrètes sont les lois de 1978 et 1979 sur la transparence de l'administration, la grande réforme de décentralisation de 1982, le décret du 28 Novembre 1983 relatif aux relations entre les administrations et les usagers, et le mouvement axé sur la recherche de la qualité entre 1986 et 1988¹⁴. Elles ont des répercussions sur la juridiction administrative, qui tendent à lui conférer les mêmes garanties d'organisation et de procédure que la juridiction judiciaire : au "mieux d'Etat" qui permet la solution du dilemme "moins d'Etat" ou "plus d'Etat" s'ajoute "le droit au Droit"¹⁵ des citoyens face à l'administration.

Toutefois, pour acquérir une certaine légitimité, et compte tenu de la relative autonomie du champ du droit administratif, ces entreprises de disqualification de la juridiction administrative ont besoin de la "médiation juridique"¹⁶. Aussi leurs auteurs procèdent-ils à des appropriations sélectives d'éléments de critiques techniques de la juridiction administrative développées par les professionnels du droit administratif et dans lesquels ils trouvent une réserve d'arguments ; appropriations d'autant plus faciles à réaliser qu'il existe certaines correspondances entre catégories politiques et juridiques¹⁷. On voit ainsi ces intellectuels remettre en cause l'incertitude et la plasticité des normes jurisprudentielles mais aussi critiquer les lourdeurs de la juridiction administrative.

1) La remise en cause de l'incertitude et de la plasticité des normes jurisprudentielles.

La remise en cause des normes jurisprudentielles, dont le rôle est essentiel

12. *Ibid* ; voir dans le même sens Crozier (M.), *op. cit. supra*, pp 91 et s ; et *Le phénomène bureaucratique*, Points Seuil, 1963, pp 239 et s.

13. Raynaud (Ph.) constate ainsi qu'"en France, (...) l'arbitraire administratif est de plus en plus mal supporté" dans "Le juge et la communauté", *Le Débat* n° 74, Mars-Avril 1993, p 145.

14. Pêcheur (B), *op. cit. supra*, p 71.

15. Barret-Kriegel (B), *op. cit.*, p 77 ; cf. également le titre de l'ouvrage de J.M. Varaut, Paris, P.U.F., 1986.

16. Sur l'importance de la "médiation juridique", voir Chevallier (J), "Changement politique et Droit administratif", art. cité, p 297.

17. Caillosse (J), "Sur les enjeux idéologiques et politiques du Droit administratif", *Revue Administrative*, 1982, p 362.

en droit administratif¹⁸, est justifiée pour ces intellectuels par le fait qu'elles consacrent les nombreuses formes de la dépossession des "citoyens" de ce savoir spécialisé qu'est le droit administratif. Dans le sens de la critique conduite par O. Dupeyroux et J. Roche¹⁹, ces intellectuels souhaitent une extension des garanties accordées par ces normes aux justiciables au nom de "l'Etat de droit". Ils font en effet observer qu'en raison de l'incertitude due à leur caractère flou, renforcée dans certains cas par le trop grand pouvoir d'appréciation laissé aux autorités chargées de leur exécution, et à cause des lourdeurs de la procédure contentieuse administrative, les normes jurisprudentielles sont un obstacle au rééquilibrage de la relation entre l'administration et les administrés²⁰ : "il y a d'un côté ceux qui jouent avec le droit, qui savent s'en servir, et de l'autre ceux qui y sont soumis, qui ne savent pas s'en servir"²¹. Or, pour eux, lorsque la norme juridique est incertaine, lorsque le dialogue avec la juridiction administrative nécessite la maîtrise d'un langage de spécialistes, l'égalité des citoyens devant la loi se trouve affectée, et "le contentieux administratif (fait) obstacle à la modernisation (...). Ces difficultés sont pour les usagers des plus décourageantes et constituent autant d'écrans à la satisfaction de leurs attentes"²².

Les intellectuels remettent également en cause certains privilèges accordés à l'administration par le reflux de la dynamique jurisprudentielle. Pour eux en effet, les dernières grandes décisions rendues par la juridiction administrative visent moins la formation d'une règle de droit dont on pourra tirer une application générale que l'instauration d'un contrôle de l'administration, certes poussé, mais réalisé au cas par cas, et dont il est difficile d'assurer soit qu'il sera pratique dans toutes les hypothèses, soit s'il est pratique, quel sera son résultat. Les normes jurisprudentielles seraient donc sujettes à une certaine plasticité, et cette situation conforterait la persistance de zones de non-droit dans la relation administration/administrés²³. Elle serait aussi préjudiciable à la revendication d'un droit des citoyens face à l'Etat dans la mesure où, "un droit adapté et adaptable, c'est la base d'une administration moderne : adapté aux nouvelles exigences de l'action administrative, le droit sera à la portée de l'usager-partenaire, il permettra des relations équilibrées avec les services comme l'exige le fonctionnement harmonieux d'une administration au service des citoyens"²⁴.

18. Voir à ce propos, Chevallier (J), *op. cit. supra*, p 309.

19. Dupeyroux (O), "La jurisprudence, source abusive du Droit", *Mélanges Maury*, t 2, p 349 ; Roche (J), "Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence", *AJDA* 1962, pp 532 et s.

20. Closets (F. de), *Le pari de la responsabilité*, *op. cit. supra*, p 150 et 233 et s.

21. Heymann-Doat (A), Intervention lors du débat sur "L'efficacité sociale de l'administration", Colloque de l'IFSA, "Administration et Société", *RFAP* n° 26, Avril-Juin 1983, p 160.

22. Closets (F. de), *op. cit. supra*, p 150-151.

23. Kahn (A), "Le Conseil d'Etat : la révolution 89", *Le Point* 23 au 29/01/89, p 62.

24. Rapport de la Commission du Xe Plan "Efficacité de l'Etat", cité par Closets (F. de), *op. cit. supra*, p 234.

Mais les défauts des normes jurisprudentielles ne sont pas les seuls éléments de contestation de la juridiction administrative relevés par les promoteurs de son "renouveau" et de sa "la modernisation". Ils dénoncent aussi ses lourdeurs.

2) La critique des lourdeurs de la juridiction administrative

Cette critique recouvre celle de l'explosion contentieuse en matière administrative et procède de la difficulté de la juridiction administrative à satisfaire les justiciables dans sa fonction contentieuse en raison de sa lenteur et de son accessibilité difficile. Le contrôle exercé par le juge administratif apparaît ainsi, à bien des égards, désuet, inefficace voire impossible. B. Barret-Kriegel constate ainsi qu' "en matière de contentieux administratif, au 30 Mai 1985, le stock d'affaires atteignait 20130 affaires et le retard à juger du Conseil d'Etat s'accroissait de trois mois par an (...). Malgré l'augmentation considérable des décisions rendues, les affaires restant en instance en fin d'année atteignent maintenant 17000. Le délai moyen d'examen des recours est de deux années et demi"²⁵. Les améliorations apportées par la réforme du contentieux administratif, décidée par la loi du 31 Décembre 1987 ainsi que par les décrets qui l'ont suivie, ont provisoirement tempéré l'intensité de cette critique²⁶ mais n'ont - pour ces intellectuels - pas réglé tous les problèmes ; elle n'a fait, dans bien des cas, que les déplacer. Ainsi C. Lepage-Jessua note que "si la réforme de la loi du 31 Décembre 1987 a permis au Conseil d'Etat de se désengorger et aux Cours Administratives d'Appel de travailler dans de bonnes conditions, elle a aussi constitué une aggravation incontestable de la situation des Tribunaux Administratifs. Nombre de magistrats expérimentés des Tribunaux Administratifs ont en effet été appelés à composer les Cours Administratives d'Appel de telle sorte que les nombreux postes créés n'ont pu compenser la perte qu'a constitué, pour la juridiction de premier degré, le départ de nombre de ces magistrats d'expérience. Ceci s'est accompagné d'une croissance accélérée des recours devant la juridiction administrative, croissance incontestable qui traduit non seulement le succès de la juridiction administrative mais encore les effets pervers de la décentralisation"²⁷.

Dans la course à la modernisation, la juridiction administrative semble donc être en retard sur le reste de l'administration. Et les lourdeurs du contentieux administratif "enracinent l'idée que l'administration est toute puissante et méprise les règles de Droit, qu'elle est par ailleurs chargée d'appliquer. Elles méconnaissent l'impératif démocratique qui tend à protéger les droits des individus face aux pouvoirs institués, voire contre eux. Elles sont tout simplement un déni de l'Etat de Droit"²⁸.

25. Barret-Kriegel (B), *op. cit. supra*, p 76.

26. Voir à ce propos, Kahn (A), *op. cit. supra*, p 62 ; et Kajman (M), "Les nouvelles Cours Administratives d'Appel commencent à fonctionner", *Le Monde* 18 / 01 / 1989.

