

**VERS UNE NOUVELLE PROBLÉMATIQUE
RELATIONNELLE A L'INTÉRIEUR DE LA JURIDICTION
ADMINISTRATIVE. D'UN MODÈLE MONOCRATIQUE A
UN MODÈLE POLYCENTRIQUE ?**

PAR

Michel LÉVY

Conseiller d'Etat

Lorsque Xavier Prétot m'a demandé de le suppléer pour vous exposer le thème de l'évolution des relations entre Conseil d'Etat et juridictions subordonnées, j'ai accepté sans trop réfléchir. Peut-être aurais-je dû le faire davantage. Mon éminent ex-collègue se trouve aujourd'hui dans une situation de distanciation pertinente. Sa liberté d'esprit et de propos eut été entière.

L'exercice est plus ambigu pour celui qui le supplée. Le Conseil d'Etat m'a accueilli en son sein pour le reste de mon âge professionnel. Mais ma vie professionnelle juridictionnelle dans sa période de maturité s'est déroulée dans les juridictions subordonnées. Quel est le lieu d'où je parle ? A la vérité, toujours celui-ci plutôt que celui-là, dont je ne saurais en rien prétendre exprimer l'approche collective. En outre, mon tempérament me pousse à ne pas me plaire à des propos institutionnellement prédéterminés. J'ai tendance à n'être jamais entièrement à l'intérieur d'un système, d'une institution et à considérer que la réserve formelle que l'institution m'impose légitimement ne saurait exclure l'approche critique du système dans lequel elle se situe¹. Un auteur, que ses initiales P.D. ne suffisent pas à rendre anonyme, considère dans la dernière livraison de la *Revue française de droit administratif* que deux membres du Conseil d'Etat, beaucoup plus éminents que moi, ne pouvaient dans un ouvrage récent "développer une critique de l'institution" que leur

1. Sur la justification actuelle de l'approche critique, v. Fromont (M.), *R.A.*, n° spécial, 7/97, p. 36.

“qualité” aux divers sens du terme et le sujet même de leur étude d’une institution que “la tradition, le droit et le bon sens s’allient pour justifier et maintenir” n’appelait pas. Le point de vue d’un historien très averti de son sujet est, implicitement, le même. “*Nos conclusions ont un accent critique qui est celui de l’universitaire*”². Ce serait pourtant une distribution des rôles quelque peu simplificatrice que celle qui réserverait à l’universitaire le monopole de la démarche (sinon de l’accent) critique. Il y a néanmoins une sorte de consensus implicite, à tout le moins dans la doctrine, pour que les propos des acteurs du système soient empreints non certes d’un conformisme que nul ne saurait requérir, mais d’une conformité, que le libéralisme, “à la française”, considère comme une marque de bonne éducation, intellectuelle également. Ainsi pour paraphraser encore celui qui peut-être est le même auteur que P.D.³ : “on court toujours un risque à parler du Conseil d’Etat”, même et surtout si l’on a comme moi l’honneur, dorénavant, de lui appartenir.

D’ailleurs n’est-il pas bien connu que les grands arrêts de la jurisprudence administrative valent davantage encore par ce qu’ils ne disent pas que par ce qu’ils disent, par le silence que par la parole ?

Certes mon sujet n’est pas le Conseil d’Etat, mais sa relation avec les juridictions subordonnées. Mais comment séparer le propos sur une relation de celui-ci sur les acteurs de celle-ci ?

En 1987, année qui sera le point de départ de mon propos, même si l’intervention précédente suggère qu’il faudrait remonter bien plus avant dans le temps pour illustrer les relations et les enjeux du présent, le Conseil d’Etat demeure à l’intérieur de l’ensemble des juridictions administratives l’astre, le soleil autour duquel selon l’image difficile à éviter s’ordonnent toutes les planètes que constituent les juridictions subordonnées en leurs diverses constellations. L’orbe de cet astre institutionnel est autre que celui d’une “simple” juridiction suprême régulatrice. Juge administratif, il juge sur le fond le contentieux administratif de droit commun comme juge de premier et dernier ressort ou en appel et non seulement, ni essentiellement, les jugements de juridictions subordonnées. Organisme consultatif, ses prérogatives en la matière sont sans commune mesure avec celles des tribunaux administratifs, que l’on renonce en fait à développer, eu égard, déjà, à la pression du contentieux. Grand corps de l’Etat, il exerce au sein de cet Etat un magistère d’influence à la fois intellectuelle et sociale (l’un ne va pas sans l’autre), que les juridictions subordonnées ne partagent en aucune mesure. Gestionnaire il ne l’est pas encore directement, mais le ministre de l’Intérieur lui délègue déjà en fait assez largement le pouvoir nominal qu’il détient.

2. Monnier (F.), “A propos du Conseil d’Etat. Les leçons de l’histoire”, *R.A.* n° 3/2000, note p. 9.

3. cf. *Revue Administrative*, 5/99, p. 37.

Ainsi à la veille de la réforme, le modèle de juridiction administrative et sa réalité sont-ils manifestement de nature monocratique. La relation des juridictions est davantage de l'ordre de la reproduction que de celle du dialogue de positions par nature relatives de recherche d'une vérité juridique. La première qualité du juge subordonné est de savoir lire dans et entre les lignes de la jurisprudence du juge régulateur. Il y a dans le droit administratif français un aspect quasi initiatique. Sans doute en cas de question non jugée, les juges subordonnés retrouvent-ils une liberté provisoire. Mais elle est de courte durée, en tout état de cause.

La différence et la prédominance sont à la fois structurelles, intellectuelles et sociales. Les trois séries de facteurs convergent pour caractériser le modèle monocratique.

