

**LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE
ET LE JUGE ADMINISTRATIF**

LA CRISE D'UN MODELE DE PRODUCTION DU DROIT

PAR

Yves POIRMEUR

Professeur à l'Université de Bordeaux I

Emmanuelle FAYET

Diplômée d'études approfondies en Sciences Administratives (C.U.R.A.P.P.)

La doctrine a longtemps célébré le droit administratif et la juridiction administrative¹ qui en était le principal producteur, exaltant les mérites d'un droit à la recherche d'un équilibre subtil entre les nécessités de la satisfaction de l'intérêt général par des moyens exorbitants, des prérogatives de puissance publique et la protection des particuliers contre l'arbitraire². Elle s'est dépar-

1. Voir Lochak (D.), "Quelle légitimité pour le juge administratif ?", *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 141 : "après un XIX^{ème} siècle très "critique" à l'égard de la juridiction, les progrès continus du contrôle juridictionnel de l'administration, l'indépendance progressivement acquise dans les faits, sinon en droit, avaient fini par faire taire ses détracteurs. Mieux : le juge administratif, et notamment le Conseil d'Etat, était volontiers présenté par ses membres et une partie de la doctrine comme le plus sûr gardien des libertés publiques. Le Conseil d'Etat a bénéficié, selon l'expression de M. C. Kessler d'un "phénomène de cour", son entourage constitué principalement de professeurs de droit, observant à l'égard de son oeuvre une attitude révérencielle et ne formulant ses critiques qu'en termes mesurés et déférents". Sur ces débats au XIX^e siècle : voir Berthélemy (H.), *Traité de droit administratif*, Arthur Rousseau, 5^{ème} édition, 1908, p. 22.

2. On peut se reporter à Berthélemy (H.), *op. cit.*, qui dans sa préface considérait l'édifice alors construit "comme fort habitable et assez exactement approprié aux tendances d'un peuple justement désireux de concilier deux choses : l'ordre et la liberté" (p. XI) ou qui dans ses réflexions sur la place de l'administration considère que "la vérité scientifique et les applications positives sont entre les deux systèmes : libéral et socialiste" (p. 4). Egalement Rolland (L.), *Précis de droit administratif*, Dalloz, 7^{ème} édition 1938, P. 23, ou Waline (M.), *Traité élémentaire de Droit administratif*, Recueil Sirey, 6^{ème} édition, 1951, p. 11 : "En France, on a voulu (...) concilier les nécessités administratives avec le désir de garanties des administrés contre l'arbitraire".

tie de cette attitude traditionnellement laudative au cours de la dernière décennie, adoptant un point de vue de plus en plus critique et réservé³. Certes, les reproches ne sont pas nouveaux : il y a une certaine récurrence des phénomènes de contestation⁴ liée à la nature même du travail doctrinal : la doctrine dont les membres sont en lutte pour l'autorité doctrinale⁵ n'existe que par le commentaire et se nourrit des crises⁶, des remises en cause de toutes sortes -même les plus minimes- qui affectent nécessairement ce droit, toujours en évolution, qu'elle sert tout en s'en servant. C'est ainsi que les critères de partage des compétences entre ordres de juridiction⁷, les limites de la sphère d'application du droit administratif, la "spécificité" de ses règles, la fameuse pénétration du droit administratif par le droit privé et sa réciproque, ou encore les avancées et les reculs du contrôle du juge sont les points sensibles autour desquels se bâtissent les grandes conceptions doctrinales : tout cela fournit les thèmes permanents et structurants de la réflexion doctrinale en droit administratif. Mais si les débats se déploient toujours autour de ces préoccupations, ils ont pris depuis la fin des années soixante dix un tour nouveau et une nouvelle vigueur. On s'interroge désormais sur la légitimité du juge administratif⁸, sur le bien fondé de l'existence même de la juridiction administrative⁹, sur l'intérêt et l'utilité du droit administratif et finalement, pour s'en réjouir ou s'en désoler, sur "la fin Droit public ?"¹⁰.

A l'origine de cette radicalisation des prises de position, on peut trouver des causes diverses. Tout d'abord, des transformations de l'administra-

3. On trouve un florilège de ces critiques dans "Le Droit administratif", *Pouvoirs* n° 46, 1988.

4. Comme le montre Gentot (M.), "La légitimité : un débat récurrent", *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 152 - 157.

5. Voir sur ce point Bernard (A.) et Poirmeur (Y.) "Doctrines civiliste et production normative" in *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

6. Sur le thème de la crise voir de Laubadère (A.), "Réflexions sur la crise du droit administratif français", *Pages de Doctrine*, LGDJ, T 2, p. 177 ; également la thèse de Fonsakis (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, p. 126 - 127.

7. Faut-il rappeler que c'est à la façon toute particulière qu'a été entendu le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires que l'on doit le "miracle" du droit administratif français.

8. Voir les contributions de D. Lochak, M. Gentot et X. Pretot, dans *Droit et politique précité*.

9. Cohen- Tanugi (L.) "L'avenir de la justice administrative", *Pouvoirs* n° 46, 1988. Burdeau (F.), "La Crise du principe de dualité des juridictions", *RFDA*, 1990, p. 724. Bazex (M.), "L'implosion du dualisme de juridiction", *Pouvoirs* n° 46, 1988 ; Burdeau (F.), "Du sacre au massacre : la doctrine et le Conseil d'Etat statuant au contentieux", *Mélanges H. D. Cosnard*, Economica, 1990, p. 309. Terré (M.) "Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel", *AJDA*, 1990, p. 595. Delvolvé (P.), "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire", *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 135-145 ; Truchet (D.), "Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?", *Mélanges J. M. Auby*, Dalloz, 1992.

10. Vallet (O.), "La fin du droit public ?", *Revue administrative*, n° 265, 1992, Debbasch (C.), "Le Droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ?", *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 127-133 ; Boulouis (J.), "Supprimer le droit administratif ?", *Pouvoirs* n° 46, 1988 ; Drago (R.), "Le juge judiciaire, juge administratif", *RFDA*, 1990, p. 757.

tion : l'extension de la sphère d'action administrative appelle une diversification des mécanismes de régulation et de gestion¹¹. Il en résulte "une altération de l'homogénéité du droit administratif et une limitation de la portée de ses principes fondamentaux"¹². De plus la crise de l'intervention publique et de l'Etat providence révèlent les limites et les faiblesses d'un modèle d'organisation administrative qui tient la seule régularité juridique pour synonyme de bonne gestion. Elle conduit à l'adoption de modes de gestion managériale ; et l'introduction dans l'administration de nouvelles valeurs comme l'efficacité, la rentabilité, l'économie de moyens¹³ ou encore la transparence¹⁴ tend à remodeler les principes classiques de fonctionnement des services publics avec lesquels elles se combinent plus ou moins harmonieusement. Le développement de cette idéologie de la rationalité restreint la place de l'idéologie juridique dans l'administration¹⁵, le droit administratif classique apparaissant comme un "verrou" ou un obstacle à la modernisation administrative et à la recherche de l'efficience.

11. Ceci se manifeste par l'édiction de réglementations spécifiques à chaque secteur d'intervention et par une multiplication des régimes juridiques, qu'il est donc de plus en plus difficile de ramener à quelques grands principes unificateurs et explicatifs.

12. Du Bois de Gaudusson (J.), *Cours de Droit administratif*, 1992-1993, Librairie Montaigne, Bordeaux, p. 33.

13. Chevallier (J.), Lochak (D.), "Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française", *RFAP*, n° 24, 1982. Cela s'accompagne dans la période récente de l'invention de nouveaux mécanismes d'évaluation des politiques publiques : circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public ; Décret du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques. Voir sur les mesures juridiques liées à cette modernisation. Duprat (J.-P.), "L'adaptation de l'administration et la modernisation du service public", *La politique de modernisation des administrations économiques et financières*, Lycifac, Bordeaux 1993.

14. Rangeon (F.) (dir), *Information et transparence administratives*, PUF, 1988.

15. Du Bois de Gaudusson (J.), "Allocation", *La politique de modernisation des administrations économiques et financières, précité*. Egalement Caillosse (J.), "La réforme administrative et la question du droit", *A.J.D.A.*, n° 1, 1989, p. 3 et s. ; "Le droit, verrou de la modernisation ?" in Muller (P.), *L'administration française est-elle en crise ?*, L'Harmattan, 1992, p. 251-258 ; "L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficience ?", *Politique et Management Public*, vol. 7, n° 2 juin 1989, p. 163-182. On conçoit aussi qu'elle puisse justifier une certaine forme de "déréglementation", consistant à ajuster le droit administratif à ses exigences... Il est à noter que cette "insuffisance" du droit dans la compréhension de l'administration et des "dysfonctionnements" de l'appareil administratif ont fourni l'occasion à certains sociologues de s'en faire les spécialistes : on pense ici à l'équipe constituée autour de Michel Crozier. Le discrédit tout relatif qui atteint le droit, le prestige des sciences sociales et spécialement du structuralisme, à la fin des années soixante, offrent aussi l'occasion à un ensemble de publicistes de se distinguer des juristes purs en se lançant dans la production de biens intellectuels nouveaux à la marge du droit et des sciences humaines : Lucien Sfez, Lucien Nizard, Jacques Chevallier, Danièle Lochak se consacrent alors à la promotion d'une science administrative largement sociologisée. Pour une analyse des dogmes et croyances qu'a contribué à accréditer une certaine science administrative et sur les usages du modèle wébérien, désociologisé par les juristes et converti en idéologie administrative par les juristes et les administrateurs, on se reportera à Darbon (D.), *Le paradoxe administratif : perspective comparative autour du cas français*, Thèse de science politique, Université de Bordeaux I, 1991, p. 25 à 45.

