

La problématique de la réalisation des droits du citoyen en contentieux administratif

Maxime Lei

► **To cite this version:**

Maxime Lei. La problématique de la réalisation des droits du citoyen en contentieux administratif. Lei Maxime; Yboud Loïc. De la mobilisation du fait à la réalisation du droit, L'harmattan, 2016, 978-2-343-09829-6. <hal-01618589>

HAL Id: hal-01618589

<https://hal-univ-tln.archives-ouvertes.fr/hal-01618589>

Submitted on 18 Oct 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.



La problématique de la réalisation des droits du citoyen en contentieux administratif

par *Maxime LEI*

*Doctorant contractuel à l'Université de Toulon
Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux*

« Le juge administratif jouit, à juste titre, d'une telle réputation en France et hors de France qu'on voudrait le voir parfait. Ce serait oublier, évidemment, que la perfection absolue n'existe pas et que, comme toute institution humaine, la justice administrative française présente un certain nombre de faiblesses »¹.

Cette citation de l'illustre Roland Drago nous rappelle à quel point l'homme laisse ses sentiments déteindre sur le regard qu'il porte sur une institution, une personne ou même une chose. À ce titre, le juge administratif représente une de ces institutions dont il n'y a eu de cesse besoin d'en démontrer l'intérêt et l'apport jusqu'à ce qu'il entre dans les mœurs et les mentalités. Une fois ce cap franchi – qui a pris un peu moins de deux siècles² – l'institution de la justice administrative avait gagné ses lettres de noblesse au sein de notre société. Aujourd'hui, son usage plus fréquent, sa démocratisation et la pérennisation voire l'élargissement de son champ sont liés à une certaine maturité institutionnelle. L'ensemble de ces évolutions lui ont permis de gagner en prestige social et de se présenter – à juste titre ou non, telle est la question – comme l'un des protecteurs des droits et intérêts des citoyens.

Aujourd'hui encore, la conception de la justice administrative et du personnel qui la sert s'inscrit dans cette mentalité bien particulière que nous venons – très succinctement – de décrire. Cet esprit de corps nourrit sa vocation et sa mission au sein de l'imaginaire collectif, mais vient aussi engendrer des conséquences dans l'organisation de la reddition de cette justice en France. En effet, si le juge administratif y est chargé de trancher les litiges relevant de sa compétence au moyen

¹ R. Drago, « Préface », in *La fonction administrative contentieuse*, Th. de M. Gjidara, LGDJ, 1972, p. I.

² Voir à ce propos l'excellente thèse de J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

de l'édiction – voire l'érection – du droit, il est naturellement appelé à réaliser celui-ci dans les relations entre les citoyens et la personne publique. L'action ainsi évoquée du juge administratif, celle de la réalisation des droits, nécessite avant même de continuer plus en avant notre réflexion une précision sémantique. Sans celle-ci nous risquerions de nous retrouver dans l'épais brouillard dans lequel nombreuses sont les notions juridiques emprisonnées.

L'idée de réalisation renvoie au réel qui revient en droit à ce qui est relatif aux choses et aux biens. « Réel » découle effectivement du latin classique *res*, c'est-à-dire la chose excluant ainsi les personnes³. Dans un usage plus courant inspiré de la philosophie classique, le réel opère un renvoi à ce qui est, à ce qui existe effectivement. L'idée du réel se rapproche alors du concret. Plus spécifiquement, l'action de réalisation d'un droit sera entendue comme celle de la reconnaissance de ce droit par l'ordonnement juridique afin de lui faire produire un bénéfice réel, donc concret. En quelque sorte, réaliser un droit revient à le faire passer du monde et du domaine juridique au monde du réel, au monde des faits. C'est en ce sens-là que devra s'entendre tout au long du cheminement de notre pensée le terme de la réalisation. En cela, on exclut d'ores et déjà l'idée kelsenienne qu'un droit se réalise par le biais de sa simple édicition par la décision de justice. Cette reconnaissance par le juge ne constituera que les prémisses d'une réalisation qui appellera ensuite, au vue de la définition convenue, l'idée d'un bénéfice effectif. La réalisation appelle alors l'exercice concret et effectif d'un droit dans la vie quotidienne, au cœur même des relations sociales.

Par cette réalisation du droit dans le cadre sémantique défini, le juge administratif devient enclin à cette même opération à propos des droits ou prérogatives personnelles des citoyens à l'encontre de l'administration, et ce, dans le respect de l'ordonnement juridique. En ces termes, nous pouvons constater l'existence d'un consensus social – pratiquement moral – autour du postulat suivant : le juge administratif par le biais de sa mission est une institution qui assure la protection – et donc la réalisation, nous le verrons plus tard – des droits du citoyen dans sa relation à l'administration.

³ A. Rey, « Définition de "réel" », in *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, Le Robert, 2010, p. 1879.

Pour autant, face à la louange et l'hagiographie doctrinale de l'action du juge administratif en ce domaine au point de rarement – voire jamais – entamer le début d'une réflexion critique, nous pouvons nous demander dans quelle mesure le juge administratif contemporain⁴ remplit véritablement cette fonction sociale essentielle de réalisation. La doctrine, comme n'a cessé de l'affirmer Jean Rivero – ou d'autres auteurs quelque peu iconoclastes – n'a pas joué le rôle qui était le sien. Elle n'a plus porté la voix de l'opinion populaire et démocratique ; elle n'a plus joué le rôle d'une critique indépendante en mesure de catalyser et porter les évolutions susceptibles d'améliorer les modalités du contrôle juridictionnel dans le but de répondre toujours plus aux espoirs, attentes et problématiques sociales. Sans cette réflexion fondamentale, notre institution juridictionnelle administrative se serait peu à peu enlisée jusqu'à se détacher lentement de la fonction que notre société lui assigne et ce, par la lassitude de la répétition.

En clair, si à l'image de la femme de César, le citoyen doit exiger de l'administration qu'elle soit irréprochable⁵, il serait bon que la doctrine en fasse de même avec l'institution juridictionnelle administrative. Car si trop souvent le français se satisfait de mythes⁶ ; le rôle du juriste doit être celui d'un projecteur destiné à éclairer et révéler ces mythes au milieu de la pratique juridique, domaine propice au développement de telles croyances. À ce titre, nous permettons de penser avec le célèbre Huron⁷ que la justice est faite pour le justiciable – y compris le citoyen, justiciable au même titre que la personne publique. Dès lors, l'illusion mentale d'une réalisation des droits du citoyen pour qui est « faite » la justice doit être confrontée aux faits, parfois dans toute leur brutalité.

Bien entendu, la confrontation de ce constat laudativement admis avec la réalité du travail du juge quotidien nous amènera à sortir de la brume dans laquelle notre propre formation nous a parfois conduits. Pour autant, elle n'a pas non plus vocation à révolutionner l'approche française en matière de système juridictionnel administratif. Nous avons à cet égard conscience que globalement celui-ci fonctionne

⁴ Au sens littéral du terme : « Qui appartient au temps actuel ».

⁵ D. Jean-Pierre, *La déontologie de l'administration*, PUF, 1999, p. 85.

⁶ M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 9.

⁷ J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal », *Dalloz*, 1962, Chronique n°39, p. 7.

même s'il faut se détacher de l'idée que si le système fonctionne, c'est qu'il est de fait satisfaisant. Ce n'est pas parce qu'une institution – comme toute autre chose d'ailleurs – fonctionne que l'on ne doit pas réfléchir à son amélioration. Il ne faut pas confondre les sceptiques qui refusent d'admettre une chose sans examen critique et un détracteur qui, pour sa part, se retrouve viscéralement opposé à la substance même de l'idée sans laisser place à aucune argumentation contraire. Notre rôle ici s'apparentera à celui du sceptique qui éprouve une tendresse particulière pour l'institution juridictionnelle administrative et souhaite la marquer de l'empreinte du doute et de la réflexion. Cette posture méthodologique s'inscrit dans le seul but de renforcer sa fonction sociale régulatrice – par le droit – des relations entre la machinerie administrative et le corps social.

L'objectif affiché de confrontation entre imaginaire et réalité sociale en matière de réalisation des droits du citoyen par le juge administratif ne doit pas pour autant occulter le fait que le juge n'est pas l'unique passeur comme l'était dans la mythologie Charon entre les deux mondes⁸. De même et comme toute démarche scientifique, cette expérience nécessite une méthodologie précise. Ce sont ces points que nous allons examiner successivement avant de nous lancer dans l'étude envisagée.

Il est important de souligner – sous peine d'être incomplet et imprécis – que les droits qui sont reconnus aux citoyens dans leurs relations avec l'administration ne sont pas réalisés uniquement par la voie contentieuse du juge administratif. En effet, penser que celui-ci est le seul élément de réalisation de leurs droits et prérogatives relève d'une certaine vision pathologique du monde et des relations sociales. Si tout administrativiste connaît cette « névrose », il ne faut pas oublier pour autant que la réalisation des droits du citoyen peut passer par d'autres canaux plus informels et moins contentieux. Toute concrétisation ne résulte pas forcément d'un litige ni d'un conflit et ne nécessite pas intervention du juge, qui n'est pas le seul et unique passeur possible entre les deux mondes.

Dans le premier cas, le plus fréquent, celui de l'absence de toute situation contentieuse, l'administration elle-même peut assurer la concrétisation des droits du citoyen par son action. En ce sens, son

⁸ Dans la théorie classique de H. Kelsen, le devoir-être et l'être, ou *Sollein et Sein*.

intervention peut se constituer aussi bien par une action positive (une intervention à proprement parler) que par une action négative étant donné que par principe – certes restreint –, désormais le silence de la personne publique équivaut à une acceptation. Cette dernière peut agir en vue de la réalisation des droits des citoyens – ses administrés – aussi bien sur demande que spontanément tout comme elle le peut par application de la légalité ou de l’opportunité. Cette idée de réalisation des droits des citoyens à l’ombre de tout conflit ou litige représente l’expression même de l’État de droit, c’est-à-dire la soumission de l’activité des institutions administratives et publiques au droit. Dès lors, dans bon nombre de cas, la grande majorité à vrai dire, l’administration réalise les droits des citoyens en même temps que son action administrative. Arrêtons-nous un court instant sur cette idée : tenir ce raisonnement implique d’accepter l’idée que la légalité et les droits des citoyens se confondent, que le respect de la légalité entraîne *de facto* et mécaniquement la réalisation des droits des citoyens. Ce postulat qui ne sera pas ici remis en cause puisque ce n’est pas le cœur de notre sujet rejoint la conception classique selon laquelle la loi, expression populaire, ne peut ni mal faire ni se retourner contre les citoyens et leurs droits.