La réforme de 1987 introduit incontestablement des éléments d'un modèle infiniment plus polycentrique. Pour autant un tel polycentrisme s'est-il significativement manifesté douze ans après la réforme ? La circonspection, pour le moins, s'impose. Les éléments de polycentrisme introduits dans le système ne paraissent pas tels qu'il ne demeure d'essence monocratique.

I - LA RÉFORME DE 1987 MET EN CAUSE LE MODÈLE MONOCRATIQUE DE JURIDICTION ET COMPORTE DES ÉLÉMENTS D'UN MODÈLE DAVANTAGE POLYCENTRIQUE

A) Une banalisation du système de juridiction administrative

Il n'est pas indifférent que la réforme, qui rapproche le plus nettement les structures de l'ordre juridictionnel administratif de celles de l'autre ordre, qui suggère le plus nettement la rupture théorique et pratique avec le procès "d'administration qui se juge" dans l'affirmation d'un juge extérieur, distinct des autres juges, mais aussi de l'administration, ne se soit imposée qu'après l'échec de deux tentatives antérieures maintenant bien davantage le rôle dominant du Conseil d'Etat, simplement assisté de référendaires ou de chambres adjointes, assumant sa tâche sans avoir son statut et vouées, pour les secondes, à une certaine fragilisation institutionnelle par l'extension à leurs relations avec le Conseil du système de la "troïka" qui est l'un des éléments importants, quoi qu'informel, de son fonctionnement interne.

Il n'est pas indifférent non plus que la pleine compétence des cours, qui était indispensable, pour une normalisation effective de l'ensemble du système, ne soit intervenue que par le fait du Sénat. Le projet du gouvernement et donc du Conseil d'Etat ne prévoyait qu'une compétence d'attribution, qui ne faisait pas des cours des juridictions ordinaires à part entière.

Initiée comme un simple palliatif de l'appel du secteur des entreprises privées et publiques sur les jeunes membres du Conseil d'Etat dans le même temps déjà où augmentait le contentieux, la réforme après l'intervention du Sénat et de sa commission des lois devenait véritablement une réforme "à part entière".

Le refus initial du triple degré de juridiction pour le contentieux de l'excès de pouvoir se recommandait certes des difficultés, *a posteriori* pas si insurmontables, de l'élaboration d'un contrôle de cassation des arrêts statuant sur de tels recours. Il marquait aussi, et peut-être davantage, le souci, au moins dans un premier temps, de ne pas remettre fondamentalement en cause le système antérieur.

De toute façon, je pense que la solution d'abord envisagée n'était pas viable à terme, tant il est de la nature de tout être, même collectif, d'aspirer à réaliser la plénitude légitime de son être, ce que les cours n'auraient pu manquer de faire.

Cela étant, l'ampleur de la réforme fut sans commune mesure avec celle des réformes d'abord successivement envisagées. Elle marque une transformation dans le sens d'une banalisation de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat devenant d'abord sur le fond sinon quant aux chiffres respectifs des catégories d'affaires traitées, un juge de cassation, ce qui est d'ailleurs paradoxal pour une juridiction qui recrute l'ossature de son personnel si je puis dire dès le berceau administratif de la sortie de l'ENA. Il est en effet peut-être un peu étonnant que de jeunes juges sans expérience du fond soient dès l'origine proposés aux jugements non plus des litiges, mais des arrêts.

En faisant des cours des juridictions de dernier ressort de plein exercice (les exceptions électorale et d'appréciation de légalité ne changent pas cela) et en réorientant l'intervention du Conseil d'Etat du terrain du fond à celui de la forme, du fait au droit, du contenu au contenant, la réforme permet incontestablement de caractériser une virtualité de substitution du polycentrisme au monocratisme. L'intervention du Conseil d'Etat se rapproche davantage alors, de celle d'une "simple" Cour régulatrice.

Dans une certaine mesure, les cours administratives d'appel statuant en dernier ressort sont appelées à se substituer à lui, à la mesure, il est vrai, de la part d'appréciation souveraine qui leur sera laissée.

B) Qui n'est pas remise en cause par l'étendue du contrôle de cassation exercé par le Conseil d'Etat

On peut sans doute dire, sous le contrôle de plus savants que soi, que dans l'ensemble la façon dont le Conseil d'Etat a exercé son contrôle de cassation

donne plutôt le sentiment qu'il n'a pas entendu, par des biais de technique juridique, reprendre ce qu'il avait accepté de donner, en reconstituant l'essentiel de son pouvoir antérieur, ce qui d'ailleurs, de son point de vue, aurait, d'un autre côté, signifié l'échec de la réforme.

On dira à cet égard, sans originalité excessive, que le Conseil d'Etat a dans son contrôle "joué le jeu" du nouveau système, tout en se réservant l'opportunité d'un contrôle de qualification ou d'erreur de droit, à chaque fois qu'il lui apparaissait que soit le minimum de "verrouillage" juridique du système, soit l'importance pratique de la matière le justifiait (par exemple pour ce qui concerne le contrôle de l'interprétation des clauses "réglementaires" des "Cahiers des Clauses Administratives Générales" ou celui de la proportionnalité entre l'ordre public et la vie familiale ou celui de l'utilité publique le jour même où n'était pas contrôlé le détournement de pouvoir). Ce sont à chaque fois des considérations de politique jurisprudentielle, davantage que de théorie juridique abstraite qui paraissent expliquer l'étendue de contrôle de cassation. Ainsi est-il intéressant qu'un auteur aussi averti que M. Hostiou suggère⁴ que le Conseil d'Etat privilégierait la protection des prérogatives de l'administration, les cours et les tribunaux celle de la propriété privée. Une troisième hypothèse serait que le Conseil entendrait simplement conserver au cas par cas un entier contrôle en la matière...

