

Quelle légitimité pour le juge administratif?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Quelle légitimité pour le juge administratif?. Droit et politique, Presses Universitaires de France , pp.141-151, 1993, Publications du CURAPP, 2-13-043740-0. hal-01671337

HAL Id: hal-01671337

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01671337>

Submitted on 22 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

QUELLE LEGITIMITE POUR LE JUGE ADMINISTRATIF ?

PAR

Danièle LOCHAK

Professeur à l'Université Paris X - Nanterre

Tout au long du XIX^{ème} siècle, la justice administrative a fait l'objet d'une contestation permanente. Les progrès continus du contrôle juridictionnel de l'administration, l'indépendance progressivement acquise dans les faits, sinon en droit, par la juridiction administrative, avaient fini par faire taire ses détracteurs. Mieux : le juge administratif, et notamment le Conseil d'Etat, était volontiers présenté par ses membres et par une partie de la doctrine comme le plus sûr gardien des libertés publiques. Le Conseil d'Etat a bénéficié, selon l'expression de Marie-Christine Kessler, d'un "phénomène de cour", son entourage, constitué principalement de professeurs de droit, observant à l'égard de son œuvre une attitude révérentielle et ne formulant ses critiques qu'en termes mesurés et déférents.

L'affaire Canal marque d'une certaine façon le point culminant de cet âge d'or, si l'on se réfère aux réactions qu'elle a suscitées en faveur d'une institution qui semblait alors menacée. Dans un article paru dans *Le Monde*, Jean Rivero expliquait que "le Conseil d'Etat, depuis plus de cent cinquante ans, réussit ce singulier tour de force : servir à la fois l'autorité vraie du pouvoir en le gardant contre sa naturelle propension à l'arbitraire, et la liberté des citoyens" au point que l'institution fait figure de symbole et de pièce-maîtresse de l'Etat libéral.

L'admiration traditionnelle des professeurs pour l'œuvre du Conseil d'Etat a cependant faibli au cours de vingt dernières années, tandis que leurs

regards se tournaient de plus en plus vers le Conseil constitutionnel qui constitue désormais l'objet privilégié de leur curiosité. Le regain d'intérêt pour le droit constitutionnel, devenu à son tour jurisprudentiel et donc digne de retenir l'attention des juristes, a eu pour contrepartie une perte de prestige du droit administratif et une baisse de l'intérêt manifesté pour la juridiction administrative.

Une légitimité érodée

Mais, plus fondamentalement, la légitimité de l'institution s'est peu à peu érodée, sous l'influence de plusieurs facteurs. Au point que la question, récurrente tout au long du XIX^{ème} siècle : faut-il supprimer la justice administrative ? continue, deux cents ans après la Révolution française, à être posée. Sans doute n'a-t-elle le plus souvent qu'une portée rhétorique - cette suppression est signalée comme une éventualité que l'on écarte immédiatement après l'avoir évoquée - ou encore une visée pédagogique, destinée à faire réfléchir les étudiants de seconde année de droit ou de sciences po⁷. Il est symptomatique que dans un récent rapport d'enquête sénatorial consacré au fonctionnement de la justice administrative une partie entière, intitulée : "pourquoi deux justices ?", soit consacrée à l'examen des arguments invoqués pour justifier "un principe parfois contesté" et "une solution qui ne va pas de soi", sans que le rapporteur ait l'air d'être lui-même parfaitement convaincu de la pertinence de ces arguments¹.

Parmi les causes qui peuvent expliquer le regain des critiques adressées à l'institution, il faut en premier lieu faire la part des répercussions sur la justice administrative de l'offensive néo-libérale du milieu des années 80, qui a atteint le Conseil d'Etat en tant que symbole des privilèges d'une administration trop puissante. La contestation la plus radicale du système est en effet d'ordre idéologique, même si elle ne s'avoue pas ouvertement comme telle. La justice administrative serait un vestige d'une époque révolue, d'une conception dépassée, voire rétrograde de l'administration, placée au-dessus des particuliers, soumise à un droit exorbitant du droit commun, dotée de privilèges au premier rang desquels figure, précisément, le privilège de juridiction. La constitution de cette "classe à part de juristes d'Etat" (Laurent Cohen-Tanugi) que forment les membres des juridictions administratives aurait permis au politique d'asseoir sa domination sur le juridique au lieu de s'y soumettre. La revendication moderne d'un "Etat modeste" - pour reprendre l'expression à succès de Michel Crozier - cadrerait mieux avec la soumission de l'administration au droit commun, tandis que la conception actuelle de l'Etat de droit impliquerait que l'administration soit jugée et sanctionnée dans les formes communes.