27. Lepage-Jessua (C), "L'extension de la compétence des Cours Administratives d'Appel", *Gaz. Pal.*, 8-9 Mai 1992, p 4.

28. Closets (F. de), *op. cit. supra*, p 150.

Cet aspect de la contestation, par ces intellectuels, de la juridiction administrative s'est d'autant plus aisément développé que cette dernière s'est, à leurs yeux, trouvée supplantée en matière de défense des libertés publiques par le Conseil Constitutionnel²⁹ dont le succès devrait pour M. Crozier "être sérieusement médité par les hommes politiques : non que (cette) institution fonctionne sans problèmes et demeure au-dessus de tout soupçon ou de toute critique, mais parce que la réaction favorable du public à l'indépendance et à la liberté de jugement du Conseil (...) a été d'emblée quasi unanime"³⁰, montrant en creux les lacunes de la juridiction administrative ; mais ce sont aussi les "Autorités Administratives Indépendantes" qui, en devenant progressivement des acteurs de la "régulation" de la relation administration/administrés³¹, l'ont concurrencée. L'efficacité de cette "régulation", comparée à celle de l'administration et de la juridiction, est reconnue et appréciée³² par ces intellectuels, certains suggérant même de créer de nouvelles Autorités Administratives Indépendantes qui seraient compétentes dans divers autres domaines de la régulation de la relation administration administrés³³. De la sorte, à l'unilatéralité succéderait une plus grande concertation au cœur de l'"air du temps".

On voit donc que de quelque horizon intellectuel qu'elle provienne, la contestation de la juridiction administrative vue sous l'angle de sa "modernisation" et de son "renouveau" contient, explicitement ou non, la même préoccupation : la réorganisation des rapports entre l'Etat et la "société civile" ; le renouvellement de leurs conceptions influence également l'analyse du phénomène bureaucratique.

B) La critique du droit administratif

S'inscrivant dans le courant contestataire de la règle bureaucratique lancée par les intellectuels américains³⁴, Michel Crozier, dans les années soixante³⁵, relève l'incapacité de l'administration française à combler les attentes des usagers. Diagnostiquant un dysfonctionnement du système administratif français, il estime que "la bureaucratie, dans le sens où le grand public l'entend

29. Kajman (M.), "Conseil d'Etat et Conseil Constitutionnel. Complémentarité et concurrence", *Le Monde* 26/01/1988 ; dans le même sens, Hamon (L), *Le Monde* 10-11 Août 1986 et "Le Conseil Constitutionnel et la démocratie", *Le Débat* n° 43, Janv-Mars 1987, Gallimard pp 72-73.

30. Crozier (M.), *Etat modeste, Etat moderne*, op. cit. supra, p 166.

31. *Ibid*, p 167 ; et Barret-Kriegel (B.), op. cit. supra, p 83.

32. Barret-Kriegel (B.), op. cit. supra, p 83 et 84 ; Crozier (M.), op. cit. supra, p 166.

33. Barret-Kriegel (B.), op. cit. supra, p 84.

34. Voir notamment Merton (R.-K.), in "Bureaucratic structure and personality in social forces", *American sociological review*, vol. 18, 1940, pp 560-568 et "The unanticipated consequence of purposive social action", *American sociological review*, 1936, pp 894-904, pour qui la prédétermination des tâches par la norme administrative ne peut que développer des attitudes ritualisantes, une incapacité croissante à s'adapter et une séparation de plus en plus forte entre le bureaucrate et les usagers du service public.

35. Crozier (M.), *Le phénomène bureaucratique*, Paris, Seuil, 1963, 382 pages

(c'est-à-dire le climat de routine, de rigidité, de contrainte et d'irresponsabilité qui caractérise les organisations dont on se plaint) n'est pas du tout la préfiguration de l'avenir et a tendance à augmenter particulièrement avec la concentration des entreprises, mais constitue le legs paralysant d'un passé où prévalait une conception étroite et bornée des moyens de cooptation entre les hommes"³⁶. L'organisation administrative lui paraît être marquée par un passé qui l'engourdit et peu apte à briser un carcan somme toute rassurant.

La production du droit s'en ressent qui témoigne à la fois d'une volonté de changement tempérée par des phénomènes de résistance. La norme administrative, prise dans son acception la plus large, "*révèle ainsi son ambivalence constitutive : d'une part, en tant qu'héritage des luttes passées, incarnation des valeurs traditionnelles, dispositif d'encodage d'une normativité sociale préexistante, il apparaît comme un lieu de résistance au changement ; d'autre part, en tant que surface d'inscription des nouveaux équilibres sociaux, c'est aussi un vecteur indispensable pour réaliser, symboliquement et pratiquement, le changement*"³⁷. L'application de ce droit, porteur de multiples contradictions, pose alors divers problèmes que doivent résoudre les fonctionnaires. Pour dépasser cet état contradictoire du droit, empreint de statisme et facteur de progrès, les fonctionnaires, tiraillés entre les deux options, jongleraient avec la norme, l'adaptant plus que l'appliquant aux situations variées.

Cependant, le droit administratif, ou la règle présidant entre autres au fonctionnement de l'organisation administrative, ne s'avère pas obsolète. Reflet des transformations sociales importantes et facteur de changements, le droit administratif suivrait l'évolution de la société.

Michel Crozier envisage une restauration de la règle bureaucratique au moyen d'un assouplissement et d'une limitation.

1) Un droit porteur de contradictions

Dans les années soixante et soixante-dix, le droit administratif se présente comme un droit autonome et stable³⁸ - même si certains ont dénoncé sa plasticité -. Cependant, cette stabilité génère une incapacité à enregistrer rapidement les transformations sociales ; et, au moment où l'administration tisse des liens de plus en plus étroits avec le monde de l'entreprise, on perçoit un réel blocage, une profonde inadaptation. Le droit administratif ne remplit plus sa double fonction d'"organiser la vie administrative et assurer à l'administration sa cohérence et son unité...ainsi qu'être vecteur privilégié des relations que l'administration entretient avec les administrés"³⁹.

36. *Idem*, p. 7.

37. Chevallier (J.), "Changement politique et droit administratif", art. cité, p. 293

38. C'est la thèse défendue notamment par G. Vedel, in "Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif", *Mélanges Waline*, L.G.D.J., 1974, p. 177 et ss.

39. Chevallier (J.), art. cité., p. 299.

Pour Michel Crozier, le constat est simple. La norme administrative est source de contraintes, non de progrès ; elle bloque les rapports entre les fonctionnaires et les administrés. Mais ce blocage est surmontable⁴⁰. Incitant tout d'abord les agents à "devenir différents", il envisage la correction des vices bureaucratiques, dont l'inflation des normes et des règles sont l'un des pendants⁴¹. La réforme de l'administration et du droit administratif pourra contribuer au changement. A l'heure où l'accent est mis sur l'entreprise, l'administration, et son mode d'action qu'est le droit, doit s'adapter aux exigences du secteur économique en réduisant la part des normes unilatérales, en composant avec les entrepreneurs réfractaires aux règles rigides. Le droit administratif doit s'assouplir pour être en symbiose avec les demandes adressées à l'administration par les entreprises. Les fonctionnaires sont invités à privilégier l'action, l'efficacité et les relations interpersonnelles peu compatibles avec la conception jusqu'alors rigide et hiérarchisée de la norme administrative⁴². Cette nouvelle attitude de l'administration comporte évidemment le risque d'entraîner une érosion de la légitimité de l'administration⁴³ : celle-ci se départit de son rôle de "gardienne du droit" et, simultanément, cédant à la pression des industriels, modifie son instrument d'action privilégié qu'est le droit, devenant ainsi perméable aux pressions des lobbies du secteur économique⁴⁴. La règle de droit tend alors à s'effacer derrière les relations nouées entre les acteurs au cours de leurs échanges, au risque même de se voir dépassée quand l'administration sort de son strict cadre d'action et travaille avec le monde de l'entreprise.

Pourtant le droit administratif n'en contribue pas moins, par sa continuité, à objectiver et institutionnaliser les changements sociaux dus, entre autres, aux transformations des méthodes de l'entreprise.

2) *Un droit facteur de changement*

Sous l'impact des valeurs de l'industrie et "sous la pression de l'environnement"⁴⁵, l'Administration doit s'ouvrir, ne plus jouer un simple rôle de

40. Crozier (M.), *op. cit.*

41. *Idem*, p. 6-7.

42. Les théories du management empruntées aux américains font leur apparition dans ce secteur qui privilégie les relations interpersonnelles entre les acteurs, en faisant plus ou moins abstraction des règles hiérarchiques rigides.

43. "Il conduit à l'affaiblissement de la légitimité propre de l'appareil administratif. En effet, l'effet de régulation autonome de l'Administration à travers le règlement s'appuyait sur une légitimité spécifique qui faisait d'elle la gardienne du droit. Or, en remplaçant de plus en plus la règle comme principe d'intervention, les nouvelles pratiques la privent d'un instrument d'action qui simultanément était le support de sa légitimité propre" in Friedberg (E.), "Administrations et entreprises", *Où va l'Administration française?*, Paris, Ed. d'Organisation, 1974, p. 139.

