

Royaume du Maroc

Ministère de l'Éducation Nationale, de la Formation
Professionnelle, de l'Enseignement Supérieur et de la
Recherche Scientifique

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah

Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales-Fès



سلطان المملكة المغربية

وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي
والبحث العلمي

جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس

Centre des études doctorales

: Sciences Juridiques et Politiques

Structure de la recherche

: Laboratoire d'Études Constitutionnelles
Financières et du Développement

Thèse pour l'obtention de Doctorat En Droit Public

Sous le thème :

L'efficacité du contentieux administratif : Vers une bonne administration de la justice Comparaison France - Maroc

Présentée et soutenue par :

Hafida LOUALE

Sous la direction du professeur :

Mme Fadma TOUFIK

Membres du jury

Pr FADMA TOUFIK : professeur de l'enseignement supérieur.....Président

Pr ABDESSALAM OUHAJJOU : Professeur habilité à Fès.....Suffragant

Pr ZOUBIDA NAGGAZ : Professeur habilitée à Fès..... Suffragant

Pr MOUNIA BELMLIH : Professeur habilitée à Meknès.....Suffragant

Année universitaire :
2017-2018

Remerciements

J'adresse mes sincères remerciements à mon directeur de thèse, **Mme Toufik Fadma**, pour sa confiance, sa disponibilité, son soutien et ses conseils avisés tout au long de ce travail.

Mes remerciements vont, aussi, aux membres de jury pour avoir accepté de participer à la soutenance.

Mes remerciements vont, également, à tous ceux qui m'ont encouragé et supporté durant ce travail.

Table des Abréviations

A.J. Famille	: Actualité Juridique Famille.
A.J. pénal	: Actualités Juridiques du droit pénal.
A.J.C.A.	: Actualité juridique, Contrats d'affaires – Concurrence- Distribution
A.J.C.T.	: Actualité juridique, Collectivités territoriales.
A.J.D.A.	: L'Actualité juridique, Droit administratif.
A.J.F.P.	: L'Actualité juridique, Fonctions publiques.
A.R.D.A.	: Actualité Régionale de Droit Administratif.
Aut. conc.	: avis ou décision de l'Autorité de la concurrence.
B.I.C.C.	: Bulletin d'information de la Cour de cassation.
B.J.C.L.	: Bulletin Juridique des Collectivités Locales.
B.J.D.C.P.	: Bulletin juridique des contrats publics.
B.O	: Bulletin officiel
C.A.A	: arrêt de Cour Administrative d'Appel.
C.C.	: décision du Conseil constitutionnel.
C.E.	: arrêt du Conseil d'Etat (sous-sections).
C.E., Ass.	: arrêt du Conseil d'Etat (assemblée du contentieux).
C.E., Sect.	: arrêt du Conseil d'Etat (section du contentieux).
C.E.D.H.	: arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.
C.I.J.	: décision de la Cour internationale de justice.
C.J.C.E	: arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009).
C.J.E.G.	: Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (Revue juridique de l'économie publique).
C.J.U.E	: arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés européennes).
C.M.P.	: Contrats et Marchés publics.
C.R.D.F.	: Les Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux.
Cah. Cons. Const.	: Les Cahiers du Conseil constitutionnel.
Cass. Civ. 1 ^o	: arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	: arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim.	: arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation.
Cass. Soc.	: arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.
Cass.	: arrêt de la Cour de cassation.
Cass., Ass. Plén.	: arrêt de la Cour de cassation rendu en assemblée plénière
CJA	: Code de Justice Administrative.
Cons. conc.	: avis ou décision du Conseil de la concurrence.
Constr. Urb.	: Construction Urbanisme.
CP-ACCP	: Contrats Publics, L'actualité de la commande et des contrats publics.

CTACAA	: (ancien) Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel Administrative. Recueil Dalloz (Dalloz-Sirey, à partir de 1965). Le Dalloz (depuis 1999).
Dr. Adm	: Droit administratif (Revue pratique du droit administratif jusqu'en 1961)
E.D.C.E	: Etudes et documents du Conseil d'Etat.
G.A.C.A	: Les grands arrêts du contentieux administratif (J.-C. BONICHOT, P.CASSIA, B.POUJADE), Dalloz, Paris, 4 ^e édition, 2014.
G.A.C.E.D.H	: Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (F. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET), 5 ^e édition, P.U.F., Paris, 2009.
G.A.J.A	: Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative (M. LONG, P. WELL, G. BRAIBANT, p. DELVOLVE, B. GENEVOIS), Dalloz, Paris, 19 ^e édition, 2013.
G.A.J.U.E	: Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union Européenne (M.KARPENSCHIF et C. NOURISSAT dir.) 1 ^{ère} éd., PUF., Paris, 2010.
G.D.C.C	: Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (L. FAVOREU, L.PHILIP, avec la collaboration de P.GAÏA, R.GHEVONTIAN, F. Melin-SOUCRAMANIEN, E. OLIVA, A. ROUX), Dalloz, Paris, 17 ^e édition, 2013.
Gaz. Pal	: Gazette du Palais.
J. Cl. Adm	: Juris- Classeur Administratif.
J.C.P.A	: Jurisclasseur Périodique (La semaine juridique), Edition administration et collectivité territoires.
J.C.P.G	: Jurisclasseur Périodique (La semaine juridique édition générale).
J.O	: Journal Officiel de la République Française.
P.A	: Les Petites affiches (et Petites affiches, Le Quotidien juridique).
P.U.A.M	: Presses universitaires d'Aix- Marseille.
R.C.C.	: Revue de la concurrence et de la consommation.
R.D.C.	: Revue des contrats.
R.D.I.	: Revue de droit immobilier.
R.D.L.F.	: Revue des droits et libertés fondamentaux.
R.D.P.	: Revue du droit public et de la science politique.
R.D.S.S.	: Revue de droit sanitaire et social.
R.E.P	: Recours pour Excès de Pouvoir
R.F.A.P.	: Revue française d'administration publique.
R.F.D.A.	: Revue française de droit administratif.
R.F.D.C.	: Revue française de droit constitutionnel.
R.G.A.	: Revue générale d'administration.
R.G.D.I.P.	: Revue générale de droit international public.

R.G.D.M.	: Revue générale de droit médical.
R.I.D.C.	: Revue internationale de droit comparé.
R.I.D.E.	: Revue internationale de droit économique.
R.I.E.J.	: Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques.
R.J.E.P.	: Revue juridique de l'économie publique (Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz).
R.J.P.E.M	: Revue Juridique Politique et Economique Marocaine
R.J.S.	: Revue de Jurisprudence Sociale.
R.M.C.U.E.	: Revue du marché commun et de l'Union européenne.
R.M.D	: Revue Marocaine de Droit
R.R.J.	: Revue de la recherche juridique, Droit prospectif.
R.S.C.	: Revue de science criminelle.
R.T.D.Civ.	: Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.Eur.	: Revue trimestrielle de droit européen.
R.T.D.H.	: Revue trimestrielle des droits de l'homme.
Rec. p.	: Décision publiée au Recueil Lebon (suivi de la page).
Rec. T. p.	: Décision mentionnée aux tables du Recueil Lebon (suivi de la page).
Rec.	: Recueil des décisions du Conseil d'Etat, du Tribunal des conflits, et des jugements des Tribunaux administratifs (également dit « Recueil Lebon »).
Rev. Adm.	: La Revue administrative.
T.A.	: Jugement de tribunal administratif.
T.C	: décision du Tribunal des conflits.
T.C.E	: Traité instituant la Communauté européenne.
T.F.U.E	: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Introduction Générale

La justice occupe une place de choix dans la société. Elle constitue la clef de voute de l'Etat de droit. Elle n'a de cesse de s'interroger sur sa propre condition. Ceci est d'autant plus vrai dans nos sociétés contemporaines, postmodernes, où les services rencontrent un déficit croissant de légitimité d'action auprès de leurs usagers.

La qualité et l'efficacité, leitmotivs contemporains de modernisation des services publics, tendent à se substituer à la référence classique, unique et suffisante de l'intérêt général.

La justice administrative n'échappe pas à ce mouvement. Depuis sa création, elle a subi des transformations profondes et graduelles, révélant la nécessité s'adapter en permanence aux mutations administratives et sociétales.

Aujourd'hui, une nouvelle forme de légitimité doit être conquise. Le discours même de l'institution juridictionnelle place « l'efficacité » et « la préservation de son identité » comme ses grands défis.

Au préalable, elle convient de s'entendre sur la définition de l'efficacité, ce qui n'est pas la plus simple des épreuves. En effet, les définitions de l'efficacité peuvent varier d'un auteur à l'autre en fonction du cadre théorique dans lequel chacun s'engage et, surtout être plus ou moins stable et précise chez un même auteur.

Les relations de la notion d'efficacité avec celle d'effectivité sont loin d'être nettes. Les deux notions étant, parfois, utilisées de façon indifférenciée. S'ajoute à ces deux difficultés, l'interférence d'autres notions proches, tels que « la concrétisation », « l'effectuation » et « l'efficience »

A ce niveau, l'efficacité désigne le « *caractère de ce qui est efficace* », c'est-à-dire de ce qui « *produit l'effet qu'on en attend* ». Elle marque l'aptitude d'un mécanisme à produire les effets attendus.

Dans le domaine juridique, l'efficacité est présentée comme un « *mode d'appréciation des conséquences de normes juridique et de leurs adéquation aux fins quelle visent* ».

Elle réside, de ce fait, dans « l'accomplissement d'une attente » S'attachant aux effets des normes, l'efficacité renvoie à ses conséquences social, économique ou financière.

Elle se situe au même titre que l'effectivité (qui renvoie plutôt au degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncés par le droit) dans le cadre d'un regard extérieur porté sur l'application de la norme.

Analyser l'efficacité des normes, c'est fournir un guide lors de la prise de décision juridique.

Le recours accru à des études d'impact préalable illustre une volonté de tenir compte de l'ensemble des paramètres susceptibles d'exercé une influence sur la solution juridique.

Après tout, le droit se nourrit du fait, qu'il soit économique ou social et la recherche d'efficacité ne peut qu'enrichir le raisonnement. Elle peut être appréhendée comme la qualité d'un rendement permettant de réaliser un objectif avec l'optimisation des moyens engagé.

Dans cette perspective, la notion d'efficience ne doit pas se confondre avec l'idée d'efficacité. En effet, il est à admettre l'efficacité comme « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridique et de leur adéquation au fin qu'elles visent* »

Ce qui compte pour la justice administrative et les justiciables, c'est le sentiment de vérité, de droit et d'équité attaché au jugement des litiges que le juge tranche¹.

En effet, selon l'école objectiviste, le droit est le produit des nécessités sociales². De ce fait, la régulation sociale est toute entière tournée vers la recherche de solutions aux besoins vitaux de la société. Comme n'importe quel autre outil dont il se sert, l'homme crée le droit pour en faire un usage précis.

La création du droit est, alors, un moyen au service de certaines fins, car s'il n'est mu par une volonté d'affichage politique, aucun jurislatureur ne se permettrait de créer le droit juste pour grossir le volume de l'ordre juridique.

C'est dire que le droit n'est pas créé au hasard et encore moins pour voir. Il est appelé à produire des effets concrets dans la société, conformément aux objectifs qui lui ont été assignés.

La capacité du droit à atteindre les résultats que l'on en attend et les fins, qui lui sont fixés, renseigne sur son efficacité, aussi vrai qu'en terminologie, l'efficacité est le caractère de ce qui produit l'effet attendu³.

L'efficacité peut être considérée comme la perfection de la règle de droit. Celle-ci peut être effective dès lors qu'elle produit des effets concrets, ou efficaces quand ces effets procèdent de moyens rationnels.

Il peut arriver que les effets, ainsi, produits ne soient pas ceux prévus par l'auteur de la règle. C'est ce qui révèle toute l'importance de l'efficacité.

Parmi les autres indices de réalisation de la règle juridique, l'efficacité seule correspond à l'adéquation ou tout au moins au degré d'adéquation entre celle-ci et les effets sociaux attendus. Elle incarne la réussite de la règle de

¹ - AUBIN (E), *Petit Lexique, Droit administratif*, Paris, Gualino, 2015-2016, p.40.

² - DUGUIT (L), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, p. 465.

³ - *Le Grand Larousse illustré*, 2016, p.426.

droit, qui ne parvient pas à des effets inattendus ou désirables mais à ceux attendus et désirés.

De son côté, et plus particulièrement, l'efficacité des recours contentieux dépend, avant tout, de la qualité de son organisation, laquelle participe d'une "bonne administration de la justice".

Assurément cette dernière formule renferme une notion qui transparait plus qu'elle n'apparait véritablement dans la jurisprudence administrative¹.

La bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés.

C'est dans ce sens que M. Huglo et Mme Lepage précisent que dans "la notion d'efficacité en matière de procédure... une double signification :

D'une part, elle recouvre l'idée selon laquelle le juge doit intervenir plus rapidement, c'est-à-dire aller à l'essentiel, au plus vite.

D'autre part, qu'une décision pour être respectée, doit pouvoir, non seulement être rendue au cours d'un processus où toutes les parties peuvent et doivent s'exprimer et à l'issue de laquelle le juge tranche, mais surtout faire l'objet de mesures effectives d'exécution"².

Deux acceptions ont pu, néanmoins, en être dégagées, l'une restrictive, l'autre compréhensive : Au sens étroit, l'efficacité est ainsi perçue comme un objectif justifiant certaines entorses aux principes qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice³, notamment.

¹- P.MOUZOURAKI, « L'efficacité des décisions du juge de légalité administrative dans le droit français et allemand », LGDJ, 1999, p8-9. G.Braibant, "Remarque sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoirs", EDCE 1961, p.53

²-C.HUGLO et C.LEPAGE, "le titre IV de la loi 95-125 du 8 février 1995 consacré à la juridiction administrative contient-il des dispositions révolutionnaire ?", LPA 17 mars 1995, n° 33, p.9.

³- J.ROBERT "la bonne administration de la justice", AJDA 1995, n° spécial, p.117.

Elle apparaît de la sorte en filigrane comme justificative des transferts de compétence entre les juridictions administratives dans plusieurs hypothèses ainsi que de l'établissement de blocs de compétence au bénéfice de l'un des ordres juridictionnels-administratif ou judiciaire relatifs à certains contentieux.

Derrière cette première acception prédomine l'idée de délais de jugement, dont elle fait, désormais, l'objet d'une appréciation juridique¹, le but recherché étant la simplification du circuit de traitement de la requête afin d'en permettre l'accélération.

Au sens large, la bonne administration de la justice est l'ensemble des critères que doit remplir toute justice pour être bien administrée² ou, selon la formule de Mme Naval, « l'ensemble des critères qui font la justice idéale des hommes »³.

Au nombre de ces critères, figure la rapidité d'accès au prétoire⁴ et de traitement du contentieux, ce que souligne M.Oberdorff en estimant que « traiter de la question du juge administratif et du temps revient essentiellement à se préoccuper simplement d'une bonne administration de la justice⁵ ».

Mais, au-delà de la célérité, c'est plus généralement l'accessibilité à la justice qui est prise en considération⁶. Ce qui induit également une saisine

¹- Et cela notamment au travers de la notion de délai raisonnable : v.n°136 s.

²- J.ROBERT, op. cit. p.118

³- N.LAVAL, op. cit., p.12. on peut préférer la définition plus circonscrite, de M.Crucis pour qui « la bonne administration de la justice, c'est d'abord une vue globale des procédures juridictionnelles d'un système de droit » H.-M.Crucis, les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, LGDJ, 1991, p. 154

⁴- Ce souci de rapidité doit également être compris comme permettant d'éviter un engorgement des tribunaux préjudiciable aux justiciables. En ce sens, il est logique que les solutions visant à épargner l'affrontement contentieux poursuivent cette même préoccupation. C'est ainsi que le recours gracieux a pu être perçu comme « un principe générale de bonne organisation de la justice » : M.Long, concl. s/ CE20 avril 1956, *Ecole professionnelle de dessin industriel*, D.1956, J.,p. 322

⁵- H.OBERDOFF, « le justiciable, le juge administratif et le temps », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, op. cit.,p.296.

⁶- N.LAVAL, op. cit. p.12

juridictionnelle facile et sereine. C'est dans cette optique plus large que doit être appréciée la qualité d'organisation des recours.

Une fois atteint le stade du prétoire, l'efficacité de l'action se mesure à la qualité de l'intervention juridictionnelle, qui s'étend de l'instruction de l'affaire aux effets du jugement prononcé et dont l'élément essentiel est constitué par le jugement lui-même.

Il s'agit là, avant tout, pour le requérant d'obtenir la disparition de la décision litigieuse. Le recours exercé étant, en effet, nécessairement au moins un recours en annulation qui, dans le cadre du contentieux objectif, déclenche un contrôle de légalité ou "juridicité"¹.

Mais, à l'évidence, le simple anéantissement de l'acte ne sera pas toujours suffisant à régler définitivement le litige qui s'y rapporte. Très fréquemment, il sera attendu du juge une mesure positive, laquelle pourra notamment consister dans l'édiction d'une nouvelle décision en remplacement de celle annulée totalement ou en partie.

L'efficacité du recours dépendra alors de la capacité du juge à procurer un tel résultat et, au-delà, à faire en sorte que soit respectée et bien exécutée la décision juridictionnelle²

Une plus grande crédibilisé est ainsi accordée à la sociologie, avec ses enquêtes, et de plus en plus à l'économie. En l'occurrence, l'analyse économique du droit a émergé aux Etats-Unis³ avec pour but d'expliquer le bien fondé des règles de droit à travers le prisme économique de l'efficacité⁴.

¹ - G.DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, « Droit administratif », A.Colin (U), 7^é éd., 2000,p.75.

² - La cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs récemment jugé que "l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit fait partie intégrante du procès au sens de l'article 6", car " en introduisant un recours en annulation...(le requérant) vise a obtenir non seulement la disparition de l'acte litigieux, mais aussi et surtout la levée de ses effets" : CEDH 19 mars 1997 , hornsby c/ Grèce, D.1998, p.74,

³ - POSNER (J.), Economic analysis of law, Boston, Little Brow, 1973, 415 p.

⁴ -CALMETTE (J.F), « Réflexion sur l'analyse économique du droit : le cas du droit public », RRJ- Droit prospectif, 2004-2(2), pp.905-906.

L'influence de ce mouvement s'est rapidement propagée dans de nombreux pays occidentaux de tradition romano-germanique, parce qu'il prône sans détour l'idée selon laquelle le droit doit être efficace sur le plan économique.

Il a, cependant, rencontré hostilité et indifférence en France¹, pays dont s'inspirent de nombreux Etats africains dont le Maroc.

Le terme contentieux vient du mot latin *contentiosus* qui signifie « querelle », « débat », « discussions », donc contestation. En langue arabe, l'idée de contestation est également présente, il s'agit de « nizaâ » dans le pluriel et « mounazaâte ». Le mot évoque le litige, le conflit et le différend.

L'expression « contentieux administratif » désigne, dans une première acception, l'ensemble des litiges qui peuvent naître de l'activité administrative, que cette activité soit juridique, acte unilatéral ou contrat, ou matérielle, par exemple, travaux publics.

Mais, dans un sens plus large, l'expression « contentieux administratif » désigne l'ensemble des procédés juridiques permettant d'obtenir la solution juridictionnelle des litiges que suscite l'activité administrative².

De même que le contentieux administratif, désigne le litige qui oppose un particulier à l'administration. Autrement dit, dans le langage universitaire, l'expression est associée souvent aux règles guidant la résolution de ce litige. Elle correspond aux règles applicables dans le cadre d'un procès devant le juge administratif³.

¹- FATIN-ROUGE STEFANINI (M), GAY (L), et VIDAL-NAQUET (A) (dir.), Préface à l'efficacité de la norme juridique, Nouveau critère de légitimité ? Bruxelles, Bruylant, 2012, p.16.

²- M. ROUSSET et M.A. BENABDELLAH, « Contentieux administratif Marocain », REMALD, collection, Manuels et Travaux Universitaires, n° 118, 2018, p. 27.

³- C. BROUELLE, « Contentieux administratif », 3^{ème} édition, LGDJ, 2015-2016, p. 13.

Selon M. CHAPUS, le contentieux administratif est l'ensemble des litiges dont le règlement appartient aux juridictions administratives. Il est susceptible de faire l'objet d'une étude sociologique¹.