Malgré tout en règle générale il peut sembler que la part d'appréciation souveraine laissée par le Conseil d'Etat au nouveau juge de dernier ressort soit importante.

En tout cas il ne semble pas qu'on puisse soutenir qu'il y ait une volonté, voire une pratique de "recentralisation" du système, que cette situation s'explique ou non d'abord par la "confiance", qui, selon les auteurs d'une des dernières chroniques de jurisprudence administrative de l'AJDA sur la question du contrôle de cassation (99/10) présiderait aux relations entre le Conseil et les juges du fond.

L'usage le plus fréquent s'agissant des arrêts des cours de l'évocation de l'article 11 de la loi de 1987 s'explique certainement davantage par leur situation d'encombrement, contrastant avec celle, moins tendue, du Conseil et par l'ancienneté de beaucoup de litiges que par une stratégie de réappropriation. La pratique par la juridiction suprême du contrôle de cassation ne paraît donc pas entraver une évolution vers le polycentrisme. Qu'il soit bien difficile de dégager de véritables lignes directrices permettant de conseiller utilement un justiciable sur l'opportunité d'un pourvoi est un autre problème, qui n'est, d'ailleurs, pas vraiment apparu après 1987.

4. *Revue Française de droit administratif*, 99-6 note sous Commune de Volvic 2/02/99.

C) Un risque d'anémie contentieuse du Conseil d'Etat ?

Un autre élément d'une telle évolution procède peut-être justement des charges juridictionnelles relativement inégales qui sont et paraissent devoir être assez durablement celles du Conseil et des Cours, pour des volumes d'équivalents temps plein affectés aux contentieux traités sans doute en fait assez voisins.

A cet égard il ne faut pas se leurrer sur les chiffres. Si les Cours n'enregistrent qu'un tiers d'affaires entrées de plus que le Conseil en l'état (env. 18000 / 12000 nets en 1999), le contentieux du Conseil est en très grande partie de l'ordre, d'une bonne moitié, le contentieux des étrangers — seul véritable contentieux (hors séries) "de masse" du contentieux administratif et qui pose souvent des problèmes plus complexes humainement que juridiquement. De même les affaires de premier et dernier ressort (1/3 des entrées) sont souvent des affaires d'une portée juridique moyenne, de "petit contentieux" comme on disait naguère.

On constate, alors, que les affaires jugées en sous-sections réunies deviennent plus rares (environ 2000 sur près de 11000, ce qui est quand même assez peu, dont sans doute moins de la moitié de cassation et moins encore, hors contentieux fiscal). Sur le plan contentieux, le Conseil d'Etat ne risque-t-il pas alors à terme de souffrir non plus de trop plein mais d'une certaine anémie coexistant avec l'indigestion chronique des Cours ?

Bien entendu, si l'on considère qu'une juridiction suprême doit juger dix ou cinquante affaires par an posant uniquement des questions de principe essentielles, le risque n'existe pas. Mais ce n'est pas ainsi que le problème s'est posé, se pose ou se posera. Tant du fait du nombre des membres affectés aux activités contentieuses qu'en raison du génie propre de la tradition juridique française soucieuse d'égalité devant la justice jusqu'au niveau des voies de recours extraordinaires, on voit mal le Conseil d'Etat se recentrer à ce point sur ses fonctions extra-contentieuses qu'il n'entendrait plus juger que quelques affaires ou dizaines d'affaires par an. Dans cette optique, si la tendance à une relative modestie du nombre d'affaires soumises, hors droit des étrangers et hors ordonnances, au Conseil d'Etat se poursuivait, il s'agirait d'un élément effectif d'évolution vers un système davantage polycentrique, même si dans le même temps, l'excès de dossiers auquel les juridictions subordonnées demeurent confrontées n'allait pas dans le sens d'une véritable maîtrise de leur activité par ces juridictions.

D) Un usage modéré de la procédure d'avis juridictionnel, mais un maintien du respect de la jurisprudence du Conseil d'Etat par les juridictions subordonnées

Un quatrième élément d'évolution vers davantage de polycentrisme est sans doute l'usage modéré, qui a été fait de la procédure d'avis par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Sur le principe j'avais en son temps avec X. Prétot⁵ conclu à l'admissibilité de la procédure, s'il en était fait un usage raisonnable. C'est bien ce qui s'est passé puisque le Conseil n'a été saisi annuellement que de quelques demandes d'avis et sur des points dont l'importance était avant tout technique. Ce n'est pas parce qu'une question était "sensible" qu'elle paraît avoir été soumise. S'il est vrai que l'avis est en fait obligatoire, la seule tentative connue de refus de s'y conformer n'ayant pas été suivie d'effet en cassation, le Conseil d'Etat a, par ailleurs, reconnu l'autorité des cours en ne statuant pas lorsque la jurisprudence de la cour du ressort était fixée et qu'un pourvoi en cassation était formé. En définitive l'avis contentieux ne paraît pas avoir été un élément de recentralisation du système et de retour au monocratisme.

A cette question de l'avis, on peut rattacher celle du respect par les juridictions subordonnées de la jurisprudence du Conseil. Même si certaines juridictions, notamment lyonnaises ont à cet égard esquissé des évolutions vers une moindre conformité aux solutions dégagées par le Conseil d'Etat et vers davantage d'originalité sinon d'irrespect, après tout compréhensibles dans la Primature des Gaules (récemment encore le tribunal administratif est revenu sur de brillantes conclusions de son commissaire du gouvernement sur la déjà vénérable jurisprudence Intercopie)⁶ les tribunaux et même les cours n'ont dans l'ensemble pas changé leur tradition, très différente de celles des tribunaux judiciaires, d'application stricte de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dans les juridictions administratives, on continue si j'ose dire à se planter davantage qu'à s'opposer. D'ailleurs le constat vaut dans une moindre mesure certes peut-être aussi au Conseil d'Etat, lorsqu'on y recense pudiquement des solutions "d'espèce", même s'il suffit de parcourir certaines conclusions de commissaires du gouvernement au Conseil pour se persuader, s'il en était encore besoin, que le risque de plantations denses y est assurément moindre...