1. Rapport de M. Jean Arthuis au nom de la commission d'enquête sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions, Doc. Sénat n° 400, annexe au p.-v. de la séance du 11 juin 1992.

On voit comment la critique néo-libérale de l'Etat rejaillit ici indirectement sur la justice administrative, non sans quelque infidélité d'ailleurs à la doctrine libérale originelle. Historiquement, en effet, ce sont bien les penseurs libéraux qui ont contribué à imposer l'idée d'une opposition entre Etat et société, d'une coupure irréductible entre sphère publique et sphère privée : la conception libérale de l'Etat est celle d'un Etat limité dans ses attributions, certes, mais d'un Etat fort, chargé de maintenir l'ordre public et de faire prévaloir l'intérêt général, doté à cet effet de prérogatives dites, de façon imagée, de puissance publique ; et les tâches étatiques, étant d'une essence différente de celles qu'assument les personnes privées, ne sauraient être régies par les mêmes lois que celle-ci. La soustraction des litiges auxquels l'Etat est partie au juge judiciaire et leur attribution à un juge spécialisé appliquant un droit spécifique apparaît parfaitement cohérente avec cette vision dichotomique de la société. Et c'est au contraire le développement de l'Etat-providence qui a entraîné l'atténuation du régime exorbitant auquel obéissait l'action de l'administration, et la soumission d'une part croissante de ses activités au droit privé et à la compétence du juge judiciaire. Il y a donc quelque paradoxe - ou du moins quelque ironie de l'histoire - à contester aujourd'hui l'existence d'une justice administrative et d'un droit administratif autonomes au nom du libéralisme. Mais l'influence du discours néo-libéral n'en transparaît pas moins dans un certain type de critiques adressées à la justice administrative.

Cependant, le temps n'est plus aux grandes querelles idéologiques ; et dans la mesure où les défenseurs de la justice administrative invoquent eux-mêmes plus volontiers des arguments pragmatiques que de principe pour justifier son existence, le débat a tendance à se déplacer du terrain de la légitimité de l'existence de la justice administrative vers celui de l'opportunité de la maintenir telle quelle ou de la réformer plus ou moins profondément : on ne récuse plus la dualité de juridiction a priori, mais on prétend juger la justice administrative sur pièces, en fonction de sa capacité à répondre aux attentes du public, de son efficacité en somme.

Si, du côté des partisans de la justice administrative, on invoque pour justifier l'existence du juge administratif, le particularisme du droit administratif, qui appellerait un juge spécialisé, on souligne en face que le prix à payer est élevé, car la dualité de juridiction est génératrice de complications pour les justiciables en raison de la subtilité des règles de répartition des compétences, de la multiplication des questions préjudicielles, sans compter les risques de divergences de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction. Au demeurant, le particularisme du droit administratif lui-même est parfois contesté. Ainsi, la commission sénatoriale dont on a déjà cité le rapport plus haut propose, à la suite de bien d'autres, de laisser au juge administratif le seul contentieux de l'excès de pouvoir, et de transférer le contentieux contractuel et le contentieux de la responsabilité au juge judiciaire qui appliquerait alors le droit commun : cela afin de retirer au citoyen le sentiment d'une inégalité devant le droit selon que des litiges comparables relèvent de la compétence de l'un ou l'autre juge.

L'autre argument en faveur du système existant est tiré de la connaissance intime qu'a le juge administratif de l'administration, résultant d'une formation commune des fonctionnaires qui siègent dans les juridictions et de ceux qui servent dans l'administration active, des attributions consultatives que le juge exerce parallèlement à ses attributions contentieuses, des multiples activités que les membres de la juridiction administrative sont eux-mêmes amenés à exercer dans l'administration, de sorte que cette proximité donne au juge administratif une plus grande audace pour examiner et le cas échéant censurer les décisions administratives, tandis que l'administration, de son côté, accepte plus facilement de s'expliquer devant un juge qui est proche d'elle comme elle en accepte plus facilement les sentences. Or cet argument est lui aussi réfuté.