Le contentieux administratif a connu une évolution allant de la période antérieure au Protectorat jusqu'à nos jours : Avant cette période, s'appliquait le droit public musulman qui ne connaît par l'existence d'un droit administratif particulier autonome et encore moins celle d'un contentieux administratif.

En effet, le système ne pratique pas la séparation des pouvoirs et, par conséquent, critiquer l'administration, serait critiquer le Sultan, ce qui est difficilement acceptable.

C'est ainsi que les juges pouvaient condamner le pouvoir dont ils émanent. L'administration était, d'ailleurs simple, directe et, surtout, personnalisée. Il était cependant possible de formuler des réclamations contre les abus des fonctionnaires qui ne respecteraient pas la volonté du Souverain.

Ainsi présenté, un recours hiérarchique interne à l'administration vise au contraire à asseoir l'autorité et à mettre fin aux agissements irréguliers des tyranneaux locaux.

Etait admise la possibilité d'une sorte de recours adressé au Tribunal des plaintes, sous les Saâdiens, qui deviendra, avec la dynastie Alaouite, le Vizir-Ech-Chikayat.

Mais, ce qui est caractéristique, est que ces réclamations pouvaient être dirigées aussi bien contre les décisions des juges que contre les décisions des administrations d'Etat ou des administrations locales :

¹ - R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », 7^{ème} édition, 2017.

En effet, « La nature du contrôle exercé sur les agents de l'Etat revêt une nature hiérarchique parce qu'il s'agit de fonctionnaires délégués du sultan qui est à la fois autorité judiciaire et administrative¹ ».

Les premières règles spéciales constituant l'amorce d'un véritable droit administratif apparaîtront avec l'acte d'Algésiras du 7 avril 1906 dont les articles 105 à 119 contiennent une série des dispositions sur les services publics, interdisant d'aliéner à des intérêts privés les routes, les chemins de fer, les ports, le télégraphe.

Ce sont les mêmes textes qui fixent les premières règles sur l'expropriation et qui imposent la nécessité d'une adjudication pour les travaux publics et pour les concessions.

Il n'est, cependant, pas encore question de l'organisation d'un véritable contentieux administratif.

Avec le Protectorat s'établit l'influence de la France qui pratique un droit administratif autonome distinct du droit privé. Néanmoins, la question se pose rapidement de savoir s'il est opportun de transposer le système français fondé sur l'existence d'une juridiction administrative autonome appliquant un droit spécial.

Celui-ci est, en effet, extrêmement libéral et établit un contrôle assez strict sur l'activité administrative. Il est très restrictif quant aux possibilités d'action de l'administration.

Les autorités nouvelles, soucieuses de mettre sur pied de vastes réformes, ne soient pas désireuses de voir s'instaurer un système directement copié sur les solutions françaises.

¹- R. IRAQI, « La protection des administrés en droit public musulman : le cas du Maroc avant le Protectorat », mémoire de CES, Casablanca, 1983, p.167.

C'est d'ailleurs sur la base de ce précédent historique que le Roi a créé un Diwan AlMadhalim, sorte de médiateur administratif, par le Dahir du 9 décembre 2001 (B.O.2002, p.3).

Rousset (M.), « La protection des droits de l'Homme au Maroc : de nouveaux progrès », Rev. JPIC, n°2, 2002, p.165.

C'est la raison pour laquelle sera écartée l'idée de la création d'une quelconque juridiction homologue du Conseil d'Etat français.

L'idée dominante consistera à essayer de limiter le contentieux administratif à quelques domaines bien précis où il ne risquera pas de porter ombrage aux autorités administratives.

En effet, tout contrôle de la régularité de l'action administrative est refusé pour admettre seulement quelques recours en indemnité pour les dommages causés par le fonctionnement des services publics.

C'est dire que le champ d'application du contentieux administratif est restrictif. Le contentieux administratif est limité et confié aux juridictions ordinaires.

Le texte fondamental est l'article 8¹ du Dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire qui met sur pied des juridictions françaises, ultérieurement appelées juridictions modernes, qui s'implantent à côté des juridictions marocaines traditionnelles qui subsistent.

Ces juridictions françaises ont des compétences assez vastes dans de nombreux domaines concernant l'application du droit des obligations, du droit commercial, du droit pénal et c'est à elles que va être dévolu le soin de statuer sur les litiges concernant l'administration.

Ce texte fondamental est à la base du système dont les grandes lignes ont subsisté jusqu'en 1991. Ce sont les juridictions ordinaires sont limitées à

¹ - Aux termes de cet article 8 : « En matière administrative, les juridictions françaises instituées dans notre Empire sont exclusivement compétentes pour connaître de toutes les instances tendant à faire déclarer débitrices les administrations publiques, soit à raison de l'exécution des marchés conclus par elles, soit à raison des travaux qu'elles ont ordonnés, soit à raison de tous actes de leur par ayant porté préjudice à autrui...

Il est interdit aux juridictions civiles d'ordonner accessoirement à une des demandes ci-dessus, ou principalement, toutes mesures dont l'effet serait d'entraver l'action des administrations publiques, soit en portant obstacle à l'exécution des règlements pris par elles, soit en enjoignant l'exécution ou la discontinuation des travaux publics, soit en modifiant l'étendue ou le mode d'exécution des dits travaux.

Il est également interdit aux juridictions civiles de connaître de toutes demandes tendant à faire annuler un acte d'une administration publique, sauf le droit pour la partie intéressée de poursuivre par la voie gracieuse la réformation de l'acte qui fait grief ». Dahir du 12 août 1913.

trois hypothèses bien précises se rattachant toutes trois à ce qui est appelé le plein contentieux.

Il s'agit essentiellement de condamner l'administration à verser des sommes d'argent, soit en exécution des marchés qu'elle a conclus, soit à raison des dommages qu'elle a causés par son fonctionnement spécialement en matière de travaux publics.

En revanche, il n'est pas question d'autoriser ces juridictions à exercer un contrôle de la régularité de l'action administrative. Il leur est formellement interdit d'entraver, de quelque manière que ce soit, le fonctionnement de l'administration. C'est cette limitation très précise des pouvoirs des tribunaux qui fait l'unité de juridiction.

Le caractère extrêmement limité du contentieux administratif établi en 1913, ne manquait pas de susciter quelques protestations. L'instauration d'un recours pour excès de pouvoir et d'un contrôle de la régularité de l'action administrative est souhaitable.

Certains allaient même jusqu'à demander que soit établie une juridiction administrative autonome. Cette revendication ne sera que très partiellement satisfaite par un Dahir du 1^{er} septembre 1928 ouvrant aux fonctionnaires un recours pour excès de pouvoir porté devant le Conseil d'Etat français.

En dehors de cette hypothèse toute limitée, une seule possibilité restait encore, celle du recours gracieux porté devant les autorités gouvernementales. Cette situation subsista jusqu'à la fin du Protectorat.

Après l'indépendance, les réformes envisagées vont avoir pour but de compléter l'organisation juridictionnelle.

Le contrôle qu'exerçait la Cour de cassation française sur les juridictions modernes est supprimé. Ce qui a donné naissance à l'institution d'une Cour suprême par le Dahir du 27 septembre 1957.

Cette nouvelle juridiction va transformer sensiblement la physionomie du contentieux administratif, car si, son existence consacre les solutions antérieures, elle les prolonge aussi par la création d'un recours en annulation.

D'une part, la création de la Cour suprême au sein la laquelle est organisée une chambre administrative confirme l'unité de juridiction. En effet, le Dahir de 1913, sur l'organisation judiciaire et plus particulièrement son article 8 précité, restent en vigueur.

Les tribunaux français devenus tribunaux modernes continuent à être compétents en matière administrative pour les recours en indemnité.

L'originalité vient simplement de ce qu'un recours en cassation est, désormais, possible qui est porté devant la nouvelle chambre administrative de la Cour suprême.

Ce recours est absolument général et peut être exercé même en l'absence de texte pourvu qu'il ne soit pas expressément exclus.

Par ailleurs, cette chambre administrative est désormais compétente pour statuer en premier et dernier ressort sur les recours en annulation dirigés contre les décisions irrégulières de l'administration.

De ce fait, l'interdiction précédemment formulée à l'égard des tribunaux de première instance et des cours d'appel d'annuler les actes administratifs subsiste, mais elle est levée pour la nouvelle Cour suprême.

Un des premières réformes réalisés par le gouvernement du Maroc indépendant aura été de transposer une des institutions françaises les plus connues non pas pour manifester un quelconque esprit d'imitation, mais bien au contraire pour bénéficier d'une procédure qui avait jusqu'alors été refusée

par les autorités du Protectorat et qui apparaissait comme une des signes d'une maturité politique et institutionnelle.

L'existence de cette chambre administrative et de ce nouveau recours affirme le caractère spécifique du contentieux administratif. La jurisprudence de la Cour suprême va, d'ailleurs, très rapidement confirmer l'autonomie de ce contentieux et l'existence d'un droit administratif totalement dégagé du droit privé.

Elle confirme la nécessité, pour les juridictions modernes, de se poser en premier lieu la question de savoir si elles statent en matière civile ou en matière administrative.

Cette autonomie est même quelquefois rappelée en termes vigoureux : « Attendu que le principe de la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif est inscrit en termes formels dans les alinéas 4 et 5 de l'article 8 du Dahir du 22 août 1913 sur l'organisation judiciaire ; attendu que par application de ce principe les juridictions appelées, en vertu de l'attribution exceptionnelle de compétence en matière administrative prévue par l'alinéa 1^{er} du même article 8, à apprécier la responsabilité pouvant incomber à l'administration, ne sont pas liées par les décisions judiciaires rendues en application des règles du droit privé dans des instances où l'administration n'a pas été partie.

Le système, ainsi, mis sur pied au lendemain de l'indépendance risquait d'être profondément transformé par la réforme introduite par la loi du 26 janvier 1965 unifiant les juridictions¹.

Ce texte, en effet, met fin à l'existence des juridictions modernes et les fusionne avec les juridictions traditionnelles en un corps unique. Mais le décret Royal du 3 juillet 1967, portant loi sur l'organisation judiciaire,

¹ - J. SAUVEL, « La réforme de la justice au Maroc. La loi d'unification », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1965, p.89.

reprend les grandes lignes du système antérieure, compte tenu de la nécessaire adaptation aux transformations résultant de cette unification.

Sont compétents en première instance, les tribunaux régionaux (article 17) et en appel, les cours d'appel (article 22). En revanche, est exclue toute compétence des tribunaux du Sadad.

L'article 23, consacré à la Cour suprême, maintient explicitement en vigueur les dispositions du Dahir du 27 septembre 1957 et, de ce fait, tant l'existence que la compétence de la chambre administrative sont confirmées.

De toute évidence, ces nouvelles dispositions ne font que renforcer le principe de l'unité de juridiction et la compétence des tribunaux de droit commun pour juger le contentieux administratif.

Par ailleurs, l'existence autonome de ce contentieux est elle-même confirmée par une disposition extrêmement importante qui est celle de l'article 48 de ce même décret Royal¹.

Seul survit, de l'ensemble de la construction élaborée par le Protectorat, le fameux article 8 du Dahir de 1913 sur lequel se fondait toute la construction du contentieux administratif.

Ainsi, sous réserve des modifications dans l'organisation interne des juridictions, la situation du contentieux administratif n'a pas été radicalement modifiée par la réforme de 1967.

La réorganisation de l'appareil juridictionnel réalisée par les Dahirs du 15 juillet 1974 portant lois et les textes d'application² et la promulgation d'un nouveau Code de Procédure Civile (C.P.C) par le Dahir portant loi du 28 septembre 1974³ ont apporté un certain nombre de modification à la situation antérieure tout en conservant au système de traitement du contentieux

¹ -«Sont abrogées toutes dispositions contraires à la présente loi et notamment le Dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire à l'exception des alinéas 1, 3, 4 et 5 de son article 8 ».

² - Dahirs du 15 juillet 1974 portant lois et les textes d'application, B.O. 1974, p.1081.

³ - Dahir portant loi du 28/9/1974, B.O.1974, P.1305.

administratif la physionomie générale qu'il avait acquise au cours de la période précédente.

Le principe de base de la réforme des juridictions consiste à rapprocher la justice du justiciable. Cet objectif est recherché à travers deux types de mesures :

D'une part, la création de nouvelles juridictions communales et d'arrondissements permet de leur confier le traitement d'une grande masse de petites affaires en matière civile et pénale ;

D'autre part, l'augmentation du nombre des juridictions de première instance, qui sont substituées aux tribunaux régionaux, permet de compenser la disparition des tribunaux de Sadad, dont la compétence est désormais en grande partie exercée par les juridictions communales et d'arrondissements¹.

S'agissant des compétences des nouvelles juridictions, les juridictions communales et d'arrondissements n'avaient qu'une compétence d'attribution déterminée de manière limitative par le Dahir portant loi² en matière civile et en matière pénale ; toute compétence de leur part en matière administrative était écartée.

D'une façon générale ces juridictions étaient incompétentes pour statuer sur toute affaire mettant en cause l'administration, qu'elle relève ou non de la matière administrative stricto sensu³.

Elles ont été supprimées et remplacées par des juridictions de proximité par la loi n°42-10 du 17 août 2011⁴ qui en a fixé l'organisation et la compétence.

¹ - KHAISSIDI (T.), « Les juridictions communales et d'arrondissement », mémoire CES, Faculté de droit de Casablanca, 1989 (Dactyl). Ces juridictions ont été remplacées par les juridictions de proximité, loi du 17 août 2011, B.O.2011, p.2000.

² - N° 1-74-339 du 15/7/1974.

³ - ROUSSET (M.), « Les incidences du critère organique sur le traitement du contentieux administratif », R.J.P.E.M. ,n° 10, 1981, p.39.

⁴ - La loi n°42-10 du 17 août 2011, modifiée par la loi du 19 février 2015 fixant l'organisation et la compétence des tribunaux.

Le principe demeure celui qui était à la base de la création des juridictions communales¹ : faire régler rapidement des litiges de faible importance grâce à une procédure orale simplifiée mais, offrant une garantie que n'offrait pas les précédentes juridictions communales.

La compétence des nouveaux tribunaux de première instance² est déterminée par le Code de procédure civile et le code de procédure pénale.

En outre, ces tribunaux sont compétents chaque fois qu'un texte spécial a donné compétence aux anciens tribunaux régionaux³. Ces juridictions paraissent être les héritières de la compétence en matière administrative exercée jusqu'alors par les tribunaux régionaux⁴.

De plus, ils sont compétents chaque fois qu'un texte soit à charge d'appel » (art. 18-1). De plus, ils sont compétents chaque fois qu'un texte spécial antérieur a donné « connaissance d'une catégorie d'affaires à une autre juridiction » (art. 18-2). Ces juridictions statuent à juge unique.

La compétence des cours d'appel dont le nombre a été porté de 3 à 9, puis à 10 et à 21 en 1990 (26 en 1999), demeure inchangée, sous réserve du taux de la demande portée devant le tribunal de première instance qui est actuellement fixé à trois mille dirhams (article 19 du C.P.C).

¹ - Ces juridictions fonctionnent avec des magistrats de carrière et les décisions qu'elles rendent peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal de première instance dans des cas limitativement énumérés par la loi. Elles n'ont aucune qualité pour statuer sur une affaire mettant en cause une administration.

² - Leur nombre est passé de 30 en 1974 à 44 en 1980 et à 52 en 1982 (D. 1^{ER} Février 1982, B.O.1982, B.O. 1982, P.93). il est de 65 en 1990 (D. 26 Juin 1990, B.O.1990, p.423) et de 68 en 2000 (D.2/11/2000, B.O.2000, p.967).

³ - L'article 2 du Dahir portant loi du 15 juillet 1974, n°1-74-338, dispose que « ces tribunaux peuvent être divisés en sections suivant la nature des affaires portées devant eux, civile, commerciale, sociale... et notamment administrative ».

⁴ - Toutefois, l'article 18 et l'article 25 du nouveau code de procédure civile (C.P.C) apportent un certain nombre d'innovations : à la différence de l'ancien article 8 du D.O.C et de l'article 17 de l'ancien D.P.C qui établissaient une compétence limitée à la condamnation des collectivités publiques à indemnité dans les litiges relatifs aux marchés, aux travaux publics et à la responsabilité, dans les litiges relatifs aux marchés, aux travaux publics et à la responsabilité, les nouvelles dispositions donnent naissance à une compétence de plein droit : ils « connaissent de toutes les affaires... administratives, soit en premier et dernier ressort, « connaissent de toutes les affaires... administratives, soit en premier et dernier ressort soit à charge d'appel » (art. 18-1).

Quant à la Cour de Cassation, sa compétence définie par l'article 353 du C.P.C dans des termes identiques à ceux du Dahir du 17 septembre 1957 en ce qui concerne le recours en cassation et le recours en annulation pour excès de pouvoir a été modifiée du fait de la création des cours d'appel administrative.

L'innovation apparemment la plus spectaculaire concerne la disparition de l'ancien art. 8 du D.O.C.¹. Mais, l'esprit, la lettre de cette disposition ont été repris par l'article 25 du nouveau code de procédure civile².

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires est maintenu. Il ne semble pas que ces modifications de structures aient entraîné de changement de jurisprudence appréciable.

Une dernière innovation doit être signalée. Elle résulte de l'article 52-2^e du Code de procédure civile³.

Si l'interdiction d'apprécier la constitutionnalité d'une loi est conforme à la nature de la compétence des juridictions, notamment lorsqu'elles statuent en matière administrative, il en semble pas que ce soit le cas s'agissant des décrets, actes de l'autorité administrative d'autant que l'article 6 de la Constitution proclame notamment le principe de constitutionnalité et de hiérarchie des normes.

Au nom de quoi le juge se verrait interdire de vérifier la conformité d'un acte réglementaire par rapport à la norme supérieure qu'est la Constitution ? Jusqu'alors l'appréciation de validité des actes émanant de l'autorité administrative pouvoir en principe se faire dans des conditions qui

¹ - Abrogé par l'art. 5 du dahir portant loi du 28 septembre 1974 formant Code de procédure civile.

² - « Sauf dispositions légales contraires, il est interdit aux juridictions de connaître même accessoirement, de toute demande tendant à entraver l'action administrative de l'Etat et des autres collectivités publiques, ou à faire annuler un de leurs actes ». Article 25 du CPC.

³ - « Il est interdit également aux juridictions de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi ou d'un décret ». l'art.52-2^e du CPC.

avaient, il est vrai, été réduites par le Cour suprême par rapport à toutes les règles de droit qui leur étaient supérieures.

Il est à relever une limitation de contrôle de régularité par la voie de l'exception d'illégalité qui ne devrait pas survivre face à l'article 6 de la Constitution.

En outre, il faut indiquer, que l'article 133 de la Constitution de 2011 a créé une exception d'inconstitutionnalité pour le cas où, au cours d'un procès, l'une des parties soutiendrait que la loi dont dépend l'issue du litige porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

La Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur cette exception dont une loi organique doit déterminer les conditions et les modalités de son exercice.

Deux catégories de litiges peuvent ainsi être distinguées en matière administrative. Les litiges concernant le contrôle de la régularité des actes administratifs, c'est-à-dire le contentieux de l'excès de pouvoir, relèvent directement en premier de dernier ressort de la Cour suprême.

Tous les autres litiges relèvent, désormais, des tribunaux de première instance, en première instance, en appel des cours, d'appel, et en cassation de la Cour suprême (chambre administrative).

Seul un contrôle juridictionnel efficace et compétent peut assurer ce respect. L'administré doit savoir que si elle outrepassé ses prérogatives, il y a des risques sérieux de remise en cause de ses décisions et de condamnation pécuniaire.

Il est apparu que ces objectifs ne pouvaient être atteints que par une remise en cause profonde du système existant et la création de juridictions spécialisées.

Le projet de loi élaboré par le gouvernement dans le cadre des orientations données par le discours Royal du 8 mai 1990, fit l'objet d'études approfondies en commission, d'amendements multiples avant d'être voté par la chambre des représentants à la fin de la session, le 12 juillet 1991¹.

Le nouveau texte institue des tribunaux administratifs. Il conforte l'autonomie du droit administratif et la dualité de droit déjà reconnue.

Mais, il subsiste encore trois éléments essentiels de cohérence : l'appartenance à la magistrature des juges des juridictions administratives, l'application dans une large mesure de code de procédure civile et le rattachement à la Cour suprême juridiction unique devenu juge de cassation depuis la création des Cours d'appel administratives.

Une étape considérable vers la dualité de juridiction a néanmoins été franchie. La création des Cours administratives d'appel en 2006 a confirmé la réussite de la réforme.