On a même vu, j'en ai fait l'expérience, certains membres du Conseil d'Etat suggérer l'audace insuffisante des décisions des juridictions subordon-

5. *A.J.D.A.*, 88/2, 109 sq.

6. T.A. de Lyon 9/12/98 Masson, *A.J.D.A.*, 99/5, 448, concl. E. Kolbert. Autre exemple, l'abandon de la jurisprudence Ville de Bagneux par le tribunal administratif de Nice le 2 avril 1999 (décision citée par une étude de Maître Suares GP 9/02/2000 note 3 page 34) alors que le Conseil d'Etat, même incité à la faire par les conclusions de Mme Pecresse sous la décision Mme de Laubier, s'y est jusqu'à présent refusé...

nées⁷. Il s'agit de deux cas où, sans violer, ce qui serait mal, le secret du délibéré, je crois pouvoir suggérer que la Cour de Paris avait eu quelque scrupule à appliquer les décisions ou avis du Conseil d'Etat sur lesquels celui-ci devait, en cassation, revenir, pour l'annuler.

Dans l'ensemble, il faudrait être trop long pour prendre le temps de la nuance, je persiste à penser que la tradition de discipline de la juridiction administrative est préférable à d'autres traditions de moindre discipline. Si la vérité juridique est, certes, relative, le justiciable a d'abord besoin d'un égal traitement et de prévisibilité et le polycentrisme se distingue de l'anarchie juridictionnelle, comme la liberté raisonnable de la liberté irresponsable.

Tels sont les éléments essentiels qui vont plutôt dans le sens, depuis une dizaine d'années, d'un plus grand polycentrisme à l'intérieur de la juridiction administrative. Il y en aurait d'autres, telle la décentralisation des voies d'exécution en 1995, mais on ne peut traiter de tout. Il faudrait d'ailleurs distinguer les tribunaux administratifs des cours, les premiers pouvant prendre appui sur la dualité de juridictions supérieures pour affirmer une plus grande autonomie par rapport tant aux unes qu'à l'autre et les secondes s'imposer plus ou moins aux tribunaux de leur ressort.

Mais dans le maintien même en règle générale de la tradition de révérence des juridictions subordonnées à l'égard de la jurisprudence de la juridiction supérieure se discernent déjà les limites d'une évolution vers un réel polycentrisme.

Et l'on doit se demander, alors si...

**II - MALGRÉ CES FACTEURS D'ÉVOLUTION, LE SYSTÈME
FRANÇAIS DE JURIDICTION ADMINISTRATIVE NE DEMEURE
PAS POUR L'ESSENTIEL DE NATURE INÉGALITAIRE, LE MODÈLE
MONOCRATIQUE PRÉVALANT TOUJOURS NETTEMENT SUR LE
MODÈLE POLYCENTRIQUE**

Bien davantage qu'à des facteurs de rationalité abstraite, le caractère monocratique du système tient à deux siècles et plus d'histoire. A divers égards notre Conseil d'Etat est peut-être, paradoxalement certes, l'une de nos institutions les plus britanniques. Les obstacles juridiques à des remises en cause radicales du système juridictionnel administratif, notamment de son agencement interne, sont faibles, les obstacles pratiques essentiels : le poids et

7. Voir par exemple à la *R.J.F.* d'août-septembre 1999 la chronique de Melle Mignon sous une décision Tripot du 16 juin 1999 en matière de responsabilité des services fiscaux, notamment p. 604, 2ème colonne. Voir également les conclusions de Mme Maugüe sur CPAM de l'Essonne, 7/05/99 RTDSS 99/386 en matière de régime financier de prise en charge des adultes handicapés.

le prestige du Conseil d'Etat dans la vie politique, sociale et administrative, l'intériorisation même d'une relation de bienveillance et de déférence par les acteurs du système, l'existence et l'efficacité très inégales d'un sentiment d'identité dans chacun des deux corps sont autant de facteurs objectifs et subjectifs qui rendent, à terme prévisible, l'évolution vers un réel polycentrisme assez peu vraisemblable.

Toutefois, je dois bien admettre que, lorsque je débutais, il y a plus de trente ans hélas, mon parcours professionnel, les questions que l'on peut, voire doit aujourd'hui poser, ne se posaient même pas. Il est, d'autre part, clair que l'évolution européenne et constitutionnelle que l'on connaît, la revalorisation sociale de la fonction juridictionnelle, qui rend l'opposition de naguère entre "haut fonctionnaire" et "petit juge" quelque peu caduque, et la distance sociale de la haute administration par rapport au milieu judiciaire beaucoup plus relative, rendent à moyen terme quelque peu imprévisible l'évolution des relations et des stratégies des acteurs à l'intérieur même de la juridiction administrative, d'autant que la place du justiciable est plus affirmée dans les juridictions subordonnées et que les juges de ces juridictions ont souvent, aujourd'hui encore, une conception plus "juridictionnelle" de leur office que les juges du Palais Royal.

Il reste que si le pronostic va plutôt vers le maintien pour l'essentiel du système monocratique, qui verrait le Conseil d'Etat continuer à jouer un rôle assez différent de celui de la Cour de Cassation par rapport aux juridictions subordonnées, c'est qu'il existe des éléments forts de perdurance de la situation traditionnelle que, par souci de symétrie formelle, on déclinera également en quatre rubriques.