Dans le second cas, celui de la présence d’une situation contentieuse, le juge n’est pas la seule institution détenant la capacité d’assurer le rôle du tiers, d’un intermédiaire entre les deux parties que sont le citoyen et la personne publique. On peut aller jusqu’à dire que le juge est placé en situation de concurrence avec d’autres institutions qui représentent d’autres voies de réalisation des droits reconnus aux citoyens. S’offrent logiquement à eux au regard du lien fort existant entre l’administration et le pouvoir politique des institutions relevant directement de ce dernier. Par exemple, les députés peuvent encore profiter de la croyance établie selon laquelle il est bon de bénéficier d’un soutien politique en vue de peser plus fortement sur la personne publique. Contactés par les citoyens de leur circonscription, les élus auront tout le loisir de jouer le rôle du relais et d’exercer ainsi une influence sur l’organisation administrative – souvent dans un but purement électoraliste. De manière plus formelle, le nouveau

Défenseur des droits⁹, Jacques Toubon, peut également jouer ce vecteur d'influence sur l'organisation et l'action administrative. La saisine du Défenseur peut ainsi aboutir à la réalisation des droits du citoyen conformément à l'influence immédiate exercée sur la personne publique ou encore par la pression indirecte exercée par l'éventualité d'un « affichage » par la publication annuelle de son rapport. De même, en se rapprochant plus encore des fonctions juridictionnelles, le citoyen désireux de faire valoir ses droits contre l'administration pourra user des modes alternatifs de règlement des conflits désormais connus et démocratisés.

Notre étude – comme on pouvait le deviner – ne portera pas non plus sur cet ensemble de modes de réalisation des droits des citoyens. Ciblée relativement à l'exécution des décisions de justice administrative¹⁰, l'analyse portera essentiellement sur les relations – trop souvent présentées comme une relation de causes et de conséquences mécaniques – entre cette opération de l'exécution et celle de la réalisation des droits. D'ailleurs, dans un souci de continuer à cadrer notre intervention, il semble important de souligner que nous partirons du postulat – largement vérifiable par ailleurs – que dans la majorité des cas, la décision juridictionnelle est respectée et exécutée par les parties, notamment publiques. Il n'est en aucun cas dans notre volonté d'affirmer ici haut et fort que les décisions du juge administratif ne se trouvent pas exécutées. L'exécution des décisions de justice est en cette matière désormais – cela n'a pas toujours été le cas – acceptée par l'institution administrative et les nouveaux pouvoirs reconnus au juge administratif contemporain ont largement participé à ce phénomène d'acceptation. En effet, si le Conseiller d'État Daniel Chabanol, en référence à ses professeurs, estime que la juridiction eût souffert auparavant « d'un vice fondamental, à savoir que les juges administratifs n'avaient pas les moyens de faire exécuter

⁹ Il a remplacé en 2011 plusieurs institutions dont celle du Médiateur de la République instaurée en 1973 dans le but, notamment, d'améliorer les relations entre les citoyens et l'administration.

¹⁰ On écarte ici le règlement des litiges administratifs qui ressortent de la compétence du juge judiciaire. Car si le principe est que cet ensemble de litiges ressort de la compétence du juge administratif, il n'en demeure pas moins que le juge de droit commun conserve une compétence résiduelle sur certains points précis. Loin de nous l'idée de dénigrer l'intérêt d'une telle étude, il s'agit ici d'explorer en profondeur un point précis du phénomène de réalisation des droits du citoyen.

leurs décisions »¹¹, il n'en est plus vraiment question aujourd'hui. Le Conseil d'État illustre assez manifestement cette prise en compte de l'exécution comme d'un phénomène intégré pleinement au processus juridictionnel administratif. Il n'est pas anodin à ce titre que dans sa jurisprudence *Mafille*, le Conseil d'État intègre la phase de l'exécution des décisions de justice dans la durée globale du jugement, lorsqu'elle doit être appréciée au nom du respect du délai raisonnable. Outre les problématiques juridiques engendrées par cet arrêt, il semble important de retenir que « la durée globale de jugement [...] est à prendre en compte jusqu'à l'exécution complète de ce jugement »¹².

Tout n'est pas parfait, on l'entend bien, car l'autolimitation du juge administratif en ce domaine existe comme dans le reste de son office. Comme l'exprime Christophe Guettier, « si le juge détient des prérogatives importantes susceptibles de jouer contre l'administration, il dispose aussi d'une certaine marge d'appréciation non négligeable pour en user, ce qui lui évite tout excès que pourrait craindre l'administration »¹³. À ce titre, les différents pouvoirs reconnus à la fin du Vingtième Siècle tels que la généralisation de l'injonction et de l'astreinte ont incontestablement participé à la remise en cause de cette affirmation. D'ailleurs, M. Chabanol lui-même affirmait que la froide réalité était toute autre puisque selon lui « même avant la réforme de 1995¹⁴, il est inexact de dire qu'il y avait un problème d'exécution des décisions de la juridiction administrative »¹⁵. À cet égard, il est intéressant de constater à la lecture des rapports annuels d'activité du Conseil d'État que le nombre d'affaires dont a été saisie

¹¹ D. Chabanol, « L'exécution en contentieux administratif : actualité », in *L'exécution*, XXIIIème colloque des Instituts d'études judiciaires à l'Université Jean Moulin de Lyon, p. 143, l'Harmattan, 2001.

¹² Conseil d'État, 26 mai 2010, *Mafille*.

¹³ C. Guettier, « L'administration et l'exécution des décisions de justice », *AJDA*, 1999, n° n° spécial, p. 67.

¹⁴ Loi n°95-125 du 8 Février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure pénale, civile et administrative qui instaure, entres autres, la déconcentration du pouvoir d'astreinte auparavant réservé au Conseil d'État et la reconnaissance pour l'ensemble des juridictions administratives du pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration.

¹⁵ D. Chabanol, « L'exécution en contentieux administratif : actualité », in *L'exécution*, XXIIIème colloque des Instituts d'études judiciaires à l'Université Jean Moulin de Lyon, p. 144, l'Harmattan, 2001.

la section du rapport et des études pour difficultés d'exécution a toujours été faible vis-à-vis du nombre colossal d'affaires jugées par la juridiction administrative.

Dès lors ce constat affirmé et accepté, le sujet pouvait perdre de son intérêt. En effet, comment traiter d'une problématique de réalisation des droits des citoyens concernés par une décision de justice si ces dernières sont exécutées dans leur grande majorité ? La question vient à l'esprit comme pertinente, mais c'est assurément opérer une confusion mentale entre les notions d'exécution d'une décision de justice et de réalisation des droits qui y sont consacrés. Poser cette question revient finalement à considérer non seulement que l'exécution ne peut en aucun cas déformer le contenu de la décision de justice mais encore que celle-ci porte toujours en elle les germes de la réalisation. Penser ainsi peut être considéré comme une erreur ou du moins comme une manière de régler rapidement un problème bien trop complexe. Penser ainsi perpétue la tradition de notre construction administrative évoquée en ces termes par M. Gilli :

« Le droit administratif français est riche de grands principes empreints d'une fausse clarté. On les retrouve évoqués, au fil des générations, dans les pages des traités, les conclusions des commissaires du gouvernement, les décisions des juridictions, les débats parlementaires. Leur utilisation est fréquente, leur formulation nette, leur valeur incontestée. Ils font partie d'un fonds commun que l'on ne songe guère à reconsidérer. Pourtant, que l'on recense les solutions qui, en droit positif, s'y rattachent, que l'on essaie d'en faire la synthèse, d'en dégager la portée. Aussitôt, la netteté fait place à l'incertitude, la précision à la nuance. La limpide assurance s'évanouit. »¹⁶

Rapidement confrontés à cette problématique, nous avons alors souhaité reprendre le problème de la réalisation des droits des citoyens par l'exécution des décisions de justice à sa source, c'est-à-dire ce qui constitue la moelle épinière de l'exécution : le contenu de la décision de justice. Car l'inefficacité de la justice administrative est un véritable Lazare juridique¹⁷, un serpent de mer qui ne cesse de ressurgir dès lors que l'ensemble des observateurs croit l'avoir définitivement noyé. Or, si la justice administrative reste frappée

¹⁶ J.-P. Gilli, « Le principe de continuité », in *La continuité des services publics*, sous la dir. de J.-P. Gilli, PUF, 1973, p. 7.

¹⁷ R. Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? convalescence ? ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, n°14, p. 62.

d'inefficacité alors même que ses décisions sont exécutées, cela peut laisser penser à l'existence de vices en amont de la chaîne du processus juridictionnel, donc à la décision du juge administratif ; des vices potentiellement capables de réduire considérablement – voire à néant – le phénomène de réalisation des droits des citoyens. Cela signifierait en fin de compte que les causes de l'inefficacité de la justice administrative ne seraient pas à rechercher dans ce qui a cours après l'intervention du juge, mais bien plutôt en son sein. Nous nous attacherons donc à comprendre comment l'organisation spécifique du contentieux administratif et de sa procédure est à même de peser sur la réalisation des droits du citoyen ; en quelque sorte, la méthode suivie sera celle de l'étiologie¹⁸ afin de vérifier s'il existe ou des infirmités congénitales au contentieux administratif – une sorte de tératogenèse – qui rendraient la réalisation des droits des citoyens problématique.

À nos yeux, et c'est l'hypothèse que nous voudrions confronter à la réflexion théorique et pratique, il y aurait deux vices propres à la décision du juge administratif de nature à constituer un écran entre son exécution et la réalisation des droits qui y sont édictés. Depuis 1995, le contentieux administratif a connu une transformation conceptuelle fondamentale au point que certains en proposent une remise en cause de sa présentation et classification classique¹⁹. L'évolution – voire la révolution – juridique liée à la reconnaissance intervenue après de longues années de batailles du pouvoir du juge d'ordonner une injonction à la personne publique a fait entrer cette matière dans une nouvelle ère. Il est désormais possible d'affirmer avec une relative sérénité que les causes d'une éventuelle inefficacité des interventions du juge administratif ne peuvent plus se situer postérieurement à son intervention, mais présentement ou antérieurement à celle-ci. La distinction entre les obstacles du temps présent et ceux antérieurs à la décision de justice assurera l'organisation de notre propos. Ainsi l'on remontera la chaîne chronologique du processus de la prise de décision de justice afin de tenter de remonter aux sources de la

¹⁸ L'étiologie est la recherche et l'explication des causes selon A. Rey, « Définition de "étiologie" », in *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, Le Robert, 2010, p. 792.

¹⁹ Voir en ce sens l'excellente thèse de F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, 2001.

difficulté de réalisation des droits des citoyens dans la phase postérieure d'exécution de la décision.