En effet, le développement des recours en matière administrative en première instance et par voie de conséquence le développement de l'appel, a submergé la Chambre administrative de la Cour suprême d'un nombre considérable de recours qu'elle n'était plus en mesure de traiter dans des délais raisonnables.

La haute juridiction devenue juge de cassation des décisions de l'ensemble des juridictions administratives, peut désormais conserver son rôle de juge suprême veillant au respect des compétences et en même temps à l'application correcte de la règle droit par les juridictions inférieures tant administratives que judiciaires.

Ce faisant la réforme a rendu inutile la création envisagée parfois, d'un Conseil d'Etat, création qui ne pourrait que rendre plus complexe et plus coûteuse la recherche de son juge par le requérant.

¹ - Promulguée par le Dahir du 10/9/1993, B.O.1993, p.595.

A. Les tribunaux administratifs

C'est ainsi que la loi fixe l'organisation des tribunaux administratifs mais non leur nombre. Leur siège et leur ressort sont, en effet, établis par décret¹ du 3 novembre 1993. Celui-ci a créé sept tribunaux dont le siège a été fixé au chef lieu des sept régions créées en 1971, Rabat, Casablanca, Fès, Marrakech, Meknès, Agadir et Oujda.

L'objectif de rapprochement du juge et de l'administration sera, ainsi, atteint en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir jugé jusque là dans la seule capitale.

Il n'en va pas de même pour le plein contentieux, les tribunaux de première instance antérieurement compétents étant beaucoup plus accessibles que les nouvelles juridictions.

Il est, cependant, prévu d'augmenter leur nombre au fur et à mesure de développement quantitatif des recours.

La composition procède du double souci de spécialisation et de maintien de l'unité du corps de la magistrature. Les magistrats des tribunaux administratifs sont soumis au statut de la magistrature mais font l'objet d'un recrutement et d'une formation adaptés à la fonction².

Toutefois, la situation statutaire qui leur était faite ne leur offrant pas des perspectives de carrières suffisamment attrayantes, un certain nombre d'entre eux ont préféré rejoindre la magistrature judiciaire.

¹ - Décret du 3 novembre 1993, B.O. 1993, p.644.

² - Le statut de la magistrature a été modifié pour tenir compte de ces nouveaux magistrats en ce qui concerne leur recrutement et leur classement dans la hiérarchie : loi 4390 du 10/9/1993, B.O.1993, p.631 et 5-98 du 22/9/1998, B.O.1998, p.527, par ailleurs un décret du 12/1/1999 (B.O.1999, p.108), a déterminé les conditions d'accès au concours des attachés de justice (programmes, épreuves, notation, examens de fin de stage). L'Institut national d'études judiciaires a été transformé en établissement public sous le nom « d'Institut supérieure de la magistrature » par la loi n°09-01 promulguée par le dahir du 3 octobre 2002, B.O.2002, p.1380.

La conséquence en a été une diminution des effectifs de nature à compromettre le bon fonctionnement de ces nouvelles juridictions, des réformes statutaires ont eu pour but le remédier à cette situation¹.

La juridiction est collégiale, les audiences sont tenues et les jugements rendus par trois magistrats. Lorsque le volume des affaires le rend nécessaire, le tribunal peut être divisé en sections spécialisées dans certains types d'affaires.

La procédure reste régie par les dispositions du code de procédure civile, sous réserve de quelques adaptations dont la plus notable est la création de commissaires royaux² de la loi et du droit.

La création des cours d'appel administratives³ a permis aux justiciables de bénéficier du double degré de juridiction comme cela existe devant les juridictions ordinaires.

Mais, cette création a également permis de créer un recours en cassation devant la cour suprême à l'instar de ce qui existe devant ces dernières. Deux cours⁴ ont été créées, l'une à Rabat et la seconde à Marrakech.

Le perfectionnement du recours en référé permet d'améliorer les possibilités d'intervention du juge dans les cas d'urgence.

¹ - Les statistiques du ministère de la Justice sont éloquentes, 1995, 45 magistrats ; 1996 = 63 ; 1997= 50. On peut également citer tel président de tribunal administratif préférant abandonner la filière des tribunaux administratifs pour un poste de président de Cour d'appel, cf. Faïza Bellasri, « Le statut des magistrats chargés du contentieux administratif », REMALD, n° 36, 2001, p.21.

Ce problème présenté au ministre la Justice de l'époque, M. Azzimane, n'a cependant pas retenu son attention.

² - Désignés pour deux ans par le président du tribunal sur proposition de l'assemblée générale des magistrats et parmi eux, ces commissaires doivent présenter, en toute indépendance, à l'audience, des conclusions sur chaque affaire. Ils contribuent à éclairer le tribunal sur le droit applicable et proposent des solutions. Ils ne prennent pas part au jugement. Ils ne sont aucunement chargés de défendre l'administration mais doivent présenter une analyse objective et équilibrée de l'ensemble des éléments de l'affaire et guider le tribunal vers une décision équitable et juridiquement correcte.

³ - Les cours d'appel administratives, loi n°80-03 du 14 février 2006, B.O. 2 mars 2006, p.332, modifié par loi 46-08, du 18 février 2009, B.O, p.372.

⁴ - Ces juridictions sont composées d'un Premier président, le président de chambre et de conseillers parmi lesquels le président désigne pour deux ans un ou plusieurs commissaires à la loi et au droit. La cour peut comporter plusieurs chambres en fonction de la spécialité des affaires à juger.

La rapidité de cette intervention est particulièrement nécessaire pour assurer la protection des droits des individus ou de la propriété privée menacés par l'irrégularité de l'action administrative.

Les décisions rendues en appel peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant la Cour de Cassation¹. C'est la Chambre administrative qui est seule habilitée à statuer sur les pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives.

Pour la plupart des juristes, la question de l'efficacité mobilise davantage des instruments relevant d'autres sciences sociales que du droit.

La raison étant que les phénomènes juridiques ne se prêtent pas aisément à l'évaluation, faute d'un étalon d'efficacité déterminé par l'autorité formatrice ou de tout autre critère scientifiquement saisissable.

Entreprendre une recherche sur le coefficient d'efficacité du contentieux administratif est une tâche propre à l'homme de paille, celui-là qui démontre ce que personne ne discute².

Il importe d'évaluer le degré d'efficacité du contentieux administratif, au-delà de sa conception, dans sa pratique par les juridictions marocaines, comme françaises.

L'enjeu pratique à mettre en œuvre est la consolidation de l'Etat de droit. Bien que théoriquement, l'opportunité du renouvellement des recours contentieux soit controversé.

L'utilitarisme juridique est la démarche principale de l'analyse. Il s'agit d'une approche du droit et de l'Etat plus préoccupée des résultats que de l'abstraction théorique.

¹ - Il existait, toutefois, deux exceptions concernant les décisions rendues en matière électorale et l'appréciation de la légalité d'une décision administrative par voie d'exception.

² - GOLTZBERG (S), L'argumentation juridique, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2015, p.73.

Il a émergé en Angleterre et en Allemagne pour faire reposer le droit, non sur la recherche du juste, mais sur la recherche de l'utile. Cet utile est, selon ses concepteurs, la propriété qu'a une chose de prévenir un mal et de procurer un bien¹.

Il est de plus en plus admis que le droit ne saurait être indifférent aux préoccupations d'efficacité et ne saurait tenir cette notion hors de la sphère².

A l'ère de la gouvernance, les décideurs sont soucieux de la performance de leur action au regard des attentes de la société. Ils recherchent une légitimité à la fois technicienne et démocratique de leurs réformes sur la base de l'utilité et l'acceptabilité de celles-ci. Et il ne s'agit plus de viser l'efficacité de la solution offerte par une norme *ut singuli*, mais de rendre tout l'ordre juridique efficace il s'agit de la bonne gouvernance de la justice.

C'est ce qu'atteste la révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008 qui consacre le recours à l'évaluation et aux études d'impact³ et aussi celle du Maroc en 2011.

Désormais, il appartient aux juristes de faire de l'efficacité une qualité inhérente et nécessaire au droit⁴. Les administrativistes sont les premiers à être interpellés.

M. Dupré de Boulois constate que le droit administratif est porteur d'inefficacité dans les règles écrites et jurisprudentielles qui le composent⁵.

¹ - D'après M. BENTHAM, toute règle juridique doit être examinée et jugée au regard de cette propriété. Il est précisé que le principe d'utilité n'est pas censé conduire à la recherche égoïste du bonheur individuel. Il est assorti de corollaires qui préviennent cette piètre éventualité. D'abord, le principe de maximisation qui préconise la recherche du bonheur du très grand nombre. Ensuite, le principe d'équilibre ou de conciliation entre les intérêts selon laquelle tout homme doit lutter pour ses intérêts afin de contribuer par cette lutte au maintien de l'intérêt collectif. En Droit, l'action en justice par exemple permet au plaideur de protéger autant ses droits que le système juridique auquel une atteinte est portée. Voir BRIMO (A), *les grands courants de la philosophie du droit de l'Etat*, Paris, Pedone, 1978, pp. 233-240.

² - Ibid. pp 18-19.

³ - Idem.

⁴ - Ibid., p.18.

⁵ - DUPRE de BOULOIS (X), « La critique doctrinale », in Association française pour la Recherche en Droit administratif, *la doctrine en droit administratif*, op.cit., p. 229.

C'est bien cette prétention qu'il a paru justifié de mettre à l'épreuve dans le cas du contentieux administratif marocain. Avant et après la création des juridictions administratives, le Maroc a opéré des reformes en vue d'améliorer la qualité de la justice administrative.

Autrement dit, traiter et analyser le contentieux administratif c'est étudier « l'office » du juge administratif. Cette étude doit s'étendre dans le cadre d'une approche de synthèse, celle de sa fonction et celle de ses méthodes, la démonstration qui va suivre s'articulera au tour de ses deux grands volets.

« Dire le droit et trancher les litiges » reste bien la principale fonction du juge administratif marocain, certaines des composantes de son office ont pris une importance renouvelée et sont ainsi venues le conforter dans sa légitimité.

La juridiction administrative tient, en effet, de plus en plus compte de la personne du justiciable comme de ses attentes tout en prenant compte de la protection des droits subjectifs et des droits fondamentaux .

A la lumière de ces préalables, quelques questions méritent d'être soulevées et examinées attentivement.

Vu l'importance du contentieux administratif, dans son double aspect, du Recours pour Excès de Pouvoir et le plein contentieux, Dans quelle mesure, ce contentieux est-il efficace ?

- Quelles sont les conditions permettant son efficacité ?
- Quels sont les moyens mis à sa disposition pour qu'il puisse se développer et répondre aux aspirations des citoyens ?
- Et quels sont les obstacles sur lesquels butent ces recours, au Maroc comme en France ?

Ce faisant, notre recherche s'articule sur deux grands axes primordiaux, à savoir :

Première partie : Les fondements juridiques des recours contentieux

Deuxième partie : L'efficacité des recours dans l'office du juge

PREMIÈRE PARTIE :

LES FONDEMENTS JURIDIQUES

DES RECOURS CONTENTIEUX

Il existe deux grandes catégories de contentieux administratif, à savoir, le contentieux de l'annulation et le plein contentieux :

Le premier a pour but d'annuler les des actes administratifs irréguliers et en obtenir la disparition. Tandis que le second, il tend à la condamnation de l'administration au paiement de sommes d'argent¹.

Cette distinction représente un certain intérêt pratique, dans la mesure où le contentieux d'annulation relève directement, en premier ressort de la chambre administrative de la cour suprême, alors que le contentieux de pleine juridiction relève en première instance du Tribunal de Première Instance (TPI), en appel des cours d'appel et en cassation seulement la chambre administrative de la cour suprême.

En outre, l'intérêt réside dans le fait que l'article 9 de la loi 41-90 relatif aux tribunaux administratifs donne compétence en premier et dernier ressort à la cour de cassation pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir contre les décrets.

De même que le dernier alinéa de l'article 23 précise que : « le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits du recours ordinaire de pleine juridiction² ».

L'article 22 dispense du paiement de la taxe judiciaire les requêtes en annulation pour excès de pouvoir. C'est dire que les requérants ont intérêt à présenter leurs requêtes sous cette forme.

Dés lors, si l'objet de la demande est une somme d'argent, c'est un recours de plein contentieux (**Titre II**), si par contre, la demande porte sur l'annulation d'un acte administratif, il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir (**Titre I**).

¹- M. ROUSSET, « L'interprétation des pouvoirs du Roi dans la nouvelle constitution », la constitution Marocaine de 2011, Analyses et commentaires, LGDJ, Paris, 2012, p. 47.

² - Article 23 de la loi 41-90 sur les tribunaux administratifs.

Titre I : Le recours en annulation pour excès de pouvoir

Le droit administratif marocain connaît le principe selon le quel tous les actes de l'administration doivent être conformes aux règles de droit qui leur sont supérieurs, c'est le principe de la hiérarchie des normes qui est, désormais, un principe constitutionnel en vertu de l'article 6, alinéa 3 de la constitution.

Mais, ce principe ne peut s'appliquer que s'il est entouré d'un certain nombre de garanties, que s'il y a un moyen d'obliger l'administration à le respecter.

Le recours pour excès de pouvoir est la technique qui permet au juge de contrôler l'action de l'administration. Il est question du mécanisme juridictionnel qui tend à l'annulation des actes administratifs irréguliers.

En effet, le recours en annulation pour excès de pouvoir¹ n'existait pas sous le protectorat². En 1928 que les agents des administrations néo-chérifiennes pourraient porter devant le Conseil d'Etat français les litiges relatifs à l'application de leurs statuts.

C'est le Dahir du 27 septembre 1957 créant la Cour suprême qui lui donne naissance dont les dispositions seront reprises par l'article 353-2° du C.P.C de 1974³.

Le Dahir de 1957, comme celui de 1974, laissait au juge une très large liberté pour déterminer l'organisation et le régime juridique de ce recours.

De ce fait, la jurisprudence qui, pour une grande part, a élaboré son régime juridique en s'inspirant d'ailleurs du modèle français.

¹ - Sur toutes ces questions on consultera avec profit l'étude quasiment exhaustive de la jurisprudence récente des juridictions administratives présentée par M. El Yaâgoubi, « le juge protecteur de l'administré », au colloque de Grenoble les 27-28 mars 1998, Indépendance nationale et système juridique : l'exemple du Maroc. Presses universitaires des Grenoble, 2000, et les éditions la Porte de Rabat, 2000.

² - M.A. BENABDALLAH, « les prérogatives de l'Etat dans le recours pour excès de pouvoir », le littoral, 1982, p. 43.

³ - M. ROUSSET, « Les incidences du critère organique », in Vingt-cinq ans de droits marocains, RJPEM, n 10, 1981, p. 39.

Depuis, la plus grande partie de ce contentieux est désormais transférée aux tribunaux administratifs qui demeurent de la compétence de la Cour suprême.

Devenue Cour de cassation, le champ d'application, des décisions réglementaires de cette cour, dépasse le ressort territorial d'un tribunal administratif (article 9).

Cela dit, il importe de dégager les caractères généraux de ce recours **(Chapitre I)**, et ses moyens d'annulation les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir avant de déceler certaines de ses faiblesses **(Chapitre II)**.

Chapitre I : Les caractères généraux du recours en annulation pour excès de pouvoir

Le recours en annulation pour excès de pouvoir est l'action par laquelle toute personne physique ou morale peut demander au juge administratif l'annulation d'un acte administratif pour illégalité.

C'est, par excellence, le moyen de faire respecter la légalité. Mais, en l'absence d'un code administratif à l'image du code pénal ou du code de commerce ou du code de la famille, c'est le juge de l'excès de pouvoir qui, progressivement, a dégagé un ensemble de règles et de principes qui explicitent ce qui est conforme à la règle de droit et ce qui lui est contraire.

C'est ce qui explique l'importance de la jurisprudence comme source du droit.

Le recours pour excès de pouvoir présente trois caractéristiques : il est un procès fait à un acte (**Section 1**), il est un recours d'utilité public (**section2**). De même que ce recours peut être d'ordre public (**Section3**).

Section I : Le recours pour excès de pouvoir, un procès fait à un acte

M. Laferrière affirme que : « Le recours pour excès de pouvoir se présente comme un « procès fait à un acte¹ ». Cette expression est excellente. Elle fait bien apparaître le caractère objectif du recours, traduisant la seule question posée au juge : l'acte attaqué est-il légal ?

Il ne s'agit pas pour le juge de reconnaître que le requérant est titulaire d'un droit à l'encontre de l'administration, ou que celle-ci est tenu par une obligation à l'égard du requérant. Il s'agit de décider du sort de l'acte (de la décision, le plus normalement) contre quoi le recours est dirigé.

¹ - R. CHAPUS, « Traité de droit administratif », op. cit, p.561.

Ce n'est pas un simple face à face entre le juge et la décision attaquée. Il a bien fallu qu'une personne ait déféré celle-ci au juge et il faut bien que le représentant légal de la personne au nom de laquelle la décision a été prise combatte l'argumentation du requérant, pour que la procédure soit contradictoire et que le juge ait ainsi les meilleures chances de statuer en bonne connaissance de cause.

Mais, dans l'instance engagée, et comme le disait Hauriou, le requérant joue le rôle « d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction¹ ».

C'est-à-dire, qu'alors même qu'il n'en a pas conscience (ce sera généralement le cas, notamment, quand le recours est formé contre une décision individuelle prise à son encontre) et croit agir pour la défense de son intérêt personnel que la décision a lésé, il agit pour le compte de la légalité, comme le ferait « un procureur du droit ». Ce n'est pas une action privée, mais une action publique, qu'il exerce.

Quant au juge, s'il annule la décision, ce ne sera pas pour réparer le tort fait au requérant. Ce sera pour assurer le rétablissement de la légalité méconnue.

S'il l'intérêt personnel du requérant s'en trouve satisfait, ce sera par surcroît. Quant à l'administration, elle est moins dans la position d'adversaire du requérant, que dans celle de « défenseur ».

Mais, faut-il dans ces conditions conclure qu'en matière de litige d'excès de pouvoir, il n'y a pas de « parties » ?

Ce fut l'opinion de Laferrière : « Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à une partie », « C'est un procès fait à un acte ». Ni le

¹ - CE 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, S 1900.3.73.

requérant, ni l'administration « ne sont des parties dans le sens juridique du mot ¹ ».

C'est une opinion qui procède de la croyance que ne méritent la qualification de « parties » que les personnes qui s'affrontent relativement à un droit subjectif, dont l'une réclame la reconnaissance à son profit personnel, ce à quoi l'autre s'oppose parce que la reconnaissance de ce droit équivaudra à celle d'une obligation à sa charge.

Or, il est aisé de faire apparaître que la notion de partie n'est pas ainsi restreinte. Il suffit de se référer à la situation (que Hauriou, d'ailleurs, évoquait) du ministère public poursuivant une infraction.

Sa qualité de « partie », au procès pénal, est tout à fait certaine ; elle lui permet, notamment, de faire appel du jugement de premier ressort, comme par la suite de saisir la cour de cassation.

Et pourtant, il est tout aussi certain qu'il n'agit pas dans son intérêt personnel, mais, selon la formule traditionnelle, comme représentant de la société.

De la même façon, en matière civile, le ministre public a incontestablement la qualité de partie, au sens habituel du terme (et avec toutes les conséquences qui en découlent), lorsqu'il agit comme « partie principale », « pour la défense de l'ordre public² ».

Ainsi, il n'y a pas contradiction à présenter le recours pour excès de pouvoir comme un procès fait à un acte et à reconnaître la qualité de partie à l'auteur d'un tel recours.

¹ - CE 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, préc : « Les instances engagées par application des lois des 7-14 octobre 1790 et du 28 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties », Ass. 21 avril 1944, Soc Dockès frères, p. 120 ; et CE 19 avril 1950, de Villèle, p.214 : « Le litige soulevé par le recours pour excès de pouvoir n'est pas un litige entre parties »).

² - CPC, art. 421 et 423.

Et rien n'est plus naturel qu'une juridiction énonce que la mise en cause d'une personne, dans une instance d'excès de pouvoir, a eu pour effet de la donner « la qualité de partie¹ ».

Il convient de maintenir que le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte. Il convient, aussi, de reconnaître, tant le requérant que (nécessairement) son adversaire, comme parties, au sens habituel du terme, à l'instance. Et de considérer comme normal que l'un comme l'autre aient, notamment, le droit (réservé aux parties) de faire appel du jugement de première instance.