On récuse en effet le principe au nom du quel il faudrait appartenir organiquement à l'administration pour pouvoir la juger, et l'on conteste la réunion des fonctions de conseil et de censeur entre les mêmes mains. Ce n'est pas tant le statut des membres de la juridiction administrative qui fait problème, dans la mesure où l'on admet à peu près unanimement que leur indépendance est au moins égale à celle de la magistrature judiciaire, que la nature hybride des organes de la justice administrative : l'interpénétration des fonctions politico-administratives et juridictionnelles qui en résulte expliquerait le "*faible degré d'agressivité du juge administratif à l'égard de l'Etat*"² et serait de nature à entretenir dans l'opinion le sentiment que la justice administrative c'est encore l'administration qui se juge et à faire peser sur elle le soupçon de complaisance³.

A défaut de réclamer la suppression pure et simple de la juridiction administrative, ce qui est devenu plus difficile encore qu'auparavant, compte tenu de la position adoptée par le Conseil constitutionnel, on propose donc de la réformer de façon à lui ôter tout ce qui fait aujourd'hui la spécificité de la justice administrative : en lui retirant ses attributions consultatives et en la cantonnant dans une fonction purement juridictionnelle, en la coupant de l'exécutif et en conférant à ses membres le statut de magistrats, en rapprochant son mode de fonctionnement de celui des juridictions judiciaires et en privant l'administration des "privilèges" dont elle bénéficie encore dans la procédure contentieuse, en restreignant enfin sa sphère de compétence au seul contentieux de l'annulation des décisions administratives.

Parmi les facteurs qui atteignent sinon la légitimité de l'institution, du moins son aura, on peut aussi mentionner le déclin relatif de la fonction normative du juge. Un certain tarissement des grands arrêts, qu'on peut attribuer en partie à la charge de plus en plus lourde que représente le contentieux et aux contraintes corrélatives de la productivité, mais surtout à la concurrence

2. Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985, p. 108.

3. En ce sens, voir Xavier Prétot, "*Réflexions sur la justice administrative*", Dalloz, 1986 chr. XLIV, et Yves Mény, *Le système politique français*, Montchrestien, coll. Clefs-Politique, 1991, p. 143-144. La commission d'enquête sénatoriale estime elle aussi, pour les mêmes raisons, que le statut de la juridiction administrative fait problème.

croissante du législateur, diminue l'attrait de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat. Dans la plupart des domaines, en effet, les règles du jeu sont fixées depuis longtemps : le juge n'a plus qu'à gérer, en la perfectionnant le cas échéant, l'œuvre qu'il a édifiée ; d'où le sentiment d'un certain essoufflement de la créativité jurisprudentielle, repérable dans le fait que les innovations jurisprudentielles conduisent plutôt à l'approfondissement du contrôle du juge sur l'action administrative qu'à la découverte de nouveaux principes de fond. Ensuite, la jurisprudence est de plus en plus concurrencée par le droit écrit : la loi, le règlement, la réglementation communautaire occupent une place croissante dans l'ensemble normatif qui régit l'activité administrative et supplantent la jurisprudence dans sa fonction de création de règles nouvelles. Parfois, il est vrai, les textes se bornent à codifier la jurisprudence ; mais cet hommage rendu au juge ne lui en ôte pas moins pour l'avenir son emprise sur la matière codifiée. Des pans entiers et importants de l'activité administrative sont aujourd'hui régis par le droit écrit : l'organisation territoriale, la fonction publique, les marchés publics, l'urbanisme et l'expropriation..., tandis que la loi et le règlement investissent régulièrement de nouveaux domaines comme celui de la procédure administrative non contentieuse, sans compter les innombrables régimes législatifs spéciaux en matière de responsabilité.

Le pouvoir créateur du juge s'est également trouvé bridé par la "constitutionnalisation" du droit administratif et la découverte, par le Conseil constitutionnel, de nouveaux principes de valeur constitutionnelle applicables en matière administrative qui limitent non seulement la liberté du législateur, mais aussi celle du juge. Le droit administratif, qui s'était développé de façon parfaitement autonome par rapport au droit constitutionnel, apparaît désormais sinon comme "subordonné" à lui, du moins dans sa dépendance. Ce phénomène, qui témoigne de l'unité retrouvée de l'ordre juridique, n'en restreint pas moins la latitude du juge administratif dans l'édition des normes.