L'analyse débutera par les infirmités qui grèvent lourdement la décision de justice elle-même dans sa capacité à se réaliser lors de son exécution. Ceux-ci entrent en scène dès l'édiction de la décision ; ils sont à proprement parler internes et immédiats à la décision de justice. En clair, sa nature constituerait un écueil – et non des moindres nous le verrons – à la réalisation des droits qui y sont contenus grâce à l'exécution. L'on peut effectivement considérer que le juge a perpétué la tradition historique du rôle des juridictions administratives : l'érection et la construction du droit spécifique à l'appareil administratif. N'ayant pas don d'ubiquité, le juge administratif s'est alors désintéressé de sa vocation à trancher les litiges soulevés devant lui. Cet égarement de la justice administrative ankylose son pouvoir au point de remettre en cause la nature juridictionnelle de son acte. Le juge administratif s'est finalement enfermé lui-même dans son rôle d'architecte du droit administratif (I). L'origine de cet obstacle s'explique largement par l'histoire politique et institutionnelle de notre société qui continue à irriguer la mentalité de nos juges administratifs. Cette tare se confond avec le produit de la réflexion intellectuelle des juges : la décision de justice. Cependant, la décision de justice n'est pas que l'aboutissement d'un processus intellectuel. Elle est également le résultat d'un « enchaînement des actes et des formalités »²⁰ qui conduisent à la prise de décision : la procédure. De ce fait, le juge n'est pas seul à influencer sur le contenu et le contenant de la décision. La manière par laquelle le juge administratif rend sa décision joue également un rôle considérable. Et les choix en la matière ne manquent pas d'étonner profanes et spécialistes. Conscients de ce que le droit et le contentieux administratif ont été créés par le juge, certains grands principes de notre organisation procédurale peuvent nous interpeller. Il en est ainsi, notamment, du caractère non suspensif des recours contentieux qui oblige le juge à passer après le fait accompli par l'administration. En quelque sorte, il se serait compliqué sa tâche de réalisation du droit dans les relations entre administration et citoyens en s'astreignant à la réparation des

²⁰ J. Normand, « Définition de "procédure" », in *Dictionnaire de la Justice*, sous la dir. de L. CADIET, PUF, 2004, p. 1053.

dommages plutôt qu'à la protection des droits de chacun. Le magistrat administratif s'est autolimité dans la poursuite de sa mission et cette timide attitude résulte au moins en partie de la réalité à l'époque de la confusion institutionnelle entre les juges administratifs et les administrateurs actifs. Soucieux de pérenniser son office et de ne pas « écraser » l'activité administrative, le juge est resté en retrait dans la construction de la procédure. Il a ainsi laissé place à de nombreux privilèges administratifs qui affaiblissent la capacité de la décision de justice administrative à se porter dans le réel. Parmi eux, le caractère non suspensif des recours contentieux peut être considéré comme étant à l'origine du système contentieux qui cantonne le juge administratif à la réparation des dommages réalisés (II).

I. Le juge administratif architecte.

D'aucuns considèrent aujourd'hui que le juge administratif n'est pas une institution juridictionnelle intégrée à l'organisation de notre service public de la justice. Nous l'avons dit, aujourd'hui l'institution du juge administratif est respectée et reconnue par notre tissu économique et social. Pourtant, la question du rôle qu'il joue quotidiennement fait partie de celles que l'habitude et une certaine présomption ont finies par abîmer l'intérêt. Or, la faculté naturelle du juge à tourner son office et les décisions rendues vers la construction du système juridique est indéniable. Ce faisant, nous pouvons considérer que la juridiction administrative ne participe plus à l'édition d'un acte juridictionnel qui consiste – sommairement – à trancher un litige en exécution du droit.

Le juge assurerait alors plutôt un rôle de création du droit qui serait de nature à récuser la nature juridictionnelle de sa décision de justice. Il sacrifie sur l'autel de la construction de l'architecture du droit administratif sa fonction juridictionnelle (B). Le rôle ainsi joué dépasserait le simple enjeu du citoyen et viserait essentiellement l'apurement de l'ordonnancement juridique en permanente recherche de cohérence et complétude. La réalisation des droits du citoyen concerné passe au second plan et devient incertaine. Cette situation particulière, dont il faut remonter aux causes pour la comprendre, découle d'une mentalité particulière du juge résultant de notre histoire institutionnelle et du rôle qu'il a dû jouer dans celle-ci. On peut dès

lors considérer – comme souvent en la matière administrative – que la situation contemporaine plonge ses racines dans une tradition institutionnelle historique forte. C’est donc l’histoire politique, institutionnelle et sociale qui aurait enfanté le juge administratif architecte (A).

A. L’enfantement historique du juge administratif architecte.

L’acte fondateur de la justice administrative en France est difficile à dater selon que l’on s’attache à sa naissance institutionnelle et organique ou bien à la naissance de son pouvoir de reddition de la justice indépendamment de l’administration active. Il n’est pas nécessaire de rappeler en ces lieux qu’il faut distinguer la naissance des organes de la justice administrative – Conseil d’État en tête – entre la fin du 18^e et le début du 19^e de la naissance d’un réel pouvoir judiciaire administratif indépendant de l’administration active, apparu plus tardivement. L’on peut considérer – bien que cela soit contestable, mais là n’est pas notre propos – que l’existence d’une justice administrative indépendante autant de l’administration que des juridictions judiciaires remonte à 1889 et une jurisprudence passée à la postérité. L’arrêt *Cadot*²¹ achèverait une évolution jurisprudentielle entamée dès l’instauration de la justice déléguée le 24 mai 1872 pour aboutir à l’abandon de la théorie du ministre-juge ; théorie selon laquelle le chef administratif qu’est le ministre était juge de droit commun de l’activité administrative. Cette jurisprudence marque finalement l’arrêt de mort – sur le plan organique du moins – de la célèbre maxime d’Henrion de Pansey selon laquelle « juger l’administration, c’est encore administrer ».

La justice administrative voit donc le jour en 1889, mais son essence, son idée et ses origines sont encore plus anciennes. Elles plongent leurs racines dans le terreau de l’organisation politique et sociale qui a suivi la Révolution française, dans la dernière décennie du 18^e. À cette époque trouble à tout point de vue, l’Assemblée constituante a opéré un choix fondamental²², de ceux qui modifient

²¹ Conseil d’Etat, 13 décembre 1889, *Cadot*.

²² Le terme pour le moins équivoque s’entendra dans son sens littéral figuré. Il renvoie dès lors à ce qui sert de base, de fondement à un système et à un ensemble.

par suite le visage institutionnel et politique de notre pays. Ce choix se constitue simplement du rejet ferme et sans appel de deux propositions :

- En référence aux abus des parlements de l'Ancien Régime qui avaient engendré de graves troubles dans le fonctionnement de l'administration active, l'assemblée refuse de confier l'ensemble du contentieux administratif aux tribunaux judiciaires.
- En référence aux trop nombreuses juridictions d'exception monarchiques, l'idée d'une juridiction administrative de magistrats élus dits « spécialistes » est écartée afin de marquer une rupture forte.

Il se met alors en place devant ce constat une administration consultative chargée de régler les litiges résultant de l'action administrative. C'est elle qui va progressivement acquérir son indépendance et nous parvenir en tant que juridiction complètement indépendante. Sur les fondements de cette compétence et de cette organisation particulière à notre conception de la séparation des pouvoirs de Montesquieu s'est alors greffée une seconde interrogation. Celle-ci, relative à la manière de traiter ces situations contentieuses particulières, pose finalement la question de la méthode à suivre pour le juge administratif et de l'instrument adapté à cette catégorie de litiges.

Très rapidement est apparue l'idée qu'un litige administratif – au regard des caractéristiques particulières liées à la présence de la personne publique – ne pouvait être régi par le régime commun de droit privé dédié aux relations entre particuliers. L'intérêt public et l'intérêt général présents en ces litiges ne tolèrent effectivement pas la soumission au même régime que celui auquel sont soumis les intérêts privés des particuliers. C'est le célèbre arrêt Blanco qui va marquer définitivement cette non-applicabilité du droit privé aux litiges administratifs. Le Tribunal des conflits y écarte les principes et règles du Code civil et insiste sur le caractère « spécial » des règles de ces litiges. Le droit administratif doit constituer depuis cette jurisprudence

un système propre, avec sa logique et ses solutions spécifiques²³ même si les emprunts à la matière civile, peu fréquents, peuvent exister.

Dès lors s'est posée la question de la construction de ce système juridique spécifique. Si l'action administrative a existé en tout temps, il a fallu construire un ordonnancement, un ensemble de principes applicables à cette activité et qui en constitueraient le cœur de la légalité. Cet ensemble logique et cohérent de normes, de règles, n'existait pas à l'époque de l'apparition véritable de la justice administrative. Il n'existait pas, comme c'était le cas pour le contentieux entre particuliers, de Code à proprement parler où l'ensemble des règles et principes applicables aux litiges était compilé. Le Code civil cher à Portalis ne connaissait aucun homologue sur le plan administratif et le juge se trouvait largement démuné de références en de nombreux domaines et litiges.

Face à cette lacune, ce gouffre juridique, le juge soucieux – et forcé – de ne pas verser dans le déni de justice n'a pu compter que sur sa seule créativité. Il a dès lors construit au fil des années et des litiges qui se présentaient à lui le droit administratif avec l'ensemble de ses grands principes comme en atteste la vigueur d'une de ses constructions jurisprudentielles les plus célèbres, les principes généraux du droit. Les références et exemples ne manquent pas en la matière comme, sans être exhaustifs, le principe du respect des droits de la défense²⁴, la reconnaissance du principe de sécurité juridique²⁵ ou encore la théorie des circonstances exceptionnelles²⁶. Bien d'autres exemples encore pourraient attester de la vigueur du rôle joué par le juge administratif dans l'édification du droit administratif.

Preuve en est également si certains en doutaient, le rôle joué en matière de procédure administrative contentieuse par le juge administratif entre 1872 et 1945. La loi du 24 mai 1872, nous l'avons dit, a réglé le débat essentiel de l'existence et du rôle de cette institution. Pour autant, aussi essentielle qu'elle soit, elle ne règle

²³ Voir le commentaire de l'arrêt Blanco du Tribunal des conflits en date du 8 février 1873 dans MLong, et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16ème éd., Dalloz, 2007, p. 1.

²⁴ Conseil d'Etat, 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*.

²⁵ Conseil d'Etat, 2006, *Société KPMG*.

²⁶ Conseil d'Etat, 1919, *Dames Dol et Laurent*.

nullement la question de la procédure administrative contentieuse à appliquer. Ainsi, jusqu'à l'ordonnance du 31 juillet 1945²⁷, le Conseil d'État a appliqué la procédure instaurée par le décret du 22 juillet 1806²⁸ qu'il a dû compléter et adapter au fil de sa jurisprudence. Il crée littéralement le droit et la procédure applicables en comblant le vide juridique laissé par le refus d'appliquer les règles de droit privé aux litiges administratifs.