Ensuite, s'ajoutent des facteurs idéologiques et politiques : les entreprises intellectuelles de dénonciation du totalitarisme, de contestation de l'interventionnisme de l'Etat, annonçant la fin du paradigme social, dans les années 70 et 80, le renouveau des idéologies libérales et néo-libérales, mais aussi la sensibilité accrue des administrés à "l'arbitraire" et aux méthodes administratives autoritaires et non transparentes, ont alimenté la disqualification d'un droit administratif traditionnel stigmatisé comme un "droit de privilège" au service de la puissance administrative, trop peu protectrice des particuliers et pas assez "libéral"¹⁶. Le retour au droit, mais à un "droit sans l'Etat"¹⁷ amène ses promoteurs à se faire "entrepreneurs de déclin" du droit administratif, alors qu'au contraire, ils sont des agents de promotion du "droit civil" et du droit constitutionnel¹⁸ et d'un modèle de droit de type anglo-saxon.

Le Procès du Droit administratif au nom
du modèle de droit anglo-saxon

*"La critique traditionnelle de la jurisprudence administrative reste cependant justifiée au plan des principes, dans la mesure où l'administration demeure soustraite au droit et aux juges communs et aux contraintes extérieures qui la brident dans le système juridique anglo-saxon. Évaluée, non pas au regard de l'arbitraire absolu et du vide juridique, mais à l'aune d'un système juridique avancé, la dualité française de juridiction laisse légitimement à désirer. Ainsi, à titre d'exemple, l'administration jouit-elle encore aujourd'hui de prérogatives exorbitantes à l'égard de la justice dont le principe est fort contestable et l'application pratique, préjudiciable (...). Au principe de légalité auquel est soumise la juridiction administrative fait pendant celui, quelque peu contradictoire, de "l'indépendance de l'administration à l'égard du juge". La critique traditionnelle subsiste donc et gagne à être formulée de manière différente aujourd'hui". "Il est généralement admis que la finalité ultime du contrôle exercé par le juge administratif n'est pas dénuée d'ambivalence : lieu de résolution des griefs de la société civile contre l'Etat, mais aussi mécanisme régulateur de l'administration au sommet, garant de sa bonne marche interne", "l'activité de la juridiction administrative a donc deux destinations, le public et l'administration elle-même. Les critiques adressées au fonctionnement pratique de la juridiction administrative (...) et l'inconvénient que représente pour le requérant l'incertitude sur la compétence résultant de la dualité de juridiction laissent présumer que la seconde fonction est peut-être la plus importante", L. Cohen-Tanugi, *le Droit sans l'Etat*, PUF, 1985, p. 102-103.*

16. On sait que l'une des vertus que prêtent les néo-constitutionnalistes au Droit constitutionnel est d'être beaucoup plus libéral que les autres branches du droit. La constitutionnalisation serait donc progressivement un instrument de leur "libéralisation".

17. Cohen-Tanugi (L.), *le Droit sans l'Etat, sur la démocratie en France et en Amérique* PUF, 1985, spécialement p. 100 et suivantes où l'auteur met en scène les insuffisances de l'Etat de droit en France.

18. Voir sur ce point Poirmeur (Y.), "Thèmes et débats autour du constitutionnalisme", *Droit et Politique*, PUF, 1993 p. 15-16.

Enfin et surtout, on peut trouver dans les transformations du mode de production du droit administratif lui-même et dans sa mise en concurrence de plus en plus directe avec d'autres modèles de droit un facteur essentiel de cette radicalisation. La constitutionnalisation de la juridiction administrative par le Conseil constitutionnel¹⁹ loin de conforter son champ de compétence traditionnel, en a au contraire offert une définition restrictive qui contribue à la fragiliser²⁰. Son existence constitutionnelle n'est consacrée que pour certaines matières bien délimitées : *"le contentieux de l'annulation et de la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif"*. L'attribution de ces compétences peut au surplus faire l'objet d'aménagements dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Comme le note Michel Bazex *"le domaine réservé au juge administratif est finalement restreint et le législateur se voit dorénavant reconnaître une grande liberté pour définir et redéfinir les règles de dévolution des contentieux"*²¹. De nombreux aspects du contentieux de l'administration pourraient être ainsi confiés au juge judiciaire, laissant au juge administratif le seul contentieux de la puissance publique, critère par nature réducteur d'attribution. Toute modification dans le partage des compétences juridictionnelles - qui peut se faire par touches successives et prendre l'aspect d'une lente érosion de la compétence du juge administratif²² - ferait pénétrer plus profondément le juge judiciaire dans la production du droit administratif en le convertissant en véritable juge administratif²³. On assisterait alors à l'émergence d'un *"droit administratif administratif"* et d'un *"droit administratif judiciaire"*²⁴ dont la doctrine peut s'attacher à comparer les mérites et problématiser les différences²⁵. De plus la réforme interne de la juridiction

19. Décision du 23 janvier 1987 (Conseil de la concurrence) et Décision du 28 juillet 1989 (Etrangers).

20. La décision de 1987 a déverrouillé le système en affirmant que les articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et que le décret du 16 fructidor an III n'avaient pas valeur constitutionnelle. Certains auteurs estiment que le conseil ne s'opposerait pas à une fusion des juridictions dès lors que les droits des administrés n'en souffriraient pas. En ce sens, Truchet (D.), *"Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?"*, *Mélanges offerts à J. M. Auby*, 1992, p. 335-345.

21. Bazex (M.), *"L'implosion du dualisme de juridiction"*, *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 39.

22. Bizeau (J.-P.) *"Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ?"* *AJDA*, 20 mai 1992, p. 179.

23. R. Drago note en ce sens que *"le juge judiciaire statue comme un véritable juge administratif, non seulement à raison de la nature du contentieux dont il connaît mais des pouvoirs qu'il exerce"* ; *"Le juge judiciaire, juge administratif"*, *RFDA*, 1990, p. 757. Voir Chapus (R.), *"Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique"*, *RFDA* 1990, p. 739.

24. Comme l'indique P. Delvolvé, il faudrait être assez naïf pour croire que le juge judiciaire se contentera d'appliquer le droit privé car *"la compétence judiciaire en matière administrative n'efface pas la particularité de la matière"*, Delvolvé (P.), *"Paradoxes du (ou paradoxes sur) le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire"* *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien 1992, p. 140 ; aussi Weil (P.), *"A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou les surprises de la jurisprudence Giry"*, *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 379.

25. La répartition des compétences est effectivement destabilisée, avec une dynamique en faveur de l'attribution des contentieux au juge judiciaire. Voir le rapport, dans le présent ouvrage, de N. Decoopman, *"Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes"*.

administrative et la création des cours administratives d'appel a élargi l'espace du commentaire doctrinal : il est aujourd'hui possible de se consacrer à l'étude de la jurisprudence de ces cours qui participent activement à la production normative autrefois monopolisée par le Conseil d'Etat²⁶.

L'intervention plus fréquente du législateur pour définir les principes fondamentaux du droit administratif²⁷, le développement du droit européen élaboré par les instances communautaires, qui impose de profondes restructurations des droits nationaux à partir de principes directeurs qui leur sont parfois étrangers²⁸ ; les avancées du contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel et la constitutionnalisation des branches du droit²⁹, ainsi que la mise en place de structures de régulation non-juridictionnelles -les autorités administratives indépendantes- atteignent le droit administratif en profondeur en en redéfinissant tant le contenu que les frontières. L'activité normative de ces acteurs relativise le rôle du juge administratif concurrencé en tant que producteur et interprète prépondérant d'un droit administratif, dont l'autonomie et les principes sont désormais le fruit d'un jeu beaucoup plus complexe et subtil entre les intervenants aux logiques diffé-

(suite note 25) dantes". Cette dynamique s'exprime aussi à travers la transformation du statut de certaines activités : le cas de la Poste et de France Télécom est tout à fait significatif. René Chapus montre qu'il y a une vague importante de transformations d'Etablissements publics administratifs en Etablissements publics industriels et commerciaux in "L'Administration et son juge. Ce qui change", *EDCE* 1991 n° 43, p. 263-264) M. Bazex montre aussi très bien comment le droit des affaires tend à s'imposer indistinctement aux agents économiques qu'ils soient publics ou privés, par l'intermédiaire du développement du Droit communautaire in "Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ?", *AJDA* 20 octobre 1990, p. 659 et s. Enfin M. Debène révèle à quel point le statut et la propriété publiques d'une entreprise peuvent être gênants dans sa gestion au regard des règles communautaires in "Entreprises publiques et marché unique entre assimilation et suspicion", *AJDA*, 20 avril 1992, p. 243-252.

26. Ce n'est pas par hasard si l'on voit les facultés de droit consacrer des journées d'étude à leur jurisprudence. Par exemple la journée d'étude de la Faculté de Droit de Bordeaux, "Le droit communautaire devant les juridictions en Aquitaine", 29 avril 1993.

27. On pense évidemment aux lois dites de la troisième génération des Droits de l'homme ; l'intervention n'est pas celle exclusive du législateur : le gouvernement aussi par décret adopte des règles de procédure qui classiquement auraient pu être la matière d'un "grand arrêt".

28. Simon (D.), "Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?", *Revue Droits*, 1991 n° 14 montre qu'il y a une "systématisation des principes généraux du droit par la jurisprudence de la cour de justice de la communauté européenne (qui) dessine progressivement les contours d'une vision européenne de l'Etat de droit". La perméabilité des systèmes juridiques nationaux et communautaire provoque un métissage juridique. Pour une description de certains de ces mécanismes, voir Fines (F.), *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la CEE*, L.G.D.J., 1990 ; également Jacqué (P.J.), "La communautarisation des politiques nationales", *Pouvoirs* n° 48, 1989, p. 29 et s. ; Oberdorff (H.), "L'administration face aux enjeux de la construction européenne" in Muller (P.), *L'administration française est-elle en crise ?*, L'Harmattan, 1992, p. 129-145.