44. "De surcroît, "désacralisée" en tant qu'acteur par la disparition progressive de la règle anonyme et égalitaire comme moyen de distanciation et de protection face à un milieu d'intervention, l'Administration devient du coup beaucoup plus vulnérable et perméable aux pressions de celui-ci", *idem*.

45. *Le phénomène bureaucratique, op. cit.*, p. 10.

contrôle du citoyen mais un rôle de prestataire de services⁴⁶ : c'est également au cours des années soixante dix que l'administration, empruntant là encore une de ses techniques aux entreprises, développe une politique de communication⁴⁷ : elle vise à la clarification, à la simplification des textes, rendant ainsi ses règlements moins obscurs et moins complexes. De nouvelles instances sont également créées⁴⁸ pour répondre aux besoins spécifiques des usagers. Il s'agit de montrer que l'administration est apte à résoudre les problèmes des administrés. Le droit administratif ne reste donc pas étranger aux évolutions politiques. En ce sens, il ne s'apparente pas à un droit lointain, transcendant toute réalité comme on a souvent voulu le penser, mais *"touchant directement aux conditions d'exercice de la puissance étatique et partant aux processus politiques... Aussi le changement politique a-t-il inévitablement une incidence sur lui... Le droit administratif ne peut manquer d'être sommé de s'adapter aux valeurs et représentations nouvelles qui envahissent l'univers politique"*⁴⁹.

Le problème se posant dans les années quatre-vingts quant à l'application des textes, est de parvenir à concilier la rigidité, stigmatisée par Michel Crozier, et la modernité. La circulaire de Michel Rocard⁵⁰, visant à limiter la prolifération des textes réglementaires, en est un exemple probant et prend en compte les analyses sociologiques jetant l'anathème sur le *"délire réglementaire"*⁵¹. Ainsi, François Dupuy et Jean-Claude Thoëny critiqueront-ils l'inflation

46. *idem*, p. 366.

47. Voir sur ce point, Chevallier (J.) et alii, *La communication Administration-Administrés*, CURAPP, PUF, 1983, 166 pages ; Chevallier (J.) et alii, *Information et transparence administrative*, CURAPP, PUF, 1988, 280 pages ; CESIA, *L'administration branchée*, Paris, La documentation française, 1984, 155 pages ; Le Net (M.), *L'Etat annonceur*, Paris, Les éditions d'organisation, 1981.

48. Pour briser l'image d'une administration tentaculaire et coupée de toute réalité sociale, sont créées diverses instances ou autorités contribuant à rapprocher et protéger les usagers des abus éventuels de l'administration: En 1973 est créé le médiateur, en 1976 la procédure d'astreinte est prévue, 1978, création de la C.N.I.L. et de la C.A.D.A. et enfin 1979 marque le début de l'obligation pour l'administration de motiver les actes administratifs.

49. "Changement politique et droit administratif", art. cité., p. 297.

50. Cette circulaire du 25 mai 1988 permet à Michel Rocard de fixer *"un véritable code de déontologie gouvernementale" prévoyant un droit administratif fondé "sur le respect de la société civile", préférant aux arguments d'autorité des "négociations réelles, loyales, méthodiques et s'il y a lieu, formalisées par des conventions" et excluant toute "prolifération anarchique et incontrôlée des normes"*.

51. Comme le soulignent François Dupuy et Jean-Claude Thoëny (in *L'administration en miettes*, Paris, Fayard, 1985, 316 pages), l'Administration afin de satisfaire l'utilisateur et le politique qui aura recommandé ce dernier à ses bons soins, édicte un texte, tourne un règlement administratif par un autre règlement administratif. Les problèmes que ces comportements suscitent sont évoqués par Michel Crozier et Erhard Friedberg (in *L'Acteur et le système*, Paris, Seuil, 1977, p.88) pour qui *"les règles sont en principe destinées à supprimer les sources d'incertitude. Mais le paradoxe c'est que non seulement elles n'arrivent pas à les évacuer complètement, mais encore, elles en créent d'autres qui peuvent immédiatement être mises à profit par ceux-là mêmes qu'elles cherchent à contraindre et dont elles sont censées régulariser les comportements"*. Le juge administratif est également confronté à ce problème, ce que dénonce Alain Marion (in *"Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier"*, Pouvoirs, n° 46, 1988. Son analyse le conduit à affirmer *"qu'il suffit*

des normes, les paradoxes et les situations de totale liberté qui en découlent⁵². Ils s'inspirent des analyses de Michel Crozier pour qui une diminution des règlements s'impose. La "profession de fonctionnaire" se doit d'évoluer en commençant par une transformation des règles afin de modifier les comportements⁵³. La dérèglementation⁵⁴ devient le maître mot : constatant l'augmentation exponentielle des règlements, M. Crozier propose un Etat moderne et modeste, solution échappant à toute rhétorique, fut-elle de droite ou de gauche. Pour lui, "*le gouvernement par circulaire et par ordres hiérarchiques est de plus en plus périmé... Les règlements et circulaires s'amoncellent qui paralysent l'action au lieu de la stimuler*"⁵⁵. Ces conceptions permettront en quelque sorte une réhabilitation du droit administratif qui loin d'être dépassé semble toujours trouver sa place au sein de la société par ses missions et ses orientations nouvellement formulées.

Ce premier type de critique de l'administration et du droit qui s'y rapporte se double d'une analyse philosophique qui s'en distingue toutefois - même si elle converge sur certains points - par un élément essentiel : sa totalité.

II. LA CONTESTATION NÉO-LIBÉRALE

Thématique vieille comme le droit administratif, la suppression de la juridiction du même ordre marque de manière récurrente l'histoire des idées poli-

(suite note 51) *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*", p. 21-22.

52. Michel Crozier et Erhard Friedberg pour leur part insistent aussi sur les limites du détournement de la règle quant à la légitimité de l'action administrative. Pour eux, "*ne pas jouer les règles, et si ce n'est que pour les tourner, voire en trahir la lettre sinon l'esprit, ne pas tenir compte des limites formelles, des lignes de démarcation qu'elles tracent, reviendrait pour les individus ou les groupes à se priver d'un atout important sans être le moins du monde assuré de pouvoir s'en passer et d'être payé de retour*" (in *L'acteur et le système*, p. 221). En même temps, de telles pratiques amènent l'Administration à violer la loi. C'est le constat qu'opère Danièle Lochak (in "Le droit administratif rempart contre l'arbitraire?", *Le droit administratif, Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp 43-55), justifiant ainsi le rôle des juridictions administratives et le recours pour excès de pouvoirs, et envisageant à son tour l'existence de "*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*", p. 45.

53. Sans bloquer, la norme doit préciser le cadre et les limites d'action de chacun tout en privilégiant le contact direct des acteurs entre eux. (cf. Gouldner (A.), *Patterns of industrial bureaucracy*, Glencoe, The free press, 1954, 282 pages.)

54. cf. Chevallier (J.), "Les enjeux juridiques : l'adaptation du service public des télécommunications", *RFAP*, n° 52, pp 46-51.

55. Crozier (M.), *op. cit.*, p.282.

tiques et juridiques⁵⁶. De nombreux auteurs, généralement libéraux⁵⁷, ont dénoncé le principe de la dualité de juridiction dès la fin du XVIIIème siècle, influençant ainsi la plupart des critiques ultérieures. Pourquoi dans ces conditions revenir sur ce débat que l'on a tour à tour considéré comme clos faute d'un succès pratique et théorique de cette idée-force libérale⁵⁸, ou au contraire toujours ouvert, à chaque manifestation des imperfections de la juridiction administrative ?

Hormis l'actualité du regain des attaques idéologiques portées contre le droit administratif c'est l'interrogation qu'elles suscitent qui nous aiguille : permettent-elles un renouvellement des approches de l'objet-droit administratif ou pérennisent-elles au contraire un antique "dialogue de sourds"⁵⁹ ?

Le néo-libéralisme est souvent considéré comme la production idéologique dominant les années 80 ; cette opinion commune illustre néanmoins la difficulté d'une datation précise de ce "mouvement" intellectuel dont R. Aron observait en 1965 la diffusion restreinte et le faible "succès en dehors de cercles étroits"⁶⁰. Elle exprime toutefois le constat qu'à mesure que "la société française se restructurerait selon un plan de gouvernementalité néo-libéral"⁶¹, des idées de même nature ont été développées. Ce mouvement doit ainsi être replacé parmi les différentes "modes" qui ont travaillé le champ intellectuel français depuis quinze ans, fruits de luttes entre intellectuels cherchant à imposer leur (leurs pour certains !...) discours⁶² ; cet enchevêtrement a généré le déve-

56. Cf. sur ce point parmi de nombreuses publications, Burdeau (F.), "Les crises du principe de dualité de juridictions", *R.F.D.A.*, 1990, pp. 724-733; Lochak (D.), "Quelle légitimité Boulouis (J.), "Supprimer le droit administratif ?", *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 5 ; Benoît (F.-P.), "Juridiction judiciaire et juridiction administrative", *J.C.P.* 1964-I, n° 1838 et Groshens (J.-C.), "Réflexions sur la dualité de juridiction", *A.J.D.A.*, 1963, pp. 536-540.