Force est de constater que l'opinion selon laquelle l'instance, ouverte par un recours pour excès de pouvoir ne comporte pas de parties, a conduit à considérer comme normale l'exclusion de voies de recours contre le jugement provoqué par le recours.

L'appel, était du reste impossible, le recours relevant toujours de la compétence directe du Conseil d'Etat. Quant à l'opposition, ouverte normalement à la partie défaillante, elle était jugée irrecevable².

Par contre, pour qui estime que le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir (procès fait à un acte) n'exclut pas, et n'a jamais exclu, la présence de parties à l'instance ouverte par le recours.

L'opinion selon laquelle l'ouverture de certaines voies de recours contre le jugement rendu a eu pour effet d'«introduire des parties » à l'instance et d'« altérer » (pour le moins) le caractère objectif du recours.

Il est d'autre part singulier que cette opinion est née, non pas de l'ouverture de l'opposition ou de l'appel (qui supposent l'existence de parties), mais de celle de la tierce opposition³.

¹ - CAA Nantes 18 décembre 1996, Crespel, p.1103, DA 1997, n° 142.

² - CE 24 juillet 1914, Comm. De Gravelle- Sainte- Honoriné, p.910. 2^e esp.

³ - CE 29 novembre 1912, Boussuge, P. 1128, qui ne peut être exercée que par les tiers.

Curieuse réaction que celle d'Hauriou, voyant dans arrêt la manifestation de l'effacement du recours pour excès de pouvoir « devant le recours contentieux ordinaire » (c'est-à-dire, le recours subjectif de plein contentieux) ; « touché dans ses œuvres vives », ajoute-t-il, il est « frappé à mort » ; il perd « le caractère de recours objectif qu'il a eu à un si grand degré pour pendre le caractère subjectif du recours de pleine juridiction ».

Solutions liées au fait que le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte.

Le fait que le recours pour excès de pouvoir est ainsi, un procès fait à un acte, explique et justifie, en toute première ligne, que le requérant n'est recevable qu'à demander l'annulation de la décision attaquée¹ et que, si elle est illégale, seule cette annulation est prononcée.

Cette « limitation » des pouvoirs du juge n'est pas arbitraire. Même si elle procède d'une logique quelque peu abstraite, elle n'est pas la manifestation, regrettable, d'une justice qui s'arrêterait en chemin.

C'est à la décision que le procès était fait : en conséquence de son annulation, si elle est illégale, elle disparaît (et avec effet rétroactif : elle est réputée n'avoir jamais été prise) ; c'est pleinement que justice a été faite.

En vertu, initialement, de la loi française du 8 février 1995², le juge peut assurément prolonger l'annulation qu'il prononce par l'injonction, à l'adresse de l'administration (et si elle lui a été demandée), de prendre les mesures d'exécution de la chose jugée.

Mais, ce faisant, il cesse de se comporter en juge du recours pour excès de pouvoir. C'est en qualité de juge de plein contentieux qu'il s'acquitte de cette tâche annexe, qui met en présence d'un très simple phénomène de dédoublement fonctionnel.

¹ - CE 7 novembre 1984, Soc. Coteba, p.351.

² - CJA, art. L 911-1.

C'est dire que l'existence de ce pouvoir d'injonction (pour remarquable et important qu'il soit) n'affecte pas la conception et la nature du recours pour excès de pouvoir.

L'attention doit se porter maintenant sur d'autres illustrations, moins évidentes mais, tout aussi naturelles, du fait que le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte. Il en est de même un moyen de contrôle de l'administration.

§1- Le recours pour excès de pouvoir : un moyen de contrôle de l'administration

Le recours pour excès de pouvoir doit être considéré, aujourd'hui comme hier, comme un moyen important du contrôle auquel l'administration doit être soumise en vue de la sauvegarde du droit objectif.

En d'autres termes, ce recours est la voie normale du contrôle de légalité exercé sur l'administration, - quelles que puissent être les avancées actuelles du recours de plein contentieux.

L'arrêt Dme Lamotte du 17 février 1950 définit le recours pour excès de pouvoir comme ayant « pour effet d'assurer... le respect de la légalité ». Plus exactement, il s'agit là de son objet. Il faut voir en lui un « moyen d'obtenir dans l'administration et de l'administration l'observation de la légalité¹ ».

C'est à juste titre que le commissaire du gouvernement M. Pichat disait qu'« un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue² ».

M. Hauriou ajoute que le recours est « organisé dans un but de bonne administration », ni qu'un auteur, M. Alibert, étudiant le régime du recours,

¹ - Arrêt Ville d'Avignon précité.

² - CE mars 1912, Lafage, S 1913.3.1.

ait pu intituler son ouvrage : « Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir¹ ».

Cela étant dit, qu'en est-il de l'application de la légalité de la décision à la date de son édicition ?

§2 - L'application de la légalité de la décision à la date de son édicition

L'application de la légalité de la décision à la date de son édicition est une conséquence logique du fait que c'est à la décision que le procès est fait. Pour déterminer son sort, elle doit être prise en considération telle qu'elle a été édictée.

C'est en fonction de la situation de fait existant et des règles juridiques applicables à la date de son édicition (c'est-à-dire, de sa signature) que sa légalité doit être appréciée.

Tel est le principe² que consacre une jurisprudence constante³, - et que prolonge la solution (également constante), selon laquelle l'irrégularité de la publication ou de la notification d'une décision sont sans influence sur la légalité de cette décision⁴.

¹ - PAYOT, 1926.

² - Qui s'applique sous réserve de l'existence (rare) de règles de procédures spéciales à certains contentieux - tel que celui de la reconduite à la frontière (très dérogatoire, à tous égards, au droit commun) - tel que celui de la reconduite à la frontière (très dérogatoire, à tous égards, au droit commun)-, permettant au juge de tenir compte d'éléments nouveaux produits devant lui. CE Présid. Sect, cont. 8 octobre 1993, Cétiropolat, p. 263.

³ - CE Sect. 22 juillet 1949, Soc, des autom, Berliet, p. 367 ; 20 décembre 1967, Fabre-Luce, p.511 ; 6 mars 1989, Soc. De bourse Buisson, p.83. RFDA 1989, p.627, concl. E. Guillaume ; TA Nantes 23 mai 1990, Kanouté, D 1990, p.601n concl. M0 Bachelier ; Sect. 27 mai 1994, Braun-Ortega et Buisson, P.264, RFDA 1994, p.832 ; CE 9 juin 1951, Lassus et Cottin, p.518 : une décision ayant été prise en vertu d'un décret en vigueur, sa légalité n'est pas atteinte par le fait que le décret a été abrogé avant qu'elle soit publiée ; CE Sect 7 mars 1975, Comm. De Bordères-sur l'Echez, p.179 : légalité d'un permis de construire délivré conformément à la réglementation en vigueur à la date où la décision a été prise, sans qu'importe que la réglementation ait été différente lors du dépôt de la demande de permis et CE Ass. 1^{er} février 1985, Assoc. Chrétienne « les Témoins de Jéhovah de France », p.22, RDP 1985, p.483, report aux statuts de l'association tels qu'ils étaient à la date du refus de l'autorisation de recevoir un legs, afin d'apprécier la légalité de ce refus. Adhérant à cette jurisprudence, Crim., 26 mars 1996, D 1997, SC, p.46 : à propos de l'appréciation de la légalité d'un arrêté d'expulsion.

⁴ - En ce qui concerne la publication, CE 27 mars 1914, Laroche, S 1914.3.97 ; 27 octobre 1948, Cazaubon, P.393 ; 9 mai 1962, Assoc., Le Cercle d'entraide sociale, p. 304. Pour la notification : CE 7 juillet 1967, Office HLM du Mans, p.306 ; Sect.31 mars 1989, Lambert, P.110, AJ 1989, p.338. Quant aux conséquences du principe sur l'appréciation du respect d'un délai d'action, imparti à l'administration pour prendre certaines décisions, DAG- I, n° 1292.

De ce principe, il résulte que les changements de fait ou de droit survenus après l'édition d'une décision légale ne peuvent provoquer son illégalité.

Par exemple, le fait qu'une personne visée par un arrêté d'expulsion du territoire change par la suite de comportement et devienne irréprochable pourrait, sans doute, justifier l'abrogation de l'arrêté, mais, ne permet pas de conclure à l'illégalité de cet arrêté¹.

En sens inverse, les changements postérieurs à l'édition d'une décision illégale ne sont pas susceptibles d'en effacer l'illégalité.

Un décret d'extradition a été pris sur le vu d'un avis favorable de la chambre d'accusation, mais alors que le recours suspensif en cassation contre cet avis n'avait pas encore jugé.

Le décret est illégal, l'avis (étant donné l'effet suspensif du recours) n'ayant pu lui servir de base légale. Le fait que, par la suite, la cour de cassation ait rejeté le recours n'y changera rien².

Cependant, les faits postérieurs à la décision sont susceptibles d'être pris en compte par le juge, quand ils sont en relation directe avec la situation qui existait à la date de la décision et permettent d'éclairer les conditions dans lesquelles elle a été prise.

Si, par exemple, il apparaît que, postérieurement à une décision de licenciement pour cause de suppression d'emploi, l'emploi existe toujours, la décision va reposer sur un fait matériellement inexact³.

De même, les conditions dans lesquelles un règlement a été appliqué feront apparaître qu'il est entaché de détournement de pouvoir. Ainsi, la mise en œuvre d'un décret modifiant le régime de la Comédie-Française va

¹ - CE 27 novembre 1985, Sadok Hamza, P.346.

² - CE Ass. 8 mars 1985, Alba- Ramirez, p.71, AJ 1985, p.406..

³ - CE 29 novembre 1985, Sarl Grill, DA 1986, n° 56.

permettre de constater qu'il n'a été pris que pour donner au gouvernement un moyen de ne pas exécuter un arrêt ayant annulé la révocation de l'administrateur de la Comédie- Française¹.

Le retard apporté par un employeur à l'exécution d'une autorisation de licenciement a révélé au juge que l'autorisation a été donnée par suite d'une erreur manifeste d'appréciation².

Et le juge peut aussi se fonder sur des pièces concernant certains éléments de la situation qui existait quand la décision a été prise, même si ces pièces n'ont été établies que postérieurement à celle-ci³.

La légalité d'une décision doit nécessairement être appréciée à une date postérieure à celle de son édicton : celle où la question est de savoir si un règlement est devenu illégal, ou bien a cessé d'être en vigueur, en conséquence d'un changement de circonstances.

L'appréciation ne peut, alors, être faite qu'en se plaçant à la date du changement de circonstances (que le juge ait, d'ailleurs, à se prononcer sur un refus d'abroger le règlement ou sur une exception tirée de son illégalité ou de sa sortie de vigueur)⁴.

Par ailleurs, le fait que le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte permet de comprendre la consécration de certaines solutions techniques, tout à fait spécifiques et significatives.

En effet, la disparition au cours du procès de l'institution ou de l'organisme dont émanait la décision attaquée est sans conséquence sur le lien juridique d'instance, qui subsiste, et ne rend pas le recours sans objet. Ayant à

¹ - CE Ass. 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, p. 484, AJ 1962, p. 548.

² - CE 1^{er} avril 1987, Mmes Morange et Laforêt, p. 117.

³ - CE 17 mars 1965, Soc. Cinélorrain, p. 176 ; CE Ass. 15 octobre 1993, Mme Aylor, P. 283 : s'agissant d'apprécier la suffisance des assurances données par l'Etat demandeur (Texas, Etats-Unis) quant au traitement pénal d'une personne dont il demande l'extradition (non-application de la peine de mort, si elle était prononcée), le Conseil d'Etat prend en considération un document postérieur au décret d'extradition, qui conforte les assurances antérieurement données.

⁴ - CE Ass. 22 janvier 1982, Butin, P.27.

juger un acte, le juge se prononcera. Il n'y aura pas matière à non-lieu à statuer¹.

Il en va de même dans le cas où la décision attaquée a été remplacée en cours d'instance par une autre ayant le même objet. Il n'y a pas là motif à non-lieu à statuer².

Le droit pour l'une des parties de former contre une autre une demande reconventionnelle (par exemple, une demande de dommages- intérêts pour abus de droit d'agir en justice) est exclu par une jurisprudence explicitement fondée sur « la nature particulière du recours pour excès de pouvoir »³.

Cela est la conséquence, non de l'absence de parties, mais du fait que, le procès étant dirigé contre l'acte et non contre la partie défenderesse, il n'y a pas lieu de permettre à celle-ci de présenter une réclamation contre l'autre et, d'une façon générale, d'exercer une riposte à son encontre.

De la même façon, « il ne peut y avoir de déclaration de jugement commun en matière d'excès de pouvoir⁴ ».

Force est de reconnaître que l'annulation prononcée vaut à l'égard de tous. Elle a l'autorité absolue de la chose jugée. Ce n'est pas, en effet, dans l'intérêt du requérant que l'annulation a été décidée, c'est dans l'intérêt de la légalité, qui est le bien de tous.

De ce fait, le bénéfice de la chose jugée doit pouvoir être invoqué par tous, de même que la chose jugée doit être opposable à tous⁵.

¹ - CE 26 mai 1948, Jobit, p.662.

² - CE Sect. 18 avril 1986, Soc. *Les mines de potasse d'Alsace*, p.115, RFDA 1987, p. 479, concl. M. Dandelot.

³ - V. CE 24 novembre 1967, Noble, P.443, D 1968, P.142, concl. J.Baudouin ; Sect. 7 décembre 1979, Delarue, p. 847, AJ 1980, P.549, note P. Landon ; 25 avril 1986, Paul, DA 1986, n°304 ; 15 janvier 1988, Mme Lazard-Jeanson, DA 1988, n°123. ; CE 27 juin 2001, CPAM de la Haute -Garonne, p.1149 ; CE Sect. 22 janvier 1954, Pacha, p. 46 ; 13 novembre 1989, Véléry. p.867.

⁴ - CE Sect. 25 mai 1970, Soc. De construction La Favière, p. 352

⁵ - CE mars 1961, Simonet, p.211 ; Civ. 1^{er} 25 juin 1985, D 1985, p.517.

Le Conseil d'Etat est de conclure que la voie de la tierce opposition ne pouvait être ouverte aux tiers, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat précité du 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, que les litiges d'excès de pouvoir n'ont pas le caractère de litiges entre parties et que les décisions d'annulation sur recours pour excès de pouvoir sont « rendues définitivement à l'égard de tous »).

Il en a, ensuite, jugé autrement : ouvrant cette voie de recours aux tiers, à condition qu'ils aient des droits à faire valoir à l'encontre du jugement¹.

Initialement, la tierce opposition avait été ouverte sans être subordonnée à cette condition².

Contrairement à ce qui est généralement fait, il ne faut pas interpréter l'arrêt Boussuge comme manifestant que le recours pour excès de pouvoir ne peut pas être présenté comme un procès fait à un acte.

Il le faut d'autant moins que Laferrière lui-même avait considéré qu'il n'y avait pas incompatibilité entre le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et l'ouverture de la tierce opposition.

Il ne faut pas non plus, d'ailleurs, présenter l'arrêt comme donnant une réponse affirmative à la question de savoir s'il y a des parties en matière d'excès de pouvoir : il doit être considéré comme sans relation avec cette question. Mais, le REP peut être aussi d'ordre public.

Section II : Le REP : Un recours d'utilité publique

Le recours pour excès de pouvoir est, d'autre part, ce que j'appellerai un recours d'utilité publique. Parce que son objet est la sauvegarde de la légalité.

¹ - CE 29 novembre 1912, Boussuge, précité, n°221-2°.

² - CE 28 avril 1882, Ville de Cannes, p. 387.

C'est pourquoi, la jurisprudence administrative, représentée par l'arrêt Dm Lamotte de 1950, l'a déclaré ouvert, sans nécessité d'un texte et en vertu des principes généraux du droit, contre toute décision administrative.

Il importe, en effet, à l'intérêt général que toutes les décisions illégales puissent être déférées au juge et censurées par lui.

Comme le législateur est censé ne pas vouloir déroger aux principaux généraux du droit, les dispositions législatives excluant l'exercice, contre certaines décisions, de tous recours seront interprétés comme excluant sans doute les recours administratifs et les recours de plein contentieux, mais non pas (faute de l'avoir spécifiquement exclu) le recours pour excès de pouvoir¹.

Il est significatif que le Conseil constitutionnel prenne soin, quand il y a lieu, de rappeler que les décisions qui seront prises en vertu de la loi (sur laquelle il se prononce) devront pouvoir être soumises à un « contrôle de légalité »².

Il résulte de là qu'une disposition législative qui ferait obstacle à l'exercice de ce contrôle serait susceptible de censure par le Conseil constitutionnel.

Le recours pour excès de pouvoir doit être facile à exercer. C'est son caractère de recours d'utilité publique qui explique que le principe de l'obligation du ministère d'avocat comporte, en ce qui le concerne, une dérogation, très tôt instituée par le décret du 2 novembre 1864 (art.1^{er}) et

¹ - L'arrêt Dme Lamotte, relativement à une loi du 23 mai 1943, disposant que l'octroi de la concession des terres incultes ou abandonnées ne pourrait faire l'objet d' « aucun recours administratif ou judiciaire ». L'interprétation est la même quand une loi dispose qu'une autorité administrative « statue souverainement » ; CE Sect. 16 décembre 1955, Ep. Deltel, p.592, D 1956, p. 44 ; CE Sect. 17 mai 1957, Simonet, p. 314.

² - A propos des décisions des « autorités administratives indépendantes » (DAG-I, n^{os} 293 s.), CC 18 septembre 1986, Liberté de communication, p.141 (23^e consid.) : dans l'exercice de ses compétences, l'organisme en cause (ex-CNCL) « sera, à l'instar de toute ou toute personne intéressée » ; CC 17 janvier 1989, idem, p.18 (8^e consid.) : énonçant que le CSA aura à appliquer la loi « sous le contrôle du juge de la légalité ».

ayant pour objet de limiter le risque de renoncement, pour des raisons financières, à l'exercice du recours.

Le caractère explique de même la jurisprudence qui définit de façon très extensive l'intérêt personnel dont les requérants doivent justifier pour être recevable à agir.

Sans doute, dans la logique de ce caractère, le recours aurait dû être reconnu comme une « action populaire » (à la disposition de n'importe qui). La préoccupation d'éviter un afflux de recours, auquel le juge n'aurait pu faire face, l'a emporté.

Mais, l'intérêt exigé est apprécié avec un libéralisme tel qu'à beaucoup d'égards au moins, le recours pour excès de pouvoir n'est pas très éloigné de ce qu'il serait s'il était une action populaire.

C'est encore ce caractère qui explique deux mesures d'ordre financier, qui ont aujourd'hui perdu leur intérêt. La première, depuis la réforme fiscale de 1948 (décret du 9 décembre 1948, article 160, supprimant les droits d'enregistrement des recours), - la seconde depuis l'institution de la gratuité des actes de justice (loi du 30 décembre 1977).

Mais, ces mesures restent significatives de la volonté d'encourager les requérants potentiels : D'une part, il s'agissait de la règle de « l'enregistrement en débet » des recours pour excès de pouvoir (le requérant n'étant tenu au paiement des droits qu'en cas d'échec de son recours ; loi de finances du 17 avril 1906, article 4).

Il s'agissait, d'autre part, de la réduction de moitié, en matière d'excès de pouvoir, des « frais de justice » (institués par la loi du 4 août 1956, supprimant les droits d'enregistrement des arrêts. Ces frais étaient supportés par la partie succombante).

Ne peut être qualifiée autrement que de rétrograde la défunte institution (destinée à provoquer une décroissance des recours) d'un « droit de timbre » de (100 F à l'origine ; 15€ ensuite) sur chaque requête adressée aux tribunaux administratifs, aux cours administratives d'appel et au Conseil d'Etat, sans qu'un sort particulier soit fait au recours pour excès de pouvoir¹.

Parce que le recours pour excès de pouvoir est un recours d'utilité publique, il doit être exercé et jugé le plus rapidement possible.

Cela explique que le régime des délais, en matière d'excès de pouvoir, est, à certains égards, marqué d'une rigueur particulière, destinée à contraindre les intéressés à ne pas différer l'exercice du recours.

Cela explique aussi que, dans certains cas, c'est le Conseil d'Etat qui devait être saisi, directement, du recours pour excès de pouvoir, alors que, dans ces mêmes cas, le recours de pleine juridiction devait être porté devant le tribunal administratif.

Le Conseil d'Etat étant directement compétent à l'égard du recours pour excès de pouvoir, l'intervention de la décision finale pouvait se trouver accélérée².