Historiquement, son rôle s'est donc naturellement tourné vers la construction élaborée d'un édifice juridique : le droit administratif. Le juge a dès lors exprimé une tendance naturelle à considérer le litige présenté à lui comme un prétexte, un moyen – une sorte de jeton dans une machine – à l'élaboration d'une quelconque théorie ou à l'amélioration de son contrôle en certains domaines. La mission du juge est finalement devenue d'assurer la construction et le respect du droit administratif, son œuvre. Il n'est ainsi pas anodin que Roland Drago considère que « la réforme de 1872 avait seule permis au Conseil d'État d'être l'inspirateur d'un corps de doctrine »²⁹. Le citoyen et son litige concret ne devenaient plus que le moyen de parfaire l'œuvre à laquelle s'est dévoué le juge administratif : la construction du droit administratif. Si au bout du compte, l'application et le respect de cette construction permettent au citoyen d'accéder à une certaine revalorisation et une protection de leurs droits, le juge n'en passe pas moins à côté de sa mission dite « naturelle » : trancher les litiges concrets qui s'offrent à lui. Il s'est ainsi détourné de son rôle le plus évident afin de jouer le rôle que les institutions politiques et administratives ont voulu le voir jouer.

La trop longue tradition – aujourd'hui heureusement révolue – de l'interdiction du pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration s'inscrit également dans ce sens d'un jugement platonique, peu attentif au litige soumis car trop concerné par l'érection d'un droit. Psychologiquement, en effet, cela dénote bel et bien l'idée que le rôle premier du juge n'est pas de régler le litige et, de fait, d'enjoindre ou ordonner afin d'y mettre un terme. Le juge s'arrêtait en quelque sorte

²⁷ Ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'Etat.

²⁸ Décret du 22 juillet 1806 sur les affaires contentieuses portées devant le Conseil d'Etat.

²⁹ R. Drago, « La loi du 24 mai 1872 », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1972, n° 25, p. 13.

au seuil des réalités dans la mesure où il prononçait ou plutôt construisait le droit et s'attachait – uniquement – à cette tâche. Le raisonnement reste d'actualité malgré l'existence de ce pouvoir d'injonction désormais reconnu. Car, malgré cet arsenal juridique élargi, l'injonction ne pourra être prononcée que si le citoyen la réclame : le juge est en quelque sorte « suspendu » à une éventuelle demande des parties en cause. Sans cette intervention expresse, le juge peut facilement rester cantonné à l'érection de son œuvre jurisprudentielle sans – trop – se préoccuper des conséquences de sa décision sur le litige en question. Le doyen Bonnard le notait déjà dans une autre époque à propos du recours en excès de pouvoir. Son propos reste néanmoins criant d'actualité et l'on peut, au moins sur le constat, l'étendre à la majorité du contentieux administratif : « L'annulation viserait non pas à donner satisfaction à un intérêt lésé, mais simplement à rétablir le droit objectif violé »³⁰.

Le droit administratif est donc un droit – vous l'aurez compris – jurisprudentiel puisque constitué d'un système dont les lignes de force ont été dessinées par le juge lui-même. Ce dessin s'est parfois fait au prix de la mission naturelle du juge administratif, celle inhérente à tout juge, de trancher le litige qui lui est soumis en y apportant une solution concrète. Des raisons politiques, historiques, mais aussi d'opportunité³¹ ont fondé ce choix, mais il semble essentiel d'affirmer que la direction prise a généré un mal dont la juridiction administrative a encore peine à guérir. La mentalité³² des juges administratifs, fruit de l'histoire collective des juridictions administratives, a conservé en grande partie le caractère doctrinal de sa jurisprudence. La décision est bien trop souvent encore tournée plutôt vers l'œuvre construite du droit administratif que vers le

³⁰ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Dalloz, 2005, p. 172.

³¹ Le juge a pris la place du législateur parce que le législateur ne pouvait créer un droit administratif qui n'avait pas encore été pensé. Avant de créer un droit, encore faut-il que celui-ci ne soit pensé. Quand le législateur a créé le droit civil, il a pu le faire parce qu'il ne l'a pas créé *ex nihilo* : il a rassemblé un certain nombre de règles déjà existantes. Or, en la matière administrative, tout était à faire. Dès lors qu'il fallait penser le droit administratif, qui d'autre que l'institution censée l'appliquer pouvait le faire ?

³² Nous l'entendons par l'ensemble des manières habituelles de penser et de croire et des dispositions psychiques et morales caractéristiques d'une collectivité et communes à chacun de ses membres.

citoyen, de sorte que même lorsque celle-ci se trouve être exécutée, les droits du citoyen sont non pas ignorés, mais au moins secondaires. Le problème est d'autant plus important que « la confiance des justiciables en une juridiction ne s'attache point tellement aux constructions brillantes et hardies qu'elle réalise, mais aux résultats concrets, tangibles, résultats de jugement journaliers et multiples »³³.

Au-delà de cette relation entre le juge et son public, le caractère doctrinal de la jurisprudence administrative pose d'autres problèmes relatifs à la nature de l'acte rendu. Le délaissement du litige et plus généralement de la mission du règlement des litiges peut, dans le cadre d'une réflexion plus théorique, laisser penser que le juge administratif sacrifie sa fonction juridictionnelle (B). En conséquence, là encore, la décision de justice, bien qu'exécutée, porterait en elle ce vice congénital qui rendrait problématique la réalisation des droits des citoyens.

B. Le sacrifice de la fonction juridictionnelle.

La question de la détermination des caractéristiques constitutives de l'acte juridictionnel a occupé les esprits des plus grands juristes de toutes les générations confondues. Ainsi, Duguit, Hauriou, Waline³⁴, Jèze,³⁵ mais aussi Chapus³⁶, Chevallier³⁷ et Bandrac³⁸ ont apporté leur pierre à l'édifice de cette question classique. Conscients de l'ampleur des travaux précédemment menés et de la modestie qui doit être la nôtre devant ceux-ci, il ne sera question dans les lignes qui suivent que d'une relecture de ces théories classiques appliquées à la décision

³³ J.-A. Mazères, *Véhicules administratifs et responsabilité publique*, LGDJ, 1962, p. 461.

³⁴ M. Waline, « Du critère des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, p. 565.

³⁵ G. Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP*, 1909, p. 667.

³⁶ R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265.

³⁷ J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 275.

³⁸ M. Bandrac, « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 171.

de justice administrative, telle que nous l'avons décrite précédemment.

L'acte juridictionnel semble être une énigme pour le monde juridique dans sa globalité au point que l'existence d'une adhésion large ou majoritaire des juristes semble être une chimère. La notion est assurément complexe parce que la référence à laquelle elle renvoie n'est pas unique. Bien au contraire, la notion de l'acte juridictionnel se définit par le biais d'un réseau d'ensemble de notions qui peuvent être aussi bien en son amont qu'en son aval : elle est une sorte de nœud de croisement d'un réseau très large de notions juridique. Il est important – voir indispensable – de garder en tête que l'acte juridictionnel intéresse particulièrement les administrativistes. Leur intérêt pour cette notion est effectivement prononcé dans la mesure où elle devrait permettre de fonder la distinction entre l'acte édicté par la juridiction administrative et celui de l'administration active. Elle permettrait ainsi d'assurer matériellement et mentalement la séparation entre l'administration et le juge administratif qui doivent, rappelons-le, être strictement indépendants l'un de l'autre en application de notre conception de la séparation des pouvoirs. Cet intérêt est encore accentué par le fait que le juge administratif, historiquement, fait corps avec l'administration de laquelle le détachement est pourtant une nécessité. La distinction des actes devient nécessaire dans le but de ne pas confondre les organes en questions et afin que la séparation des autorités soit bien respectée dans l'État de droit que notre pays prétend constituer.

Comme toute notion de cet ordre et de cette importance dans le domaine juridique, il semble important d'apporter à celle-ci une clarification qui permettra d'extraire la substance même de l'acte juridictionnel par la suite. La méthode suivie sera donc – comme bien souvent – celle d'une clarification terminologique de l'acte et de la « fonction juridictionnelle » afin, dans un deuxième temps, d'en extraire la moelle pour la comparer à ce que l'on a pu constater à propos de la décision de justice administrative.

Premièrement, il revient de distinguer un jugement et un acte juridictionnel. À ce titre, il faut bien être clair : un jugement peut être un acte juridictionnel, mais la relation n'est pas obligatoire. Le jugement est un acte qui consiste à choisir une option parmi d'autres : c'est un acte d'autorité. S'il a pu apparaître avec une valeur juridique,

la candeur de son sens doit simplement renvoyer au fait de porter une appréciation sur un point précis. Le jugement a recours au droit seulement si ce dernier est un élément nécessaire de son autorité. A contrario, l'acte juridictionnel ne peut lui se passer du droit comme outil, comme instrument. L'acte juridictionnel est, entre autres — cette définition n'est pas exhaustive — un jugement porté entre deux prétentions juridiques : c'est-à-dire un désaccord à propos d'une réclamation portée sur la violation d'un droit. Dénigrer la présence du droit en tant qu'outil et cœur de la prétention revient à basculer de l'acte juridictionnel au jugement. De plus, ignorer cette constituante juridique au sein même de l'acte juridictionnel amènerait sûrement à négliger la juridicité du droit administratif ce qui reviendrait à faire du juge un administrateur qui ne traiterait que d'intérêts. Ce serait quitter le domaine de l'acte juridictionnel pour basculer dans celui du jugement.

Deuxièmement, il est capital de distinguer également la fonction juridictionnelle de la fonction contentieuse. En effet, le contenu de l'acte juridictionnel ne se définirait que par l'expression de la fonction juridictionnelle, celle-là même qui doit être dissociée de la fonction contentieuse. La fonction juridictionnelle est une fonction construite qui ne relève pas de l'immanent : elle relève du formel tandis que l'acte s'inscrit dans le matériel. En ce sens, l'acte juridictionnel exprime la fonction juridictionnelle, il la fait exister en même temps qu'il la crée. L'éminent professeur Jacques Chevallier a établi la distinction entre les deux fonctions considérant que si elles étaient jumelles, ces deux fonctions ne se confondent pas. Dans le droit fil de sa pensée, « la fonction contentieuse se présente comme une fonction sociale homogène et spécifique, répondant à des besoins sociaux précis : l'existence d'un corps de règles juridiques visant à encadrer de façon cohérente l'ensemble des rapports sociaux suscite inévitablement des litiges et des contestations qu'il faut apaiser pour assurer la stabilité du système »³⁹. En quelque sorte, la fonction contentieuse vise à vider l'abcès éventuellement provoqué par la réglementation des relations sociales grâce au système normatif. Celui-ci s'applique à un ensemble de rapports sociaux ce qui est

³⁹ J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 284.

susceptible d'engendrer un certain nombre de frictions. Ces heurts provoquent alors des conflits dont la fonction contentieuse est justement chargée d'assurer l'épuration. Ainsi, la fonction contentieuse possède un champ beaucoup plus large que la fonction juridictionnelle dans la mesure où elle peut emprunter le canal de la personne publique, de son action administrative ainsi que de la juridiction et de l'acte qu'elle rend. La juridiction n'épuise donc pas à elle seule la fonction contentieuse dans sa totalité.