29. Cette idée est très discutable dans les conséquences que les néo-constitutionnalistes lui prêtent comme on l'a montré dans "Thèmes et débats autour du constitutionnalisme", *Droit et Politique*, PUF, 1993, p. 21 et s. Ce qui change, c'est avant tout le stock des règles appliquées par le juge administratif, non l'autonomie qu'il a vis-à-vis d'elles. En s'appuyant sur un stock de normes plus important, il peut mieux qu'auparavant soumettre l'administration au droit.

rentes, aux croyances particulières et aux capacités d'imposer leur point de vue variables.

Ces transformations structurales du champ de production du droit administratif non seulement autorisent une ouverture du champ de l'interprétation et du commentaire, en instaurant les conditions propices à une différenciation de l'offre des produits doctrinaux sur le droit administratif, mais encore appellent l'autonomisation relative de groupes de spécialistes célébrant, exploitant et légitimant le travail des nouveaux intervenants. Elles permettent donc à certaines fractions de la doctrine -lorsqu'elles ne se rallient pas purement et simplement à la cause d'un autre droit³⁰ - de prendre leurs distances avec le juge administratif, les conceptions classiques de la production du droit administratif et les façons routinisées d'en faire et d'en parler. En élargissant le champ du dicible, elles les amènent aussi à redéfinir les principes qui structurent ce droit, dont la production concurrentielle - alimentée en profondeur par les intérêts économiques et sociaux externes qui s'opposent autour de sa définition³¹ - avive les contradictions. Ouvertes par ce pluralisme, les prises de positions des membres de la doctrine tiennent à la fois à leur place dans le champ de production des biens doctrinaux³², dont le système de positions et les rapports de forces sont en voie de redéfinition sous le coup de ces modifications structurales, et aux systèmes de croyances propres aux agents qui les occupent et sont en concurrence pour l'imposition de leur point de vue. Les interprétations doctrinales des mutations du contenu, mais aussi de la place à attribuer au juge et au droit administratifs ne sont pas seulement construites par référence à des modèles de droit dans lesquels censeurs et exégètes souhaiteraient voir s'inscrire la "réalité", ni par la seule lutte pour l'autorité doctrinale.

Elles sont aussi idéologiquement structurées : elles opposent les tenants très virulents d'un libéralisme qui s'accommodent mal d'un droit administratif dénoncé comme liberticide³³ et les défenseurs d'un certain interventionnis-

30. Dont la "profitabilité" doctrinale et universitaire, mais le cas échéant économique en termes de consultations ou d'exercice d'une profession libérale peut à un moment de l'itinéraire de leurs membres leur apparaître importante. On pense évidemment aux publicistes qui à partir des années 71 - 74 ont délaissé le contentieux administratif pour se consacrer assidûment au contentieux constitutionnel... Voir les remarques de B. Mercuzot dans le présent ouvrage. On se reportera aussi pour quelques données sur leur itinéraire à François (B.), *La Cinquième République dans son droit, la production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, Thèse de science politique, Paris I, 1992, p. 388-395. Une étude sur l'investissement des juristes publicistes en droit européen serait aussi à faire.

31. Comme dans les autres champs, il y a des dominants et des dominés ; des prétendants et des gardiens du temple qui sont évidemment affectés de façons différentes par les réaménagements structureaux qui s'opèrent en fonction des ressources dont ils disposent et des investissements qu'ils ont déjà réalisés. Voir sur ces points notre article "Doctrines civiliste et production normative".

32. Voir Dezalay (Y.), "Marchands de droit ; l'expansion du modèle "américain" et la construction d'un ordre juridique transnational", *Cahiers du CRIV* n° 3, 1991.

33. Delvolvé (P.), "Service public et libertés publiques", *RFDA*, janvier - février 1985.

me de l'Etat³⁴ attachés au service public³⁵ dont ils se désolent de voir le régime se banaliser pour ne pas dire se perdre.

Si les effets des transformations du champ de production affectent profondément les productions doctrinales concernant le contenu du droit administratif lui-même, soumis à des logiques hétéronomes qu'elles s'efforcent de recoder dans les catégories classiques de l'interprétation dominant la discipline, ils apparaissent avec une particulière netteté dans les prises de position concernant le juge administratif. La pluralisation ébranle en effet le système symbolique que collectivement la doctrine avait construit et qui faisait de la juridiction administrative le producteur, sinon exclusif, du moins primordial du droit administratif conçu comme jurisprudentiel. La distance critique prise avec le juge est alors une distance prise vis-à-vis de ce modèle de production (I) dont elle s'était fait le chantre, et à la célébration duquel des générations d'administrativistes ont été formées. Elle se manifeste tant par une réévaluation du pouvoir normatif dont on théorise le déclin (II) que par une discussion des formes d'exercice du pouvoir juridictionnel (III).

I - LE MODÈLE DU JUGE CONSTRUCTEUR DE DROIT

Le champ du droit administratif comme champ juridique relativement autonome³⁶ s'est mis en place autour de l'affirmation du principe de la spécificité du droit à appliquer à l'administration et corrélativement de la différenciation d'un corps de professionnels spécialisés dans sa mise en oeuvre - le juge administratif - et d'un corps de spécialistes de sa mise en forme et de sa systématisation - la doctrine administrative - intéressés tous deux à l'affirmation de la spécificité et de l'autonomie relative de ce droit qui ne connaissait aucun concurrent et était le seul "vrai" droit public. Si comme les autres champs juridiques, le champ du droit administratif tend à se structurer entre un pôle "*d'interprétation de la doctrine, monopole des professeurs chargés d'enseigner*" et un pôle "*d'interprétation tourné vers l'évaluation pratique d'un cas particulier apanage des magistrats qui accomplissent des actes de jurisprudence*"³⁷, les modalités spécifiques de sa constitution ont donné à sa structura-

34. Sur ce débat : Pisier (E.), "Le service public entre étatisation et privatisation", *Projet* n° 220, 1989, p. 16 - 22 ; Chevallier (J.), *Le service public*, PUF, 1991.

35. Regourd (S.), "Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours", *RDP*, 1987, p. 5 et s.

36. Un indice entre autres de la constitution de ce champ du droit administratif est constitué par les travaux de "conservation", d'histoire de la discipline et de biographie de ses membres fondateurs ou de ses figures emblématiques. Comme l'indique en effet P. Bourdieu, "ce n'est pas un hasard, qu'un des indices les plus sûrs de la constitution d'un champ est (...) l'apparition d'un corps de conservateurs des vies - les biographes - et des œuvres (...) qui commencent à archiver les esquisses, les cartons, les manuscrits (...), à les défricher (...); autant de gens qui ont partie liée à la conservation de ce qui se produit dans le champ, qui ont intérêt à conserver et à se conserver conservant", in "Quelques propriétés des champs", *Questions de sociologie*, Ed. de Minuit, 1980, pp. 116-117.

37. Bourdieu (P.), "La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique", *ARSS*, n°64, 1986 p. 3 et 5.

tion des traits originaux, les magistrats exerçant eux-mêmes une fonction doctrinale importante. Comme le souligne Jacques Chevallier, *“la structuration du droit administratif a été durablement modelée par le poids particulier conquis par la jurisprudence : en l’absence de textes généraux³⁸, c’est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels s’est réellement construit le droit administratif ; et ce travail fondateur dotant la jurisprudence d’un prestige sans égal a laissé des traces profondes. D’abord il a abouti à lier étroitement l’essor du droit administratif au contentieux (...). Ensuite, il a favorisé la confusion des rôles en donnant aux juges un rôle essentiel dans l’exercice de la fonction doctrinale (...). Ainsi “une doctrine “organique” coexiste-t-elle avec la “doctrine universitaire” en lui faisant une concurrence sévère”³⁹.*

Cette situation privilégiée du juge administratif, perçu et mis en scène à travers ses “grands arrêts” comme la source primordiale du droit administratif, a façonné les constructions théoriques et les pratiques interprétatives de la doctrine ; *“née sur les genoux de la jurisprudence”⁴⁰, la doctrine a été vouée à se mettre “à l’école du juge”⁴¹ en adoptant à son égard une attitude “référentielle et révérentielle”⁴² ; peu suivie par le juge dans ses constructions théoriques, elle a eu tendance à se replier sur un positivisme juridique étroitement asservi à l’analyse de la jurisprudence⁴³ ce qui ne l’a toutefois pas empêchée de s’associer toujours étroitement au travail d’élaboration⁴⁴, ni de lui attribuer les qualités les plus remarquables : Georges Vedel, coutumier des “rétro-fictions” - qui ne sont pas raison - indique par exemple que *“l’application des codes de droit privé aurait conduit à des résultats décevants sur le terrain administratif”* ; et que *“selon toute vraisemblance la soumission de l’administration au droit privé n’aurait été satisfaisante ni pour elle-même ni pour les citoyens, pas plus que la création d’un droit administratif cohérent par voie législative n’eût été possible”*. De plus selon notre auteur *“un droit administratif purement législatif aurait été victime de nombreuses déstabilisations**

38. La situation était toute différente en Droit civil, où après avoir vu son travail repris par le Code civil, la doctrine s’est engagée dans une pratique d’exégèse des textes et de célébration du code. Ce n’est qu’à la fin du XIXe siècle qu’elle se mettra sérieusement à “l’arrétisme”. Voir Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), “Présentation” in *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

39. Chevallier (J.), “Changement politique et droit administratif”, in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p.s 309 - 310 ; également Bienvenu (J.-J.), “Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif”, *Droits*, n° 1, p. 154 ; Rivero (J.), “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif”, *EDCE*, 1955.