Par ailleurs, le recours pour excès de pouvoir est un recours d'ordre public au sens technique de l'expression du fait qu'il a pour objet la sauvegarde de la légalité. Son caractère de recours d'ordre public se concrétise de différentes façons :

En effet, il ne peut renoncer, ni à l'exercice du recours, ni au bénéfice de la chose jugée car la reconnaissance d'un droit subjectif³ est une question d'ordre personnel.

¹ - Sur cet état du droit (résultant de la loi de fin du 30 décembre 1993, art.44), et la récente suppression générale du droit de timbre.

² - En vue de même objectif, la loi de réforme du contentieux administratif du 31 décembre 1987 avait maintenu dans la compétence du Conseil d'Etat les appels exercés contre les jugements prononcés par les tribunaux administratifs sur les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes réglementaires.

³ - CE Sect. 9 mai 1952, Houillères du bassin de Lorraine, p.238.

Il ne peut être renoncé à demander l'annulation d'une décision illégale, en ce sens que la renonciation ne serait pas opposable à celui qui l'aurait faite et qui peut toujours revenir sur elle.

En d'autres termes, l'acquiescement donné à une décision ne met pas fin au droit de la contester. Et le juge ne saurait en tenir compte¹.

Quant au bénéfice de la chose jugée², (et contrairement encore à ce qu'il en est quand est en cause un droit subjectif : en matière d'excès de pouvoir : la décision annulée sera considérée comme « ayant été et restant annulée »³).

C'est-à-dire que, la renonciation n'est pas opposable à son auteur et qu'il peut revenir sur elle. L'annulation ne saurait être méconnue, ni par le juge, ni par l'administration, qui reste tenue d'en tirer les conséquences.

S'agissant d'une annulation prononcée en première instance, le défendeur aurait tort de croire qu'il peut se dispenser de faire appel. Son appel ne sera, ni sans objet⁴, ni irrecevable faute d'intérêt⁵.

Par le fait, ensuite, que le requérant peut en tout état de cause revenir sur son désistement.

S'agissant de contentieux subjectif, le demandeur ne peut plus rétracter son désistement, dès lors que ce désistement a été accepté par son adversaire.

¹ - CE 13 février 1948, Louarn, p.79 ; CE 13 octobre 1961, Dme Weitzdorfer, p.564 : cas où la décision aurait été prise sur la demande même du requérant ; Ass, 19 novembre 1955, Andréani, p.551, DA 1956, p.25, concl. P. Landron et 14 février 1968, Bosquier, p.117 ; cas où le requérant avait ou aurait approuvé la décision ; CAA Paris 30 décembre 1996, Boyer, p.1073, JCP 1997, n° 22871, note V.H. : recevabilité du recours, en dépit du « protocole d'accord » intervenu entre le requérant et la partie adverse ; TA Amiens 14 avril 2007, DA 2008, n°8.

² - CE 24 juin 1963, Darcel, p. 394.

³ - CE Sect, 13 juillet 1967, Ecole privée de filles de Pradelles, p. 339 ; CE 2 février 1972, Dme Minuit – Baladut de Saint-Jean, p.106, AJ 1973, p. 54 ; CE 25 mai 1979, Mme Toledano-Abitbol, P.228, D 1979, IR, P.387 ; CE 19 décembre 1986, Binard, DA 1987, n° 123 et CE 27 septembre 1989 Ville de Vallauris, p.881.

⁴ - Arrêts de 1967, 1972 et 1986, 1989.

⁵ - Arrêt de 1979.

En matière d'excès de pouvoir, au contraire, l'acceptation du désistement est sans conséquence sur la possibilité de le retirer¹.

Par le fait, que le moyen tiré de l'annulation d'une décision prononcée sur recours pour excès de pouvoir est un moyen d'ordre public, c'est-à-dire un moyen dont les parties, à un litige quelconque, peuvent se prévaloir en tout état de la procédure (dans l'instance de premier ressort, d'appel ou de cassation où elles sont engagées) ; et que le juge, en cas d'abstention des parties, est tenu de relever d'office, en tout état également de la procédure².

Tels sont, de ce fait, les caractères généraux du REP, reste à savoir ses cas d'ouvertures, c'est-à-dire, ses moyens d'annulation.

¹ - CE Ass.21 avril 1944, Soc, Dockès frères, p. 120, et CE 19 avril 1950, de Villèle, p.214 : arrêts où, de façon contestable, le Conseil d'Etat justifie cette solution en la rattachant à la considération que « le litige soulevé par le recours pour excès de pouvoir n'est pas un litige entre parties ».

² - CE 22 mars 1961, Simonet, p.211.

Chapitre II : Les moyens d'annulation : Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir

Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir correspondent aux différentes causes d'irrégularité qui peuvent entraîner l'annulation de l'acte.

Ces vices peuvent atteindre les différents éléments de l'acte. En effet, le juge est amené, à la suite du requérant, à s'interroger sur la régularité des éléments qui constituent l'acte administratif.

Ces moyens d'annulation ont été dégagés empiriquement par la jurisprudence, comme cela a été le cas en France de la part du Conseil d'Etat au cours d'une longue évolution.

Ils ont été systématisés par la loi du 12 juillet 1991. A cet effet, l'article 20 dispose qu'« Une décision administrative est entachée d'excès de pouvoir soit en raison de l'incompétence de l'autorité qui l'a prise, soit pour vice de forme, détournement de pouvoir, défaut de motif ou violation de la loi. La personne à laquelle une telle décision fait grief pour l'attaquer devant la juridiction administrative compétente ».

Ces moyens d'annulation peuvent être classés en deux catégories : les moyens touchant la légalité externe (**Section 1**) et les moyens concernant la légalité interne (**Section 2**).

Section I : L'irrégularité externe de l'acte administratif

Ces irrégularités sont celle qui peuvent affecter la compétence (§1) ou la forme de l'acte administratif (§2).

§1- L'incompétence

C'est l'irrégularité qui concerne l'auteur de l'acte. Elle peut se manifester de trois façons, à savoir l'usurpation de pouvoir **(A)**, l'incompétence à raison de la matière **(B)** et l'incompétence temporelle **(C)**.

A- L'usurpation de pouvoir :

L'usurpation de pouvoir est la forme la plus grave d'incompétence. Une personne étrangère à l'administration prend une décision. Dans ce cas, il est à observer que la décision est juridiquement inexistante. Elle peut être attaquée à tout moment.

Une autre forme plus délicate apparaît lorsque ce qu'il s'agit du fonctionnaire de fait, c'est-à-dire un agent qui n'a jamais été nommé dans ses fonction, ou qui l'a été irrégulièrement, et qui prend des décisions.

Le juge a imaginé la théorie du fonctionnaire de fait pour remédier aux conséquences redoutables qui auraient découlé de l'annulation de décisions qui ont toute l'apparence de la régularité pour leurs destinataires.

Dès lors que l'auteur des décisions présentait toutes les apparences d'un fonctionnaire régulièrement nommé, ses décisions seront maintenues.

Cette théorie qui n'a jamais eu l'occasion d'être mise en œuvre par le juge marocain est utilisée par le législateur en matière de comptabilité publique.

Dans ce sens, l'article 16 du Dahir du 21 avril 1967 sur la comptabilité publique précise que « Toute personne qui effectue sans titre des opérations de recettes, de dépenses ou de mouvements de valeurs intéressant un organisme public est constitué comptable de fait ; le comptable de fait est

soumis aux mêmes obligations et assume les mêmes responsabilités qu'un comptable public¹».

Naturellement, tout ceci ne joue qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles.

B-L'incompétence ratione matérie :

Cette incompétence est très fréquente et consiste pour un agent de l'administration à prendre une décision qui relève de la compétence d'une autre autorité.

C'est dans ce même ordre d'idées que s'inscrit la décision du Ministre du Travail réglant un conflit social alors que cela relevait de la compétence d'une commission de conciliation² et une autre décision prise par deux ministres sous forme d'arrêté interministériel alors qu'il fallait un décret³.

L'autorité de tutelle ne peut se substituer aux élus que dans les cas expressément prévus par la loi⁴. Il y a, par ailleurs, toutes sortes d'incompétences dues à ce que des autorités subordonnées empiètent sur les pouvoirs des autorités supérieures⁵.

Le conseil de tutelle des terres collectives tranche un litige relatif aux terres Guich⁶.

L'incompétence peut, parfois, être si grave que l'acte devient alors inexistant. En effet, la dissolution par voie administrative d'une association qui, à l'époque, ne pouvait être dissoute que par voie judiciaire⁷.

¹ - L'article 16 du Dahir du 21 avril 1967 sur la comptabilité publique.

² - 30 avril 1959. Fédération nationale des syndicats de transporteurs routiers du Maroc, R.47.

³ - 18 mars 1963, Ste coopérative d'Oujda, R.M.D. 1965, p.95.

⁴ - C.S.A 1^{er} juin 1970, R.9.48.

⁵ - Chef de cabinet qui décide à la place du ministre sans savoir reçu de délégation, 9 décembre 1966, R. 1966/1970, p.49 ; secrétaire général de province qui prononce une sanction à la place du gouverneur, 20 février 1986, p. 268.

⁶ - 4 mai 1979, J.C.S. octobre 1982, p.125.

⁷ - 14 janvier 1963. Sté hippique et des courses marocaines, R. 106.

C- L'incompétence ratione temporis :

L'autorité qui prend la décision doit être régulièrement habilitée à le faire au moment où elle prend la décision.

L'agent doit être régulièrement en fonction¹. Le texte sur les sanctions administratives pour infraction à la réglementation des prix prévoit que l'autorité est investie du pouvoir de prononcer ces sanctions pour des périodes de 6 mois renouvelables.

L'autorité qui prend une sanction, alors, que le texte l'y habilitant a plus de 6 mois et que le nouveau texte n'est pas pris, est incompétence².

Le problème peut théoriquement se poser à propos des décrets portant sur le domaine de la loi qui ne peuvent être édictés que pendant une période limitée prévue par la loi d'habilitation³.

Il se poserait, aussi, pour les décrets-lois pris dans l'intervalle des sessions parlementaires en vertu l'article 81 de la constitution précitée de 2011. Ces décrets sont de nature réglementaire tant qu'ils n'ont pas été ratifiés par le parlement.

L'incompétence *ratione temporis* la méconnaissance du principe de non-rétroactivité dans la mesure où il signifie l'incompétence radicale de l'autorité administrative pour prendre une décision qui s'appliquerait au passé.

Ce principe général du droit a été reconnu par la cour suprême dès 1959⁴. La Constitution, dans son article 6, le consacre à propos de la loi et à plus forte raison le juge l'application aux actes administratifs sauf s'il existe

¹ - 10 novembre 1966, C^{ie} fermière les sources Oulmès Etat, R. 146.

² - La loi du 12 octobre 1971 sur la réglementation et le contrôle des prix a été abrogée et remplacée par la loi n° 06-99 promulguée par dahir du 5 juin 2000, B.O. 2000, p. 645.

³ - Article 70 de la Constitution.

⁴ - M.A. BENABDALLAH, « Des droits acquis et de la non- rétroactivité des actes administratifs », REMALD, 2009, n° 86, p.97.

un motif légitime de lui apporter des exceptions¹, par exemple pour la reconstitution de carrière d'un agent frappé par une sanction disciplinaire irrégulière annulée.

§2- Le vice de forme

Le formalisme administratif est limité et que les formalités qui doivent être respectées ne sont pas codifiées.

Cependant, certaines formes sont prescrites, soit pour l'édiction de l'acte, soit pour la rédaction de l'acte lui-même. Mais, la méconnaissance de ces formalités n'entraîne pas nécessairement l'annulation de la décision, car le juge fait la distinction entre formalités substantielles **(A)** et formalités accessoires **(B)**.

A- Les irrégularités dans la procédure d'édiction de l'acte :

L'administration doit respecter les diverses étapes prévues pour l'élaboration de la décision.

Par exemple, dans la procédure d'expropriation, il faut une enquête publique avant d'aboutir à la déclaration d'utilité publique. Le projet de décision de cessibilité doit, de la même manière, être publié et ne peut devenir définitif qu'à l'expiration d'un certain délai.

Le prononcé des sanctions disciplinaires les plus graves doit être précédé de la saisine de la commission administrative paritaire dont le caractère paritaire doit être scrupuleusement respecté².

¹ - Dans l'arrêt du 2 mai 1959, Mohamed Darcherif, R., p.50 ainsi que récemment, C.S.A., 25 juin 2008, Agent judiciaire du Royaume C/Ben Chaâbane M.A. Benabdallah, « Principe de non-rétroactivité des actes administratifs favorables ou défavorables », Note sous T.A., Rabat, 17 juin 2008, El Asfar, REMALD, 2010, n°90-91, p.75.

² - C.S.A., 22 juin 1973, Abdelmajid Marrakchi.

La mise en demeure prévue en cas d'abandon de poste doit non seulement avoir été envoyée, mais doit aussi avoir été reçue¹.

Parfois, ces étapes sont la conséquence de principes généraux du droit : tel est le cas du principe des droits de la défense². La Cour annule si l'intéressé n'a pas été complètement informé des griefs articulés contre lui, ou si il ne lui a pas été laissé un temps suffisant pour préparer sa défense³.

La haute juridiction sanctionne aussi la violation du principe du parallélisme des formes et des compétences :

« Attendu qu'en vertu des principes généraux, les textes législatifs ou réglementaires ne peuvent être modifiés ou abrogés que par un texte de même nature et de la part de la même autorité⁴ ».

Un acte ne peut ainsi être modifié qu'en suivant les mêmes formes que celles qui ont été suivies pour son édicition. La révocation d'un agent nommé par Dahir est illégale si elle est prononcée par arrêté ministériel⁵. Cette décision concerne, d'ailleurs, plus l'incompétence que le vice de forme⁶.

B- Les formes de l'acte proprement dit :

Le seul problème important qui se pose est celui de la motivation. La cour suprême a eu l'occasion de rappeler que l'administration n'avait pas, en principe, l'obligation de motiver expressément ses décisions.

« Aucune disposition législative ou réglementaire ne lui impose d'indiquer les motifs du rejet de la demande d'inscription sur la liste des banques autorisées⁷ ».

¹ - C.S.A., 26 juillet 1984 Abdelmalek Ami, R.M.D. n° 13, 1987, p.141.

² - C.S.A., 9 juillet 1959, Ahmed Ben Youssef, R.62.

³ - C.S.A. 8 mai 1970, Khadija Bousekri Alami.

⁴ - C.S.A., 5 juillet 1984, Sté immobilières Zimani C/ préfecture de Casablanca, Revue de la Magistrature, novembre 1987, p.104.

⁵ - C.S.A., 30 mai 1985, Ahmed Al'Farkli.

⁶ - R.M.D. n° 17, 1988, p. 96.

⁷ - CS 22 janvier 1962, S.A. Atlas Bank c/ Ministre des Finances, R. 28.

Naturellement, que la décision puisse n'avoir pas de motifs, mais seulement que l'explication de ceux-ci dans le corps de la décision n'est obligatoire que si un texte l'a prévue ou si le juge l'exige.

Ainsi, lorsque l'autorité hiérarchique prend une décision de sanction plus grave que celle qui est proposée. Désormais, le refus d'agrément d'un investissement doit être motivé.

Dans tous les cas, le juge peut exiger que l'auteur de la décision lui communique les motifs de la décision afin d'en contrôler la régularité¹. C'est ce qu'à tout récemment prononcé le Tribunal administratif de Casablanca dans un jugement du 21 juin 2011, Bouhouli².

Actuellement, la motivation est régie par la loi n°03-01 relative à l'obligation de la motivation des décisions administratives émanant des administrations publiques, des collectivités locales et des établissements publics³.

Par ailleurs, l'acte doit être l'objet d'une publicité adéquate. La méconnaissance des exigences de la publicité n'a aucune incidence sur la régularité de la décision mais seulement sur son opposabilité⁴.

« La publication des textes législatifs et réglementaires et des conventions internationales dûment ratifiées par le Maroc constitue un principe fondamental de droit public... que les textes non publiés au Bulletin officiel ne peuvent être opposables aux tiers... »

Même solution en matière de notification des décisions individuelles. Cependant, le juge admet parfois la « connaissance acquise » : tel est le cas

¹ - C.S.A.20 novembre 1986, Sté marocaine de transport rural c/ gouverneur de Fès et 1^{er} mars 1990, Jamila Sadiki : si l'auteur de l'acte ne communique pas ses motifs, le juge en déduit que ceux-ci sont inavouables et il annule.

² - T.A. Casablanca, 21 juin 2011, Bouhouli, REMALD n° 104, 2012, p.214, note Benabdallah.

³ - B.O. n° 5030 du 15 août 2002.

⁴ - C.S.A. 3 novembre 1972, Cherkaoui c/Air France, R. 1971/72, p.325.

pour le policier informé par radio de la mesure le concernant¹. De même, le candidat qui se présente à un concours ne peut se plaindre de ce que l'avis d'ouverture du concours n'ait pas été publié².

Dès lors, une fois ces formalités sont violées, elles seront sanctionnées.

C- La sanction de la violation des formes :

Une distinction fondamentale est opérée par le juge entre les formalités substantielles et les formalités accessoires :

Il y a formalités substantielles lorsque leur méconnaissance peut avoir une incidence sur le contenu de la décision. En général, les avis sont toujours considérés comme des formalités substantielles, ce qui est logique, car dans le cas contraire. L'administration se dispenserait de cette formalité.

De même, les mises en demeure en matière d'exécution forcée ou s'agissant de fonctionnaire coupable d'abandon de poste³.

Le droit administratif n'est, cependant, pas formaliste. C'est pourquoi, si la méconnaissance d'une formalité ne semble pas avoir eu de conséquence sur la décision, le juge ne prononcera pas l'annulation. Dans ce cas, il s'agit d'une formalité accessoire.

Naturellement, le point de savoir si une formalité est accessoire parce qu'elle n'a pas d'incidence sur le contenu de la décision est souvent une question de fait.

Par exemple, une erreur matérielle sur la date d'une convocation, au demeurant rectifiée en temps utile par une lettre postérieure, ne constitue que la violation d'une forme accessoire⁴.

¹ - C.S.A., 26 novembre 1962, Badri Driss Ben Abdenbi, R. 90.

² - C.S.A., 5 juillet 1972, Amrani c/Ministre de l'Enseignement supérieur, R.276.

³ - C.S.A., 11 octobre 1984, Aït Mri c/Ministre du Commerce, Revue des Affaires administratives n°5, p.95.

⁴ - C.S.A., 5 juillet 1972, R. 1971/72, p.268.

Telles sont les irrégularités de l'acte administratif attaqué. De même que celui-ci peut être vicié par des irrégularités internes.

Section II : L'irrégularité interne l'acte administratif

L'irrégularité peut atteindre les différents éléments de l'acte administratif, à savoir le but, l'objet et les motifs.

De ce fait, il est normal qu'ils soient contrôlés par le juge. Mais, leur contrôle peut être délicat, tel est le cas du détournement de pouvoir (§1) et son ampleur est variable selon que le pouvoir dont dispose l'autorité administrative est plus ou moins encadré par la règle de droit. C'est le problème du pouvoir lié et du pouvoir discrétionnaire qui reparait (§2).

§1- Le contrôle du but : Le détournement de pouvoir

Le détournement de pouvoir consiste dans l'utilisation d'un pouvoir par l'autorité administrative dans un but autre que celui pour lequel il lui a été confié¹.

Le but de toute décision doit être l'intérêt général. Il y aura naturellement détournement de pouvoir, dès lors, que l'autorité aura utilisé sa compétence dans un intérêt particulier, intérêt personnel ou intérêt d'un tiers(A).

De plus, chaque compétence doit permettre d'atteindre un but spécifique : but de police, but d'hygiène, but d'urbanisme, but de valorisation du domaine public, but économique, but d'intérêt ou service. De ce fait, une compétence ne peut être utilisée dans n'importe quel but (B).

Il existe des procédures qui doivent être suivies pour prendre certaines décisions. A ce niveau, il n'est pas possible d'utiliser une procédure à la place d'une autre, sauf à commettre le détournement de procédure.

¹ -M. EL YAAGoubi, « le détournement de pouvoir des la jurisprudence administrative au Maroc », in Quarante ans d'administration, 1956-1996, REMALD, thèmes actuels n°6, 1996, p.181.

A- Le détournement de pouvoir par recherche d'un intérêt personnel :

C'est celui auquel pense le plus souvent l'administré mécontent. Le juge procède à une investigation qui est toujours difficile, car le détournement de pouvoir concerne le mobile de l'auteur de l'acte, c'est-à-dire un élément psychologique qui n'apparaît pas nécessairement de façon objective.