Si l'on a tendance à confondre ces deux fonctions dans notre société contemporaine, c'est que la fonction juridictionnelle tend progressivement à englober l'ensemble de la fonction contentieuse. Cette dernière connaît un phénomène rampant d'institutionnalisation par lequel le règlement des litiges produits par l'application du système normatif aux relations sociales devient juridictionnel. La fonction sociale contentieuse dégage désormais une préférence pour le canal juridictionnel et s'institutionnalise peu à peu. Une fois ces éléments dégagés, si l'on a pu débroussailler l'acte juridictionnel de quelques faux-amis terminologiques, nous n'en sommes pas pour autant parvenus à confronter précisément la décision de justice administrative avec la notion envisagée.

Avant d'entamer cette confrontation salutaire au nom de la compréhension de notre fameuse problématique de réalisation des droits des citoyens, notons qu'il existe deux visions, deux conceptions de ce qu'est ou non un acte juridictionnel. Il est permis de reprendre l'idée de Carré De Malberg selon qui l'acte juridictionnel est un acte produit par une juridiction, c'est-à-dire selon une procédure donnée. Il s'attache à une conception purement formelle de cet acte et ne pénètre pas le domaine de son contenu matériel : « en droit, il n'existe pas au sens matériel, une fonction juridictionnelle distincte : il y a seulement des formes juridictionnelles, une voie juridictionnelle distincte des formes et des voies administratives »⁴⁰. L'acte juridictionnel ne se distinguerait dès lors de l'acte administratif que par le fait qu'il ait été adopté au terme d'une procédure organisée par une juridiction. C'est également l'idée classique que développe notamment Roger Perrot⁴¹.

⁴⁰ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920-1922, T. 1, p. 704.

⁴¹ H. Solus et R. Perrot, *Traité de droit judiciaire privé*, 1ère éd., Sirey, 1961.

Le problème d'une telle théorie est que l'on aboutit sur une tautologie : définir une juridiction aboutit bien souvent à caractériser un acte juridictionnel. De plus, est-il nécessaire de rappeler qu'une juridiction ne rend pas nécessairement que des actes juridictionnels ? Monique Bandrac considère à titre d'exemple que « l'extension des compétences de l'organe investi du pouvoir de juger ne justifie pas que la qualification de juridictionnels soit attribuée à tous les actes qu'il accomplit »⁴². Dans le même sens, dégager la fonction gracieuse des juridictions est primordial dans la mesure où elle ne produit pas un acte juridictionnel. Les actes gracieux n'entrent même pas à l'intérieur de la sphère contentieuse : par nature, il n'y a pas de conflit et donc de litige à régler. Ces actes particuliers du juge n'étant pas rattachés à cette large sphère contentieuse, ils ne peuvent pas de fait être rattachés à cette « sous-division » qu'est l'acte juridictionnel.

Ainsi, la définition formelle d'un acte juridictionnel selon laquelle ce dernier émanerait d'un organe respectueux d'une forme procédurale constituée d'éléments tels que l'impartialité, les droits de la défense ou encore l'indépendance ne peut être utilisée indépendamment de toute autre réflexion. Cette définition est imparfaite et ne remplit pas entièrement la fonction recherchée de désignation d'un acte juridictionnel. Il faut alors l'associer à une définition matérielle dérivée d'une conception beaucoup plus moderne de la justice. Dans cette optique, on pourrait définir l'acte juridictionnel comme une démarche intellectuelle liée à la résolution d'une contestation par l'interrogation sur la violation alléguée d'une norme juridique ; comment ? En confrontant le monde de l'être au monde du devoir-être. Cette définition rapportée au schéma Kelsenien de la théorie pure du droit revient à faire de l'acte juridictionnel un acte d'exécution, d'application d'une norme juridique à un cas d'espèce. C'est à partir de cette vision Kelsenienne de la définition – triviale – résumée par l'existence d'une prétention juridique et d'une méthode particulière – l'application du droit au litige dans le but d'y apporter une réponse et d'aboutir à la conformité entre les prescriptions juridiques et la solution concrète provoquée — que nous assurerons la confrontation envisagée.

⁴² M. Bandrac, « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 175.

L'acte juridictionnel ne serait alors ni un acte souverain ni l'expression d'une volonté ou d'un choix pur. L'acte juridictionnel s'inscrirait plutôt dans le cadre d'une volonté de résolution d'un litige certes, mais d'une volonté qui serait soumise au droit. Cette volonté « contrainte » renverrait à une application quasi mécanique des prescriptions juridiques au litige à trancher. C'est là qu'il est possible d'affirmer que la décision de justice administrative n'est pas véritablement un acte juridictionnel à proprement parler. La décision de justice administrative s'apparente elle beaucoup plus à un acte souverain pratiquement hors de l'ordonnement juridique. En effet en étant une source de cet ordonnancement, la décision rendue par le juge doit se retrouver dans le contenant et non à l'intérieur du contenu. Le magistrat administratif n'applique pas, il bâtit. En quelque sorte, le juge administratif se chargera de créer un droit administratif dans l'optique et le cadre d'une fonction sociale contentieuse plus large évoquée précédemment. Pourquoi alors l'acte du juge administratif s'écarte-t-il de cette nature juridictionnelle ? Dans une démarche étimologique, il nous revient de remonter aux origines de cette monstruosité logique.

La lente – mais sûre – dissociation est pour beaucoup liée à la spécificité historique de la justice administrative : issue de la personne publique, elle a toujours cherché à s'en dissocier manifestement. De même, sa dualité de fonctions lui impose de prouver en permanence cette séparation et de ce détachement. Les citoyens désireux – à juste titre – d'indépendance et d'impartialité le réclament en tout cas expressément. Afin de marquer fortement cette scission et pour distinguer clairement sa production des actes administratifs – que le juge est censé contrôler – la justice administrative s'écarte de l'acte d'exécution hiérarchique qu'est l'acte administratif et bascule dans un pouvoir souverain de création.

Éloignée de sa nature, la décision de justice administrative ne vise plus la résolution d'une contestation que de manière secondaire. L'opération intellectuelle que le magistrat poursuit s'attache beaucoup plus à marquer sa capacité souveraine de création d'un droit administratif. Il ne juge pas, il ne tranche pas sur la base d'un droit, il « construit » le droit administratif. Partant de ce constat, paradoxalement, l'application de cet ordonnancement juridique revient plutôt à la personne publique administrative qui assurera du

même coup la réalisation des droits des citoyens. Le juge créera les droits et les édictera dans une mission quasi législative tandis que l'administration les appliquera dans son action quotidienne, journalière.

La question traitée ne s'est pas posée en droit privé dans les mêmes termes étant donné que lorsque le magistrat civil inflige une peine ou tranche un litige privé, il exerce clairement une fonction différente de celle de la production législative ou administrative. Il ne semble pas possible de dire ou penser, vu ce que nous venons de tenter de démontrer, de même du juge administratif.

Pour autant, le juge administratif est bel et bien une juridiction, c'est indéniable. Mais il est vrai que certains actes d'une juridiction ne sont pas juridictionnels, car ils ne tranchent pas un litige entre deux prétentions. L'on retrouve l'existence éventuelle d'une liberté de choix par une autorité dans le cas des décisions gracieuses par exemple. Si la majorité doctrinale considère ces actes comme juridictionnels, c'est parce qu'ils participent indirectement à la fonction contentieuse sociale – qui tend à se confondre avec la fonction juridictionnelle. Ces actes permettent d'éviter l'existence et l'apparition de conflits et litiges et entrent dans la sphère contentieuse : ils refoulent le contentieux en l'attirant vers le juge qui les tranche avant que n'apparaissent les prétentions. Ce serait même à proprement parler anti juridictionnel puisqu'ils visent à l'éviter tout en restant à l'intérieur de la nébuleuse contentieuse. Cette situation exprime parfaitement l'idée d'une justice douce, mais en aucun cas l'existence d'un acte juridictionnel. L'opération du juge administratif peut se définir comme appartenant à cette mouvance : il édicte une norme, un droit qui limite les litiges et l'administration appliquera habituellement ce droit. Par la même occasion, l'administration réalisera les droits des citoyens. Ainsi, le juge ne réalise pas à proprement parler les droits des citoyens, il les crée et assure la mise en place d'un contexte favorable à leur réalisation par l'administration.

Il n'y a alors avec les décisions de justice administrative pas de véritables actes juridictionnels capables de trancher la contestation juridique soulevée ; la réalisation des droits des citoyens par l'exécution de cette décision de justice ne pourra aboutir. Seule la soumission de l'administration au droit édicté par la juridiction

assurera cette réalisation. La décision de justice comporte alors en elle bien un vice propre à faire obstacle à cette réalisation, celui de sa nature même.

Cette mentalité et la position particulière du juge administratif vis-à-vis de l'administration, résultante de l'histoire, le poussent à ne pas remplir la fonction juridictionnelle qui devrait être la sienne : trancher les contestations et prétentions juridiques. Par-là, n'étant plus un acte juridictionnel véritable, la décision de justice administrative présente une faiblesse dans l'opération de la réalisation des droits des citoyens. Pour autant, même si à l'avenir le juge administratif se départissait du caractère doctrinal et « législatif » de ces interventions, il subsisterait dans le paradigme classique du droit et du contentieux administratif un vice essentiel et insoluble : le juge administratif connaît une tendance assumée à la réparation des dommages préférablement à la protection des droits. Son intervention *a posteriori*, organisée par la procédure administrative contentieuse et associée aux relations troubles entre les deux institutions, s'inscrit dans cette logique réparatrice. Elle résulte de la construction procédurale et constitue une autolimitation de son personnel qui trahit au passage la logique administrative contentieuse. Nous tenterons alors de comprendre dans quelle mesure ce constat emmène le juge sur les chemins de la réparation (II) et le détourne de ceux de la réalisation.