40. Rivero (J.), “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du Droit administratif”, *EDCE*, 1955, p. 23.

41. Rivero (J.), “Apologie pour les faiseurs de systèmes”, *D.* 1951, ch. XXIII p. 93 et s.

42. Chevallier (J.), “Changement politique et droit administratif”, p. 309.

43. Attitude dénoncée par J. J. Bienvenu qui voit dans la note d’arrêt *“le degré zéro de l’écriture juridique”*, article cité, p. 156.

44. “Sur cette réglementation, écrit L. Rolland, *se sont gréffées une abondante jurisprudence et une doctrine considérable qui, s’appuyant l’une sur l’autre ont fait une oeuvre constructive énorme*”, dont il cite les divers aspects, *op. cit.*, p. 12.

*dues aux secousses de notre vie politique*⁴⁵.

Souple, adaptable, efficace le droit administratif produit par le juge est célébré comme le meilleur possible même s'il pourrait toujours être amélioré ; et l'histoire du recours pour excès de pouvoir est un peu décrite comme une épopée⁴⁶. Dans l'espace de socialisation que constitue le champ du droit administratif, l'administrativiste acquiert un "habitus doctrinal" structuré par les rapports de forces symboliques qui se sont historiquement institués entre la doctrine universitaire et le juge au profit de ce dernier. L'univers spécifique du droit administratif est de la sorte construit autour du "grand arrêt", qui en est "l'emblème" et qui réunit pour sa dissection les seuls initiés à ce rituel ésotérique qui permet le passage de l'arrêt "singulier" au "principe général" et de constituer par la même la jurisprudence en source du droit.

La clôture du droit administratif autour de la jurisprudence

"Un grand arrêt, c'est tout à la fois : un nom, une date, une anecdote, une solution, une opinion, une postérité... C'est dans leur familiarité que tout spectateur du droit administratif se trouve appelé à vivre... Fonctionnaires et magistrats, professeurs et étudiants appartiennent à cet égard au même monde d'initiés reconnaissables précisément à la longue résonance suscitée en eux par des vocables aussi insolites au profane que Trompier - Gravier ou Regnault - Desroziers", F. Gazier, "Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence", EDCE, 1956, p. 157...

Pour l'administrativiste, l'étude du droit jurisprudentiel reposant sur un "*habitus juridique façonné par la pédagogie*"⁴⁷ est désignée comme l'activité doctrinale la plus exaltante : elle procure les moments heureux du métier et les plaisirs intellectuels les plus délicats ; c'est à Georges Vedel que l'on doit sans doute la célébration la plus lyrique de ce droit jurisprudentiel et de son juge au moment même où ils paraissent décliner⁴⁸ :

45. Vedel (G.), "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", *EDCE* 1979 - 1980, n° 31, p.34-35.

46. Par exemple Rolland (L.), *Précis de droit administratif*, 7ème édition, 1938, p. 299.

47. François (B.) "Du juridictionnel au juridique", *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 213.

48. Même lorsqu'on voyait des auteurs critiquer la production de la règle juridique par voie jurisprudentielle, par exemple en raison des problèmes de rétroactivité qu'elle pose, ils atténuaient le plus souvent leur propos en célébrant l'oeuvre du juge. Ainsi J. Rivero dans "Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle", *A.J.D.A.*, 1968, p. 15 et s. écrit : "Au fond, il y a un contraste évident entre la technique de jugement et la fonction de création d'une règle générale qu'elle assume. Ce n'est pas en vue de cette fin qu'elle a été conçue ; comme tout mécanisme auquel on demande un service autre que celui qu'il doit normalement assurer, elle grince lorsqu'elle sert, à travers le litige particulier qu'elle est faite pour trancher, à l'édictation d'une norme générale. La rétroactivité est un de ces grincements. La défectuosité de l'outil ne fait qu'accroître l'admiration due à la virtuosité du juge qui, malgré elles, a su réaliser une oeuvre normative que bien des parlements pourraient lui envier. Il y a, de toute évidence, de bonnes jurisprudences et de mauvaises lois. Mais, sur le seul terrain de la technique, et sans même porter le débat au plan des principes constitutionnels, il reste que l'édictation par les auto

Les plaisirs délicats de l'administrativiste

*“L'étude du droit législatif est moins exaltante que celle du droit jurisprudentiel. Le premier est en somme apporté de (...)l'extérieur. Et si on le critique, c'est un peu un vain exercice. Entre le droit jurisprudentiel et son interprète, il existe au contraire une sorte de complicité. Le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est entretien entre gens de métier et l'on sait pour avoir lu Molière, que le maître de danse et le maître de musique, s'ils n'oublient pas leur concurrence s'unissent contre le maître d'escrime”. “Approuver ou critiquer le législateur, c'est un peu se mêler de la politique d'un pays étranger. Approuver ou critiquer le juge et plus encore collaborer avec lui dans un cheminement entrecroisé des pensées, c'est un exercice de politique intérieure, et comme tel plus excitant”. “Peu de commentaires de lois nouvelles apportent à leurs auteurs le plaisir intellectuel que donne le commentaire d'arrêt. Qu'on nous passe la comparaison : une loi s'avale, un arrêt se savoure”. “Les séductions du droit jurisprudentiel se retrouvent dans l'enseignement (...)”. G. Vedel, “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?”, *EDCE*, 1979 - 1980, n° 31.*

Les administrativistes, serviteurs d'un droit administratif élaboré par un juge sans concurrent, au surplus “expert en administration” et conseil du gouvernement⁴⁹, voyaient dans cette formule le meilleur système possible, que “partout on nous envie”⁵⁰. Et ils en opéraient ainsi par touches successives une véritable “mise en légende” propre à lui attacher un public de juristes⁵¹.

(suite note 48) rités auxquelles la constitution ou la loi ont donné mission de statuer par voie générale, mieux que la crétaion jurisprudentielle, réaliser la synthèse de pouvoir et de sécurité que l'Etat libéral appelle dans la création de droit”. Pour une attaque virulente de la création jurisprudentielle du droit, voir Dupeyroux (O.), “La jurisprudence, source abusive du droit”, *Mélanges Maury*, t. II. Sur un autre plan, Marcel Waline constate la montée du droit écrit dans sa Préface au *Jurisclasseur administratif*, “Une décennie de droit administratif 1963-1973”.

49. Le développement d'une “expertise” indépendante, la mise en place de certaines autorités administratives indépendantes sur la base de l'expertise et l'existence de commissions d'évaluation et de divers “comités de sages” soumet le Conseil d'Etat à une vigoureuse concurrence sur ce terrain où là encore il est banalisé.

50. Pendant longtemps, les administrativistes français ont eu tendance à universaliser l'administration et le droit administratif français, en faisant disparaître ce qu'ils pouvaient avoir de contingent et d'historiquement situé ; bref en les gommant en tant que “construits sociaux”, on les rendait exportables dans d'autres systèmes politiques qui devaient s'en inspirer pour leur plus grand bien. On n'insistera pas sur le caractère intéressé d'une telle présentation qui permettait aux administrativistes d'aller enseigner (à faible coût) dans les pays et universités étrangères sous couvert d'y prêcher la bonne “parole administrative”, le droit administratif français. On voit aujourd'hui la même chose se faire en droit constitutionnel, autour des cours constitutionnelles : l'ingenierie constitutionnelle repose sur des postulats semblables, d'universalisation possible des modèles d'organisation constitutionnelle. Au regard de ces quelques remarques il paraît impossible de comprendre ce que sont les positions des juristes, sociologues, anthropologues de l'administration et du droit (administratif) sans les rapporter aux intérêts matériels et symboliques qui sont les leurs.

51. Heinich (N.) *La gloire de Van Cogh. Essai d'anthropologie de l'admiration*, Ed. de Minuit, 1991, p. 9-10.

L'excellente formule du Droit administratif français

*“Si les agents administratifs ont de grands pouvoirs, ils ne les exercent que sous le contrôle éventuel d'un juge, contrôle qu'il appartient aux intéressés de provoquer en formant un recours devant une juridiction”. (...) “Le Tribunal est toujours une véritable juridiction donnant par sa composition, son statut, sa procédure, toutes les garanties qu'un justiciable est en droit de réclamer. Enfin, tout acte administratif que l'on prétend illégal peut être déféré pour annulation à un tribunal”. (Les tribunaux spécialisés dits administratifs), “Cette formule est excellente et lui a valu à juste titre semble-t-il une réputation universelle. Notre droit administratif a été imité un peu partout”. M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Recueil Sirey, 6ème édition, 1951, p. 11 et 12.*

Comme le montre bien Bastien François, il y a eu un accord entre tous les participants - juges et enseignants spécialisés en droit administratif - pour faire de la jurisprudence une source de droit et construire autour d'elle une compétence professionnelle : *“la jurisprudence dans le droit administratif apparait comme la ressource essentielle qui fonde et justifie à la fois une autonomie professionnelle, c'est-à-dire la distinction qui s'opère simultanément avec l'univers des profanes (y compris le législateur) et avec celui des concurrents y compris dans le champ juridique. Le coup de force que constitue la production jurisprudentielle d'un droit administratif (...) s'accompagne alors d'une rhétorique de la compétence et d'un éthos distingué qui tendent à mettre à distance le profane”*⁵². Reste que toute cette construction suppose pour se maintenir que le champ de production du droit administratif conserve ses structures traditionnelles. La croyance dans les vertus du droit jurisprudentiel (auquel sont prêtés les mérites les plus variés⁵³) et dans celles du juge qui le distille⁵⁴ est évidemment ébranlée à partir du moment où de nouveaux acteurs interviennent dans la production du droit administratif. La transformation du champ de production désenchant le juge administratif qui déçoit les attentes doctrinales et mine les consensus doctrinaux traditionnels. Et elle a sur les membres de la doctrine les plus attachés au droit administratif classique un effet “anxiogène”. Constatant le décalage entre le discours routinisé sur la production du droit administratif et l'évolution des pratiques, la doctrine universitaire se faisant arbitre des producteurs et des sources, mais aussi évaluateur de leurs mérites au regard de ce qu'elle pense devoir être le droit administratif, soumet le juge administratif aux tirs croisés de ceux qui regret-

52. “Du juridictionnel au juridique”, in *Droit et politique*, p. 212 - 213.