57. Il faut toutefois noter que les libéraux et les conservateurs n'ont pas le monopole de ce discours sur le dualisme juridictionnel. Pour des exemples de critiques formulées par des acteurs d'inspiration idéologique différente, cf. Burdeau (F.), art. cité, pp. 732-733 ; Kessler (M.-C.), *Le Conseil d'Etat*, *op.cit.*, p. 84 et l'article 71 du projet de déclaration des libertés du Parti communiste français, Ed. de l'Humanité, 1975, pp. 44-45.

58. Cf. par exemple Mestre (A.), "Maurice Hauriou", *Annuaire de l'Institut International de Droit public*, Paris, 1929, p. 275.

59. Appliquée au sujet, l'expression est due à F. Burdeau, art. cité, p. 726.

60. Aron (R.), *Essai sur les libertés*, Paris, 1965, rééd. Hachette-Pluriel, 1976, p. 117 ; l'auteur contribue en cela à l'introduction en France de ces idées d'inspiration "libérale-individualiste".

61. Castel (R.), *La gestion des risques. De l'anti-psychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, Minuit, 1981, p. 17.

62. Il faut relever l'existence d'"une sorte de "système d'action" dans lequel les prises de position des uns s'effectuent en fonction de celles des autres, un système fait d'interdépendance, qui conditionne, et contraint parfois le jeu de chacun", Dobry (M.), "Février 1934 et la découverte de l'allergie de la société française à la "Révolution fasciste", *R.F.S.*, XXX, 1989, p. 524 ; simultanément il faut noter la multiplicité des "enjeux" au principe de ces luttes symboliques, de ces prises de position etc ... A titre d'exemple, on peut formuler l'hypothèse selon laquelle la dénonciation d'une "classe à part de juristes d'Etat", appellation visant le statut des membres des juridictions administratives est indissociable de "la position privilégiée que

loppement d'une thématique que la contraction de deux idées essentielles du prêt-à-penser intellectuel "moderne" permettrait de caractériser assez justement : le "retour-du-droit-sans-l'Etat". Elle associe donc étroitement critique du "totalitarisme", de l'Etat interventionniste "hégémonique"⁶³ et de l'omnipotence administrative, notions galvaudées à ranger au nombre des "faux en écriture théorique et (...) équations truquées fondées sur la logique de la contamination magique et de l'amalgame dénonciateur"⁶⁴ ; ses effets sur le droit administratif seront d'autant plus importants qu'il est souvent présenté comme "un mélange varié de règles techniques et de préceptes politiques"⁶⁵.

Cette conjoncture idéologique marquée par le passage d'un Etat-providence à un Etat n'intervenant plus que sur le mode de la subsidiarité⁶⁶ est favorable aux prophéties de tout poil qui épousent les tendances qu'elles présentent comme inéluctables ; comme l'écrit avec humour M. Long, "les prophètes annoncent la fin de tout : celle de l'histoire pour les uns, d'un type de civilisation pour d'autres, du droit administratif pour les plus modestes"⁶⁷. Dans ces conditions, il semblerait intéressant d'analyser quelques aspects des productions de ceux que nous pourrions appeler par analogie avec les entrepreneurs de morale d'H. Becker⁶⁸ les entrepreneurs de déclin du droit administratif, intellectuels contemporains en croisade contre une juridiction administrative "désuète", "archaïque", bref "condamnée".

Cette critique du droit administratif affecte non seulement l'institution (la juridiction) mais aussi le droit dont elle est la source : le Conseil d'Etat, institution symbole de la "conception française de la séparation des pouvoirs" marquerait au coin des privilèges dont bénéficierait l'administration les normes juridiques produites par sa jurisprudence. De la sorte, malgré les apparitions ponctuelles de valeurs libérales dans le droit administratif, objets de nombreux satisfecits souvent accordés par la doctrine administrativiste, "le rêve d'une juridiction unique (hanterait toujours) de bons esprits", comme le constatait déjà en 1964 F.P. Benoît⁶⁹.

(suite note 62) les énarques tiennent dans le champ du pouvoir hexagonal, grâce à leur contrôle sur les institutions publiques", place que les avocats français "entendent bien réoccuper - à la faveur de la redistribution des pouvoirs provoquée par "1992"" et de l'affaiblissement du droit administratif "étatique" que l'unification européenne est censée engendrer ; voir Dezalay (Y.), "Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et *aggiornamento* dans le champ du droit", *Politix*, n° 10-11, 1990, p. 77.

63. Cannac (Y.), *Le juste pouvoir*, Paris, J.C. Lattès, 1983, p. 10.

64. Bourdieu (P.), *La misère du monde*, Paris, Seuil, 1993, p. 221.

65. Pasükanis (E.), *La théorie générale du droit et le marxisme*, 1929, trad. française par J.M. Brohm, Paris, E.D.I., 1970, p. 93 note 25.

66. Cf. sur ce point Millon-Delsol (C.), *L'Etat subsidiaire*, Paris, P.U.F., 1992, principalement pp. 8, 10, 11 et 224 et Rosanvallon (P.), *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1981, rééd. collection Point, 1992, p. 59.

67. Long (M.), "L'état actuel de la dualité de juridictions", *R.F.D.A.*, 1990, p. 691.

68. *Outsiders*, Paris, Métaillié, 1985, p. 171 ; cf. également l'analyse des "entrepreneurs de déclin du P.C.F." par Pudal (B.), *Prendre parti. Pour une sociologie historique du P.C.F.*, Paris, Presses de la F.N.S.P., 1989, p. 278 et note 2.

69. Art. cité, n°10.

La contestation néo-libérale du droit administratif - qui n'est qu'un des aspects de cette vision globale du monde social -, comme toute prise de position intellectuelle se voulant "nouvelle" comporte nécessairement une dimension critique permettant une démarcation à l'égard d'autres positions ; elle se manifeste en l'espèce par la dénonciation du principe de la dualité de juridictions (A). Mais sous peine de disparaître sous les sarcasmes d'une doctrine juridique peu réceptive aux simples pétitions de principe et hostile aux prises de positions ouvertement idéologiques, les néo-libéraux accompagnent leurs griefs de "solutions" susceptibles de constituer la base d'une "régénérescence" du droit administratif (B). Le pragmatisme vient alors diluer l'essence idéologique de la contestation et masquer, par des propositions de modifications possibles, plus en prise avec la réalité et l'évolution sociale probable, une re-présentation déformée du réel, au cœur de laquelle figure l'idée d'une suppression du juge administratif.

A) La remise en cause du principe de la dualité de juridictions : impensé ou indicible ?

S'il est tout à fait justifié d'en souligner la portée "rhétorique"⁷⁰ la critique du dualisme juridictionnel et *in fine* la suppression de la juridiction administrative constituent-ils l'indicible ou l'impensé de la philosophie juridique néo-libérale ; une prémisse dissimulée compte tenu des règles implicites qui président à la réception d'un discours intellectuel sur l'objet-droit administratif ou une idée fermement repoussée dont il serait difficile de déceler la présence ?

La contestation néo-libérale du droit administratif ne saurait, sans risquer d'hypothéquer une partie de sa pertinence, se priver d'une analyse historique tendant à prouver l'aberration de la juridiction administrative française ; c'est pourquoi elle remonte jusqu'au principe de la séparation des pouvoirs dont elle stigmatise la "lecture" qui en a été donnée en 1790 par les constituants.

1) Une "fausse" lecture de la séparation des pouvoirs...

Par une démarche semblable à la tétatogenèse - révélatrice d'une approche étioiogiste -, les néo-libéraux s'efforcent de rechercher les éléments annonciateurs de la "monstruosité" du dualisme juridictionnel ; ils en découvrent un dans la loi des 16-24 août 1790 qui "*constitue d'après la présentation doctrinale classique, l'acte-fondateur du droit administratif moderne et la source du système contemporain de dualité de juridiction*"⁷¹. Censée constituer le fondement juridique de la "conception française de la séparation des

70. Ce que fait Lochak (D.), art. cité, p. 142.

71. Chevallier (J.), "Du principe de séparation au principe de dualité", *R.F.D.A.*, 1990, p. 712 ; le reste de l'article est destiné à atténuer la portée de cette affirmation.

pouvoirs” cette loi “aux accents dictatoriaux”⁷² serait contraire à la théorie de Montesquieu, dans la mesure où elle engendrerait un démembrement du pouvoir judiciaire qui, se trouvant évincé du contentieux administratif, perdrait son monopole de la fonction juridictionnelle.

Le raisonnement des Révolutionnaires à l’origine de cette loi peut être résumé de manière assez simple : conformément à la séparation des pouvoirs, l’administration se limite à l’exécution des lois, se soumettant ainsi à la volonté générale ; elle est par ailleurs autonome à l’égard du juge judiciaire dont les pouvoirs sont limités, et qui ne saurait sans anéantir la séparation des pouvoirs, gêner ou influencer les lois lors de leur application par l’administration⁷³.