A) Le premier élément est, il faut le reconnaître, l'autorité spécifique, au sens d'auctoritas du Conseil d'Etat vis à vis des juridictions subordonnées.

On peut discuter à l'infini des lumières et des ombres du modèle français de sélection des élites sociales. Il reste que par le double fait d'une sélection quand même essentiellement vertueuse parce que fondée sur le mérite et de la consolidation et de la pérennisation de ses effets par l'accès à un milieu disposant d'informations, d'opportunités et de possibilités d'influence incomparables à d'autres, la qualité moyenne des membres des grands corps de l'Etat — et notamment de ceux les rejoignant ab origine — demeure élevée en ce que, notamment, ils disposent de capacités de formalisation, de synthèse et d'aptitude à la polyvalence, qui continuent à les singulariser et à asseoir vis à vis de ceux qui en disposent moins une autorité fondée à divers égards davantage encore sur le charisme que sur la compétence ou la hiérarchie et qui est, de ce fait même, la plus efficiente. Ce type d'autorité continue à différencier assez profondément le Conseil d'Etat de toutes autres juridictions suprêmes

et, tant qu'il se maintiendra, favorisera le maintien d'un système monocratique très singulier, dont il est, pour me référer au début de mon propos, particulièrement difficile à un acteur du système de parler avec la bonne distance qui convient.

Au surplus, dans les années 1980 puis ultérieurement, alors que nombre de ses jeunes membres étaient davantage attirés par les rivages de l'industrie et du commerce que par ceux du droit du contentieux, le Conseil d'Etat a su intégrer quelques-uns des jeunes magistrats les plus brillants des juridictions subordonnées, qui sont devenus, notamment, des commissaires du gouvernement reconnus. Par cette ouverture, mesurée, il a su ainsi ménager en le renouvelant l'avenir du modèle traditionnel.

A ces éléments, il y a lieu d'ajouter une culture et une expression communes à la juridiction supérieure et aux juridictions subordonnées. Il n'est pas indifférent, avouons le, qu'aujourd'hui encore le plaisir et la complicité intellectuelle soient plus importants pour bon nombre de membres de juridictions subordonnées à la lecture d'une décision du Conseil d'Etat éclairée par des conclusions encore souvent élégantes qu'à celle d'une décision, soit dépourvue de conclusions, soit indissociable des conclusions, comme l'est sa partie "philosophique" de sa partie décisive d'ailleurs, d'une juridiction constitutionnelle ou européenne. Pour m'en référer au professeur Gaudemet⁸, les juges administratifs français, dans leur ensemble, persistent à préférer "le registre de la sobriété des principes et du commandement" à celui des normes "répandues, discursives, pédagogiques".

Dans cette efficience de l'auctoritas de la juridiction administrative suprême, même si elle est loin d'être sans nuances (par exemple la motivation peut devenir si concise qu'elle en devient évanescence et d'ailleurs le Conseil d'Etat est amené à être plus exigeant de ce point de vue pour les cours qu'il ne l'était parfois pour lui-même) intervient aussi l'intériorisation par les membres des juridictions subordonnées d'une même conception de ce que doit être et demeurer pour l'essentiel l'idéal-type en quelque sorte de la juridiction. Dans la défense théorique et concrète par le Conseil d'Etat du rôle traditionnel du commissaire du gouvernement et du rapporteur, que ce soit vis à vis de telle juridiction européenne ou interne d'ailleurs, je pense que la très grande majorité des membres des juridictions subordonnées se retrouvent, demeurant également persuadés que certes il est besoin que le justiciable, ait le sentiment que la justice est rendue [d'ailleurs, selon de très récentes conclusions d'Assemblée de M. Seban concernant la Cour des Comptes (23/2/2000 société Labor Métal), le Conseil d'Etat ne l'aurait jamais méconnu, ce qui peut, peut-être se discuter] mais que d'abord elle doit l'être de la manière la plus sérieuse et la plus efficace possible, ce que garantissent au moins mal les modalités tra-

8. Gaudemet (Y), "Les nouvelles méthodes du juge administratif français", *Etat, Loi, Administrations*, mélanges Spiliatopoulos, p. 150

ditionnelles d'intervention du rapporteur et du commissaire du gouvernement. Et comme seul le Conseil d'Etat dispose du pouvoir d'influencer de promouvoir, sinon de garantir la pérennité à cet égard du système, il renforce de ce fait même son poids à l'intérieur de celui-ci.

B) Le second élément fort dans le sens du maintien du modèle monocratique concerne les compétences des juridictions à l'intérieur de l'ordre administratif

Et essentiellement la question, assez singulière en pure rationalité abstraite, d'une importante compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat. Si, en définitive la réforme de 1987 a conduit à une situation normalisée de pleine compétence et donc d'unité juridictionnelle des Cours, c'est sous réserve du maintien d'une *deminutio capitis* partagée avec les tribunaux administratifs en ce qui concerne les compétences du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort, dont les effets sont, on le sait, plutôt amplifiés par le jeu d'une connexité d'usage nécessairement subjectif.

Si la compétence directe pour connaître des recours dirigés contre les décrets, voire les arrêtés ministériels, réglementaires est peu discutable, il en va différemment pour ce qui est des litiges concernant des actes non réglementaires et, notamment, ceux qui intéressent la situation des fonctionnaires nommés par décret du Président de la République, témoignant d'une répartition des compétences contentieuses en fonction de paramètres politiques et sociaux, l'importance de la fonction pour l'Etat et l'existence de la communauté d'une élite de décideurs, ce qui peut heurter une conception simple et naïve de l'égalité devant la justice, même si, et ce n'est peut-être pas un hasard, le double degré de juridiction n'est pas un principe général du droit ou même une règle générale de procédure ou encore, comme il vient d'être jugé le 9 février dernier (M. Camparini à paraître au *Recueil*) une exigence imposée par l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Etant observé qu'une chose est, au regard de ce principe, l'existence d'une unique voie de recours en cassation, autre l'existence d'un seul juge statuant en premier et dernier ressort sans aucun recours devant un autre juge.