53. Entre autre si on suit G. Vedel, il soulèverait moins de résistances de la part de l'administration que le législateur, il serait plus efficace...

54. R. Cassin et M. Waline dans leur préface à la deuxième édition des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* écrivent par exemple que *“cet ouvrage montrera à l'étranger comme à l'étudiant français de quelle façon en alliant le sens de la tradition à l'esprit de progrès, un grand corps de l'Etat a su poursuivre sans défaillance son oeuvre de consolidation de la primauté de la loi, d'adaptation des principes constants du droit aux nécessités sans cesse en évolution de la vie sociale et enfin de conciliation entre les droits de l'individu et ceux de la collectivité”*.

tent le droit administratif d'antan, forgé par le juge, préservé des influences extérieures, modèle idéalisé et irrémédiablement perdu, et de ceux qui au contraire séduits c'est-à-dire intéressés pour des raisons diverses par les innovations portées par de nouveaux producteurs dénoncent son archaïsme persistant et son adaptation trop lente aux "réalités" nouvelles.

II - LA RÉÉVALUATION DOCTRINALE DU POUVOIR NORMATIF DU JUGE ADMINISTRATIF

A la fin des années soixante dix, la doctrine administrative s'inquiète de l'atténuation du pouvoir normatif du juge administratif : Georges Vedel se demande si "le droit administratif peut demeurer indéfiniment jurisprudentiel ?"⁵⁵ ; quant à Didier Linotte, qui voit se dessiner une ascension du pouvoir juridictionnel⁵⁶, il met en exergue le fait que le droit administratif, bien que non codifié, est "de moins en moins jurisprudentiel"⁵⁷. Ce déclin est corrélé chez tous les auteurs avec une intensification de la production législative et réglementaire des principes du droit administratif, avec le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel et du droit européen et avec le contournement du contentieux administratif par les autorités administratives indépendantes dont la catégorie s'enrichit⁵⁸. Il se conjugue à la volonté supposée du juge administratif de ne pas empiéter sur les compétences des autorités habilitées à produire des normes générales et impersonnelles. On assisterait donc à un rééquilibrage des différentes sources du droit administratif dont les enjeux sont importants et divisent la doctrine. En premier lieu l'intérêt pour un juge qui n'accomplit plus, ou moins bien, les performances auxquelles il avait habitué, ne peut que s'émousser : c'est le modèle classique de production du droit administratif lui-même qui est en cause. Mais, au-delà, c'est aussi la question de l'autonomie de ses principes constitutifs qui est posée et qui partage. Les influences extérieures sont-elles bénéfiques ou néfastes ? Laissent-elles persister les spécificités du droit administratif, ou au contraire est-il en voie de de-différenciation ? Aux "gardiens du temple jurisprudentiel" que séparent de subtiles nuances, s'opposent nettement ceux pour qui l'autonomie du droit administratif doit s'effacer.

Dans ce débat doctrinal, les auteurs souvent proches du Conseil d'Etat, ou membres de la juridiction administrative, véritables "gardiens du temple", s'ils admettent la réalité de l'évolution en cours, tentent d'en minimiser la portée. Guy Braibant explique que la jurisprudence, "victime de son succès", est largement reprise par le législateur et que nous serions dans une période de

55. Article précité.

56. Cette idée est discutée par Rials (S.), "Sur une distinction contestable et un trop réel déclin", *AJDA*, mars 1981.

57. Linotte (D.), "Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif", *AJDA* 20 décembre 1980, p. 632.

58. Leur création a été l'occasion de la production de biens doctrinaux nouveaux, illustrant parfaitement le travail de "mise en catégorie" que la doctrine réalise.

“jurisprudence retenue”. Moins que d’une réduction du pouvoir normatif de la juridiction, il s’agirait d’une réorientation de ses modalités d’exercice : il passerait moins par l’arrêt et de plus en plus par les études et les avis, bref par l’activité de conseil du gouvernement et du législateur⁵⁹. Des bilans jurisprudentiels sont aussi établis pour démontrer la persistance du pouvoir normatif dans des domaines nouveaux. René Chapus retrace les étapes du recul du contrôle restreint au profit du contrôle normal⁶⁰ ou les évolutions de la responsabilité pour faute. Sylvie Hubac et Yves Robineau, membres du Conseil d’Etat, indiquent, exemples à l’appui, que l’effacement du pouvoir normatif est tout relatif : il change plutôt de terrain ; si il a un tour moins médiatique, il n’en a pas moins des traductions d’une grande importance dans la vie quotidienne des administrés⁶¹. Là encore, ce qui compte de toute façon, c’est la persistance de la capacité du juge à entraîner le mouvement législatif et réglementaire. R. Schwartz surenchérit en affirmant que si la jurisprudence est devenue moins spectaculaire, “l’innovation et la vitalité du droit public restent entières”⁶².

Cette attitude défensive se teinte parfois d’amertume ironique devant ce qui est ressenti plus profondément comme une mise en cause fondamentale d’un modèle de droit.

“Le rappel à l’ordre jurisprudentiel” d’un Huron au Palais Royal”

“J’ai souffert, je vous l’avoue, lorsque j’ai appris qu’il avait (le Conseil d’Etat) laissé à vos Assemblées le suprême honneur d’imposer à l’administration l’obligation pourtant élémentaire, pourtant accordée à toute sa tradition de faire connaître à l’administré les raisons pour lesquelles elle prenait à son égard une décision contraire à ses vœux” (...). “Il a tant de fois, votre grand conseil, pris la place d’un législateur insoucieux du bien du peuple, que je me résigne mal à voir ce droit administratif dont vous êtes justement fier, et qui est son oeuvre, progresser grâce à d’autres que lui-même”, J. Rivero, “Nouveaux propos naïfs d’un Huron sur le contentieux administratif”, EDCE, 1979-80 n° 31.

La “montée” du droit écrit, même si elle est difficilement discutable sur les principes (comment en effet dénier au législateur le droit d’user de ses compétences ?) suscite un certain “dépit”, de la part de la haute doctrine universitaire, qui se désole - avec tout l’humour dont savent faire preuve les grands maîtres de la discipline - du comportement de la haute juridiction, invitée, sans grande illusion sur le résultat de ces incantations, à reprendre l’initiative et à

59. Braibant (G.), “Le rôle du Conseil d’Etat dans l’élaboration du droit”, *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, 91-102.

60. Chapus (R.), “L’Administration et son juge. Ce qui change”, *EDCE*, 1991, n° 43, p. 266-267.

61. “Droit administratif : vues de l’intérieur”, *Pouvoirs* n° 46, 1988.

62. Schwartz (R.), “L’actualité du Droit public et de son juge”, *Revue administrative*, 1991, n° 267, p. 197 et s.

préservé ce qui fait l'originalité du droit administratif. Mais, il n'empêche : cette frange de la doctrine organise la défense du modèle classique de production du droit administratif comme corps de règles autonomes produites par le juge administratif dont elle s'attache à mettre en évidence la pérennité.

Droit écrit et caractères fondamentaux du droit administratif

“On peut avoir l'impression d'un commencement résolu de relève de la jurisprudence par le droit écrit. De plus en plus sans doute et compte-tenu que l'essentiel est fait, de “petits textes” remplaceront les arrêts qui auraient pu être grands (ne serait-ce que parce que même en matière administrative un texte apparaît souvent comme plus banal qu'un arrêt)”. “Si le recours au droit écrit peut en certains cas surprendre et déranger les habitudes, il n'a dans son principe rien d'anormal” (...) “il n'est pas exclu que le recours au droit écrit traduise souvent un souhait du Conseil d'Etat lui-même sensible à ses avantages”. “Toutefois ce qui fait du droit administratif ce qu'il est demeure d'origine jurisprudentielle. Les irruptions du droit écrit là où on attendait un arrêt ainsi que d'une façon plus générale la pullulation des textes de tous ordres n'ont de portée que quantitative et n'affectent pas le caractère fondamentalement jurisprudentiel du droit administratif. Ce qui ne signifie pas qu'il n'y ait pas de raisons d'y mettre fin”,

R. Chapus, “L'Administration et son Juge. Ce qui change”, *EDCE*, 1991 n°43, p. 271.

Regrettant les grands arrêts, dénonçant les avantages un peu trop rapidement concédés au droit écrit, René Chapus discute “la tendance doctrinale contemporaine à majorer la part de droit écrit”⁶³. Il réaffirme aussi l'autonomie du droit administratif vis-à-vis du droit constitutionnel que les néo-constitutionnalistes invoquent comme la source fondamentale du droit français dans son entier. En effet, “si du fait des bases constitutionnelles qu'il convient de lui reconnaître, le droit administratif devrait dans toute la mesure du possible être en prise directe avec la constitution et notamment avec les principes qu'elle consacre dans son très riche préambule” (...), “Ce n'est que de façon exceptionnelle qu'il en va ainsi”. Selon lui “le droit administratif dans ce qu'il a de jurisprudentiel, c'est-à-dire d'essentiel, apparaît comme séparé du droit constitutionnel”. Et c'est la métaphore des lignes parallèles qu'il emploie pour symboliser leurs relations : “Le droit administratif jurisprudentiel se situe et se développe à l'intérieur de son propre système. Il a ses principes qui normalement sont en harmonie avec ceux de la constitution ; mais ce sont ses principes”⁶⁴. Relisant la jurisprudence administrative depuis les débuts de la IV^e République, il relativise les “innovations” apportées par la “montée” du droit constitutionnel : “on ne saurait présenter comme innovations les références actuelles aux principes constitutionnels”⁶⁵. La substitution de principes constitutionnels à d'anciens principes généraux du droit de même contenu est

63. *Droit administratif général*, Montchrestien, T 1, 3^e édition, 1987, p. 12.