D’après les néo-libéraux, c’est dans ce schéma explicatif de l’œuvre de Montesquieu, fourni par les constituants de 1789, que le système juridique français plonge ses racines : héritage de l’Ancien Régime, il obère les évolutions socio-politiques ultérieures en assurant la “*subordination du juridique au politique en des termes qui subsistent largement dans la France contemporaine*”⁷⁴. Mais ce ne serait qu’une “*recupération théorique*”⁷⁵ des thèses du philosophe des Lumières destinée à protéger l’Etat et l’administration de toute entrave. Si ce dernier aspect confirme les analyses “classiques” du dualisme juridictionnel, la lecture alternative et libérale du dogme de la séparation des pouvoirs semble plus originale ; mais l’omniprésence de l’inspiration tocquevillienne limite singulièrement la portée de la novation.

Selon le modèle de référence anglo-saxon la distribution des rôles à l’intérieur de la “*trinité constitutionnelle Exécutif, Législatif, Judiciaire*” - comme l’écrivait FP. Benoît- privilégie la fonction judiciaire, élevée au rang de “*pouvoir*” à part entière. Cette “lecture” de *L’Esprit des lois* mettant entre parenthèses le fameux Livre XI Chapitre VI dans lequel la fonction judiciaire est décrite comme nécessairement assujettie à la loi⁷⁶ permet aux néo-libéraux d’inférer de cette séparation “*un pouvoir judiciaire fort (...) capable de faire prévaloir le droit sur tous les pouvoirs (l’économique comme l’exécutif et le législatif)*”⁷⁷. La doctrine de la *rule of law* exige donc que “*les décisions prises par le gouvernement ou par l’administration (...) dans la mesure ou elles impliquent une coercition des personnes privées, puissent au moins être soumises au contrôle de tribunaux indépendants*”, ce qui nécessite la possibilité d’un contrôle judiciaire des actes administratifs⁷⁸. De ce point de vue, la loi

72. Cohen-Tanugi (L.), *La métamorphose de la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1989, p. 67.

73. Cf. sur ce point Chevallier (J.), art. cité, pp. 714-716 et Rosanvallon (P.), *L’Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990, réed. collection Point, 1993, p. 72.

74. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit sans l’Etat*, Paris, P.U.F., 1985, 3^e ed. 1987, p. 62.

75. Cohen-Tanugi (L.), *La métamorphose...*, op. cit., p. 66.

76. Cf sur ce point Benoît (F.-P.), art. cité, n° 12 et ss.

77. Varaut (J.-M.), *Le droit au droit*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 61-62.

78. Nêmo (P.), *La société de droit selon F.A. Hayek*, Paris, P.U.F., 1988, p. 144. Si cette idée n’est pas totalement antinomique avec l’existence d’une juridiction administrative autonome, elle est cependant inconciliable avec la spécificité du contentieux administratif français.

des 16-24 août 1790, même si elle “*ne préjuge pas du sort du contentieux administratif*”⁷⁹, constitue déjà un obstacle : elle répudie, au niveau des principes, l’idée d’un pouvoir judiciaire en proclamant l’exigence d’une séparation des autorités administratives et judiciaires.

Cette présentation de l’origine de la juridiction administrative sous l’angle de son illégitimité se trouve au cœur même de la philosophie juridique néo-libérale ; elle sert donc également de support à la critique du droit administratif qui porte l’empreinte génétique de la soustraction de l’administration à tout contrôle⁸⁰.

2) ...Source d’un “droit de privilège”

Dans la phraséologie néo-libérale le droit administratif symbolise malgré le libéralisme - à l’éclipse il est vrai... - du Conseil d’Etat, la juridictionnalisation des privilèges de l’administration, des prérogatives de l’Etat, bref, “*la relation hiérarchique (qui existe) entre l’Etat et la société*”⁸¹. Cette re-présentation du droit privilégiant sa dimension régaliennne, autoritaire et oppressive au détriment des garanties juridiques qu’il peut assurer aux administrés, cherche à mettre en lumière ses vices intrinsèques, sources de dangers potentiels.

Conformément à la distinction effectuée par F.A. Hayek entre *nomos* (assimilé au “droit de la liberté”) et *thesis* (produit de l’arbitraire des hommes) les néo-libéraux français éprouvent une certaine méfiance à l’égard du droit public en général - et administratif en particulier - qui, produit non par le juge mais par l’Etat ou la juridiction qui en dépend, sert d’“*instrument de la tutelle de l’Etat sur la société civile*”⁸². La position ambivalente des membres de la juridiction administrative ayant “*un pied dans le juridique, l’autre dans le politique*”⁸³ permet l’introduction et la diffusion dans la jurisprudence du même ordre des objectifs fixés plus ou moins arbitrairement par les hommes politiques⁸⁴ au détriment des “*règles de juste conduite*” que seul le juge judiciaire peut dégager. De cette façon le droit administratif intègre et exprime un ensemble de principes politiques “constructivistes” destinés à contraindre arbitrairement les conduites individuelles des membres de la “société civile”. Ce processus “concret” par lequel s’opère la transsubstantiation d’une volonté politique en normes juridiques jurisprudentielles est d’autant plus efficace que le juge administratif est passablement dépourvu d’une culture judiciaire

79. Chevallier (J.), art. cité, p. 716.

80. Cohen-Tanugi (L.), *La métamorphose...*, op. cit., p. 67.

81. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit sans ...*, op. cit., p. 24. Il faut toutefois noter que dans le champ politique cette re-présentation du droit administratif n’est pas spécifiquement néo-libérale ; ainsi P. Mauroy trouve-t-il “*discutable que le droit administratif soit encore construit sur l’inégalité entre l’administration et l’administré*”, Colloque organisé par l’I.F.S.A., R.F.A.P., n° 26, avril / juin 1983, p. 260.

82. Cohen-Tanugi (L.), *idem*, p. 62.

83. Cohen-Tanugi (L.), *idem*, p. 109.

84. Voir sur ce point Hayek (F.-A.), *Droit, législation et liberté*, T. 1, Règles et ordre, Paris, P.U.F., 1980, rééd. 1985, p. 79.

et d'une connaissance suffisante de la société civile alors qu'il est au contraire imprégné de "l'idéologie administrative"⁸⁵.

Cette position spécifique de la juridiction administrative au sein du système juridique français caractérisé par l'absorption du droit par l'Etat est décrite par les néo-libéraux comme la source d'un droit "archaïque", sorte de rebut moyenâgeux. A l'heure où la "demande sociale de droit" est de plus en plus importante le maintien d'un "droit de l'Etat"/"droit de privilège" relève du "conservatisme", du manque d'"ambition"⁸⁶, bref, est "out". D'autant plus que c'est un droit dangereux.

Le droit administratif a la fragilité des normes juridiques dont le respect - donc l'être - n'est dû qu'à l'auto-limitation de l'Etat. Empruntant les voies ouvertes par de nombreux juristes français lorsqu'ils ont dénoncé la contradiction logique que constituait à leurs yeux l'idée allemande de *Rechtsstaat*, les néo-libéraux stigmatisent la faible force contraignante d'un droit "dont la construction repose toute entière sur un déséquilibre au profit où à la charge de l'Etat (...) destiné à refléter la prééminence de l'intérêt général sur les divers intérêts particuliers"⁸⁷. Si le droit privé produit par la "société civile" peut endiguer l'Etat à l'égard duquel il est autonome, limiter sa puissance de l'extérieur et constituer ainsi une hétéro-limitation, le droit administratif n'est au contraire qu'un rempart bien fragile, comme l'a montré son incapacité à s'opposer au "social-étatisme", à l'interventionnisme de l'Etat-providence⁸⁸.

Ces différents griefs adressés à la juridiction puis au droit administratifs sont aussi la source d'une question récurrente : faut-il revenir sur le dualisme juridictionnel ? La solution préconisée par les néo-libéraux est teintée d'ambiguïté : à la fois prémisse et aboutissement logique de chacune des critiques du droit administratif, la suppression n'apparaît cependant qu'en filigrane. Idéal indicible⁸⁹ car négligeant trop ouvertement la réalité du système juridique français, les néo-libéraux en bons "prophètes", préfèrent montrer la voie des solutions à suivre et nimber leur discours idéologique d'un halo de pragmatisme.

85. Cf. Cohen-Tanugi (L.), "L'avenir de la justice administrative", *Pouvoirs*, n°46, 1988, p. 18.

86. Cf. Cohen-Tanugi (L.), *idem*, pp. 16 et 19 ; une analyse des co-occurents du vocable "droit administratif" dans la production néo-libérale montrerait assez facilement l'obsolescence que les auteurs souhaitent mettre en avant et l'omniprésence de l'opposition entre passé (dépassé) et avenir, qui recoupe largement l'opposition entre France et "Amérique" : le "retour du droit" comme la "demande de droit" viennent alors valider a posteriori la lecture libérale de la séparation des pouvoirs et légitimer la dénonciation tout aussi classique de la juridiction administrative.

87. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit...*, *op. cit.*, p. 96.