« Aucune pièce de dossier ne vient à l'appui du moyen invoqué par le sieur C. selon lequel la mesure attaquée aurait été prise pour des fins étrangères à l'intérêt du service ¹ ».

En revanche, dans l'arrêt Société balnéaire, la Cour constate que le retrait de l'autorisation d'occuper le domaine public « n'a d'autre cause que la promesse faite à des tiers en vue de les autoriser à occuper le même emplacement du domaine public maritime », ce qui n'avait rien à voir avec les exigences de la police et de la conservation de domaine qui sont le but des mesures de ce type prévues par le Dahir de 1918 relatif aux occupations temporaires du domaine public.

De même, dans l'arrêt 10 juillet 1986, Abdelaziz Belkhor, est irrégulière une mutation dans l'intérêt du service qui est en réalité une sanction déguisée prise pour satisfaire un syndicat².

D'autres décisions de même nature ont censuré des mutations dans l'intérêt du service qui apparaissent en fait comme poursuivant un autre but³.

¹ - C.S.A., 4 décembre 1958, Courtille, R 31.

² - Arrêt 10 juillet 1986, Abdelaziz Belkhor, R.M.D. n° 12, p.119.

³ - C.S.A., 18 mars 1993, Kasri, REMALD n°9, 1994, p.67 et T.A., Meknès, 22 juin 1995, Maria Tahiri, REMALD n° 12, 1995, p.71.

B- Le détournement de pouvoir dans un intérêt général différent de celui que permet d'atteindre l'acte :

Le pouvoir de police existe dans le but de maintenir ou de rétablir l'ordre public. Son utilisation dans le but de résoudre un conflit familial constitue un détournement de pouvoir¹. Il s'agissait d'une décision de fermeture de café prise par le Caïd de Khémisset.

Un cas très voisin se présente dans l'affaire jugée par la Cour suprême², où la suspension des travaux de construction avait été ordonnée par le président d'un conseil communal non pas pour infraction aux règles d'urbanisme, mais en raison d'une contestation privée sur la propriété du terrain. En l'espèce, il y avait également absence de motif de droit.

En France, un maire avait interdit la circulation sur une voirie communale pendant les mois d'hiver afin d'éviter les frais d'entretien pesant sur le budget communal.

C- Le détournement de procédure :

Variété de détournement de pouvoir, le détournement de procédure consiste dans le recours à une procédure à une fin autre que celle pour laquelle elle doit être utilisée³.

En effet, la sanction prononcée par le gouverneur de Fès pour hausse illicite des prix est illégale parce que la décision se fonde sur le texte relatif à la répression des fraudes.

La Cour annule parce que ces deux textes organisent des procédures de répression différentes, notamment au point de vue des garanties données aux intéressés (expertise, droits de la défense).

¹ - C.S.A., 26 mai 1960, Lahcen Ben Abdelmalek Soussi, R.105.

² - C.S.A., 14 janvier 1988, RMD 1988, p.105.

³ - C.S.A. 30 janvier 1970, Mohamed Fraj, R.1966/1970, p.214.

En France, une affaire fameuse¹ illustre ce détournement. Le juge constate le détournement de procédure réalisé par un préfet qui se fonde sur ses pouvoirs de police judiciaires en matière d'atteinte à la sécurité de l'Etat pour procéder à la saisie d'un journal alors qu'il aurait dû, en l'espèce, utiliser les pouvoirs de police administrative, car il n'y avait aucune atteinte à la sécurité de l'Etat.

Mais, l'utilisation des pouvoirs de police administrative supposait qu'il y ait menace grave à l'ordre public et urgence, à défaut de quoi, la saisie aurait constitué une voie de fait.

Il y a également détournement de procédure lorsque le supérieur hiérarchique utilise le procédé de la mutation dans l'intérêt du service, plutôt, que la procédure disciplinaire pour sanctionner le comportement fautif d'un agent en privant, ainsi, celui-ci des garanties disciplinaires prévues par son statut.

En somme, le détournement de pouvoir pose un énorme problème, c'est la preuve. Le but à atteindre relève souvent de ce que ce qu'il est appelé les mobiles de l'acte, ou plutôt de l'auteur de l'acte.

Celui-ci ne les explicité généralement pas, sauf les cas très rares d'aveux naïfs ou involontaires. Il peut arriver aussi parfois qu'un concours de circonstances fasse apparaître la réalité de ces mobiles².

C'est à juste titre que la haute juridiction³ annule une mutation faisant suite à trois autres en l'espace de trois ans. Au surplus, l'administration avait proposé à l'agent soit d'accepter sa mutation, soit de conserver son affectation mais, sans aucune des responsabilités, ni aucun des avantages et de harcèlements qui démontre objectivement l'absence d'intérêt du service dans la décision de mutation.

¹ - CE., 24 juin 1960, Sté Frampar, p. 585.

² - M.A, BENABDALLAH, La preuve du détournement de pouvoir, R.M.D. 1987, n° 12, p.124.

³ - C.S.A., 18 mars 1993, Kasri, REMALD, n°9, p.67, rubrique en langue arabe.

Mais, le plus souvent, l'irrégularité du but se combine avec une irrégularité des motifs qui permet, ainsi, au juge de censurer l'acte illégal¹. Dans l'affaire Société balnéaire précitée, le motif légal du retrait d'autorisation d'occuper le domaine public ne pouvait être tiré que des nécessités d'assurer la sécurité et la bonne utilisation du domaine public.

Force est de constater que l'existence d'un mobile autre que le souci d'atteindre un but d'intérêt général peut coexister avec celui-ci. Dans ce cas, le juge n'annulera pas.

La fermeture d'un établissement peut favoriser le concurrent sans être illégale s'il est prouvé que l'établissement troublait l'ordre public ou n'avait pas respecté la réglementation des prix et de la concurrence.

De même que la violation de la loi est une question non moins importante se rapportant à l'objet, qui doit être conforme à la règle de droit.

§2- Le contrôle de l'objet ou violation de la loi

Il s'agit de contrôler la mesure proprement dite qui constitue le dispositif de la décision. Ce contrôle ne pose pas de problème en principe. Il s'agit de vérifier que les textes permettaient à l'auteur de l'acte de prendre la mesure qu'il a prise.

Naturellement, celui-ci doit respecter, dans l'édition de sa décision, l'ensemble des règles de droit existantes, y compris les principes généraux du droit. D'ailleurs, en vertu de l'article 50 de la loi du 12 juillet 1991, les juridictions peuvent vérifier la conformité des décrets à la constitution.

La cour a censuré des décisions dont l'objet n'était pas conforme à la règle de droit. Elle annule des sanctions disciplinaires qui ne figurent pas sur la liste de celles qui peuvent légalement être prononcées.

¹- M. ROUSSET et M.A. BENABDALLAH, « Contrôle des motifs et détournement de pouvoir en matière de mutation de fonctionnaire », Note sous C.A.A., Rabat, 9 mars 2011, Agence Maghreb Presse c/Harrak, REMALD n°97-98, 2011, p.215.

De même, la dite cour annule le refus de réintégrer un agent alors que la loi permet cette réintégration. Elle annule une décision d'interdiction alors que la loi permet seulement d'assortir l'autorisation d'un certain nombre de conditions.

La cour estime qu'un décret ayant prévu certains avantages pour les médecins de santé publique, le refus d'en faire bénéficier un médecin contractuel. L'étranger constitue une discrimination contraire aux dispositions du décret¹.

Il en est de même pour une décision de sanction non comprise dans la liste légale² :

Est une violation de la loi, le fait pour un ministre de nommer des chefs de service ne remplissant pas les conditions statutaires, en refusant de procéder à la nomination du requérant qui postulait en remplissant ces conditions³.

En matière de délivrance de passeport, une décision particulièrement bien motivée et importante au regard des libertés publiques doit être notée. Elle précise :

« Attendu que tout citoyen a le droit d'obtenir un passeport ; qu'il ne peut être privé de ce droit que si un texte de loi prévoit cette interdiction... Attendu qu'en refusant de renouveler le passeport du demandeur ou de lui en délivrer un autre en l'absence de toute interdiction légale, le gouverneur de Tanger a violé la loi⁴... ».

Bien plus, dans une décision du 28 septembre 1995, le Tribunal administratif de Rabat censure l'illégalité d'une décision interdisant au requérant de quitter le territoire pour se rendre en France où réside sa famille

¹ - CS 21 juin 1990, Rino.

² - CS 6 juin 1985, Bougrine.

³ - CS 20 février 1981, Yahya Al Ayadi.

⁴ - C.S.A., 11 juillet 1985, Echemlal, R.J.P.E.M., n° 20, 1988, p. 29.

en invoquant l'article 9 de la Constitution de 1992 qui garantit la liberté de circuler¹.

Mais, deux décisions sont relatives à la méconnaissance par l'administration d'une disposition de la loi sur la liberté d'association qui soumet la création d'une association à la seule formalité de la déclaration à l'autorité administrative et dont la formule finale est sans équivoque : « il sera, de toute déclaration ou dépôt, donné récépissé ». L'administration soit refuse de recevoir la déclaration ou le dépôt, soit refuse d'en délivrer récépissé.

Les tribunaux administratifs d'Oujda et d'Agadir ont censuré ces refus illégaux pour violation manifeste de la loi².

Le Tribunal administratif de Marrakech a jugé que l'administration, en l'espèce le caïd, était radicalement incompétente pour déclarer la nullité d'une association et, pour ce motif invoqué à tort, refuser de délivrer la récépissé prévu par la loi.

Seule la justice peut prononcer cette nullité selon l'article 7 du Dahir du 15 novembre 1958 relatif au droit d'association, sauf les cas résultant de la modification de ce texte en 1973 où l'association peut être suspendue ou dissoute par décret³.

§3- Le contrôle des motifs

Les motifs sont des faits objectifs antérieurs à la décision et qui lui servent de fondement logique et juridique.

¹ - T.A., Rabat, 28 septembre 1995, Ouakka Omar c/ ministre de l'Intérieur, REMALD, n°17, 1996, rubrique en langue arabe, p. 133.

² - T.A., Oujda, 29 mai 1996, Amara et T.A., Agadir, 18 juin 1998, Association Zaouiat Aït Rakhae, REMALD, n°26, 1999, p.85.

³ - T.A., Marrakech, 19 mai 1999, Président et membres de la commission préparatoire de l'association marocaine des retraités de la région du Tensift, REMALD, n°30, 2000, p. 89.

L'administration n'est pas libre de choisir les motifs de ses décisions. C'est la raison pour laquelle le juge cherche à en contrôler le bien-fondé et la régularité.

La difficulté de ce contrôle tient au fait que si toute décision doit reposer sur un motif légal, l'administration n'a pas l'obligation de le formuler expressément dans sa décision.

Certes, il existe, de plus en plus, souvent des textes qui imposent cette motivation chaque fois qu'il s'agit de décisions qui accordent ou refusent un agrément ou qui octroient ou refusent un avantage, prononcent une sanction... Mais, il n'est pas question toujours de l'obligation de motivation.

De même que le juge se reconnaît le droit de réclamer à l'administration la communication des motifs de sa décision chaque fois que cela est nécessaire à l'exercice de son contrôle lorsque la décision attaquée met en cause un droit ou une liberté du requérant.

Mais, ces textes législatifs ou la jurisprudence des tribunaux ne permettaient pas un contrôle suffisant de la motivation. C'est pourquoi, loi n° 03-01 du 23 juillet 2002 précitée¹ a étendu l'obligation de motiver à un grand nombre de décisions individuelles² **(A)**, qui obéissent à certaines modalités de contrôle **(B)**.

A- L'obligation de motiver selon la loi n° 03-01 du 23 juillet 2002 :

La loi vient compléter l'ensemble des textes antérieurs qui établissent une obligation de motiver dans des cas particuliers.

La dite loi ajoute à ceux-ci une obligation qui pèse sur l'administration de l'Etat, des collectivités locales et de leurs groupements, des établissements publics et des organismes privés investis d'une mission de service public.

¹ - La loi n° 03-01 du 23 juillet 2002 précitée, B.O. 2002, p. 882.

² - « L'obligation de motivation des décisions de l'administration », Actes de la journée d'études, REMALD, Thèmes actuels n° 43, 2003.

La motivation est prescrite à peine de nullité de la décision. Elle doit comporter les éléments précis de fait et de droit qui servent de fondement à la décision.

Les décisions qui doivent être motivées sont les décisions individuelles défavorables aux intéressés, les décisions liées à l'exercice d'une liberté publique, celles qui sont liées à l'exercice d'un pouvoir de police administrative, les décisions de sanction administrative ou disciplinaire.

Il en est de même des décisions qui subordonnent à des conditions restrictives particulières l'octroi d'une autorisation, d'une attestation, ou de tout autre document administratif, ou qui imposent des sujétions non prévues par les lois et règlements, les décisions qui abrogent ou retirent une décision créatrice de droit. Les décisions qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance de droit.

Doivent aussi être expressément motivées, les décisions qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions pour l'obtenir.

De ce fait, cette liste est importante même si, procédant par énumération positive, elle laisse, peut-être, en dehors des situations génératrices de décisions qui mériteraient d'être motivées.

C'est ce que la pratique fera sans doute apparaître mais, que la jurisprudence pourra, également, combler en faisant éventuellement appel aux principes généraux du droit.

La loi a, aussi, prévu le cas des décisions tacites. Le destinataire de ce type de décisions n'est pas désarmé, car il peut dans le délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai légal du recours, demander à l'administration responsable communication des motifs de la décision.

Celle-ci doit, alors, accéder à cette demande dans le délai de quinze jours, après quoi le requérant peut intenter le recours contre la décision tacite et les motifs contestés, ou éventuellement, en invoquant le silence de l'administration à la suite de cette demande.

Toutefois, le législateur a tenu compte des nécessités de l'action administrative dans deux sortes de situation.

La première concerne les décisions prises en cas de menace pour la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat. Il est cependant, permis de penser que, dans le cadre de l'excès d'appréciation », le juge pourrait contrôler l'existence de cette menace afin d'empêcher que le recours à cette notion ne soit une « commodité » utilisée par l'administration pour échapper à l'obligation de motivation.

La deuxième situation, quant à elle, concerne l'urgence dans des cas de nécessité ou de circonstances exceptionnelles. Dans ce sens, le destinataire de la décision pourra dans les 30 jours de la notification de la décision, demander à son auteur communication de ses motifs. Celui-ci dispose alors de 15 jours à compter de la réception de la demande pour y répondre.

Le législateur précise que cette exception, à l'obligation de motiver, ne peut être invoquée par l'administration lorsqu'il s'agit de décisions de sanction administrative ou disciplinaire ou celles qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance de droit.

En effet, ce genre de situation l'administration connaît parfaitement les motifs de la décision qu'elle veut prendre et que les expliciter ne lui pose aucun problème.

Il est clair qu'il appartient au juge de trancher les contestations qui peuvent s'élever s'agissant de la légalité des motifs des décisions de l'administration¹.

Il est des cas où, disposant d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration n'a pas l'obligation de motiver sa décision. Par exemple, lorsqu'elle relève de ses fonctions un agent occupant un « emploi de responsabilité » c'est-à-dire un emploi supérieur dont la nomination est à la discrétion de l'autorité investie du pouvoir de nomination.

Elle peut nommer un tel agent et le relever de ses fonctions sans avoir à indiquer les motifs de ses décisions. Mais, si elle précise les motifs d'une décision le relevant de ses fonctions, alors le juge est en droit d'en vérifier la réalité en fait et en droit².

B- Les modalités du contrôle juridictionnel des motifs :

Lorsqu'il est saisi, le juge vérifie que le motif n'est pas atteint par un vice qui peut se manifester de diverses manières. Il s'agit du motif qui n'existe pas : c'est l'erreur de fait **(a)**, du motif qui n'existe pas juridiquement **(b)**, de l'erreur de droit **(c)** et du motif qui a été mal apprécié, c'est-à-dire qu'il n'est pas de nature à justifier légalement la décision. Il est question de l'erreur de qualification **(d)**.

a) L'erreur de fait :

Il s'agit de vérifier que les faits allégués comme motifs de la décision existent réellement.

A ce niveau, différents procédés procéduraux importants permettent de constater, de vérifier l'existence matérielle des faits. Il est question de l'expertise, de l'enquête et de la visite des lieux. Exemple de la fermeture du

¹ - M.A. BENABDALLAH, Le pouvoir discrétionnaire de nomination et l'obligation de motivation des décisions administratives, REMALD, 2006, n°65. P.149.

² - T.A. de Rabat, 5 mai 2015, Bouchra Ouachou, REMALD, n° 125, 2015, p. 371.

garage à Fès pour tapage, ou bien encore vérification des raisons qui ont entraîné le non-respect d'une obligation de construire dans un certain délai de la part de l'acquéreur de terrain vendu par l'administration¹.

Les causes du défaut de construction sont mises en évidence à la suite d'une expertise ordonnée par la Cour suprême qui fait apparaître que la cause réside dans l'inertie de l'administration qui n'a pas procédé à la délivrance du permis de construire².

De même, dans une décision du 14 janvier 1988³, le juge annule une décision de suspension de travaux de construction prise au motif qu'il y aurait eu infraction aux règles d'urbanisme.

Or, cette infraction n'existait pas (en fait il y avait détournement de pouvoir car le président du conseil communal cherchait à régler une contestation portant sur la propriété du terrain).

Dans une décision du 31 janvier 1985, la cour annule une décision d'augmentation d'une redevance pour occupation du domaine communal parce qu'elle ne repose sur « aucun critère objectif⁴ ».

La dite cour annule également une décision de sanction au motif que l'administration « n'a pas appuyé ses allégations sur des faits détaillés et précis, se bornant à des généralités insuffisantes pour incriminer le requérant⁵ » : (dont il convient de remarquer qu'elle est une association de droit privé investie d'une mission de service public délégataire de prérogatives de puissance publique).

¹ - C.S.A., 17 juillet 1969, Union hôtelière de l'Afrique du Nord.

² - Union hôtelière d'Afrique du Nord (annulation de la décision de résiliation de la vente).

³ - Décision du 14 janvier 1988, R.M.D. 1988, p.105.

⁴ - C.S.A., 31 janvier 1985, Sté Benkhalel frères c/ Président du conseil communal de Marrakech, RMD n°12, 1987, p.105.

⁵ - C.S.A., 31 octobre 1991, Saâd Ben Haj Saigh c/ Fédération royale marocaine de foot-ball.

De même, après expertise il apparaît que le garage ne causait aucun trouble au voisinage ; la décision du pacha de Fès ordonnant la fermeture de l'établissement doit être annulée car le motif manque en fait¹.

Le juge peut, d'ailleurs, demander à l'administration de lui communiquer le dossier afin de vérifier la réalité des faits invoqués à l'appui de la décision.

Dans l'affaire Sté de transport rural de Fès, la cour annule la décision de sanction au motif que l'autorité administrative ne lui a fourni aucun élément lui permettant d'exercer son contrôle sur la réalité des faits constitutifs de l'infraction imputée à la Société.

Si la décision repose sur plusieurs motifs et si l'un d'eux seulement est illégal, la décision ne sera pas nécessairement annulée, car le juge fait la distinction entre le motif déterminant et le motif surabondant.

La validité du premier est suffisante pour entraîner le maintien de la décision² : Deux faits étaient invoqués à l'appui d'une sanction : l'un des deux manque en réalité. Mais, le second, bien réel, est suffisant pour justifier la sanction).

b) L'erreur de droit :

Chaque décision doit reposer sur un motif qui est juridiquement prévu ; il faut donc respecter le lien établi légalement entre la décision et le motif. Une révocation suppose une faute disciplinaire. Or, n'importe quel fait ne constitue pas une faute.

¹ - C.S.A., 8 mai 1970, Hachoumi Ben Abdesslam, Jurisprudence de la Cour suprême, 1966-1970, p. 153 (en langue arabe).

² - C.S.A 9 mars 1964, Kanouni Driss. 196

Dès lors qu'un fait a été dénié par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, il ne peut plus servir de fondement légal à une sanction disciplinaire¹.

Un licenciement peut être la conséquence soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une impossibilité de réintégration à l'issue d'une période de congé pour longue maladie, soit pour suppression d'emploi...