64. *Droit administratif général*, p. 14.

65. *Ibid.*

justifiée, et n'est pas considérée comme affectant fondamentalement le droit administratif : *"Quoi de plus légitime qu'une préférence donnée à des dispositions constitutionnelles sur les principes généraux du droit avec lesquels elles sont en coincidence et quoi de plus naturel et simple alors que les uns et les autres ont une inspiration commune et traduisent la même philosophie politique et juridique : et (peut-on l'ajouter ?) sans que le bien normal attachement du juge à son oeuvre ait trop à en souffrir et étant donné le nombre et l'intérêt des principes généraux du droit sans correspondant constitutionnel"*⁶⁶. Benoît Jeanneau estime lui aussi que la persistance de l'espace normatif du juge administratif est acquise, malgré la concurrence du Conseil constitutionnel : de la sorte *"l'émergence d'un corps de principes constitutionnels puisés pour une part, mais pour une part seulement aux mêmes sources que les principes généraux du droit pose de délicats problèmes de coexistence et transforme assurément le paysage juridique français. Le Conseil d'Etat y perd sans doute la place unique qu'il occupait du fait de l'absence d'un juge constitutionnel digne de ce nom, mais il garde dans son rôle de censeur de l'administration, la même vocation que ce dernier à l'interpréter et construire le droit positif, fut-il constitutionnel"*⁶⁷. Au juge donc de se faire bâtisseur. Plus préoccupants sont pour ces défenseurs les conséquences du développement du droit européen et de l'abandon par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Nicolò⁶⁸ de la théorie de la loi écran en matière internationale : l'ensemble du droit communautaire dominant la législation nationale, cela est susceptible d'emporter selon le mot de R. Chapus *"la dénationalisation du droit administratif"*⁶⁹, ou sa restructuration à partir du droit européen, ce que les Européanistes dmandent au nom d la cohérence de l'ordre juridique⁷⁰.

Une dénonciation des "solutions aberrantes" au nom de la cohérence de l'ordre juridique et du respect du droit européen.

"(...) la norme communautaire s'intègre dans la légalité administrative (art. 55 de la Constitution et art. 189 CEE) mais le juge interne a sur elle des pouvoirs limités n'en étant ni le censeur, ni l'interprète mais seulement le garant (...)". *"Le droit communautaire s'impose au juge administratif*

66. Chapus (R.), article cité, p. 274 ; sur ce sujet on se reportera à l'article de D. Lochak.

67. Jeanneau (B.), "La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps", *EDCE*, 1981-82, n° 23, p. 47.

68. 20 octobre 1989.

69. Chapus (R.), article cité, p. 275 - Voir aussi Chenot (B.) "Le Conseil d'Etat dans les tempêtes de l'histoire", *Les petites affiches* 13 janvier 1989, n° 6 : *"Demain c'est l'Europe qui en limitant la souveraineté du Droit français peut mettre en cause le rôle historique et peut-être l'existence même de notre Conseil d'Etat"*. L'abandon de cette théorie, si le juge administratif le décidait pour toute loi, aurait pour effet de l'ériger en juge de la constitutionnalité des lois : c'est alors peut-être bien le juge administratif qui jouerait un rôle fondamental de définition de la constitutionnalité. On se reportera sur cette question à l'intéressante étude de Négrier (E.), "Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle : l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel", *R.D.P.*, n° 3, 1990, p. 767 et s.

70. On trouve ici une illustration d'un des principes d'autorisation d'intervention de la doctrine dans la production normative qu'on a mis en évidence in "Doctrines civiliste et production normative", *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

*français. (...) Partant seulement de la constatation que sur plusieurs points le juge administratif ne donne pas un plein effet au droit communautaire, (le propos) est d'en rechercher la cause. A cet effet on part de l'hypothèse qu'un système juridique - le droit administratif, le droit communautaire - est un ensemble cohérent de normes et d'enchaînements logiques ; le juge est chargé de le maintenir et de le faire évoluer pour concilier stabilité et nouveauté dans les rapports sociaux mais il doit se garder de poser des solutions qui rapportées à la structure du système, apparaissent aberrantes. Les aspects contestables, d'un point de vue communautaire, de la jurisprudence du Conseil d'Etat exigent donc un travail de reconstruction, comme s'il s'agissait d'une anamorphose, afin d'établir s'ils s'expliquent par la cohérence d'un système ou l'esprit de système" ; Vincent Coussirat-Coustère, "Le juge administratif et le droit communautaire, difficultés anciennes et résistances nouvelles", *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 86.*

Si ces "gardiens du temple"⁷¹ porteur d'une certaine conception de l'Etat, de l'intérêt national et de l'intérêt général s'efforcent de préserver l'autonomie et de retrouver les caractéristiques traditionnelles du droit administratif, d'autres administrativistes considèrent que l'âge d'or est révolu, qu'il n'avait de toute façon rien de véritablement idyllique et que la juridiction administrative perd son "talent" et sa "créativité"⁷². Le droit écrit a bien des avantages comparé au droit jurisprudentiel : ce dernier respecte mal le partage des compétences entre les pouvoirs publics et s'accorde difficilement, au prix de contorsions peu élégantes, avec les présupposés de la démocratie, la jurisprudence produisant en fait un droit "quasi législatif"⁷³. De plus il est difficilement conciliable, en raison des revirements de jurisprudence toujours possibles, avec le principe de non rétroactivité. Peu accessible aux administrés, manquant de publicité, lacunaire, le droit non écrit obéit à une dynamique chaotique que Georges Vedel réproouve : il évolue "*par des arabesques dont l'intérêt intellectuel ne compense pas toujours le double inconvénient de la complication et de l'insécurité*"⁷⁴.

C'est bien entendu au delà de ces arguments, sur un autre plan, que la contestation se fait la plus vive : sur la légitimité de l'autonomie du droit administratif. Ceux qui voient dans le droit constitutionnel ou dans le droit européen des ensembles de règles plus "libérales" ou plus protectrices des libertés⁷⁵ souhaitent qu'elles s'imposent au juge administratif ; il s'agit en quelque sorte

71. Voir les observations de R. Chapus sur le décret du 28 novembre 1983, article cité p. 266.

72. Marion (A.), "Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier", *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 26. C'est tout le registre de justification fondé sur l'inspiration qui est ici détourné contre la juridiction administrative.

73. Vedel (G.), article cité, p. 44.

74. Vedel (G.), article cité.

75. Voir Viala (M.), "Peut-on faire le point sur le projet de réforme de la juridiction administrative ?", *Gazette du Palais*, 1985, Doctrine p. 697.

de "réintégrer le droit administratif dans l'ordre juridique commun"⁷⁶ : "Quelle que soit l'indépendance du juge administratif par rapport à la juridiction constitutionnelle, celui-ci ne peut pas sauf sur des points de détail être en retard de libéralisme par rapport au Conseil constitutionnel sans être censuré par le juge supérieur : l'opinion publique qui agit comme un miroir et renvoie au juge sa propre image (...). Au-delà des théories, il n'existe en définitive qu'un seul ordre juridique qui, enrichi par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, intègre le droit administratif"⁷⁷. N'ayant plus la maîtrise exclusive de la production des principes et de la généralité en matière administrative le juge administratif est "banalisé" par ces fractions de la doctrine intéressées, souvent pour des raisons idéologiques, mais aussi disciplinaires, par les productions juridiques de ses concurrents et par leur introduction en droit administratif. C'est moins par ses productions normatives positives jugées moins attractives⁷⁸ que celles des nouveaux venus comme le Conseil constitutionnel, la CJCE, la Cour européenne des droits de l'homme ou les juridictions judiciaires, que par ses résistances que la juridiction administrative retient leur attention. Ce sont de surcroît ses mérites en tant que juge, comparés à ceux du juge judiciaire qui sont plus que jamais discutés.

III - LA RÉÉVALUATION DE L'EFFICACITÉ JURIDICTIONNELLE DU JUGE ADMINISTRATIF

Mise en cause dans son pouvoir normatif, la juridiction administrative l'est aussi dans la manière dont elle exerce son pouvoir juridictionnel. Créé pour juger les affaires administratives dans lesquelles il était interdit aux tribunaux de s'immiscer, issu de l'administration, étroitement en contact avec elle, le juge administratif fut initialement stigmatisé par les libéraux comme le serviteur zélé du pouvoir administratif : "juger l'administration, c'est encore administrer"⁷⁹. Peu à peu, cependant avec le développement du recours pour excès de pouvoir, les avancées du contrôle et l'invention de principes généraux du droit de plus en plus protecteurs des administrés, un répertoire d'arguments fut construit par la doctrine justifiant l'existence du droit administratif

76. Debbasch (C.), "Le droit administratif, droit dérogatoire ou droit commun ?", *Mélanges Chapus*, p. 130. Il s'agit évidemment là de la thèse des néo-constitutionnalistes sur la constitutionnalisation nécessaire des différentes branches du droit. Voir Favoreu (L.), "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* n° 13, 1980.