88. Cf. Varaut (J.-M.), *Le droit au droit*, *op. cit.*, p. 14.

89. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit...*, *op. cit.*, p. 110 : "Faut-il alors souhaiter la restitution des litiges impliquant l'Etat à l'ordre judiciaire ? Idéalement sans doute..." ; cf. également Mentré (P.), "Que le Conseil d'Etat cesse de juger", *Commentaire*, n° 57, printemps 1992, pp. 156-157. Cette possibilité est d'autant plus difficilement envisageable que le Conseil Constitutionnel a constitutionnalisé l'existence de la juridiction administrative (déc. n° 86-224 D.C. du 23.01. 1987).

me. Mais l'enjeu est identique : imposer un modèle de régulation juridique alternatif.

B) Les solutions néo-libérales : régénérescence ou phagocytose de la juridiction administrative ?

La source d'inspiration des modifications à apporter au système juridique français est incontestablement anglo-saxonne ; aussi n'est-il pas étonnant que la "nouvelle école libérale française"⁹⁰ - comme elle s'est auto-consacrée - promeuve un modèle autorégulé dont les effets sur le droit administratif sont aisément perceptibles. Privilégiant le droit privé, contractuel, le droit administratif doit être profondément modifié afin de s'adapter aux diverses mutations en cours ; la domination des thèses néo-libérales est alors présentée comme impérative et inéluctable, sorte d'œuvre de salubrité publique, et la juridiction administrative inexorablement condamnée sous sa forme actuelle : *"la justice administrative devra, dans son fonctionnement comme dans son idéologie, se rapprocher progressivement des formes classiques de la justice"*⁹¹.

1) La mythification du modèle anglo-saxon

Les libéraux français souhaitent ancrer leur "philosophie" dans l'histoire intellectuelle afin d'éclipser sa dimension conjoncturelle, rendue visible par le fait que les années 80 sont marquées par la mise en œuvre de réformes en Angleterre et aux Etats-Unis intrinsèquement opposées aux valeurs dont est pétri le droit administratif français⁹² ; c'est pourquoi F.A. Hayek est invoqué, lui qui a su donner *"un élan communicatif au libéralisme moderne"*⁹³. Cette double orientation du néo-libéralisme vers les Etats-Unis censés posséder *"le système juridique le plus avancé du monde"*, où la société et l'Etat sont *"entièrement immergés dans le droit"*⁹⁴, permet d'expliquer nombre de critiques du droit administratif et éclairer d'un jour "nouveau" les formes futures de la juridiction administrative redessinée par les prophètes.

Le modèle américain autorégulé se distingue par sa complexité et la place qu'il offre au droit et à la démocratie, du système français en retard et en retrait, où l'Etat à la fois omniprésent et englué dans les contradictions de ses multiples interventions étouffe une "société civile" marginalisée. L'Amérique/terre d'élection du "droit de la liberté" contre la France/royaume du *"droit du législateur"* - selon la taxinomie de F.A. Hayek - : ainsi pourrait être caractérisée la structure fondamentale des thèses néo-libérales. A ce titre le droit

90. Label décerné par Sorman (G.), *L'Etat minimum*, Paris, A. Michel, 1985, p. 46.

91. Cohen-Tanugi (L.), art. cité, p. 16.

92. Cf. Caillosse (J.), "La réforme administrative et la question du droit", *A.J.D.A.*, 1989, p. 4 et ss. et "La modernisation de l'Etat", *A.J.D.A.*, 1991, notamment pp. 755, 760 et 761.

93. Sorman (G.), *op. cit.*, p. 48.

94. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit...*, *op. cit.*, p. 7.

administratif français fait figure de repoussoir car visant souvent des “*effets spéciaux prévisibles (...)* qui par conséquent (impliquent) discrimination et arbitraire”⁹⁵, il est difficilement conciliable avec le “droit de la liberté”. De même sont préférés aux “juristes d’Etat” les juges et *lawyers* plus aptes à exprimer la complexité des règles de juste conduite dérivant de l’ordre spontané de la société. C’est finalement l’existence même d’une juridiction administrative qui est impossible ; dans la perspective tracée par A.C. Dicey, critique de notre système juridique, les Anglo-saxons n’ont pas reconnu la spécificité des problèmes administratifs, fondant ainsi une compétence judiciaire générale en matière administrative⁹⁶.

Cette re-présentation purifiée, naturalisée et idéalisée du système juridique autorégulé semble plus proche du mythe que de l’idéal-type ; chacun de ses éléments constitutifs est embelli et sacralisé et montre en creux les transformations à apporter au système français. Jugé à l’aune du “droit sans l’Etat” sur lequel repose la table des valeurs néo-libérales, il se montre “rigide”, “immobile” et, en comparaison avec les Etats-Unis “*la France (...)* n’est pas un pays très juridique”⁹⁷. Mais son salut est possible : il ne tient qu’à l’introduction et au développement du “vrai” droit qui ne pourra se faire qu’aux dépens du droit administratif compte tenu de la réalité du dualisme juridictionnel.

2) Le mythe du “vrai” droit

Le droit civil serait le droit commun applicable à l’ensemble des litiges y compris ceux nés des rapports entre les particuliers et la puissance publique. L’origine d’une telle idée n’est pas plus anglo-saxonne que “nouvelle” puisqu’en 1964 F.P. Benoît l’attribuait de manière très prosaïque à la formation des civilistes français⁹⁸ ; elle est pourtant présentée comme un trait central de l’“école libérale”, l’axe des réformes que le modèle juridique américain doit inspirer.

95. Hayek (F.-A.), *op.cit.*, p. 165. Pour une présentation “politique” de ces thèses, voir Madelin (A.), “De l’étatisme à l’Etat de droit”, *Le Monde*, 4.05.1991.

96. Voir sur ce point Benoît (F.-P.), art. cité, n° 37 et 44 ; cf. également Némou (P.), *op.cit.*, p. 410. Ces deux auteurs (que tout oppose...) se rejoignent cependant pour constater la protection lacunaire des administrés dans les pays dépourvus de juridiction administrative.

97. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit ...*, *op.cit.*, pp. 42. Selon G. Timsit cette affirmation est discutable : “Présentée ainsi, la distinction est évidemment fautive. L’un et l’autre pays sont aussi “juridiques” l’un que l’autre. (...) Ce qui change cependant et fait toute la différence du système de droit français et américain, c’est le statocentrisme et la transiitivité de l’un, et le sociocentrisme et l’intransiitivité de l’autre, et les conséquences logiques qui en découlent...”, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 150.

98. Benoît (F.-P.), art. cité, n° 19 : “L’idée du droit civil-droit commun est d’ailleurs si ancrée qu’elle peut être rangée parmi les notions à peu près unanimement admises comme allant de soi. (...) La formation des juristes était, au XIX^e siècle exclusivement, et jusqu’à 1940 encore essentiellement, une formation civiliste. (...) Dans ces conditions, le droit civil étant le seul droit vraiment connu, et à l’époque le seul droit réellement perfectionné, tout naturellement les juristes l’ont considéré comme le droit de base, comme “le Droit”.

Idée classiquement jusnaturaliste le “vrai” droit est antérieur à la loi, même s’il ne peut être réduit à un ensemble fini de préceptes moraux. Règles abstraites généralement indépendantes des lois élaborées et sanctionnées par l’Etat, elles sont parfois dégagées par le juge lorsqu’à partir des cas particuliers et afin d’éviter le retour des conflits qui se sont produits, il formule des jugements qui intègrent inconsciemment “une constellation donnée de règles qu’il a le devoir de respecter”⁹⁹, constitutives de l’ordre naturel spontané existant. On perçoit alors le caractère purement résiduel du “droit de l’Etat” suspecté de transformer cet ordre en organisation totalitaire.

Ce rôle essentiel attribué au juge dans le système anglo-saxon conduit certains juristes à faire de Hayek le “père” de l’épistémologie juridique¹⁰⁰ ; cette opinion doit cependant être relativisée compte tenu de l’antériorité de la distinction donné-construit exprimée par F. Geny¹⁰¹. Au niveau idéologique cette mythification du droit privé ou *nomos* a d’autant plus d’impact à l’heure actuelle qu’elle entre en résonance avec le discours sur la société civile : le droit civil, produit des relations intersubjectives, conforte l’autonomie de la sphère des intérêts particuliers, en limitant l’expansion de l’Etat de l’extérieur et en réduisant la part de son droit.

Mais quels effets ce “droit commun” peut-il avoir sur le droit administratif ?

D’après les prophéties néo-libérales l’essor de la régulation ne peut demeurer sans effet sur le droit de l’Etat, les catégories qui sous-tendent son développement et la juridiction chargée de sanctionner son application. En premier lieu, la “contrainte européenne” devrait engendrer la substitution au “monopole du droit réservé à l’Etat (de) la pluralité des sources du droit”¹⁰², et transformer l’architecture statocentrique du système juridique français. Le droit administratif affecté par l’érosion du paradigme de l’Etat-providence remplacé par celui de l’Etat subsidiaire devrait lui aussi se “résorber”, des notions aussi indispensables à son existence que celles de service public ou d’intérêt général étant disqualifiées dans le champ idéologique (généralement par les mêmes entrepreneurs de déclin du droit administratif ... la boucle est

99. Hayek (F.-A.), *op.cit.*, p. 121.

100. Notamment Atias (C.), *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, p. 119, n° 68; cf. également p. 109 : “Le grand philosophe contemporain Hayek, dont l’apport à l’épistémologie juridique est considérable (...) a montré combien la tradition venait au secours de la raison” ; cf. encore Nêmo (P.), *op. cit.*, p. 150.