II. Le juge administratif réparateur.

L'idée est à la fois classique et ancienne et s'inscrit dans le cadre de la construction historique de la justice administrative en France : le juge administratif est un fonctionnaire spécifique dont la mission est le contrôle interne de la régularité de l'action administrative. Pour prendre un exemple frappant, le magistrat administratif est en quelque sorte la « police des polices » de l'administration. La justice administrative appartient à la nébuleuse administrative organique même si elle s'en est assez bien détachée dans les faits au long de son histoire. Pour autant, cette confusion institutionnelle historique encore présente dans les textes contemporains a largement pesé sur la construction de la procédure administrative contentieuse. Cette dernière exprime largement, de notre point de vue, la manifestation d'une autolimitation du juge dans le but de pérenniser sa fonction et

plus généralement l'institution. Cette auto-restriction a pris des formes diverses et variées, mais il est manifeste que l'intervention *a posteriori* du juge administratif en est la plus grande marque. Non seulement ce principe du caractère non suspensif des recours constitue une véritable infidélité logique à la philosophie du recours contentieux en la matière administrative (A), mais surtout il emmène le juge administratif sur le dangereux chemin d'une protection des droits *in futurum*. Cette manière de protéger les droits des citoyens en leur assurant une réalisation par la soumission de l'action administrative aux principes édictés s'inscrit dans une philosophie pour le moins naïve. Tandis que le juge se préoccupe de la protection future des droits qu'il édicte, il n'assurera que la réparation – limitée – des droits du citoyen requérant. La décision de justice administrative applicable au litige spécifique ne sera alors qu'une opération de réparation, qui, bien qu'exécutée, ne pourra manifestement pas mener à la réalisation des droits visés. La croyance en la capacité de la décision de justice administrative à réaliser l'ensemble des droits édictés ne peut dans ces conditions que résulter d'une confusion entre les deux opérations précitées de réparation et de réalisation. En effet, la majorité de la doctrine et des citoyens considère fâcheusement que la réparation du dommage lié à la violation du droit réalise ce dernier. Or, cette opération n'assure que la réalisation du droit à la réparation. Une telle confusion entre deux opérations jumelles, mais qui ne renvoient pas à la même opération intellectuelle peut s'analyser comme l'oubli d'un hiatus entre ces deux notions voisines qu'il est temps de se réapproprier (B).

A. L'infidélité logique au recours administratif contentieux.

Remonter aux causes du mal qui rongerait la justice administrative dans les faits comme les esprits depuis presque toujours ne peut se faire sans un examen de la procédure administrative contentieuse. En effet, la décision de justice administrative n'est que l'aboutissement et le résultat de l'organisation et de la construction de cette procédure. Cette dernière, tirée du latin *procedere*, évoque un mouvement vers l'avant, une progression vers un but déterminé. La procédure, selon Jacques Normand, se constitue du « processus selon lequel certaines décisions doivent être prises, certaines opérations doivent être

conduites »⁴³. La procédure juridictionnelle renvoie pour le juriste de manière plus spécifique aux règles et principes directeurs de cette marche en avant en direction de l'aboutissement : la décision de justice. S'attacher à l'analyse des vices internes à celle-ci impose *de facto* une analyse du processus par lequel le juge aboutit justement à la décision. Il devient essentiel de ne jamais oublier qu'au bout du compte, un juge ne peut jamais donner que ce qu'il a, que ce qu'il détient : « le juge est lui-même tributaire du jeu des institutions et des imperfections du système juridictionnel »⁴⁴.

À ce propos, la procédure administrative contentieuse présente dans sa construction et ses fondements certains principes qui ne comptent ni hérétiques ni savants et dont la justification semble être tombée – à l'instar d'un brevet – dans la propriété collective. L'un des plus illustres en la matière est le caractère non suspensif des recours qui apporte son soutien à l'architecture mentale et matérielle du contentieux administratif. Ce dernier, l'un des pionniers, remonte au décret du 22 juillet 1806 qui disposait en son article 3 cette caractéristique à l'égard des recours déposés devant le Conseil d'État. Aujourd'hui, son contenu n'a guère changé, pour ne pas dire qu'il n'a que très – certains diront trop – peu subi d'évolutions. Il résulte du Code de justice administrative que : « Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction »⁴⁵. Au-delà de cette seule édicition, le principe a vocation à régir l'ensemble des recours, contentieux et administratifs – ainsi que les voies de recours. La décision de justice administrative dans son ensemble – peu importe le degré – se trouve concernée par cet aspect procédural majeur. Quelque part, l'application de la décision et son impact réel sur la situation des particuliers seraient le fruit – au moins en partie – de cette spécificité procédurale administrative. S'il existe en toute logique un lien entre une décision de justice et l'organisation de la procédure qui l'a vue aboutir, le même rapport doit être postulé entre décision de justice administrative et effet non suspensif des recours contentieux.

⁴³ J. Normand, « Définition de "procédure" », in *Dictionnaire de la Justice*, sous la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 1053.

⁴⁴ M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, LGDJ, 1972, p. 425.

⁴⁵ Article L4 du Code de justice administrative.

En pratique, ce caractère particulier des recours confère une sorte de blanc-seing à la personne publique qui peut dérouler son action jusqu'à l'aboutissement de l'instance juridictionnelle. Le juge est, de fait, chargé de contrôler la régularité de l'action poursuivie, et ce, *a posteriori*. L'action administrative aura été accomplie, réalisée, et le citoyen aura subi – tout le temps de l'instance – la violation de son droit s'il lui est au bout du compte reconnu. Si nous sommes bien conscients que ce principe est mis en mouvement par des forces puissantes – bien qu'il y ait beaucoup à dire à ce sujet, mais ceci devra faire l'objet d'une autre étude – nous ne nous attacherons pas à en comprendre son postulat de base ou ses justifications. Dans une réflexion relative aux difficultés de réalisation des droits des citoyens en cas d'exécution, ce sont les incidences pratiques de ce principe sur la décision qui ont ici un enjeu. Et sur le plan pratique, Alfred Fischer considérait en son temps que « certes, on ne sait à priori si c'est l'administration ou le requérant qui a raison, mais c'est toujours le requérant qui serait, s'il n'y avait pas d'effet suspensif ni de voies d'exécution, le plus désavantagé »⁴⁶.

Cependant, afin de bien analyser les effets d'un tel principe sur notre problématique, il semble essentiel de revenir à l'implication philosophique d'un tel principe en vue de le comparer à l'essence originelle de ce contentieux spécifique. Il nous revient de confronter la construction théorique d'un tel système à la situation administrative contentieuse afin de conclure ou non à l'existence d'une compatibilité. L'absence d'harmonie conceptuelle risquerait de générer un défaut dans la décision de justice future dans la mesure où celle-ci ne répondrait pas à la situation contentieuse existante. Et de cette omission découlerait nécessairement une impossibilité de la décision de justice à répondre aux attentes des parties et notamment celle des citoyens en matière de réalisation de leurs droits. Or, nous constaterons que le principe controversé engendre une trahison de la philosophie du recours administratif contentieux. De cette trahison

⁴⁶ A. Fischer, « Rapport allemand », in *Le pouvoir du juge de suspendre l'exécution des décisions administratives qui lui sont déférées et les moyens dont il dispose pour contraindre l'Administration d'exécuter les décisions juridictionnelles*, IVème colloque des juridictions suprêmes administratives des Etats membres des Communautés européennes à Berlin, p. 12. Source : <http://www.juradmin.eu/index.php/fr/colloques-fr?start=20>.

découleront effectivement les maux que nous constaterons un peu plus tard à propos de de la réalisation des droits des citoyens.

La démarche scientifique suivie nous impose de comparer la situation factuelle à l'origine du contentieux administratif avec la philosophie du recours juridictionnel en matière administrative. Afin de procéder à un raisonnement plus complet, nous avons volontairement étendu la comparaison à la philosophie générale d'un recours et à l'application qui en est faite en la matière civile. De cette comparaison entre la différence matérielle évidente qui existe entre les contentieux et la similitude du régime procédural de leurs recours contentieux – au moins de première instance – devrait pouvoir se dégager un certain nombre d'enseignements.

Le doyen Bonnard présente dans ses travaux⁴⁷ le contentieux et la contestation juridictionnelle comme l'expression d'une suspension naturelle. Le contentieux serait dans cette lignée le résultat de la suspension naturelle du droit subjectif du titulaire – logiquement le demandeur – par la simple opposition ou la résistance à l'exécution de sa prétention par son débiteur⁴⁸. Le droit subjectif éventuel au bénéfice du demandeur serait suspendu sous l'effet de la résistance et de l'opposition exprimée par le sujet passif de cette prétendue obligation juridique. En cela, avant même le procès il existerait une suspension naturelle, une forme de blocage de l'exécution naturelle du droit subjectif auquel prétend le demandeur. Cette opération aurait comme vecteur la faculté des citoyens à s'opposer à la volonté d'exécution de son droit par le demandeur. Le recours au juge aurait justement vocation à briser cette opposition au droit subjectif prétendu. Le schéma présenté est typique du contentieux en matière civile, et donc du contentieux soulevé devant les juridictions judiciaires.

Cependant, il ne nous semble pas que le contentieux administratif présente les mêmes caractéristiques que celles évoquées en matière civile. Le schéma théorique du recours proposé ne peut pas être considéré comme applicable en ces termes au contentieux résultant de l'action administrative. S'il est possible de justifier par lui le caractère

⁴⁷ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Dalloz, 2005.

⁴⁸ Il s'entend ici dans le sens juridique classique du terme, c'est-à-dire celui qui doit quelque chose, qui est le sujet passif d'une obligation et non pas au sens désormais courant utilisé spécifiquement à propos de celui qui doit de l'argent.

non suspensif des recours en contentieux judiciaire, le même raisonnement ne s'applique pour ainsi dire absolument pas au contentieux administratif. La suspension naturelle que le juge devrait briser n'existe pas en ce domaine, c'est même tout l'inverse. Il est possible de craindre alors que le citoyen destinataire de la volonté administrative soit laissé sans véritable moyen de défense. En effet, l'idée de suspension naturelle semble complètement étrangère à la philosophie, la construction et la conception de notre contentieux administratif. L'administration possède un pouvoir de faculté et de contrainte lié au fait que celle-ci dispose de la force des pouvoirs publics, des prérogatives de puissance publique justifiées par les impératifs de service public qui la lient. La suspension naturelle dont le citoyen dispose dans ses relations avec les particuliers ne peut dès lors exister dans sa relation à la personne publique. C'est donc lui, en tant que sujet passif de l'obligation liée à l'acte administratif qui va paradoxalement se retrouver en position de demandeur pour, non pas exiger l'exécution de son droit, mais plutôt cesser l'exécution de l'activité administrative qu'il juge illégale. Le système « aboutit en fait à réserver à l'administration le rôle de défendeur avec tous les avantages que comporte une telle situation »⁴⁹. La situation se trouve totalement inversée puisque l'administration peut imposer son pouvoir à un particulier qui devra démontrer l'illégalité de l'acte administratif dans le but d'en faire cesser les effets. Le système s'oppose au modèle civil dans la mesure où dans les relations entre particuliers, le contentieux juridictionnel précède la réalisation du droit subjectif. Avec l'administration, « son » droit subjectif précède le traitement du recours contentieux par le juge.

Cette différence d'ordre matériel apparaît logique si l'on considère qu'à « une séparation organique de compétences correspond toujours une distinction matérielle entre ces compétences »⁵⁰. En retournant la proposition, sans l'existence d'une différence matérielle entre les deux contentieux, la différenciation formelle et organique n'aurait pas de sens : elle ne serait que pure fiction et ne reposerait sur aucun fondement solide. Dans le droit fil de cette logique, étant donné que les juridictions sont distinctes sur le plan organique – elles relèvent de

⁴⁹ M. Tourdias, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, LGDJ, 1957, p. 8.