77. Debbasch (C.), article cité, p. 129.

78. Il est significatif que certains s'interrogent sur la signification du commentaire d'arrêt, "il faut renouveler le commentaire d'arrêt, exercice dont l'intérêt est aujourd'hui limité par la rareté des revirements de jurisprudence et par le recours à l'information juridique" note B. Cubertafond, "Du droit enrichi par ses sources", *RDP* n° 2, 1992 p. 387. Il faut cependant constater que les positivistes trouvent dans les jurisprudences des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel de nouvelles sources d'inspiration et de nouvelles raisons de poursuivre leur tâche, et que d'un point de vue pratique, il s'agit d'un exercice de méditation sur ce qu'est la règle de droit effectivement applicable qui n'est pas sans intérêt.

79. Voir Chevallier (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

en tant que droit distinct et exorbitant du droit commun, mis en application par un juge spécial.

Si des règles spéciales sont nécessaires, et si l'administration jouit de prérogatives spéciales, c'est dans le cadre de la théorie du service public⁸⁰, pour servir au mieux les administrés et satisfaire les exigences de l'intérêt général. On souligne alors que si l'administration a des "privilèges", dont celui de juridiction, ils ne sont que la contrepartie des devoirs qu'elle a envers la collectivité. De multiples arguments viennent à l'appui de l'idée qu'"un juge spécial et un droit spécial sont la meilleure manière d'assujettir l'administration au droit"⁸¹ : on célèbre l'excellence d'un système où le Conseil d'Etat est à la fois conseil du pouvoir et juge de l'administration, qu'il connaît de l'intérieur et peut donc soumettre plus précisément à son contrôle ; on loue l'indépendance du juge administratif vis-à-vis de l'exécutif en rappelant la "glorieuse" affaire Canal ; on met en scène son rôle de protecteur des libertés et on le montre comme une pièce centrale de l'Etat de droit⁸², en l'absence d'un contrôle de constitutionnalité des lois efficace, qui soutient facilement la comparaison avec le juge judiciaire, gardien bien "timoré" de la propriété et des libertés individuelles.

"Le recours pour excès de pouvoir, garantie de la légalité dans un
"Etat de Droit".

"Les vieux auteurs opposaient l'"Etat de police" où le pouvoir n'est pas lié par le droit et l'"Etat de Droit" où le pouvoir ne peut agir que selon les règles qui s'imposent à lui. La classification d'un Etat dans l'une ou l'autre

80. Comme l'écrit Duguit : "La puissance publique ne peut pas se légitimer par son origine, mais seulement par les services qu'elle rend conformément à la règle de droit ; il en résulte dès lors que l'Etat moderne apparaît de plus en plus comme un groupé d'individus travaillant de concert, sous la direction et le contrôle des gouvernements, à la réalisation des besoins matériels et moraux des participants ; qu'ainsi à la notion de puissance publique se substitue celle de service public ; que l'Etat cesse d'être une puissance qui commande pour devenir un groupe qui travaille", *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, 3ème éd., t. 1.

81. Chevallier (J.), "Le droit administratif, droit de privilège ?", *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 58.

82. G. Vedel écrit en ce sens : "l'Etat de droit par rapport à l'Etat de police se caractérise précisément par l'affirmation du principe de légalité (...)". "Ce qui caractérise le principe de légalité appliqué à l'Administration, c'est qu'il n'exprime pas seulement la soumission de celle-ci à des règles de droit qui lui seraient extérieures, mais la soumission à des règles qu'elle a elle-même élaborées (...) et aux principes posés par un juge sorti de son sein : le juge administratif", *Droit administratif*, PUF, Themis, 6ème éd., 1976, p. 267. L'idée "d'Etat de droit" est classiquement employée par la doctrine administrative pour stigmatiser les insuffisances de la protection proposée par le juge administratif aux administrés : ainsi Georges Vedel écrit-il à propos de l'exécution des décisions juridictionnelles en 1976 : "Malgré ces progrès, on peut se demander si les solutions adoptées ne manifestent pas une timidité peu compatible avec les principes d'un Etat de Droit démocratique. La seule mesure vraiment radicale et digne d'un Etat de Droit serait sans doute la mise en jeu automatique de la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire responsable de l'inexécution d'une décision de justice définitive (...)". "Il faudrait même aller plus loin et faire un délit du refus opposé par une autorité publique à l'exécution d'une décision de justice définitive le condamnant (...)", *op.cit.*, p. 542.

de ces catégories, ne dépend pas seulement des principes mais des mœurs et aussi de l'efficacité du système juridictionnel. L'expérience prouve, par exemple, que la proclamation de la supériorité de la Constitution sur la loi ordinaire n'a de portée que si, sous une forme ou sous une autre, est assuré un contrôle de la constitutionnalité des lois ouvert à tous. C'est pourquoi en France la position réelle du législateur et du chef de l'Etat n'est pas normalement celle qui devrait être la sienne dans un "Etat de droit".

"Au contraire s'agissant de la situation de l'administration, l'"Etat de droit" n'est plus une notion irréaliste. La soumission de l'Administration au Droit est assurée par des procédés variés ; mais le moyen essentiel de garantir la légalité est le recours pour excès de pouvoir par lequel peut être anéanti tout acte administratif unilatéral contraire au Droit", G. Vedel, Droit Administratif, PUF, Thémis, 6ème éd., 1976, p. 552-553.

Cet argumentaire toujours largement admis justifiant l'existence du juge administratif et gommant ce que pouvait avoir "d'arbitraire" son origine, à savoir la soustraction de l'administration au droit commun, a été facilement repris par la doctrine, tant que les avancées protectrices ont été régulières, tant que la justice administrative a fonctionné à peu près correctement et tant que des solutions alternatives crédibles à l'existence d'une telle juridiction n'existaient pas. Les grippages de la juridiction et les "blocages" persistant en matière procédurale ont été à la base de virulentes contestations, venant de tous ceux qui, libéraux ou non, considèrent que la protection des administrés doit être partout étendue :

Une protection insuffisante des justiciables :
des responsabilités partagées

"Le droit administratif n'apporte donc qu'une protection imparfaite contre l'arbitraire. La responsabilité en incombe en partie au législateur, dans la mesure où les lois elles-mêmes ne confèrent pas toujours une protection suffisante aux administrés ; elle incombe surtout à l'administration, qui n'hésite pas à s'affranchir des contraintes du droit en contournant les textes ou en les retournant à son profit, voire même en les violant ouvertement lorsqu'elle sait pouvoir le faire en toute impunité. Mais il existe aussi une responsabilité propre au juge qui trop souvent interprète les textes à l'avantage de l'administration et répugne à l'inverse à utiliser à son encontre des moyens suffisamment énergiques pour la contraindre à respecter la loi ou ses propres décisions. Enfin, on ne peut passer sous silence la responsabilité de la doctrine, et de nous tous, enseignants des facultés de droit, qui, à force de répéter depuis des lustres à nos étudiants que l'administration devait logiquement et constitutionnellement être soumise au droit, avons fini par nous persuader qu'elle l'était réellement, contribuant ainsi à entretenir autour de cette question une quiétude démobilisatrice", D. Lochak, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?", Pouvoirs, n° 46, 1988, p. 54-55.

Le juge administratif se voit reprocher principalement son inefficacité, sa lenteur et sa trop grande réserve vis-à-vis de l'administration⁸³. Inefficacité et lenteur sont des maux généraux de la justice française, mais qui affectent profondément la juridiction administrative. Jean Waline s'en désole : *"on va petit à petit vers un système dans lequel la décision de justice confnera à l'acte gratuit"*⁸⁴ et Odon Vallet tonne contre *"le recours qui devient une sorte de baroud d'honneur, l'annulation une sanction de principe et le métier de juge, un aveu d'impuissance"*⁸⁵. Et toute la doctrine s'accorde pour demander que conformément à la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à voir sa cause entendue dans des délais raisonnables soit respecté. Dans ce climat, les auteurs cherchent avec ardeur les remèdes et n'hésitent pas à envisager des solutions radicales : le partage byzantin des compétences entre ordres de juridiction, les incertitudes qui en résultent pour les plaideurs, les contradictions d'interprétation des textes par les deux juridictions qui ont chacune à les appliquer, l'insuffisance formation des magistrats administratifs en droit privé⁸⁶, l'émiettement des situations juridiques, les conduisent à envisager *"la fusion des juridictions administratives et judiciaires"*⁸⁷. La dualité juridictionnelle facteur de complications est soumise par D. Truchet à un vigoureux bilan coût/avantage qui ne laisse guère de doute sur la faiblesse de son utilité. Les obstacles à une fusion seraient plus psychologiques et sociaux que juridiques, d'autant que comme le souligne Jean Boulouis la particularité du droit administratif est peut-être beaucoup moins importante que la doctrine veut bien le dire... Si une telle fusion n'apparaît pas comme impossible et "dramatique", ce qui est révélateur d'un certain détachement de la doctrine vis-à-vis du juge, celle-ci tempère les ardeurs réformatrices à la manière de P. Delvolvé, estimant que *"l'essentiel est que le pouvoir administratif n'échappe pas au contrôle du juge et que le juge échappe au pouvoir administratif"*. Dans l'ensemble, le bilan demeure positif et *"la juridiction administrative s'insère trop profondément dans le système administratif et juridictionnel français pour que sa mise en cause n'ébranle tout l'édifice"*⁸⁸.

83. *"Il est certes réconfortant de louer les qualités du droit public et celles du juge encore faut-il que les administrés puissent obtenir justice dans les délais raisonnables"* admet R. Schwartz qui défend fermement le rôle de producteur et de gardien du droit public du juge administratif, in *"L'actualité du droit public et de son juge"*, RA, n° 267, p. 199.

84. Waline (J.), *"La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des danaïdes"*, *Mélanges J. M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 347.