Mais c'est aussi la capacité du juge administratif à satisfaire l'attente des justiciables dans sa fonction contentieuse qui est mise en doute, si l'on en juge par les critiques de plus en plus nombreuses qui mettent l'accent sur l'inefficacité de la justice administrative, trop lente pour protéger correctement les droits des individus et dont les décisions sont mal exécutées.

La justice, pour remplir correctement sa mission de service public et répondre aux attentes de ses usagers, doit être accessible ; elle doit maintenir la balance égale entre les justiciables - en l'occurrence entre l'administration et l'administré ; elle doit statuer dans des délais raisonnables ; elle doit enfin rendre des décisions qui seront effectivement exécutées. En un mot, elle doit être efficace. La justice administrative, à cet égard, a ses forces et ses faiblesses, et comme il est naturel, ce sont surtout celles-ci que l'on met en exergue.

La durée excessive des instances résulte de l'incapacité de la justice administrative à faire face à l'explosion du contentieux qui s'est manifestée à partir

des années soixante-dix. La Cour de Strasbourg a déjà condamné la France à trois reprises pour la lenteur de la justice administrative. Si le temps joue toujours au détriment des requérants, dans le contentieux de l'annulation il joue plus nettement encore en faveur de l'administration. Car le recours n'a pas de caractère suspensif, et aussi longtemps que le juge n'a pas statué, l'acte administratif, même illégal, voire affecté d'une irrégularité grossière, reste en vigueur, en vertu du privilège du préalable qui oblige les administrés à se conformer aux décisions de l'administration alors même qu'ils en contestent la légalité. Le caractère tardif des jugements représente par conséquent pour l'administration un encouragement à ne pas respecter le droit. Les inconvénients de la longueur des instances sont encore accrus par l'absence de véritables procédures d'urgence. L'administré a alors tendance à se tourner vers le juge judiciaire en invoquant la voie de fait, seule façon de faire cesser immédiatement un agissement illégal de l'administration : le fait que l'on éprouve le besoin de recourir au juge judiciaire suffit à attester les insuffisances de la procédure administrative contentieuse en même temps qu'il met en lumière la supériorité, sur ce point au moins, de la juridiction ordinaire.

A côté de ces causes intrinsèques, des facteurs extrinsèques ont eux aussi eu des conséquences négatives sur l'image de l'institution. Longtemps considéré, au moins par la doctrine de droit public, comme le principal, sinon le seul défenseur efficace des libertés, le juge administratif s'est trouvé concurrencé sur ce plan de plusieurs côtés. D'abord par le Conseil constitutionnel, qui a peu à peu supplanté le Conseil d'Etat dans l'image de gardien et de promoteur de l'Etat de droit. Ensuite par le juge judiciaire : la redécouverte du principe constitutionnel qui fait de l'autorité judiciaire le garant de la liberté individuelle a en effet contribué à une réévaluation du rôle respectif du juge judiciaire et du juge administratif dans la protection des libertés, réévaluation qui, fût-ce de façon injuste, a joué au profit du premier et donc au détriment du second. De même, l'émergence des autorités administratives indépendantes ou d'une institution comme le médiateur, sans faire exactement concurrence à la justice administrative, lui a néanmoins fait perdre le monopole de la régulation des relations entre les pouvoirs publics et les citoyens. Enfin, la possibilité de saisir les instances de Strasbourg en cas de violation des dispositions de la convention européenne des droits de l'homme a rendu plus attentif à certaines insuffisances de la jurisprudence administrative en matière de protection des libertés, en même temps qu'elle a mis fin au statut d'incontestabilité dont jouissaient les solutions dégagées par le Conseil d'Etat.

Une stratégie de relégitimation

Les constats que l'on vient de faire ne reflètent cependant qu'une partie de la réalité. Une réaction s'est en effet amorcée au cours des années récentes, et une multitude de signes permettent de repérer, dans les réformes ou les évolutions jurisprudentielles de ces dernières années, les éléments d'une stratégie - consciente ou inconsciente, peu importe - de relégitimation de la justice administrative.

Cette stratégie est d'abord repérable dans le cadre de l'activité contentieuse.