⁵⁰ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Dalloz, 2005, p.7.

deux institutions – et sur le plan matériel – la situation contentieuse est différente – l'on devrait relever l'existence d'une différenciation au niveau formel. Cette différenciation formelle se traduirait inévitablement sur le plan de la construction et de l'organisation de la procédure contentieuse. Et aussi perturbant que cela puisse être, si la situation organique ou matérielle des contentieux fait l'objet de différences, la forme procédurale du recours reste identique.

Pour les recours contentieux civils et administratifs, le caractère non suspensif s'applique indifféremment en première instance alors que la situation est matériellement et organiquement différente. Il est clair que, pourtant, le droit ne se réalise pas de la même manière dans ces deux situations. Au cœur du contentieux civil, il peut s'expliquer parce que suspendre la suspension naturelle – l'opposition du sujet passif – reviendrait à exécuter le droit prétendu sans savoir s'il est valable. *A contrario*, au sein du contentieux administratif, la justification ne peut résulter que d'un choix, d'une volonté délibérée d'avantager l'administration et de la doter d'une volonté supérieure à celle des autres sujets juridiques. Le schéma revient effectivement à laisser l'administration perpétrer une action qu'elle prétend légale. La prétention de conformité au droit se transforme en affirmation d'un droit et, plus généralement, du droit.

Finalement, le recours juridictionnel répond dans son essence à une suspension de la validité de la force du droit invoqué par le requérant, celui qui émet la prétention. La contestation du défendeur – avant qu'il n'en soit précisément un – suspend naturellement l'autorité et la force de ce droit prétendu. Dans son fondement philosophique, le recours juridictionnel ne peut donc être une suspension. Il possède au contraire une vocation à briser la suspension établie par la résistance et l'opposition du sujet passif de l'obligation. Donc le recours juridictionnel exprime une volonté de mise en mouvement, de rompre la suspension qui résulte de la résistance. Philosophiquement et en pratique, la contestation juridictionnelle n'est pas une volonté de suspension, mais une volonté de poursuite d'exécution de la prétention qui forme et fonde le droit subjectif. En contentieux administratif, la situation est différente parce que le schéma contentieux est bel et bien inversé. Celui qui invoque originellement la force du droit n'est pas celui qui va émettre la contestation devant le juge : à l'origine, l'administration invoque le droit dans le but de créer

une situation factuelle et de poursuivre une activité. Mais l'administration ne se retrouve pas dans la position du sujet juridique qui doit briser en justice la résistance du sujet passif de l'obligation prétendue. *A contrario*, au sein de ce contentieux, le particulier devra recourir au juge dans le but d'anéantir la force d'exécution inhérente à l'administration qui est liée à l'existence du privilège du préalable. Le particulier va devoir réussir à briser cette force par le biais du droit et des pouvoirs du juge. L'idée d'une suspension attachée à la mise en mouvement de l'action juridictionnelle serait parfaitement en adéquation avec cette configuration contentieuse bien particulière. Le contentieux administratif dans sa nature et sa conception même appelle cette idée de suspension. Le recours juridictionnel devrait en quelque sorte venir y remplacer la suspension naturelle existante en matière civile. La philosophie globale du contentieux administratif et l'existence d'une distinction matérielle et organique aspirent à l'existence de cette différenciation formelle.

Il n'en est rien et c'est même tout le contraire : l'on est dès lors forcé de constater la trahison philosophique et spirituelle du contentieux administratif par l'organisation du recours censé l'exprimer. De ce décalage entre les faits et sa traduction juridique et procédurale ne pourra que naître un obstacle à ce que les droits de la décision de justice, qui est l'aboutissement de cette procédure, parviennent à se réaliser effectivement. C'est bel et bien le cas lorsqu'on analyse que, prisonnier de cette situation, le juge ne pourra que réparer les dommages subis par le citoyen requérant. Or, l'opération de réparation ne peut en aucune manière entraîner la sauvegarde des droits qui serait, elle, à même d'entraîner protection et réalisation des droits. Cette conviction erronée en ce que la réparation des dommages assure la réalisation des droits des citoyens traduit l'existence d'une distinction entre ces deux notions qu'il est impératif de réaffirmer, voire reconstruire (B).

B. L'impérative disjonction entre réparation et réalisation.

L'intervention du juge est postérieure, c'est un fait et – au moins dans le cadre de cette démonstration – il faut l'accepter. Pour autant, elle est tout de même censée réaliser les droits du citoyen dès son exécution, puisqu'en tant que juge, sa mission naturelle l'amène à

trancher le litige par l'application du droit qui doit se concrétiser. À première vue, étant donné le constat réalisé précédemment, il semble difficile – voire impossible – de réaliser les droits des citoyens alors que le fait administratif aura été accompli. Intervient alors afin de combler cette absence logique inévitable, l'une des plus grandes fictions juridiques du droit administratif français⁵¹ : la rétroactivité de l'annulation. Pour faire court, l'acte administratif illégal et annulé sera censé n'avoir jamais existé. Le caractère fictionnel d'une telle proposition apparaît manifestement : un acte intégré à l'ordonnement juridique qui s'est réalisé – il a produit des effets – n'a jamais existé. Pour peu, le raisonnement d'un déséquilibré n'en serait pas moins incohérent et crédible. Vont en ce sens, les propos de Raymond Odent, l'un des plus brillants juristes en notre domaine :

« La règle d'après laquelle un acte annulé est censé n'avoir jamais existé présente le caractère contradictoire d'être à la fois une nécessité et une fiction. C'est un idéal nécessaire pour tracer à l'administration et au juge leurs directives. Mais c'est une pure fiction, car il n'appartient à aucune puissance humaine d'empêcher que ce qui a existé ait existé et d'effacer les inévitables effets qu'ont produits des actes annulés pendant toute la durée précédant leur annulation »⁵².

Une fois passée la – trop – célèbre fiction juridique de la rétroactivité de l'annulation contentieuse, la question devient autant naturelle que pressante. Si l'argument qui permettrait de croire à une réalisation des droits des citoyens ne relève finalement que de la croyance et de l'artifice, comment penser l'intervention du juge administratif dans le royaume du fait ? Notons avant toute chose, que le recours en excès de pouvoir est plus particulièrement concerné que le recours de plein contentieux lui bien plus souvent destiné à une réclamation pécuniaire de la part du citoyen à l'encontre de la personne publique. Le recours en excès de pouvoir, généralement présenté comme le procès porté contre un acte administratif vise à ce titre uniquement l'annulation de cet acte. Et les droits dont le citoyen poursuit la réalisation sont « dissimulés » derrière cette annulation

⁵¹ L'expression est empruntée à D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif français*, LGDJ, 2000.

⁵² R. Odent, « Conclusions sur CE, 27 mai 1949, Véron-Reville », *Gazette du Palais*, 1949, n° 2, p. 34.

recherchée. Il est très rare⁵³ qu'un citoyen entame un contentieux animé par la seule volonté du respect du droit et de l'ordonnement juridique. L'annulation contentieuse n'est que le premier élément d'une chaîne qui devra mener à la réalisation des droits du citoyen. La décision, d'ailleurs, n'a qu'une fin, sa traduction dans la réalité et la transformation du monde dans le sens choisi.

Or, en agissant *a posteriori* de l'accomplissement de son acte par l'administration, le juge administratif, en respectant ce principe fondamental de notre organisation juridictionnelle se prive par la même occasion d'un élément essentiel de protection des droits. Philosophiquement, l'intervention à rebours du juge administratif assure le développement de l'expression d'une réparation des droits qui ne peut coller avec l'idée d'une réalisation. Ou plutôt, l'action de réparation des violations subies par les citoyens ne pourra assurer que la réalisation d'un droit à la réparation. En aucun cas, les autres droits atteints le temps de l'instance ne trouveront une réalisation à moins que l'on considère que leur monnayage participe à celle-ci. Or, nous allons tenter de démontrer que la transformation du juge en une sorte de caisse d'indemnisation des dommages participera seulement à une opération de réparation qui ne peut entraîner la réalisation des droits. L'absence criante de leur protection, de leur sauvegarde en ces cas particuliers nous amène à le penser.

Avant toute chose, il semble indispensable de rappeler combien cette hypothèse est en contradiction avec la tradition du droit et du contentieux administratifs. La réalisation – ou la protection – des droits des citoyens se situe classiquement à l'extérieur de toute réflexion administrative. Il ne peut en être différemment quand on sait que l'action administrative est censée représenter une obligation pour un administré. À ce titre, l'administré ne renvoie finalement qu'à un sujet qui doit obéissance et loyauté au nom de l'intérêt général que sert la personne publique. La théorie classique, avant que n'apparaisse la citoyenneté administrative, « fille » de la démocratie administrative, revenait à institutionnaliser l'exécution de la loi à l'intérieur du corps administratif. L'objectif était clair : la soumission et l'obéissance du destinataire de l'action administrative qui ne pouvait aller à l'encontre

⁵³ Cela arrive dans le cas de requérants devenus célèbres à force de traquer l'illégalité administrative pour l'illégalité administrative. C'est le cas notamment et à titre d'exemple de M. Tête.

de la loi, portée par l'appareil administratif. La situation était telle que le destinataire de l'action administrative constituait, pour la personne publique, « la partie adverse »⁵⁴. Pire, la notion d'administré comporte dans sa définition l'idée de sujet, elle renvoie à l'image d'une chose à laquelle on impose sa volonté. Il est frappant sur ce point de constater que dans la doctrine, les auteurs renvoient dans leurs propos l'administré à une chose assujettie. C'est un peu comme si l'on n'avait jamais quitté l'Ancien Régime et sa conception des relations entre le pouvoir et le peuple.

Or, la démocratie politique a réalisé d'énormes progrès ; on peut même se laisser aller à dire qu'elle s'est réalisée. Le décalage entre d'une part la démocratie politique et d'autre part, la démocratie de l'action administrative pousse à rejoindre le constat du professeur Bertrand Faure selon lequel : « l'histoire de notre démocratie administrative et celle de notre démocratie politique n'ont pas évolué au même rythme »⁵⁵. L'administration française a souffert historiquement d'un mépris profond de l'homme et du peuple en général en qui elle n'a vu que l'émanation et la réclamation d'intérêts privés. Pendant que le citoyen politique se dessinait et trouvait sa place dans une certaine représentation nationale, le même homme ne restait qu'un sujet du prince administratif et de son bon vouloir. En quelque sorte, « le domaine administratif conserva son immunité, île dont les falaises surplombent de très haut la montée du flot démocratique »⁵⁶. Pour autant, l'administration, sous peine de faillir, doit rester attentive au corps social au service duquel elle doit s'oublier. Et c'est un lieu commun que d'affirmer que l'action administrative moderne ne peut plus profiter du vecteur obligataire dans le but de réaliser sa volonté. Les enjeux macroéconomiques et sociaux que doit gérer l'administration dans nos États post-modernes⁵⁷ imposent de passer outre la conception classique afin de faire entrer le

⁵⁴ P. Legendre, *Histoire de l'administration*, PUF, 1968, p. 522.