Des observations de même type devraient concerner les décisions des organes collégiaux à compétence nationale.

Très différents sont les problèmes posés par les litiges nés hors du ressort des tribunaux administratifs qui investissent souvent le Conseil d'Etat d'une compétence de caractère quasiment prud'homal, caractère que la récente inflexion de jurisprudence sur l'incompétence du juge administratif français pour les contentieux mettant en cause des agents recrutés selon le droit étranger va peut-être atténuer.

Un troisième élément jouant dans le sens du maintien du caractère monarchique du système n'est pas le plus simple à formuler tant intellectuellement que du point de vue du discernement de ce que le présent propos peut légitimement énoncer. Il a trait à...

C) La gestion du corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Il n'est cependant pas possible de ne pas constater qu'il ne va quand même pas de soi que le juge supérieur soit en même temps le gestionnaire du corps des juges subordonnés et le décideur des carrières de ses membres.

Un préambule toutefois s'impose. Au moment où les magistrats judiciaires — et l'opinion — paraissent tant s'interroger dans un débat public sur leur indépendance, je n'ai pas le sentiment que la question se pose dans les mêmes termes pour les magistrats administratifs. En une bonne vingtaine d'années de carrière dans les juridictions subordonnées, je ne me suis jamais posé la question de mon indépendance, tant celle-ci me paraissait aller de soi. Et je crois non seulement n'être pas le seul, mais que cette espèce de sentiment d'une absence, tout simplement, de problème a été et reste partagée par la plupart de mes collègues.

Bien entendu il ne faut pas être naïf. Dans quelque corps que ce soit les décisions d'avancement tiennent compte de facteurs plus ou moins subtils, de mérite certes, mais aussi de prévisibilité et de conformité. Au Conseil d'Etat, l'avancement se fait à l'ancienneté, mais les présidents de formation et même les assesseurs et commissaires du gouvernement ne sont pas choisis au hasard. Partout les affinités jouent. Autant il est tout à fait concevable dans les juridictions subordonnées que l'avancement se fasse un jour à l'ancienneté dans les grades de conseillers, autant ce l'est moins pour les grades et fonctions de présidents. Les dossiers les plus sensibles sont toujours attribués avec circonspection par quelque président que ce soit.

On pourrait poursuivre longuement sur ce terrain tout empirique. Mais ces limitations inévitables à une indépendance absolue ne m'ont jamais donné le sentiment qu'une indépendance raisonnable, dans des institutions sociales, forcément, et non dans le pur espace de ma liberté subjective, fut en cause et cela à vrai dire déjà au temps de la gestion du corps par le ministre de l'Intérieur, où le pouvoir de décision réel appartenait déjà assez largement au Conseil, sous réserve sans doute des quelques décisions politiques dont l'histoire non écrite du corps conserve quelques souvenirs. Dès alors, si j'ose paraphraser le doyen Vedel dans son propos récent sur certains "Hasard et Nécessité" "*ce qui*" sans doute "*sauva l'entreprise, ce fut que la pratique fut devenue*" avant même le transfert de la gestion au Conseil d'Etat et la création du conseil supérieur des tribunaux administratifs, "*différente sinon à l'opposé du contenu théorique de la règle*".

Pour autant la gestion par le Conseil d'Etat des juridictions subordonnées et des carrières de leurs membres par l'entremise du Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel, qui n'est le Conseil Supérieur de la Magistrature, ni actuel, ni éventuellement (très peu à ce jour) futur, où il ne dispose certes pas de la majorité formelle, mais, sans doute, compte tenu de la discrétion qui entoure son fonctionnement, du pouvoir d'influence et de décision réel, pose la question, que j'ai évoquée, d'une appropriation cumulative de la fonction de juge supérieur et de gestionnaire des carrières des juges subordonnés. L'organisation syndicale à laquelle j'appartenais naguère était pour sa part partisane pour les questions de carrière d'une décision du gestionnaire après avis d'une formation du CSTA statuant en commission administrative paritaire. Je pense que cette position, malgré toutes les limites de ce système également, ne serait ce que par un pouvoir syndical insuffisamment contrebalancé, demeure la sienne.

Que la situation actuelle n'ait sans doute en pratique qu'assez peu menacé l'indépendance des membres des juridictions subordonnées et qu'elle ait, il faut bien le reconnaître, permis grâce à l'engagement du Conseil d'Etat une amélioration des carrières, qu'un ministère ordinaire n'aurait peut-être pu obtenir, me paraît un fait.

Mais la question de principe dans la perspective d'un système de juridiction administrative davantage monocratique ou polycentrique peut et même doit sans doute, néanmoins, être posée.

Elle doit l'être d'autant qu'elle ne peut être examinée indépendamment d'une dernière question, la plus importante de toutes à l'heure actuelle à mon avis au regard de ce qu'est véritablement l'indépendance du juge celle de...

D) La pression de l'urgence et du délai à juger sur les juridictions administratives subordonnées

Selon moi, l'orientation actuelle vers la priorité donnée à la demande sociale tout à fait légitime mais pas nécessairement possible à satisfaire d'un traitement en temps réel des demandes de justice par la juridiction administrative risque de peser dans le sens d'un monocratisme du système, en accentuant le risque d'une dichotomie qualitative entre le Conseil d'Etat et les juridictions subordonnées.