On constate ainsi depuis quelques années le retour en force des "grands arrêts", auxquels le Conseil d'Etat réussit souvent, de surcroît, à assurer une couverture médiatique. Certains de ces arrêts marquent une rupture avec une jurisprudence ancienne mais contestée : c'est le cas de l'arrêt *Nicolo* en 1989 qui a non seulement mis fin à la supériorité de fait des lois sur les traités internationaux, en dépit de l'article 55 de la constitution, mais a ouvert au juge administratif de nouvelles perspectives en matière de contrôle, puisqu'il est désormais amené à vérifier la compatibilité des lois avec les conventions internationales. D'autres arrêts manifestent la volonté du juge de revendiquer face à l'administration des prérogatives auxquelles il avait renoncé : c'est le cas avec l'arrêt *GISTI* de 1990, qui a mis fin à la compétence exclusive du ministre des Affaires étrangères pour interpréter les traités, lui retirant ainsi l'influence qu'il détenait sur l'issue du procès en violation avec le principe selon lequel nul ne peut être juge et partie dans sa propre cause. D'autres arrêts encore dégagent des principes nouveaux qui viennent encadrer plus strictement les pouvoirs de l'administration : tel l'arrêt *Bereciartua Echarri* en 1988, qui induit de la Convention de Genève l'interdiction d'extrader un réfugié vers son pays, ou en 1991 les arrêts *Dakoury* et *Nkodia* qui posent en principe que le demandeur d'asile doit être protégé contre une mesure d'éloignement du territoire aussi longtemps que sa demande n'a pas été examinée, ou encore la série d'arrêts dans lesquels le juge vérifie qu'un décret d'extradition a été pris conformément aux "principes généraux du droit de l'extradition" qui interdisent de prononcer l'extradition si elle est demandée dans un but politique ou si le système juridique de l'Etat requérant ne respecte pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine.

Le juge administratif s'est également efforcé de reprendre l'initiative en matière de droits de l'homme : plusieurs arrêts montrent que le juge, obligé désormais de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a préféré, sans attendre d'être pris en défaut, infléchir sa propre jurisprudence lorsqu'elle pouvait paraître insuffisamment protectrice au regard des exigences posées par la Cour. Les principales innovations jurisprudentielles ont porté sur les questions touchant au statut des étrangers, mais bien d'autres domaines sont susceptibles d'être affectés par des évolutions similaires, à commencer par la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur. Plusieurs décisions récentes concernant en particulier des mesures prises à l'encontre de détenus montrent que le juge est résolu à faire preuve désormais d'une vigilance accrue dans ce domaine et à ne considérer ces mesures comme des mesures d'ordre intérieur qu'après avoir vérifié qu'elles ne peuvent pas être assimilés à des sanctions pénales et qu'elles ne portent pas atteinte à des droits et libertés reconnus par la Convention.

Sur l'Europe, également, le juge administratif a cessé un combat d'arrière-garde qu'il n'avait plus aucune chance de remporter et qui lui valait d'être dénoncé comme le représentant d'un nationalisme juridique suranné. Après avoir admis, avec l'arrêt *Nicolo*, l'applicabilité des conventions internationales

en dépit des lois internes contraires, il semble désormais déterminé à donner toute sa force au droit communautaire, comme s'il avait décidé, après ce premier revirement stratégique spectaculaire, de prendre la tête d'un mouvement auquel il ne pouvait plus s'opposer. D'où l'arrêt *Boisdet*, qui fait prévaloir le règlement communautaire sur la loi interne contraire ; d'où, de façon plus spectaculaire encore, les arrêts *Rothman*, *Philip Morris* et *Arizona Tobacco Products* de 1992 qui écartent l'application de la loi interne contraire aux dispositions d'une directive telle qu'elle a été interprétée par la Cour de justice des communautés, et qui condamnent l'Etat français à réparer les conséquences de décisions prises en application d'une réglementation illégale, quoique conforme à la loi française.