⁵⁵ B. Faure, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA*, juillet-août 2013, p. 709.

⁵⁶ J. Rivero, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 826.

⁵⁷ L'expression est empruntée au professeur Chevallier dans J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2003.

citoyen, porteur de droits, dans la maison administrative. L'administration passe du système autoritaire et hiérarchique au mode démocratique d'exercice du pouvoir. Les phénomènes de concertation, de consultation, de participation et d'information rénovés par la loi du 12 avril 2000⁵⁸ vont en ce sens. L'on confère au destinataire de l'action administrative la place qui doit être la sienne, celle d'un homme doué de raison et d'un citoyen titulaire de droits.

Le juge administratif, préoccupé par la régularité de l'action administrative doit nécessairement intégrer les modalités d'exercice de cette action afin de mieux l'encadrer par le droit. Le juge doit en quelque sorte en permanence actualiser son activité à celle qu'il contrôle : c'est un jeu de balancier, ou plus vulgairement de dominos ; ce qui a cours dans l'action administrative se répercute sur l'institution chargée de son contrôle. Ainsi, le phénomène de la démocratie administrative et l'élévation de l'administré au rang de citoyen doivent amener une nouvelle réflexion. Le juge doit se montrer plus sourcilieux, plus attentif à la protection et à la réalisation des droits des citoyens qui portent désormais en eux un certain nombre de droits dans leur relation à l'administration. Dans le cas où cette dernière manquerait à ses obligations en la matière, le juge devient naturellement l'institution en charge d'assumer la réalisation des droits. Revenons-en pour finir justement à ce phénomène de réalisation des droits par le juge et sa décision de justice.

Dans ce domaine du contentieux administratif, il existe apparemment un lien indissoluble entre les phénomènes de réalisation et les phénomènes de protection des droits des citoyens. Pourtant, l'essence même du phénomène de réparation – qu'a tendance à pratiquer le juge – semble écarter ce Graal de la réalisation des droits.

La protection est dérivée du latin *protegere* qui signifie la défense d'une chose ou d'une personne contre un danger ou un risque. L'opération revient à dresser un rempart intellectuel ou matériel dès la présence et la constatation d'un quelconque danger. Elle est résolument tournée vers la notion de l'*a priori* contre un danger, un risque et non pas une atteinte ou une violation : la différence est essentielle. L'idée de la protection implique bien une certaine

⁵⁸ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Il est remarquable à ce titre de noter qu'il est question des citoyens et non pas des administrés.

antériorité à l'action et donc à la réalisation du danger, ce que le juge administratif ne connaît pas hors des procédures d'urgence nécessairement limitées.

L'idée de réparation dérive pour sa part du latin *reparare* qui signifie la remise en l'état dans le sens d'un rétablissement d'une pureté primitive. La réparation est censée remettre en état ce qui est endommagé, violé, ou encore rétablir dans sa vigueur première et originelle un élément affaibli. D'un point de vue plus moderne et juridique, réparer vise la cessation d'un état ou d'une situation préjudiciable. Mais au-delà, ce terme possède indéniablement l'idée d'une compensation morale pour un préjudice subi dans l'expression d'une certaine mouvance religieuse. La réparation suppose alors un tort lié à une violation ou un dommage qui appelle une vengeance. Au sein de notre société civile, le moyen de la réparation – la compensation morale – s'est vu peu à peu remplacer par la notion du dédommagement financier du préjudice subi. Il est très intéressant de noter à ce titre que la notion de réparation, comme l'entend le guide du langage juridique renvoie peu ou prou à ce que l'on a pu apercevoir de l'office du juge administratif : le travail d'une remise en bon état d'une chose – ici, la chose n'est autre que le droit et l'ordonnement juridique – ainsi que le dédommagement et l'indemnisation d'un préjudice. Si l'on colle parfaitement au cadre de l'action menée par le juge administratif, on est loin de cette idée de protection qui amène à la réalisation. Par cette généralisation de l'indemnisation qui, matériellement, comporte une nature financière et pécuniaire et par l'oubli de la remise en l'état de la situation du requérant, le juge devient en quelque sorte une commission d'indemnisation.

La situation est d'autant plus gênante qu'il est possible de penser que si la réparation est un droit, elle est aussi une fiction. Celle-ci ne représenterait effectivement qu'un équivalent qui ne remet jamais – ou trop rarement – les choses en leur état antérieur. Celui-ci ne pourra plus être recouvré dans la mesure où il se sera perdu dans les méandres de la lenteur de l'instance et du jugement. La situation est d'autant plus préoccupante qu'il existe une large tendance à la confusion du droit à la réparation du dommage subi par le citoyen et la réalisation du droit légitime dont celui-ci venait poursuivre la réalisation et la protection. Il faut bien marquer la différence entre la

réalisation du droit du citoyen et la réalisation de son droit à la réparation du dommage qu'il a subi.

Maurice Hauriou disait déjà dans les dernières années du 19^e siècle à propos de l'administration et de la relation entre son activité et le risque d'une illégalité : « qu'elle fasse, mais qu'elle paie »⁵⁹. Ce célèbre mot du non moins célèbre juriste toulousain décrit encore plus d'un siècle après, l'action du juge qui devient la caisse d'indemnisation généralisée de l'action administrative et des dommages qu'elle cause. À titre d'exemple, en matière contractuelle ou de travaux publics, le système de la condamnation alternative encore en vigueur aujourd'hui permet à la personne publique de choisir entre le rétablissement de l'état antérieur ou assurer le paiement d'une indemnité. La formule jurisprudentielle permet à la personne publique de verser une indemnité « si mieux n'aime l'administration à... »⁶⁰. La réparation poursuit dès lors le rétablissement d'un équilibre détruit par le dommage. Là est la fonction occupée par le juge administratif plus que celle d'une remise en l'état. Le contentieux administratif par ce système ne vient pas défendre un droit, mais alors poursuivre la reconnaissance d'une violation de ce droit qui devra être réparée.

Ces deux notions de réparation et de protection se trouvent véritablement différentes pour ne pas dire diamétralement opposées. La protection se fait par des moyens juridiques ou matériels et devient synonyme d'une sauvegarde, seule capable d'assurer la réalisation des droits du citoyen éventuellement violés. Seule cette intervention préalable et antérieure à la réalisation du danger de violation se montrera qualifiée en vue d'une réalisation concrète et effective des droits des citoyens. Cette idée de réalisation appelle nécessairement une précaution et non pas une réparation ou indemnisation. Le juge administratif reconnaît d'ailleurs lui-même – de manière implicite – l'infirmité qui touche sa décision en cette matière. Pour preuve, ce dernier considère à propos de l'appréciation du délai raisonnable que « l'action en responsabilité engagée par le justiciable dont la requête n'a pas été jugée dans un délai raisonnable doit permettre la réparation de l'ensemble des dommages tant matériels que moraux, directs et

⁵⁹ M. Hauriou, « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP*, 1896, p. 51.

⁶⁰ Conseil d'Etat, 5 mars 1952, *commune de Louey*.

certain, qui ont pu lui être causés et dont la réparation ne se trouve pas assurée par la décision rendue sur le litige principal »⁶¹. En l'espèce, le juge ouvre droit à la réparation des dommages causés tout au long de l'instance et qui sont devenus insupportables du fait de son délai raisonnable. Si le juge administratif n'ouvre pas ce droit à la réparation de l'ensemble des dommages susceptibles de se produire au cours de l'instance, il reconnaît au moins que la décision de justice n'est pas à même de rétablir le citoyen dans l'ensemble de ses droits, et notamment pour ceux qui subiront une violation tout au long de l'instance, même traitée dans un délai raisonnable.

Plus généralement, la problématique soulevée quant à l'action menée par le juge administratif à l'encontre de la personne publique renvoie finalement – c'est le cas pour la question de l'effet suspensif ou non des recours contentieux – à celle, classique, de la nature des relations entre l'administration et « son » juge. C'est justement de cette appartenance, ou du moins du lien spécial qui unit personne publique et juge administratif que découle cette organisation particulière, parce que postérieure, du contentieux administratif. L'idée implique que cette faculté beaucoup plus importante à la réparation qu'à la protection et donc à la réalisation résulte de la controverse existante à propos des relations entretenues entre les deux institutions. La question de cette mise en place d'une protection et d'une réalisation des droits revient, fatalement, à soulever le lièvre – largement déjà reconnu – de la place du juge vis-à-vis de l'administration et de la capacité de cette dernière à accepter – paradoxalement – sa soumission au droit et à une institution extérieure censée le faire respecter.

La décision de justice administrative du fait de son intervention qu'il est possible de considérer comme tardive, s'est lentement détachée du caractère protecteur qui devait lui permettre d'accéder à la réalisation des droits des citoyens. En effet, l'action de réparation, nous l'avons vu, n'est pas à même d'assurer une réalisation qui peut difficilement se dissocier de l'idée de protection, de sauvegarde. La confusion actuelle entre d'une part, la réalisation du droit à réparation des dommages et d'autre part la réalisation des droits des citoyens porte en son sein les germes d'un schéma dans lequel la décision de

⁶¹ Conseil d'Etat, Assemblée, 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ Magiera*.

justice, bien qu'exécutée, ne pourra qu'imparfaitement aboutir à la réalisation des droits. Le vice évoqué d'une prédisposition mécanique à la réparation des dommages est indirectement associé à l'idée précédente d'une décision de justice participant plus à l'œuvre doctrinale ou législative qu'à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Cette imbrication des différents vices de la décision de justice administrative qui font barrage à une éventuelle réalisation des droits des citoyens par son exécution démontre que la construction globale du système du contentieux administratif pèse sûrement sur la décision de justice. Rappelons-le, le juge ne peut donner plus que ce qu'il a ; s'il semble disposer aujourd'hui de prérogatives bien plus élargies à l'encontre de la personne publique en termes d'exécution, il subsiste toujours les vices internes à la construction de son office. Ce processus n'a pas été mené à son terme parce qu'elles renvoient à des problématiques traditionnelles de la justice administrative que l'on continue à ignorer et ce malgré le décalage existant avec la société. Il est donc ici question de la place du juge administratif par rapport à l'administration et de son détachement définitif d'un corps qu'elle doit contrôler. Ce sont peut-être ces enjeux qu'il faudra aborder et régler dans les prochaines années si la question de la réalisation des droits des citoyens par le juge administratif doit être réglée.