Pour des raisons à la fois diverses et évidentes, le Conseil d'Etat qui a su traiter en temps réel certaines affaires qui le méritaient, mais qui dans l'ensemble continue à prendre son temps, ne sera jamais soumis à la pression de l'urgence et des délais comme le sont et le seront de plus en plus ceux que le Professeur Mény a appelés, d'une formule dans laquelle un certain nombre se reconnaîtront, "*les soutiers du contentieux administratif*".

Dans les commentaires sur le projet de loi sur l'urgence en cours de discussion, les appréciations positives ont été les plus nombreuses, voire exclusives. Les craintes qu'appelle l'accroissement du nombre de décisions juridictionnelles en fait non motivées, intervenant sans conclusions du commissaire du gouvernement et sans processus de contradictoire apportant les mêmes garanties que dans l'instance au fond, ont été peu exprimées, de même que celles que peut inspirer la substitution du pourvoi en cassation à l'appel pour la nouvelle procédure du référé - sursis (outre la différence des régimes de recours selon les différents référés, selon une logique qui m'échappe, est-il normal que, par exemple, le contrôle de l'urgence n'intervienne qu'en cas de dénaturation ?⁹). Plus fondamentalement, on s'est peu, trop peu selon moi, demandé si la juridiction administrative, accusée à tort d'indifférence aux besoins réels des justiciables, pouvait se lancer dans une sorte de course de vitesse avec l'institution judiciaire, dont certains praticiens s'interrogent d'ailleurs à l'heure actuelle sur certains effets excessifs de la culture de l'urgence qui s'y est développée, parce qu'"un juge doit prendre le temps nécessaire pour juger, ne pas se hâter, ne pas prendre des décisions précipitées"¹⁰. Ce propos était entièrement rédigé, lorsque j'ai eu connaissance dans *Le Figaro* du 21 février dernier d'une "opinion" de Maître Hervé Guettard (ancien bâtonnier dans le Loir-et-Cher) qui confirme, même si son propos ne concerne pas spécifiquement la procédure d'urgence que d'aucuns s'interrogent dans le milieu judiciaire, sous un titre "Le diktat des statistiques", dont je ne puis assurer qu'il ne soit pas ou ne puisse être un jour approprié en ce qui concerne également les juridictions administratives.

Tous les politiques appellent les juges à acquérir un "sentiment de l'urgence", dont pour ma part je crois n'avoir jamais été démuné, mais pas au point d'admettre pour citer le rapporteur à l'Assemblée Nationale, car là est le point fondamental, qu'il soit possible d'opposer des "*jugements rendus sur les apparences, souvent simples jugements de bon sens par rapport aux chefs d'œuvre juridiques, parfois un peu hermétiques, voire irréels des cours suprêmes. La décision de référé répond à cette demande sociale de justice simple et rapide*". Je pense que la plupart des décisions du Conseil d'Etat ne sont ni hermétiques, ni irréelles, mais traduisent simplement la complexité de la réalité, dont l'état du droit ne peut, même si il faut toujours simplifier dans la mesure du possible, que rendre compte. Et j'avoue me méfier beaucoup de l'opposition du "bon sens" et du droit abstrait. Mais peut-être, ou sans doute suis-je un peu déphasé par rapport à la réalité actuelle. Après tout je ne suis plus si loin de l'âge de la retraite...

9. Les réserves exprimées par le Professeur Gros, "Le juge administratif, la procédure et le temps", *R.D.P.*, 6/99, p. 1707 sq et par Maître Marchand, *R.G.C.T.*, n° 9, janv.-fév. 2000, p. 89 sq. axées respectivement sur le respect des droits de la défense et la protection des prérogatives de l'administration procèdent de préoccupations différentes.

10. Comme l'écrit l'auteur d'un "essai sur l'art de juger" paru dans la *Revue Administrative*, n°s 310 et 311, 1999, p. 360, note 23.

Qu'on m'entende bien. J'ai toujours été opposé à un certain perfectionnisme dans les juridictions administratives subordonnées. J'ai toujours été partisan du juge statuant seul au premier degré et des chambres à trois en appel. Et l'une des qualités d'un président de formation de jugement m'a toujours semblé être une certaine lucidité quant au caractère relatif de la vérité juridictionnelle et quant à l'impossibilité d'un zéro défaut juridique. Seul le juge régulateur doit rechercher une "totale" réduction de l'aléa. J'ai souvent, d'un autre point de vue, regretté la rigueur de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de sursis à exécution. Si elle avait été moindre, on n'en serait peut-être pas arrivé à la situation actuelle, tout en maintenant les garanties procédurales de la procédure de sursis partagées, au moins pour partie¹¹, avec la procédure de fond.

Par contre, il faut se garder de leurre et du faux-semblant. Si les juridictions administratives subordonnées ont eu, de long temps, un sentiment finalement paisible de leur indépendance, c'est que, toute révérence gardée, elles partageaient avec le Conseil d'Etat le même souci de rigueur intellectuelle et de qualité à peu près constante des décisions. Ce souci était satisfait par la motivation et le triple, ou pour le juge statuant seul, au moins le double examen. Si de plus en plus de décisions du juge unique de l'urgence ne sont ni motivées ni éclairées par des conclusions et si en fait compte tenu des normes discrètes imposées aux présidents réviseurs et aux commissaires, l'intervention de ceux-ci, là où elle demeure en principe, devient largement formelle, c'est une autre juridiction administrative dont les contours se dessinent et qui, à mon avis, ne surmontera pas par une telle évolution la crise à laquelle l'affronte l'augmentation des contentieux.

La situation actuelle est certes sérieuse. Alors que le délai de résorption du stock est d'environ un an au Conseil d'Etat, il reste d'environ deux ans dans les tribunaux administratifs et atteint en appel trois ans avec une progression du stock d'environ 1/3 puis 1/4 dans les années de fort transfert et maintenant d'environ 15% par an, ratio qui devrait se maintenir à mesure de l'accroissement du nombre d'affaires jugées en premier ressort.