101. Cf sur ce point les remarques de Cayla (O.), “L’indicible droit naturel de F. Geny”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n° 6, p. 121.

102. L. Cohen-Tanugi, “L’Etat dans la construction européenne. Intégration juridique ou politique ?”, in *Où va l’Etat ? La souveraineté économique et politique en question*, dir. R. Lenoir et J. Lesourne, Paris, Le Monde Editions, 1992, p. 161. Pour un autre exemple de ce traitement discursif de la “contrainte européenne” favorable aux thèses néo-libérales, cf. *La métamorphose...op. cit.*, p.29. Il faut toutefois noter que cet appel à la multiplication des sources du droit n’est pas propre aux néo-libéraux ; cf par exemple Rosanvallon (P.), *La crise de l’Etat-providence*, *op.cit.*, p. 117.

bouclée !) et en train de l'être dans le champ juridique¹⁰³. Enfin l'annexion d'une partie du contentieux administratif par le droit commun, le "vrai" droit est souvent souhaitée ; présentée comme un rééquilibrage des pouvoirs au profit de la société elle repose sur l'attribution de pans entiers du contentieux au juge judiciaire "au sein de chambres administratives spécialisées ou par la voie d'un transfert partiel de compétence"¹⁰⁴. Corrélativement des éléments du régime administratif aussi traditionnels que le privilège du préalable ou l'impossibilité de prononcer des injonctions devraient être amenés à disparaître si le juge administratif acceptait, en modernisant ses méthodes, d'introduire des techniques du droit privé. La régénérescence de la juridiction administrative passe donc par sa transformation et son alignement sur la juridiction judiciaire.

Cette fois encore les néo-libéraux semblent osciller entre jusqu'au-boutisme et autolimitation ; cette ambiguïté leur est préjudiciable. Concernant l'avenir de la juridiction administrative, le pragmatisme censé gouverner certaines propositions se dilue dans le simplisme et la faible originalité des solutions proposées ; simpliste l'opposition entre la "bonne régulation par le droit, démocratique et bon marché à la fois, et de l'autre, la mauvaise régulation par l'Etat nécessairement inefficace"¹⁰⁵ ; simpliste aussi l'opposition entre le droit public potentiellement totalitaire et le droit privé libérateur¹⁰⁶ ; classique enfin les griefs formulés à l'encontre des lacunes du contrôle juridictionnel de l'administration que plusieurs générations de juristes ont stigmatisé sans avoir jamais lu Hayek ... Une fois ces points retranchés de la "nouvelle philosophie" libérale ne lui resterait-il plus alors que la force agissante de l'incantation ?

Nouvelle version de ce que P. Bourdieu appelait le "conservatisme reconverti", dont on sait qu'il se présente comme un "discours puissant, non pas vrai, mais capable de se rendre vrai -...- en faisant advenir ce qu'il annonce, en partie par le fait même de l'annoncer"¹⁰⁷, le néo-libéralisme semble doté d'une indéniabilité dimension performative. Cette explication néglige cependant le rôle joué par les nombreux acteurs qui, à la faveur de multiples circons-

103. Ce phénomène est bien analysé par Bizeau (J.-P.), "Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ?", *A.J.D.A.*, 1992, notamment p. 189 et s.

104. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 110 ; une telle possibilité a été implicitement reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23.01.1987 qui, en faisant des prérogatives de puissance publique l'ultime critère de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, laisse en dehors de la réserve de compétence au profit du juge administratif certains types de contentieux. De la sorte un transfert de compétence par voie législative est juridiquement envisageable.

105. Rosanvallon (P.), *L'Etat en France*, *op. cit.*, p. 277.

106. Pour un exemple des relations qui "unissent" le droit administratif au droit civil, les règles constitutives de ce dernier n'étant pas systématiquement écartées par le juge administratif, cf. Vedel (G.), note sous Trib. civ., Seine, 28.11.1952, *J.C.P.* 1953.II.7371. De même il semblerait possible de relativiser l'opposition entre le Conseil d'Etat et le système juridique régi par la *common law* ; cf. par exemple les propos de Hamson (C.-J.), "Vues anglaises sur le Conseil d'Etat français", *R.D.P.*, 1956, notamment p. 1050.

107. Bourdieu (P.), "La science royale et le fatalisme du probable", *A.R.S.S.*, n° 2-3, 1976, p. 51.

tances ont pris -plus ou moins consciemment- une part active à la diffusion de ce discours et finalement à la réalisation de ce qu'il prévoyait. Certaines thématiques ont ainsi été directement annexées par des entreprises politiques engagées dans un processus de renouvellement doctrinal¹⁰⁸ (III) ; des juristes ont acclimaté certaines thèses classiques à cette "nouvelle" idéologie lui assurant ainsi une plus grande respectabilité ; ce sont finalement ces interactions entre acteurs insérés dans des univers sociaux différenciés qui ont permis au discours néo-libéral de se vérifier partiellement. Mais après tout, comme le reconnaît P. Bourdieu, c'est "*une façon comme une autre de se vérifier*"...

III - LA CONTESTATION DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE PAR LES PROFESSIONNELS DE LA POLITIQUE

Au cours des deux décennies qui ont suivi l'"Affaire Canal", la juridiction administrative s'est trouvée exposée, dans le champ politique, à un vaste mouvement de réévaluation de ses acquis : à "droite" comme à "gauche", la critique a concerné son fonctionnement et l'absence d'indépendance du juge administratif. Si, dans la première hypothèse, la contestation de la juridiction administrative par les professionnels de la politique peut être inscrite dans le même mouvement que celle relative à sa "modernisation", dans la seconde elle semble justiciable d'un mode d'analyse tout à fait différent.

A) La remise en cause du fonctionnement de la juridiction administrative

Elle est commune à l'ensemble des forces politiques et s'inscrit dans la perspective de la transformation de la relation administration / administrés¹⁰⁹. Cette dernière vise à rompre avec "*l'idée d'inégalité entre l'administration et l'administré. Surtout quand les conséquences qui en découlent aboutissent à la non information des usagers*"¹¹⁰, et à garantir un strict respect de l'indépendance de la juridiction administrative qui, au même titre que l'indépendance de la juridiction judiciaire, constitue un principe de valeur constitutionnelle¹¹¹. Au coeur du projet se trouverait donc le souci de redéfinir les bases de la citoyenneté en rompant avec des structures administratives "*qui n'ont en fait cessé de se durcir depuis l'empire*"¹¹², en offrant "*à la démocratie quotidienne, partout où ce sera possible, de nouveaux espaces de liberté et de*

108. Voir par exemple Baudouin (J.), "Le "moment néo-libéral" du R.P.R. : essai d'interprétation", *R.F.S.P.*, 1990, n° 6, pp.830-844.

109. Voir *L'Administration vue par les politiques*, Cahiers de l'IFSA n° 18, Cujas 1979 ; et Poirmeur (Y.), "Transparence et secret administratif dans le débat politique", *Information et Transparence administratives*, Puf 1988, pp 181 et s.

110. Mauroy (P.), Discours lors du colloque "Administration et Société", art. cité, p. 30.

111. Voir à ce propos, Arpaillange (P.), Intervention devant les chefs de juridictions administratives, 23 Janvier 1990, *Les Petites Affiches* n° 16, 5 Février 1990, p. 4.

112. Discours de Blois du 7 Janvier 1978, cité par Chevallier (J.), "Changement politique...", *op. cit. supra*, p. 305.

responsabilité¹¹³ et d'étendre des garanties accordées aux "citoyens". L'accès aux documents administratifs, le projet de Charte des relations entre l'administration et les administrés et la loi du 6 Janvier 1986 instituant un Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et fixant les règles qui garantissent le respect de ce principe d'indépendance sont quelques unes des orientations qui vont conduire à modifier certains des équilibres du droit administratif. Ainsi P. Mauroy souhaitait la remise en cause du mode de commandement autoritaire fondé sur le secret, par la suppression de notions telles que "pouvoir discrétionnaire"¹¹⁴ ou "acte unilatéral"¹¹⁵, à "une époque où concertation et négociation sont devenues des règles de conduite politique"¹¹⁶. Mieux informés, les administrés doivent avoir le droit de se faire entendre individuellement dans le cadre d'un débat contradictoire préalable aux décisions de la juridiction administrative. De même A. Le Pors envisageait-il que la Charte des relations entre l'administration et les administrés "soit ordonnée autour de six principes dont la rédaction a été voulue très accessible à la compréhension générale : traiter les problèmes avec impartialité et objectivité, informer les personnes et les aider à résoudre leurs difficultés, agir chaque fois que cela est possible sur la base de la concertation, disposer de souplesse pour réexaminer décisions et procédures, agir avec célérité"¹¹⁷. Enfin, la stricte observance de "l'indépendance de la juridiction administrative devrait permettre la sauvegarde des libertés publiques et des droits des citoyens face à l'administration"¹¹⁸.