L'oreille prêtée aux revendications des justiciables et, au-delà, le souci des réactions de l'opinion publique, ne sont certainement pas étrangers non plus aux évolutions récentes de la jurisprudence en matière de responsabilité hospitalière, domaine particulièrement sensible dans la mesure où les dommages mettent ici en cause l'intégrité physique voire la vie des personnes, et où le caractère restrictif de l'admission de la responsabilité paraissait d'autant plus choquant qu'il créait une différence de traitement injustifiable entre les malades soignés dans les cliniques privées et ceux soignés dans les hôpitaux publics. Après avoir admis, en 1990, l'existence d'une faute présumée du service dans l'hypothèse où le malade ressort de l'hôpital avec une affection sans rapport avec la maladie pour laquelle il a reçu des soins, et la responsabilité sans faute lorsque des complications sont résultées de l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle créant un risque spécial pour les malades, le juge administratif a finalement abandonné, en avril 1992, l'exigence d'une faute lourde lorsque le dommage est dû à un acte médical ou chirurgical. *"Dans le contentieux de la réparation, faisait valoir le commissaire du gouvernement pour justifier le revirement de jurisprudence proposé, le juge ne peut être indifférent à l'évolution de la sensibilité de ses concitoyens [...]. Dans le calcul des indemnités comme dans le sentiment que l'on éprouve que tout a ou n'a pas été fait pour bien traiter un usager du service public, la part de l'esprit du temps doit être faite et les attentes spontanées prises en compte dans la décision [...]. Le maintien de l'appellation de faute lourde ne peut [aux yeux du public des usagers] que disqualifier votre contrôle en faisant peser sur lui un soupçon de complaisance à l'égard du corps médical et du service public [...]. Or, dans l'Etat de droit, les mots ne doivent pas seulement être justes, ils doivent être compris."*

Le juge a su également, ces dernières années, donner des gages d'indépendance à l'égard du pouvoir, n'hésitant pas à désavouer le gouvernement dans des affaires politiquement délicates comme l'affaire de l'expulsion des Iraniens en 1987 ou l'affaire *Diouri* en 1991, dans laquelle le tribunal administratif de Paris a prononcé le sursis à exécution d'un arrêté d'expulsion visant un opposant marocain qui bénéficiait en France du statut de réfugié, et dont l'expulsion vers le Gabon, à la fin du mois de juin, avait soulevé une vive émotion dans une large fraction de l'opinion publique - décision confirmée ultérieurement par le Conseil d'Etat.

L'attitude plus offensive du juge est également perceptible dans la tendance à interpréter plus largement qu'auparavant la notion d'acte détachable des relations extérieures de la France, afin d'éviter de voir s'étendre indéfiniment le champ de l'acte de gouvernement à l'heure où les considérations de politique étrangère prennent une place croissante dans le processus de décision gouvernementale. Il convient néanmoins, dans ce domaine, de ne pas crier trop tôt victoire : les événements récents de la crise du Golfe ont en effet montré les limites de l'audace du juge, qui, saisi d'une circulaire manifestement illégale du ministre de l'Éducation nationale demandant aux présidents d'universités de n'inscrire aucun étudiant irakien dans leurs établissements pour l'année universitaire 1990-91, s'est réfugié derrière l'affirmation à l'évidence fautive que cette circulaire n'était pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France pour se déclarer incompétent. Voilà en tout cas qui montre que la thèse de l'acte de gouvernement "survivance de la raison d'État" n'a rien perdu, quoi qu'on en dise, de son actualité.

Enfin, une série de réformes - de grande ampleur, comme la réforme du contentieux de 1987, ou ponctuelles, introduites soit par les textes soit par la jurisprudence - sont venues remédier à certaines insuffisances de la procédure administrative contentieuse et montrer que l'institution sait tenir compte des critiques qui lui sont adressées sur ce terrain⁴. Parmi les dispositions de détail, apparemment mineures, mais susceptibles d'avoir des conséquences importantes, on peut citer celle qui, transposée de la procédure civile, permet désormais au juge, pour des raisons d'équité, de condamner l'administration à rembourser au requérant les frais qu'il a exposés, en particulier les honoraires d'avocat, et cela, même dans l'éventualité où ce dernier a perdu son procès.

Et s'il ne réussit pas toujours à obtenir de l'administration qu'elle exécute les décisions de justice rendues à son encontre, au moins le Conseil d'État ne se désintéresse-t-il plus du problème : il pointe chaque année dans son rapport les cas les plus choquants d'inexécution des décisions juridictionnelles, comptant sans doute sur cette action pédagogique pour provoquer le sursaut espéré, et propose le cas échéant une modification des textes en vigueur.