Mais si cette situation appelle une véritable évaluation de l'ensemble du système, qui reste à faire (après tout la Cour des comptes va bien se faire évaluer par son homologue néerlandais) et une meilleure prise en compte des temps relatifs de chaque instance, il faut être clair sur les remèdes. Si dans un trop grand nombre d'instances, des décisions définitives ou non¹², sont prises sans réflexion suffisante, sans intervention véritable de plus d'un magistrat, que ce soit en urgence ou au fond, il existe une menace pour la qualité minimale des décisions de la base, j'allais dire du front, et en tout cas ce serait une évolution qui n'irait pas dans le sens d'un polycentrisme raisonnable.

11. Dans la mesure où le rejet de conclusions à fin de sursis par ordonnance, sans communication de la requête au défendeur, avait déjà été admis.

12. Sur le caractère "non définitif" des décisions d'urgence, il y aurait du reste matière à bien des interrogations.

Un système de juridiction où l'on confondrait durablement productivité et rendement, tout en acceptant en fait d'ailleurs certaines performances individuelles tout à fait insuffisantes, serait à terme un système de juridiction menacé dans son ensemble.

Si l'équilibre entre le quantitatif et le qualitatif n'était pas recherché au bénéfice exclusif du premier de ses termes, un certain modèle de juridiction administrative qui certes doit évoluer, mais sans renoncer à l'essentiel, serait remis en cause, à un point tel que la question de la justification même de son existence séparée ne pourrait manquer de se poser.

* * *

Ce propos trop sommaire et trop long, trop péremptoire et trop timide n'aura pas atteint l'équilibre dont il évoquait la recherche. C'est la loi du genre.

L'évolution dans les vingt ou trente ans à venir des relations entre Conseil d'Etat et juridictions subordonnées est incertaine. Elle dépend d'abord des remises en cause auxquelles est confronté le Conseil d'Etat lui-même, dont l'issue n'est pas prévisible avec certitude. Elle dépend ensuite du modèle juridictionnel qu'intérioriseront mes jeunes collègues des juridictions subordonnées. Se ressentiront-ils comme des hauts fonctionnaires plus ou moins durablement affectés à des tâches juridictionnelles ou comme des juges, presque comme les autres ? Ou ne verront-ils aucune contradiction entre ces deux images de leur moi professionnel ? Elle dépend ensuite de la sagesse et de l'équilibre que sauront trouver les gestionnaires pour tenir compte des nécessités de gestion et de la demande sociale, sans remettre en cause le minimum de plaisir et de sérieux professionnels, qui vont de pair, des magistrats, dont certains confrontés à des rendements impossibles sans approximations excessives, sont déjà, j'en connais, désemparés.

Il ne faut pas, en effet, oublier, comme le suggère, avec le talent irremplaçable quoiqu'un peu désabusé du moraliste classique frotté d'usage du monde et d'examen de conscience, l'auteur déjà cité, de "L'essai sur l'art de juger" que le métier de juge, même, voire surtout, administratif, est à bien des égards, un métier improbable, voire impossible, par l'isolement individuel ou de petit groupe qu'il suppose, le constant souci, que le justiciable transmet au juge, l'absence de continuité et d'achèvement dans la durée de l'action, la confrontation de la réalité et de l'équité avec une vérité juridique, qui, assez nécessairement, s'en éloigne...

Il s'agit alors que la vie juridictionnelle, déjà si menacée par une certaine inhumanité abstraite, demeure aussi une vie de relations, faute de laquelle il n'est pas possible de juger bien ou moins mal. Il suffit aujourd'hui à cet égard de pénétrer dans certaines juridictions, où les dossiers s'entassent jusque dans

les couloirs, pour percevoir qu'alors une telle vie risque fort d'être absente. Comment ainsi ne pas craindre avec le même auteur que "*dans les vingt prochaines années la conception individualiste humaniste*", du métier de juge ne tende à disparaître ?

Après tout, pour en revenir à un sujet dont je crois pourtant ne m'être guère éloigné, que le système de juridiction administrative soit plus ou moins monocratique ou polycentrique n'a finalement qu'une importance relative. Que par contre son agencement ménage à tous les degrés un équilibre suffisant du juge pour qu'il puisse exercer avec le minimum de sérénité le métier quand même assez redoutable de trancher entre les prétentions opposées de ses semblables, fussent-ils représentants d'une collectivité publique, par delà l'écran de la personne morale et / ou du "procès fait à un acte", cela est vraiment important. Et aucun moyen moderne d'information ou de communication ne fera qu'une décision qui puisse satisfaire et le juge et le justiciable ne nécessite dans beaucoup de cas un minimum de temps d'élaboration et de formalisation, les juges de la reconduite à la frontière doivent parfois, voire souvent, ressentir cela¹³. En préservant ce minimum, on fera en sorte que le système de juridiction administrative évolue plutôt vers un polycentrisme accentué que vers un monocratisme maintenu ou restauré. Mais on fera surtout qu'une justice conforme à la réalité de sa nature et non à la seule exigence de la demande sociale immédiate continue à être rendue par le juge administratif.

13. Ce dont témoigne peut-être le recours par certains d'entre eux, à l'expertise médicale ou psychologique dans un contentieux qui, du coup n'est pas jugé en extrême urgence. Il s'agit là d'un facteur d'allongement du délai plus satisfaisant que celui que l'on semble constater dans certaines juridictions et qui pourrait tenir très prosaïquement au manque de magistrats ou de personnels de greffe en nombre suffisant pour "tenir les délais".