85. Vallet (O.), *"La fin du droit public ?"*, *Revue administrative*, 1992, n° 265, p. 6.

86. Prétot (X.), *"La juridiction administrative à la croisée des chemins"*, *Droit et Politique*, PUF, 1993, p. 160. On voit de plus en plus souvent fleurir les critiques concernant la formation du juge administratif. Alors qu'hier on faisait de sa familiarité avec les questions administratives un facteur important de sa légitimité, on voit aujourd'hui dans celle-ci un handicap : la compétence des juges administratifs en droit serait trop faible. Et l'on dénonce l'insuffisante formation juridique des magistrats administratifs, l'E.N.A. et l'origine de ses élèves étant bien loin d'apporter les garanties nécessaires en la matière...

87. Truchet (D.), *"Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?"*, *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992 ; on trouve une interrogation de même valeur chez Boulouis (J.), *"Supprimer le droit administratif ?"*, *Pouvoirs* n° 46, 1988.

88. *"Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire"*, *Mélanges Chapus*, p. 145.

Au-delà de la question des lenteurs et des moyens d'améliorer l'application du droit, c'est l'attitude du juge administratif vis-à-vis de l'administration qui est contestée ; les zones d'ombre de son contrôle, ses méthodes, ses timidités⁸⁹ sont alors prises pour cibles. Derrière ces "réserves du juge", les fractions de la doctrine d'inspiration libérale discernent le comportement socialement déterminé d'un juge administratif, en réalité "grand corps de l'État", plus soucieux de sauvegarder les privilèges administratifs et les intérêts de la puissance publique que les droits des administrés. Elle dénonce une "réserve qui confine à la révérence" et qui affaiblit son efficacité, et appelle à "considérer l'administration comme un justiciable ordinaire"⁹⁰. Laurent Cohen-Tanugi, quant à lui, condamne les principes sur lesquels le juge administratif a bâti le droit administratif : "*Malgré les tempéraments apportés par le juge et le législateur, le privilège du préalable, celui de l'exécution d'office administrative, le principe de l'indépendance de l'administration à l'égard de son juge apparaissent dans un contexte de rééquilibrage des relations Etat/Société, comme des notions d'un autre âge. Ce qu'elles sont*"⁹¹. Il stigmatise alors l'autolimitation du juge et les faiblesses du contentieux de l'urgence. Au fond ce que le juge est appelé à faire, c'est à rééquilibrer complètement les relations, entre administration et administrés : "*l'État de droit implique que l'administration soit jugée et sanctionnée dans les formes communes, sinon toujours selon des règles identiques au droit privé*". Il est invité à se rapprocher des "formes classiques de justice", le droit privé servant alors de modèle.

Ce qui est visé, à travers le juge, ce sont les prérogatives de puissance publique dont l'administration dispose, que le droit privé est supposé ne pas connaître, et dont les procédures spécifiques du contentieux administratif sont l'une des manifestations : ainsi pour Charles Debbasch, "*tout mouvement de transfert de compétences de l'ordre juridictionnel administratif, vers l'ordre judiciaire entraîne, sauf exception, une soumission de l'administration au droit privé*". Et "*le mouvement en faveur du transfert de pans entiers de la compétence du juge administratif vers le juge judiciaire est la conséquence du retard dans l'aggiornamento de la justice administrative*", non dotée de voie d'exécution efficaces et vraiment protectrices contre l'arbitraire. L'auteur conclut : "*on souhaite en d'autres termes que la reconnaissance d'un quartier réservé au juge administratif ne soit pas un frein à l'action législative ou jurisprudentielle pour réduire la part d'arbitraire qui risque de se glisser dans toute action administrative*"⁹². Le caractère non suspensif du recours, l'interdiction de se substituer à l'administration, de faire acte d'administrateur : ce sont les différents privilèges procéduraux dont bénéficie l'administra-

89. Par exemple sa position vis-à-vis du droit européen : si l'on peut se réjouir - sur le plan juridique - de l'arrêt *Nicolo*, on peut aussi discuter les attitudes restrictives qu'il continue à adopter, voir Hervouet (F.), "Politique jurisprudentielle de la Cour de justice et des juridictions nationales, réception du droit communautaire par le droit interne des Etats", *RDP* n° 5, 1992, p. 1287. L'auteur regrette la persistance de la jurisprudence Cohn-Bendit (CE 22 décembre 1978) ou encore la jurisprudence Société Morgane (CE 11 janvier 1991).

90. Marion (A.), article cité, p. 22-24 et 28.

91. "L'avenir de la juridiction administrative", *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 13.

92. Debbasch (C.), article cité, p. 131-132.

tion, liés à la manière dont est née la juridiction administrative et au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires qui sont en cause, et que ces auteurs se proposent de contourner par l'attribution du contentieux au juge judiciaire.

Mais on conçoit que toute une frange de la doctrine s'inquiète au contraire de ces transferts et du recul des protections et prérogatives spécifiques dont bénéficie l'administration, liées à la nécessité de faire valoir le point de vue collectif de "l'intérêt général"⁹³ : le retrait de certains contentieux de la compétence du juge administratif peut se révéler fâcheux, pour la satisfaction de certaines fins. René Chapus est de ceux qui voient le désaisissement du juge administratif s'accélérer : "*Combien d'autres dérogations ne sont-elles pas préconisées ? Qui fera le compte des propositions doctrinales et parfois parlementaires auxquelles il n'y pas d'obstacles constitutionnels et qui tendent à transférer au juge judiciaire (sans même que le maintien du régime de droit public soit nécessairement exclu !) : le contentieux des contrats administratifs ; le contentieux des dommages de travaux publics ou celui de la responsabilité de la puissance publique en général, ou encore l'ensemble des contentieux de pleine juridiction, ou aussi le jugement des poursuites pour contraventions de grande voirie ?*"⁹⁴. Attachée à un droit et de moins en moins à un juge qui n'en est plus qu'un producteur et qu'un applicateur parmi d'autres – pas nécessairement le meilleur selon les critères qu'elle adopte à un moment donné – la doctrine peut s'autoriser à formuler ces positions peu conformes au discours classique des administrativistes, et préférer le juge judiciaire au juge administratif comme protecteur des libertés. D'autant plus, il est vrai, que le juge administratif se heurte aux principes mêmes sur lesquels son existence repose : l'idée d'une juridiction spéciale conciliant comme le disait l'arrêt Blanco le droit de l'Etat et les droits privés, et d'une certaine inégalité en faveur de l'administration qu'il lui est plus difficile qu'à d'autres de mettre en cause sans perdre sa raison d'être. Plus le juge répondra aux injonctions qui lui sont faites par la doctrine d'étendre son contrôle, de faire sauter le verrou de la mesure d'ordre intérieur, bref moins le droit applicable à l'administration aura de spécificités justifiées par l'"intérêt général" et la puissance publique, moins l'idée d'une juridiction spéciale sera justifiable et plus elle apparaîtra comme une scorie du passé dont la rationalisation de l'organisation judiciaire commande la disparition.

Comme le constate Jean Paul Bizeau, "*quel que soit l'effort qui sera fait ou a déjà été réalisé pour améliorer le fonctionnement de la justice administrative, les aménagements auxquels il peut être procédé sont nécessairement limités sous peine de porter atteinte au caractère inégalitaire du droit administratif et de le vider de sa substance*"⁹⁵. Disqualifiée sur le terrain des

93. Sur le caractère matriciel de cette notion idéologique, voir Rangeon (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.

94. Chapus (R.), article cité, p. 263.

95. Bizeau (J.-P.), "Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ?" *AJDA* 20 novembre 1992, p. 191.

seuls moyens - la puissance -, l'utilité du juge administratif est à réaffirmer, pour cette branche de la doctrine, sur le terrain plus solide (sur le plan idéologique, mais pas sur le plan juridique) des finalités : le service public.

René Chapus constate lui aussi que *"les droits et intérêts privés ne cessent de peser d'un poids plus lourd"*, et cela serait l'indice de *"l'évolution du droit administratif vers un droit des libertés publiques, et de la juridiction administrative vers une juridiction des droits de l'homme"*⁹⁶ : la doctrine appréciant désormais en fonction du degré de protection qu'elle apporte aux administrés, serait significative de ce nouvel état d'esprit dans lequel le souci du droit de l'Etat et de l'intérêt général s'effaceraient peu à peu.

Si, comme l'observe justement Jacques Chevallier, *"la fin du privilège de l'unilatérité par l'avènement d'un droit administratif fondé sur une stricte égalité de droits et de devoirs relève de l'ordre de l'utopie, ce privilège étant au principe de l'institution administrative qui repose sur le monopole de la contrainte"*⁹⁷, on perçoit bien ce qu'un juge rejeté dans le pré-carré de la seule puissance publique peut avoir d'illégitime au regard des attentes - fussent-elles utopiques - d'une administration ne jouissant pas de privilèges : reste alors à trouver les moyens de mettre en scène la neutralité et l'impartialité du juge administratif sans lesquelles il n'est pas de juge crédible⁹⁸, tout en relégitimant et en redéfinissant la part des *"privilèges qu'il convient d'accorder à l'administration"*. Vaste tâche dans laquelle la doctrine ne manquera pas longtemps encore de s'investir et se diviser et à travers laquelle se jouent la légitimité du juge administratif et la place qui lui revient dans le système juridictionnel français.

96. Chapus (R.), article cité, p. 264.

97. Chevallier (J.), "Le droit administratif, droit de privilège ?", p. 67.

98. Hubac (S.) et Robineau (Y.), article cité p. 125, *"Le juge administratif a pour fonction de fixer les conditions de l'équilibre entre l'exercice par l'administration des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de ses missions et la protection des administrés contre ces mêmes pouvoirs. Il n'est en ce sens ni le porte-parole fidèle des citoyens contre l'Etat, ni le défenseur aveugle des pouvoirs de l'Administration"*.