Mais la stratégie de relégitimation du juge administratif porte aussi, et peut-être par priorité, sur les aspects non contentieux de son activité. Il faut se rappeler, au demeurant, que si la fonction contentieuse du Conseil d'État est généralement mieux connue que sa fonction consultative, parce que les arrêts qu'il rend ont une plus grande visibilité et un retentissement plus immédiat que ses avis, en principe couverts par le secret, les attributions consulatives occupent dans l'activité quotidienne du conseil, et plus encore dans l'image que l'institution a d'elle-même, une place très importante, sinon dominante.

4. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter au numéro spécial de la revue *Pouvoirs* paru en 1988, intitulé "Droit administratif, bilan critique", pour constater que bon nombre de critiques que l'on adressait alors à la justice administrative ont été depuis lors désamorçées.

Et l'on peut même imaginer qu'à brève échéance l'équilibre entre les deux fonctions soit remis en cause au profit de la fonction consultative, sous le double effet de la réforme du contentieux, qui va décharger le Conseil d'Etat d'une partie de ses attributions juridictionnelles, et du moindre attrait qu'exerce le contentieux sur les membres de la haute assemblée.

Toujours est-il qu'aujourd'hui déjà le Conseil d'Etat utilise les occasions qui lui sont offertes de se faire mieux connaître et reconnaître par l'opinion. L'avis sur le port du foulard islamique dans les établissements d'enseignement, qui lui avait été demandé par le ministre de l'Education nationale et auquel la presse a donné un large écho, a sans nul doute eu des retombées positives sur l'image de l'institution dans l'opinion publique.

Le Conseil d'Etat revendique également, depuis plusieurs années maintenant, à l'initiative et par l'intermédiaire de sa section du rapport et des études, un rôle moteur dans l'activité de réflexion sur des "créneaux" porteurs, comme la bioéthique, les droits de l'enfant, la réforme de l'aide judiciaire ou le pouvoir disciplinaire des fédérations sportives, pour prendre les exemples les plus récents. Or, de toute évidence, un rapport sur la bioéthique a plus de chance d'avoir un écho dans la presse et, au-delà, dans l'opinion, qu'un rapport sur les établissements publics ; et surtout, il est de nature à faire apparaître le Conseil d'Etat non plus simplement comme le conseiller du gouvernement mais comme le promoteur de réformes dépassant le champ de la seule administration. L'activité d'étude est donc une façon pour le Conseil d'opérer un "redéploiement" à partir de ses activités traditionnelles et d'affirmer un nouveau rôle.

On constate, de façon générale, une volonté plus marquée du Conseil d'Etat d'être en phase avec les préoccupations de l'ensemble de la société et non plus seulement de l'administration, une volonté également de parvenir à la fois à une meilleure visibilité et à une plus grande transparence de son activité, notamment grâce à une politique plus active de relations publiques et une gestion plus efficace des rapports avec la presse. L'interlocuteur du Conseil d'Etat, le destinataire de ses réflexions, ne doit plus être seulement le gouvernement, mais l'opinion publique, la société toute entière. C'est en ce sens qu'il faut interpréter les récentes modifications intervenues dans la présentation et le contenu du rapport annuel : diffusion par la Documentation française, modification du format, lisibilité accrue, et surtout rédaction plus incisive et plus critique. Ce n'est pas un hasard si les médias ont, en 1992, rendu compte pour la première fois d'un rapport qui, après avoir rappelé que la sécurité juridique était une exigence fondamentale de l'Etat de droit, dénonçait ensuite méthodiquement, preuves à l'appui, la prolifération des textes, l'instabilité des règles, la dégradation de la norme.

Ces évolutions récentes constituent autant de signes de dynamisme qui incitent à ne pas prendre exagérément au sérieux les appréciations pessimistes portées sur la justice administrative, en dépit de l'existence d'un malaise réel

qui affecte aussi bien les membres des tribunaux administratifs que, pour d'autres raisons, les membres du Conseil d'Etat. Mais à supposer qu'on puisse parler d'une crise de légitimité de la justice administrative, cette crise paraît en tout état de cause moins grave et moins profonde que celle qui affecte, pour d'autres raisons il est vrai, la justice judiciaire.