Le refus du permis de construire n'est justifié que si le demandeur ne respecte pas les règles prévues par le Dahir sur l'urbanisme. De même que le retrait d'agrément pour les entreprises de transport routier ne peut être prononcé que pour des motifs prévus par la loi². Il en est de même pour le retrait ou le refus d'octroi d'une licence de taxi³.

La Cour suprême a également annulé, pour erreur, le droit la décision du gouverneur de Fès prononçant la fermeture d'une librairie pour atteinte à l'ordre public du fait qu'avaient été exposés à la vente les Evangiles. La Cour observe que ces textes sont enseignés dans les facultés de Charia et que, dans ces conditions, il ne peut y avoir d'atteinte à l'ordre public⁴.

c) L'erreur de qualification : l'adaptation de la décision au motif :

Tout fait conforme à la réalité et juridiquement correct n'est pas de nature à justifier légalement la décision.

Dans certains cas, le juge pousse son contrôle très loin en vérifiant l'adaptation de la décision aux motifs invoqués. C'est le cas en matière de police administrative où le juge exerce un contrôle maximum. La mesure de

¹ - C.S.A., 8 août 1985, Kabiri Seddik Ahmed Ben Al Fakak c/ Directeur général des douanes et impôts indirects.

² - C.S.A 23 mars 1964, Hadi Lyoubi, R. 200

³ - C.S.A 21 décembre 1961, Ville de Casablanca c/ Magro, R. 225.

⁴ - C.S.A., 17 octobre 1985, K.M.c/Gouverneur de Fès, RMD 1986, n°1, p.42.

police administrative doit être exactement proportionnée à la menace de trouble à l'ordre public.

Le pouvoir de l'autorité administrative est alors un pouvoir lié ; l'appréciation de la gravité du trouble n'est pas laissée à la libre détermination de l'autorité administrative pas plus que la nature de la décision à prendre pour y faire face. Ce contrôle est naturellement exercé a posteriori, mais il est très poussé.

Mais, les situations de pouvoir ainsi liées sont relativement rares, car l'administration possède le plus souvent une marge d'appréciation de l'opportunité de son action que le juge respecte.

Aussi l'administration peut-elle apprécier les exigences d'une bonne gestion du domaine communal ou bien encore si les besoins de la population sont satisfaits par le nombre de voitures de places existantes dans la décision précitée *Magro c/ Ville de Casablanca*.

En revanche, le juge estime qu'une condamnation pénale ne peut justifier légalement le retrait du permis de circuler prononcé à l'encontre d'un chauffeur de taxi que si « les faits retenus par la juridiction répressive et ayant motivé la condamnation étaient de nature à porter atteinte au bon ordre et à la moralité publique¹ ».

Le juge contrôle également les motifs invoqués à l'appui du retrait de l'autorisation d'occuper le domaine public maritime.

Le fait de consulter un cahier, au cours d'un examen, constitue un fait qui, par lui-même, est de nature à justifier légalement l'exclusion du candidat².

Dans tous ces cas, le juge se livre à un contrôle normal. Mais, il existe une troisième série de situations dans lesquelles l'autorité administrative se

¹ - C.S.A 16 juin 1962 *Hamou David*, R.63.

² - C.S.A 19 décembre 1959, *Moulay Lyazid El Alaoui*, R.92.

voit reconnaître une très large liberté d'appréciation des motifs des décisions qu'elle peut être amenée à prendre. En effet, le juge n'exerce alors qu'un contrôle réduit sur la liaison motif-décision. Il est question d'un contrôle minimum.

L'appréciation des mérites des candidats à l'inscription au tableau des experts agréés auprès des tribunaux relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative¹.

Il en est de même des appréciations que porte un jury de concours ou d'examen sur les mérites des candidats ou bien encore de l'utilité publique dans la procédure d'expropriation.

En France, le juge a essayé d'élargir son contrôle dans ce genre de situation, en faisant appel à la notion de proportionnalité ou à celle d'erreur manifeste, de façon, à censurer des erreurs grossières commises par l'administration dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Il fait appel au principe de proportionnalité dans une décision de principe² en jugeant qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique « que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

Le juge applique, par ailleurs, la notion d'erreur manifeste dans une série de cas où il n'exerce qu'un contrôle dit minimum (contrôle de l'irrégularité externe, de l'erreur de fait et de droit, du détournement de pouvoir).

¹ - C.S.A., 9 janvier 1960, Loc, R.95.

² - C.E. 28 mai 1971, Ville nouvelle Lille-Est, G.A.J.A. 639.

En revanche, il ne contrôle pas l'adaptation motif-décision sauf le cas d'erreur grossière. Il utilise cette technique de contrôle en matière de remembrement¹.

En matière d'urbanisme à propos d'un plan d'occupation des sols (Association pour le sauvegarde du pays de Rhuys²) et pour l'expulsion d'un étranger³.

Le fait pour un étranger d'être entré en fraude sur le territoire national et de n'avoir pas de travail ne constitue manifestement pas un danger pour l'ordre public justifiant légalement une mesure d'expulsion.

Constitue manifestement une atteinte au site le fait pour le plan d'occupation des sols de prévoir la construction d'un parking de 8000 m².

Le Conseil d'Etat a étendu ce contrôle de l'erreur manifeste en matière d'adaptation de la sanction disciplinaire à la faute⁴ ou encore en matière de notoriété médicale⁵.

Au Maroc, les juridictions utilisent une notion empruntée semble-t-il au droit administratif égyptien, mais qui se révèle très proche de la notion française d'erreur manifeste : « l'excès d'appréciation » des motifs qui fondent la décision peut conduire à son annulation.

C'est le Tribunal administratif de Rabat qui, à propos d'une décision de sanction disciplinaire, relève qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative mais qui ajoute « que ce pouvoir d'appréciation excès d'appréciation⁶... ».

La Cour suprême a, elle aussi, adopté cette jurisprudence qui consiste à censurer les décisions de sanction lorsque, par leur gravité, celle-ci dénotent

¹ - CE 6 novembre 1970, Guyé, R.D.P. 1977, 517.

² - CE 19 octobre 1979, A.J.D.A. 1980, p.110.

³ - CE Sieur Pardov, 3 février 1975, A.J.D.A 1975, p. 131.

⁴ - CE Lebon, 9 juin 1978, G.A.J.A. 633.

⁵ - 7 juin 1967, Rougemont, A.J.D.A. 1968, p.48.

⁶ - T.A., Rabat, 23 mars 1995, Boulil, REMALD, n°12, 1995, p.78.

un « excès d'appréciation » de la part de l'autorité détentrice du pouvoir disciplinaire¹.

Il est à souhaiter que le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration soit étendu à d'autres domaines que celui de la répression disciplinaire de la fonction publique, notamment l'urbanisme ou les décisions prises en matière d'intervention économique.

Une dernière avancée de la jurisprudence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique est à évoquée. Alors que pendant longtemps la Cour suprême s'était bornée à contrôler l'utilité publique de façon abstraite, elle s'est récemment décidée à effectuer la vérification concrète de l'existence de cette utilité².

Cette décision³ ouvre la voie à l'utilisation de la théorie du bilan coût-avantage dans le domaine de l'expropriation, domaine dans lequel l'administration jouissait jusqu'alors d'une liberté souvent proche de l'arbitraire.

Techniquement, le recours en annulation constitue un outil qui semble au point. D'une façon générale, le juge lorsqu'il est saisi, dispose des moyens nécessaires afin d'assurer tant la crédibilité que l'efficacité de ses décisions et n'hésite pas à le faire en utilisant toutes les ressources que le contentieux de la légalité met à sa disposition.

Force est de constater, que le REP présente beaucoup d'avantages, mais il comporte plusieurs aspects négatifs, et ils sont nombreux. Qu'en est-il, de ce fait, son appréciation, tant au niveau marocain que français ?

¹ - C.S.A., 13 février 1997, Ajdaa Rachid, REMALD, n° 20-21, 1997, p.109.

² - M.A. BENABDALLAH, « L'apparition de la théorie du bilan dans la jurisprudence de la Cour suprême », REMALD, n° 22, p.113.

³ - C.S.A. 7 mai 1997, Abied, R, p.473

Chapitre II : L'appréciation sur le recours pour excès de pouvoir

« Si j'étais de votre nation, et si j'admirais, comme vous tous, votre grand conseil, et son recours, je ne cesserais, me semble t-il, non de lui enchanter les louanges, mais de lui en dénoncer les faiblesses, pour l'inciter à se dépasser lui-même et à l'égaliser à ce grand dieu que vous nommez le règne du droit¹ ».

La nature juridictionnelle de la garantie du principe de la légalité ne doit pas faire obstacle au plein accomplissement de sa mission par le juge, garant de l'Etat de droit.

Permettre au juge de l'excès de pouvoir de soulever d'office tout moyen ou conclusion propre à fonder l'annulation de l'acte régulièrement contesté, bien loin de dénaturer son office, permettrait au contraire de parachever l'œuvre de perfectionnement assurément engagé.

Aucun obstacle d'ordre théorique ou pratique, ni faisant obstacle, une telle évolution n'est conditionné que par l'excitante d'une volonté propre à en autoriser la réalisation.

Consacrer mes conclusion d'ordre public et généraliser les moyen d'ordre public suppose convaincre de la nécessité de remédier aux déficiences du contrôle juridictionnel observer (**Section 1**).

Ces faiblesses, malgré leur circonscription, ne relèvent pas de l'ordre du détail, mais au contraire de la dissymétrie qui altère l'office du juge de la légalité (**Section 2**).

¹ - J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le la REP », D. 1962, chron, p.37.

Section I : Un contrôle juridictionnel défectueux

La défectuosité du contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs se rencontre lorsque de tels actes, assurément illégaux, subsistent malgré tout aux recours contentieux pourtant recevable dirigé à leur encontre.

Enserré dans les termes de la requête et limité par les éléments constitutifs de la demande, le juge de la légalité se retrouve alors face à l'impossibilité, sous peine d'irrégularité de son jugement, de prononcer une annulation néanmoins justifiée.

Le juge administratif de la légalité ne peut se saisir d'office de conclusions, c'est-à-dire modifier l'objet de la demande qui lui est soumise, ni statuer sur des moyens que n'auraient pas soulevés les parties, à l'exception des moyens d'ordre public. L'absence de maîtrise de ces éléments constitutifs limite la portée de son intervention, voire réduire l'effectivité de son pouvoir d'annulation.

Il y'a des hypothèses dans lesquelles le juge de la légalité se trouve dans l'impossibilité d'annuler un acte administratif illégal du fait de l'enserrement de ses prérogatives dans le cadre de l'instance.

Ce cadre, largement déterminé par la volonté des parties, est constitué à la fois par l'objet de la demande, prenant la forme des conclusions et par les moyens soulevés au soutien de cette demande.

Qu'il s'agisse de la règle interdisant au juge de se saisir d'office de conclusions, dite non ultra petita (**§1**) ou de celle lui interdisant de se saisir d'office de moyens ordinaires, compris comme n'étant pas revêtus du sceau de l'ordre public (**§2**).

Ces principes régissant classiquement la procédure administrative contentieuse font parfois obstacle à l'aboutissement d'une « requête

juridiquement fondée mais incorrectement formulée¹ ». La survivance d'actes manifestement illégaux témoigne alors de la défectuosité du contrôle de légalité mis en œuvre par le juge administratif.

§1- Les travers de la règle non ultra petita

Le juge administratif de la légalité, à l'instar de son homologue judiciaire, doit se prononcer sur l'ensemble des conclusions dont il est saisi. Ce principe lui impose alors positivement de statuer omnia petita, et comporte l'interdiction corrélatrice de statuer infra petita².

En ce sens, les conclusions de la requête permettent « de déduire le périmètre à l'intérieur duquel le juge a l'obligation de remplir son office »³.

Définissant l'objet de la demande dont est saisi le juge, elles marquent également les limites indépassables du cadre de son intervention en ce qu'il lui est rigoureusement interdit de s'en émanciper, conformément à la règle non ultra petita⁴.

L'office du juge de la légalité apparaît dès lors strictement délimité par les conclusions formulées par les parties **(A)**, alors même que cet encadrement fait parfois paradoxalement obstacle à l'exercice de son pouvoir d'annulation**(B)**.

A- La stricte délimitation de l'office du juge par les conclusions des parties :

La règle générale de procédure interdisant au juge de statuer ultra petita**(1)** connaît un tempérament par le recours à la technique de

¹ - M. STAUB, « L'indivisibilité en droit administratif », LGDJ, 1999, n° 784.

² - CE 17 novembre 1982, Kairenga, p. 385 : Sauf dans le cas où un incident de procédure y fait obstacle, lesdites juridictions ont l'obligation d'épuiser définitivement leur pouvoir en statuant sur toutes les conclusions présentées devant elles » ; CE 19 février 1982, Cammaret, p. 78.

³ - S. DEAL, « contentieux administratif », PUF, 2010, p. 151.

⁴ - Signifiant littéralement « au-delà de la demande ».

l'interprétation de la demande (2), lequel ne vient que renforcer un principe fermement ancré dans la jurisprudence administrative.

1- Un office rigoureusement encadré par la règle non ultra petita :

Bien que maintes fois réitérée par la jurisprudence, la règle non ultra petita supporte des significations doctrinales diverses et une valeur somme toute relative, n'atténuant finalement en rien le caractère impératif de la prohibition qu'elle exprime.

Dès 1964, pour M. Heurté, l'obligation de statuer dans les limites des conclusions « se complète par l'interdiction de soulever d'office des moyens autres que ceux que l'on qualifie d'ordre public¹ ».

Cette conception est partagée par C. Debbasch et J.C. Ricci², ainsi que par J.P. Chaudet pour qui « une juridiction ne peut, sous peine d'ultra petita, se prononcer sur des moyens et conclusions dont elle n'a pas été saisie par les parties ou à l'égard d'une personne qui ne serait pas en cause à l'instance³ ». Selon ces auteurs, la règle non ultra petita s'exprimerait à la fois à l'égard des parties, des conclusions et des moyens.

Tenant d'une conception plus extensive encore, M.M. Auby et Drago identifient quatre hypothèses dans lesquelles le juge statue ultra petita⁴ : lorsqu'il statue sur des éléments du litige ne correspondant pas aux conclusions des parties, lorsqu'il statue à l'égard de personnes non parties à l'instance, lorsqu'il existe une contradiction entre les motifs et le dispositif de sa décision et lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction sur un point n'ayant pas fait l'objet de conclusions des parties.

¹ - A. HEURTE (A), « Les règles générales de procédure », AJDA, 1964, p. 4.

² - C. DEBBASCH et J.C. RICCI, « Contentieux administratif », Dalloz 7ème édition, 1999, n° 616 : « Le juge ne peut statuer en dehors du cadre de l'instance ».

³ - P. CHAUDET, « Les principes généraux de la procédure administrative », LGDJ, 1967, n° 705.

⁴ - J.M. AUBY et R. DRAGO, « Traité du contentieux administratif », LGDJ, 1984, T2, p. 539.

Ainsi, pour M Auby « "l'ultra petita" suppose un dépassement par le juge du cadre de l'instance qui s'impose à lui, aussi bien du point de vue de l'objet, des moyens et de la cause que des personnes en litige¹ ».

Quant à l'hypothèse exceptionnelle de contradiction interne au jugement, elle est illustrée par un arrêt rendu par le Conseil d'Etat en 1954 qui annule un jugement du tribunal administratif allouant une indemnité en raison d'un préjudice dont l'existence est, par ailleurs, méconnue, pour avoir « dépassé les conclusions de la réclamation dont il était saisi² ».

Alors que pour M. Auby l'arrêt fait preuve d'une « inutile subtilité³ », M. Bertrand fait, quant à lui, utilement remarquer qu'il « n'existe aucune dénaturation de la demande des parties mais uniquement un vice interne au raisonnement du juge⁴ ». Il s'agit là d'un cas d'espèce original et isolé auquel ne saurait donner le sens des solutions de portée générale.

A ces conceptions lato sensu de la règle non ultra petita, qui étendent son domaine à l'ensemble des éléments constitutifs de la demande, répondent des conceptions plus strictes reflétant plus exactement l'état de la jurisprudence.

En revanche, des conceptions stricto sensu peuvent être avancées. Pour M. Chapus, la règle non ultra petita répond à « l'interdiction pour le juge de statuer au-delà de ce qui lui est demandé⁵ », c'est-à-dire de statuer au-delà des conclusions dont il est saisi.

¹ - J.M. AUBY, « « L'ultra petita » dans la procédure administrative contentieuse », Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974, t2, p. 267.

² - CE 5 mai 1954, syndicat des Maraies des Deux-Sèvres, p. 890.

³ - J.M. AUBY, « « L'ultra petita » dans la procédure administrative... », op. cit, p. 273.

⁴ - F.G. BERTRAND, « La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif », Thèse, Paris, 1974, p. 28.

⁵ - R. CHAPU, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008, n° 1058.

De ce fait, la règle interdisant au juge de statuer ultra petita s'identifie donc à la formulation jurisprudentielle de 1919 et son domaine est circonscrit aux seules conclusions des parties¹.

Dans le même sens, M. Pacteau estime que le principe non ultra petita correspond à l'obligation faite au juge de statuer uniquement sur les conclusions dont il est saisi, mais sur l'ensemble de celles-ci, en vertu du principe de l'omnia petita².

M. Bertrand quant à lui, après avoir proposé une définition pour le moins extensive de l'ultra petita recouvrant « l'ensemble des dénaturations, qu'il s'agisse d'extra, d'"infra" ou d'"ultra petita" stricto sensu³ », conclut en considérant que « la violation de la règle "non ultra petita" ne sera susceptible de se produire qu'à l'égard de l'objet et des parties⁴ ».

Pour M. Le Berre plus précisément, lorsque « le juge soulève d'office un moyen d'ordre public, il ne porte pas atteinte à l'interdiction de statuer ultra petita puisqu'il ne modifie pas l'objet de la requête mais, introduit un nouveau moyen dans le débat⁵ ».

La possibilité pour le juge de soulever un moyen d'ordre public ne s'analyse pas comme une exception, ou une dérogation à la règle non ultra petita.

Ainsi, dans les conceptions strictes de l'interdiction faite au juge de statuer ultra petita, seul l'objet de la demande apparaît comme une limite à ne pas dépasser, c'est-à-dire que seules les conclusions sont concernées en tant qu'elles « sont l'expression des prétentions soumises au juge, ou pour

¹ - CE 25 octobre 1968, Dame Veuve Bille, T, p. 875.

² - B. PACTEAU, « Contentieux administratif », PUF, 7^{ème} édition,, 2005, n° 254.

³ - F.G. BERTRAND, op. cit, p. 34.

⁴ - F.G. BERTRAND, op. cit, 379.

⁵ - H. LE BERRE, « Droit du contentieux administratif », Ellipses, 2^{ème} édition, 2010, n° 208.

reprendre les termes de l'article 1351 du Code civil, de la "chose demandée¹».

Il ne paraît néanmoins pas utile d'aborder plus précisément les divergences qui peuvent exister sur la teneur des conclusions proprement dites, à savoir si elles s'identifient à l'objet de la demande ou bien également à la cause juridique de celle-ci².

Il ressort de ce qui précède, que l'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita* signifie qu'il ne peut statuer sur des conclusions dont il n'a pas été saisi par les parties.

En d'autres termes, qu'il ne peut soulever d'office des conclusions. La règle *non ultra petita* sera entendue dans son acception stricte, telle que généralement employée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Les arrêts relatifs à l'*ultra petita* ne concernent, en principe, que des cas où il est statué au-delà de l'objet de la demande, soit que des indemnités d'un montant supérieur à celui demandé soit accordées, soit qu'il soit statué à l'égard d'une décision non contestée.

Il est, par ailleurs, indiqué par le plan de classement de la jurisprudence administrative que l'*ultra petita* relève des questions générales de procédure, relatives aux pouvoirs et devoirs du juge par rapport aux conclusions.

Conformément à la conception stricte retenue, il convient de distinguer l'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita*, de celle qui lui est faite de soulever d'office un moyen qui ne serait pas d'ordre public, dans la mesure où si les deux règles procèdent d'une même logique, elles n'en demeurent pas moins distinctes, tant dans leur fondement que dans leurs implications.

¹ - R. CHAPUS, « Droit du contentieux ... », op. cit, n° 897.

² - R. ODENT, « Contentieux administratif », réédition, Dalloz, 2007, P. 870.

2- Un succédané de tempérament: l'interprétation des conclusions :

Une interprétation utile de la demande. Bien que le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge apparaisse particulièrement strict, il ne l'empêche cependant pas de se reconnaître « le pouvoir d'interpréter la demande c'est-à-dire de définir le contenu de la demande¹ ».