La remise en cause du fonctionnement de la juridiction administrative a été également affirmée lors des débats parlementaires relatifs à la loi portant réforme du contentieux administratif¹¹⁹ (loi du 31 Décembre 1987), ainsi que dans la réforme même : cette dernière a été l'occasion de rénover la juridiction administrative sur des points qui n'étaient pas directement liés à la mise en place des nouvelles juridictions mais que celle-ci a incité à régler. Ainsi un décret du 2 septembre 1988 a révisé la procédure de référé devant le juge administratif en permettant notamment au juge des référés d'allouer une pro-

113. Mauroy (P.), Ass. Nat., 8 Juillet 1981. Il faut noter que cet objectif concerne l'ensemble de l'administration, et la contestation du droit administratif a ici un aspect instrumental : elle ne prend pas sens en elle-même, mais par référence à un objectif plus général ; la juridiction administrative et "son" droit apparaissant "alors comme le lieu où se polarise la volonté de changement et le terrain d'expérimentation de nouveaux équilibres sociaux" (Chevallier (J.), *op. cit. supra*, parlant du droit administratif, p. 300).

114. Mauroy (P.), Discours lors du colloque " Administration et Société ", *op. cit. supra*, p 30.

115. *Ibid*, p. 30.

116. *Ibid*, p. 30.

117. Le Pors (A.), Discours lors du colloque " Administration et Société ", *op. cit. supra*, p 218-219.

118. Arpaillange (P.), *op. cit. supra*, p. 4.

119. Voir à ce propos notamment, les interventions du rapporteur P. Mazeaud en matière d'appel du contentieux de l'excès de pouvoir lors du débat de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, reprise dans *Le Monde*, 3 Octobre 1978, et lors de la 1ère séance du 6 octobre 1987.

vision lorsque le bien-fondé d'une demande d'indemnité "n'est pas sérieusement contestable". Ce même décret a donné à la juridiction administrative le pouvoir, qu'avaient déjà les juridictions judiciaires, de condamner, pour des raisons d'équité, l'une des parties au litige à rembourser à l'autre certains frais exposés au cours de la procédure ; en particulier les frais d'avocats. Enfin, la réforme du contentieux administratif a entraîné la réécriture complète du code des Tribunaux Administratif et des Cours Administratives d'Appel, dont une nouvelle version a été publiée par un décret du 7 Novembre 1989. C'est ainsi une extension d'ensemble des garanties accordées aux administrés par la juridiction administrative que la réforme a entraînée.

Mais la juridiction administrative a aussi été un espace de confrontation politique, où se sont déployées et réglées certaines controverses du même ordre.

B) La critique récurrente de l'absence d'indépendance du juge administratif.

Dans le droit fil de la dénonciation gaullienne du parti-pris de ses décisions après l'"affaire" Canal en 1962¹²⁰, le Conseil d'Etat a été régulièrement suspecté au cours des deux décennies précédentes de ne pas être indépendant dans sa fonction contentieuse et de se prononcer en fonction de critères partisans.

Le Conseil a ainsi été accusé de rendre des décisions d'ordre politique reflétant les positions de "l'opinion publique dominante"¹²¹. En 1984 par exemple, contestant l'annulation contentieuse de nombreuses élections municipales remportées par ses candidats, le P.C.F. a publiquement mis en cause la partialité du Conseil d'Etat, soulignant l'appartenance de deux commissaires du gouvernement aux instances dirigeantes du RPR, et trouvant "curieuse" la coïncidence de ces multiples invalidations¹²².

120. Voir à ce propos l'analyse de Lochak (D.), *La justice administrative, op. cit. supra*, pp 76 et s.

121. Au sens de Lochak (D.), "opinion (...) de la fraction de l'opinion qui à un moment donné, en raison de son statut politique ou de sa situation économique, détient les moyens d'influence effectifs sur la conduite des affaires publiques", "Le rôle politique du Juge Administratif français", *BDP*, T. CVII, LGDJ 1972, pp 321-322. Dans le même sens, Dupeyroux (O), "L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux", *RDP* n° 3 / 1983, pp 595 et s.

122. Voir concernant les "affaires" d'Antony, de Sarcelles et de Choisy-le-Roi, Schmitt (O), "Le contentieux des élections municipales", *Le Monde* 4-5 Septembre 1983. Cet aspect conjoncturel de la dénonciation du manque d'indépendance de la juridiction administrative par le Parti Communiste ne doit pas masquer sa dimension "idéologique" plus profonde ; cf. par exemple l'article 71 du Projet de déclarations des libertés du Parti Communiste : "Dans leur relation avec l'administration, les citoyens sont garantis contre l'arbitraire. (...) L'administration est soumise au contrôle de juridictions administratives indépendantes; elle est tenue d'exécuter leurs décisions"; Ed. de L'Humanité, 1975, p. 44-45.

En sens inverse, il a été régulièrement reproché au Conseil d'Etat de subir, dans sa fonction contentieuse, l'influence de ses membres nommés au "tour extérieur". Ainsi en 1986, le gouvernement mécontent des réserves émises par la juridiction administrative suprême sur les ordonnances relatives aux privatisations et au projet de loi sur la nationalité, eut tendance à incriminer l'influence des membres du Conseil réintégrés dans le corps après avoir servi le précédent gouvernement dans les cabinets ministériels ; remettant ainsi en cause sa composition. Il est vrai que le "tour extérieur" a donné lieu en 1985 avant les élections, comme cela avait déjà été le cas en 1980 avant l'alternance de 1981, à de nombreuses nominations politiques au Conseil d'Etat qui ont fait grand bruit dans le monde politique¹²³. Et lors d'un débat organisé par la revue *Pouvoirs* sur "La politisation du Conseil d'Etat", le représentant du RPR a affirmé que sa formation politique restait favorable au tour extérieur, en raison de son ancienneté et de son efficacité comme mode de recrutement dans la fonction publique car il permet une certaine diversification, mais posait le problème de l'importance des flux de personnes nommées par cette voie en son sein ; considérant qu'il y avait là un phénomène préjudiciable à son impartialité car "il est dans la nature des choses qu'un gouvernement favorise plutôt ses amis que les gens qui ne partagent pas ses convictions"¹²⁴.

Ces exemples de la contestation de la juridiction administrative par les professionnels de la politique tendent à montrer que cette dernière est l'objet de prises de positions différenciées de leur part ; qu'elle est à la fois un lieu et un enjeu de luttes politiques. Ces investissements différenciés sont dûs à son autonomie relative par rapport au champ politique et sont favorisés par l'ambiguïté de son statut, cette juridiction étant à la fois juge et partie de l'administration.

On voit aussi que s'il y a convergence entre la contestation de la juridiction administrative dans le champ intellectuel et dans le champ politique, cette remise en cause ne se situe toutefois pas sur le même plan.

Malgré le caractère parcellaire de cette analyse procédant par "coupes" dans le discours pour le moins étendu des discours caractérisés par une haute teneur idéologique, il semble qu'il soit possible de constater que les éventuelles mutations du droit administratif, relevant plus de l'ordre de sa re-présentation que de ses transformations concrètes, procèderaient moins de la démarche "volontariste" des différentes entreprises intellectuelles et politiques que des "transactions collusives"¹²⁵ entre les trois champs considérés ; les inter-relations, les passerelles, les correspondances qui se nouent à cette occa-

123. Voir Passeron (A.), "Comment ils ont placé leurs amis", *Pouvoirs* n° 40 / 1987, pp 28-29.

124. Voir l'intervention de Balluteau (M.) lors du débat sur "La politisation du Conseil d'Etat : mythe ou réalité ?", *Pouvoirs* n° 40 / 1987, pp 103 et 104.

125. Dobry (M.), *Sociologie des crises politiques*, Paris, P.F.N.S.P., 1986, p. 110.

sion entre les différents discours sont alors la source de nouvelles re-présentations qui tendent à s'objectiver ; l'image d'un droit administratif symbole d'un Etat tout puissant, "hégélien"¹²⁶ s'altère alors dans une période de remise en cause de l'Etat.

On peut toutefois s'interroger sur la pertinence et les effets de la convergence des discours de ceux que P. Legendre aurait pu appeler les "naïfs spécialistes de la réforme administrative"¹²⁷ : leur "radicale méconnaissance de la puissance des symboles"¹²⁸ débouchant sur une sorte de "rapt" symbolique de la Mère dont le droit administratif illustre et institutionnalise la position, ne serait-elle pas la source d'inconvénients sans commune mesure avec les profits escomptés ?

126. Cf. sur ce point Nizard (L.), art. cité, p. 91.

127. Legendre (P.), *L'Amour du censeur*, Paris, Seuil, 1974, p. 220.

128. Legendre (P.), *idem*, p. 221.