Ce pouvoir d'interprétation se traduit par une qualification, voire une requalification des termes de la requête maladroitement, et partant inefficacement, formulés.

Il s'agit pour le juge de donner à la demande du requérant sa véritable portée juridique, lui conférant ainsi « un effet utile² ».

Le leitmotiv de l'interprétation de la demande par le juge est sans conteste le respect de la volonté du requérant. En ce sens, le juge « s'abrite » derrière elle et « s'attribue ainsi le pouvoir de démonter l'apparence de la demande pour en faire apparaître l'essence. Le juge agit comme une sorte d'éclaireur de la volonté du requérant³ ».

Dès lors, il ne s'agit, en aucun cas, pour le juge de transgresser la volonté du requérant, bien au contraire. Dépasant « la lettre des requêtes⁴ », le juge « recherche ce que sont "en réalité" les prétentions du requérant en interprétant les expressions que celui-ci a employées et l'argumentation qu'il a développée⁵ ».

L'utilisation de son pouvoir par le juge ne doit pas avoir pour résultat la dénaturation des conclusions dont il est saisi, dans la mesure où « le juge ne peut statuer d'office sur des prétendues conclusions qui n'existent pas dans

¹ -C.DEBBASCH, « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties », JCP, 1982, I, 3085, spécial, n° 1.

² - Ibid, n° 4.

³ - C.DEBBASCH, « L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties... », op. cit, n°4.

⁴ - C. DEBBASCH et J.C. RICCI, op. cit, n° 618.

⁵ - R. ODENT, « Le destin des fin de non-recevoir », Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974, p. 653.

les mémoires¹ », à savoir « des conclusions imaginaires qu'il a cru discerner dans les intentions d'une des parties² ».

Et c'est justement parce qu'il reste limité par la volonté du requérant qu'il ne s'agit pas d'une dérogation à la règle non ultra petita. Lorsqu'il regarde des conclusions dirigées contre tel acte, plutôt que contre tel autre, le juge ne statue pas ultra petita. Il redonne, au contraire, à la requête son sens véritable, en assurant ainsi, le plus souvent, sa recevabilité.

Qualifier ou requalifier des conclusions, afin de sauvegarder un recours voué à l'échec, ce n'est pas aller au-delà de ce qui est demandé, mais précisément répondre à ce qui est demandé³.

C'est la raison pour laquelle l'interprétation de la demande peut tout au plus apparaître comme un « tempérament à la règle de non ultra petita⁴ », voire une « atténuation⁵ » de la règle selon laquelle le juge ne statue que dans la limite des conclusions des parties fixant le cadre de l'instance.

Plus précisément, « l'exception n'est qu'apparente et confirme la règle en ce qu'elle n'a été créée et n'est appliquée que pour mieux sanctionner le principe⁶ ».

En effet, une interprétation considérée comme inexacte par le Conseil d'Etat sera censurée pour ultra petita. Ce qui n'en n'empêche, cependant, pas une utilisation régulière par les membres de la juridiction administrative qui « l'emploient sans pudeur, confirmant que cette technique juridictionnelle fait partie intégrante de l'office du juge administratif⁷ ».

¹ - C. GABOLDE, « Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », Dalloz, 6^{ème} édition, 1997, P. 335.

² - Ibid, p. 333.

³ - Et ce contrairement à l'avis de M. AUBY selon lequel « dans bien des cas, le juge se trouve conduit à statuer « ultra petita » », op. cit, p. 278.

⁴ - H. LEPETIT-COLLIN, « Recherches sur le plein contentieux administratif », LGDJ, 2011, p. 415.

⁵ - D. BALLEUL, « L'efficacité comparée du REP et de plein contentieux objectif en droit public français », LGDJ, 2002, n° 170.

⁶ - B. KORNPORST, « La notion de partie et le REP », LGDJ, 1959, P. 108.

⁷ - A. CLAUDE, « L'irrecevabilité en contentieux administratif français », L'Harmattan, 2009, n° 196.

Force est de reconnaître qu'il s'agit d'une fin unique : celles d'éviter l'irrecevabilité. En effet, l'interprétation des conclusions aboutit toujours à une reformulation de ce qui est demandé, qu'il s'agisse de requalifier l'objet ou la nature du recours.

Et si le postulat demeure toujours le même, à savoir une formulation inefficace de la requête, l'objectif l'est également : assurer la recevabilité du recours, ou tout du moins « réduire les fins de non-recevoir¹ ».

Certains ont pu évoquer une « interprétation validante² », ou bien encore une certaine « mansuétude³ », il n'en reste pas moins que l'utilisation d'un tel procédé par le juge traduit, dans la très grande majorité des cas⁴, sa volonté de « faire prévaloir l'esprit sur la lettre en redressant des conclusions mal formulées dans le sens qui permet au procès de s'engager⁵ ».

D'autres auteurs, tels que M.M. Debbasch ou Ciaudo, estiment que lorsque le juge restreint l'objet de la demande, en interprétant une demande d'annulation totale en annulation partielle, par exemple, cette interprétation apparaît défavorable au requérant.

Cette hypothèse, d'une réalisation exceptionnelle, répond, cependant, pareillement à l'objectif de recevabilité de recours, sans que le rejet au fond de la requête n'apparaisse de nature à en tirer la conclusion inverse.

La finalité de cette technique contentieuse apparaît, dès lors, des plus légitime dans la mesure où une « trop grande fermeté dans l'interprétation des recours conduirait le juge à opposer l'irrecevabilité à une trop grande partie des litiges qui lui sont soumis⁶ ».

¹ - C. DEBBASCH, op. cit, n° 11.

² - R. ROUQUETTE, « Petit traité du procès administratif », Dalloz, 4^{ème} édition, 2010, n° 322-21.

³ - C. GABOLDE, « Procédure des tribunaux... », op. cit, p. 135.

⁴ - Pour une hypothèse d'annulation, CE Ass, 3 février 1967, Confédération générale des vignerons du Midi, p. 55. Pour celle de rejet, CE 25 janvier 1957, Syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches et assimilés, p. 65.

⁵ - S. DAEL, « Contentieux administratif » PUF, 2^{ème} édition, 2006, p. 18.

⁶ - A. CLAUDE, op. cit, n° 194.

En insufflant une dose de souplesse dans l'appréciation des conclusions par le juge, la technique de l'interprétation ne s'apparente plus véritablement à un tempérament à la règle non ultra petita, mais davantage à une exception à la règle selon laquelle les conclusions doivent être formulées de manière suffisamment précise¹.

Ainsi, comme l'affirme M. Fombeur, la « portée de cette règle sévère est, cependant, limitée par le pouvoir que le juge administratif se reconnaît d'interpréter les conclusions dont il est saisi, avec d'autant plus de libéralisme que la formulation maladroite lui paraît trahir l'intention réelle de l'auteur de la requête² ».

A bien des égards, l'interprétation de la demande par le juge ne constitue pas un véritable assouplissement permettant de contourner les éventuelles impasses auxquelles conduit la règle non ultra petita. Et ce d'autant qu'elle serait à cette fin impuissante.

De surcroît, la règle non ultra petita a des implications contentieuses non moins importantes.

B- Les implications contentieuses de la règle non ultra petita :

Après avoir brièvement présenté la règle non ultra petita et ses caractéristiques principales, il convient désormais d'explicitier les hypothèses dans lesquelles celle-ci, générant des situations contentieuses originales, aboutit à la persistance d'actes administratifs dont l'illégalité est avérée, mais dont l'annulation est incorrectement sollicitée.

Ainsi, en présence d'un acte dit indivisible, la règle interdisant au juge de statuer au-delà des conclusions dont il est saisi le contraint parfois à rejeter, au stade de la recevabilité, des requêtes pourtant fondées **(1)**.

¹ - CAA Lyon 16 février 1994, Etablissement public d'aménagement des rives de l'étang de Berre, T, p.1135.

² - P. FOMBEUR, « Requête », RDCA, octobre 2010, n° 13.

De même, l'emprisonnement du juge dans les termes de la demande peut l'amener à laisser subsister partiellement un acte intégralement entaché d'illégalité (2).

1- Des rejets au stade de la recevabilité :

Les hypothèses dans lesquelles la règle non ultra petita entraîne l'irrecevabilité d'une requête potentiellement fondée se rencontrent lorsque s'insère dans le débat contentieux la notion d'indivisibilité d'un acte administratif.

Cette situation contentieuse singulière appelle une solution jurisprudentielle rigoureuse, régulièrement réaffirmée, dans laquelle l'office du juge de la légalité se réduit à un raisonnement juridique mécanique.

L'annulation partielle et indivisibilité de l'ultra petita signifie l'expression imagée de « carrefour contentieux ». Elle est utilisée parce que l'hypothèse dont il est question nécessite la réunion, ou plus précisément l'articulation, de trois notions contentieuses, à savoir, la règle non ultra petita, le pouvoir de réformation du juge et l'indivisibilité.

En effet, dans le cas où un requérant peut demander, au juge de la légalité, l'annulation de certaines dispositions seulement d'un acte considéré comme indivisible.

L'impasse contentieuse se profile alors. Le juge ne peut pas prononcer l'annulation partielle d'un acte indivisible, sous peine notamment de faire œuvre d'administrateur.

Il ne peut pas non plus l'annuler totalement, sous peine de voir son jugement entaché d'ultra petita. Il peut alors « s'avérer qu'une annulation totale, au demeurant parfaitement justifiée car fondée sur une illégalité de

nature à invalider l'ensemble de l'acte contesté, ne soit pas réalisable compte tenu de l'étendue de la demande contentieuse¹ ».

Cette hypothèse doit être distinguée à la fois du cas dans lequel le juge n'annule que partiellement un acte entièrement illégal, et du cas, qui se situe hors du champ de la problématique, dans lequel le juge, saisi de conclusions en annulation totale, limitera sa censure aux seules dispositions illégales, appliquant alors légitimement le principe « d'économie de l'annulation² », en cantonnant « l'annulation à ce qui est strictement nécessaire au respect du principe de légalité³ ».

En revanche en l'espèce, il est question du rejet, au stade de la recevabilité, d'une requête en annulation fondée, faute pour le juge de pouvoir soulever d'office des conclusions, autrement dit faute pour lui de pouvoir statuer *ultra petita*.

Il pourrait être objecté que la faculté de statuer *ultra petita* n'apparaît pas comme la seule solution à une telle impasse. Le juge pourrait, également, être autorisé à annuler partiellement un acte indivisible. Deux arguments s'y opposent pourtant :

Le premier, tiré de ce que l'annulation partielle d'un acte illégal indivisible laisse potentiellement subsister, selon la teneur du moyen retenu, des dispositions illégales.

Une telle solution ne saurait être considérée comme satisfaisante, tant intellectuellement que juridiquement, dans la mesure notamment où le deuxième obstacle sur le chemin de l'annulation partielle est justement le caractère indivisible de l'acte en question.

¹ - M. STAUB, « L'indivisibilité...é, op. cit, n° 784.

² - CE 16 décembre 2005, groupement forestier des ventes de Nonant, p. 583.

³ - CE 16 décembre 2005 précité, groupement forestier des ventes de Nonant, p. 583.

Par ailleurs, la notion de divisibilité apparaît comme un sujet à part entière¹, justifié à la fois tant par son intérêt pratique et théorique, que par sa complexité, voire son obscurité², sur lesquelles les besoins de la démonstration n'imposent pourtant pas de s'attarder.

Quant à la question de savoir quel principe théorique justifie l'interdiction de l'annulation partielle d'un acte indivisible, la réponse semble avoir évolué avec l'office du juge de l'annulation.

S'il est permis de considérer qu'une annulation partielle peut aboutir à une réformation de l'acte, un tel pouvoir n'est dorénavant plus étranger à l'office du juge de la légalité qui accepte de s'en emparer pleinement³.

La tendance jurisprudentielle s'est a priori davantage orientée vers une conception objective de l'indivisibilité, à savoir une approche essentiellement structurelle de l'acte, en laissant alors de côté la conception subjective, s'attachant quant à elle à l'intention de l'auteur de l'acte.

Ainsi, le juge contemporain de l'annulation « n'hésite pas à se faire administrateur⁴ » et « l'intention des auteurs de l'acte [ne l'a] jamais empêché de procéder à des annulations partielles⁵ ».

Assurément, une annulation partielle peut se traduire par « une transformation de l'acte initial en un acte administratif nouveau⁶ », c'est-à-dire induire une réformation de l'acte par le juge.

Simplement, l'utilisation du pouvoir de réformation par le juge de l'annulation est à présent assumée et n'explique plus, à elle seule, l'interdiction qui lui est faite d'annuler partiellement un acte indivisible.

¹ - M. STAUB, « L'indivisibilité... », op. cit, n° 784.

² - C. CORBEL, « L'annulation partielle des actes administratifs », AJDA, 1972, p. 138.

³ - C. DEBBASCH et J.C. RICCI, op. cit, n° 877.

⁴ - CE 16 décembre 2005 précité, groupement forestier des ventes de Nonant, p. 139.

⁵ - CE 16 décembre 2005 précité, groupement forestier des ventes de Nonant, p. 139.

⁶ - C. CORBEL, « L'annulation partielle... », op. cit, p. 139.

D'une certaine manière, cette « moindre réticence à administrer se remarque dans la façon dont le juge fait usage des techniques d'appréciation de la divisibilité des actes attaqués devant lui¹ », lequel n'hésite plus à retenir une approche de la divisibilité pouvant le conduire à une réécriture de la décision.

A l'heure où le juge de l'annulation n'hésite plus à dicter à l'administration les conséquences à tirer d'une annulation, ou à lui enjoindre de prendre une décision dans le sens déterminé par son propre jugement, il n'est plus tenable de soutenir qu'il s'interdit, par principe, de substituer son appréciation à celle de l'administration.

2-L'annulation partielle d'actes intégralement illégaux :

L'acte administratif est divisible et le requérant, en demandant l'annulation partielle, obtient satisfaction. Sans surprise, la règle non ultra petita interdit l'annulation totale d'un acte dont seules certaines dispositions sont contestées.

Dans certains cas, l'annulation partielle conforme à l'illégalité partielle d'un acte est parfaitement justifiée, et « dans l'immense majorité des cas, c'est même d'office que le juge procède à une annulation partielle, sans même que le requérant ni ne le demande, ni n'en soit averti² ».

En effet, que la demande d'annulation concerne l'ensemble des dispositions de l'acte ou soit limitée à certaines d'entre elles, un moyen peut n'être de nature à fonder qu'une annulation partielle, l'illégalité étant elle-même circonscrite.

En revanche, il en va bien différemment lorsqu'un moyen s'avère de nature à entacher d'illégalité l'acte dans son ensemble, mais que le juge,

¹ - F. DONNAT et D. CESSAT, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », DA, mai, 2004, p. 12..

² - CE 4 mars 1960, Fédération nationale des industries chimiques, p. 169

prisonnier des termes de la demande, devra se contenter d'en censurer certaines dispositions seulement.

Cette hypothèse, concevable à propos d'un moyen classique au rayonnement global, tel qu'un vice de forme par exemple, revêt un relief tout particulier lorsqu'il s'agit d'un moyen d'ordre public, supposé prédominant.

La solution retenue par le Conseil d'Etat est, là encore, sans appel. Bien qu'une décision ait été édictée par une autorité incompétente, celle-ci sera annulée conformément à l'objet de la demande, à savoir partiellement¹.

Ainsi, « si le juge relève d'office un moyen d'ordre public susceptible d'aboutir à l'annulation de l'ensemble de la décision, il doit se contenter de prononcer une annulation partielle sur le fondement du moyen d'ordre public relevé d'office² ».

Cette jurisprudence appliquant strictement la règle non ultra petita illustre alors dans le recours pour excès de pouvoir « la difficile conciliation de cette règle et des exigences de la légalité³ ».

L'objet de la demande circonscrit l'illégalité. C'est ainsi que les conclusions formulées par le requérant délimitent expressément le champ du litige et, par conséquent, la portée des moyens invoqués à l'encontre de l'acte dont la légalité est contestée.

Si certains auteurs ont pu voir dans les moyens d'ordre public une dérogation à la règle non ultra petita⁴, « le cadre de l'instance conserve son rôle même dans l'hypothèse où les moyens d'ordre public ont été soulevés

¹ - CE 6 janvier Sieur Angéras, p. 8 ; CE 19 mai 1961, Giantti, p. 346.

² - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public... », op. cit, p. 465.

³ - H. LEPETIT-COLLIN, « Recherches sur le plein contentieux... », op. cit, p. 410.

⁴ -D. CHABANOL, « La pratique du contentieux administratif devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel », Litec, 3^{ème} édition, 2001, n° 374.

d'office, car le juge doit, malgré tout, statuer dans les limites des conclusions des parties¹ ».

L'ordre public qui caractérise un moyen ou qui s'attache plus largement à l'annulation d'un acte administratif illégal, ne l'emporte pas sur la règle selon laquelle le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi.

En effet, les « pouvoirs que le juge tire de cet ordre, ses moyens, ses motifs en tout cas, restent déterminés par l'objet de la demande tel que fixé par le demandeur dans ses conclusions² ».

La règle non ultra petita entraîne alors, dans ces hypothèses, la survivance d'actes administratifs assurément illégaux au contrôle du juge administratif et à cet égard l'ultra petita « marque la limite d'ordre public de l'ordre public procédural³ ».

Une hypothèse particulière de recevabilité, issue de la reconnaissance d'un intérêt à agir partiel, aboutit à un résultat analogue à ceux dépeints jusqu'alors, à savoir l'annulation partielle d'un acte illégal dans son ensemble.

Un intérêt pour agir considéré comme partiel ne permettra d'obtenir une annulation « que relativement au requérant, c'est-à-dire "qu'en tant qu'" il lui fait personnellement grief⁴ ».

M. Lebreton distingue, à cet égard, deux types d'actes pouvant faire l'objet d'une annulation partielle suite à la reconnaissance d'un intérêt à agir limité : les « actes à tiroirs », édictant « des dispositions différentes pour chacune des catégories d'intéressés qu'il distingue⁵ », et les « actes standards »,

¹ - J.M AUBY et R. DRAGO, « Traité du contentieux... », op. cit, P. 229.

² - J. PEUCH, « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p.107.

³ - Ibid, p. 107.

⁴ - G. LEBRETON, « L'intérêt à agir partiel », DA, 1988, p. 923.

⁵ - G. LEBRETON, « L'intérêt... », op. cit, p. 926.

édicte «des dispositions semblables pour l'ensemble des catégories d'intéressés visées¹ ».

La première catégorie d'actes, présentant « une unité quelque peu artificielle, comme un meuble dont chaque tiroir n'intéresserait qu'une seule personne² », lorsqu'elle fait l'objet d'une annulation partielle, ne suscite guère de désarroi dans la mesure où il est aisément compréhensible qu'un administré, se prévalant d'une certaine qualité, ne soit susceptible d'obtenir l'annulation que des seules dispositions le concernant, et relativement à laquelle son argumentation est développée.

L'annulation partielle qui en découle se justifie dans la mesure où les dispositions sont indépendantes les unes des autres.

En revanche, la reconnaissance d'un intérêt à ne solliciter que partiellement l'annulation d'un acte dit « standard » heurte davantage dans la mesure où l'acte, reconnu illégal, ne sera annulé qu'à l'égard des destinataires dont le requérant a la qualité³ et ce quand bien même l'illégalité concernerait indistinctement tous les destinataires.

Cette jurisprudence, pour logique qu'elle soit, présente « le grave inconvénient de se traduire par la censure partielle de dispositions dont, cependant, l'illégalité à tous égards se trouve établie et précisément par l'annulation prononcée⁴ ».

Ainsi, dans cette hypothèse, comme dans celles précédemment exposées, un acte administratif, illégal dans son ensemble, n'est annulé que partiellement par le juge administratif.

¹ - G. LEBRETON, « L'intérêt... », op. cit, p. 927.

² - Ibid, p. 927.

³ - CE, Ass, 11 juillet 1984, Union des groupements des cadres supérieurs de la fonction publique, p. 258.

⁴ - R. CHAPUS, « Droit du contentieux... », op. cit, n° 968-2°.

S'il apparaît que cette solution, qualifiée assez justement « d'énigme juridique¹ », soit critiquable à bien des égards, il n'en reste pas moins qu'elle ne résulte pas de l'impossibilité faite au juge de statuer.

Mais, l'indisponibilité des moyens présente certains vices notamment dans le cas français.

Section II : Les vices de l'indisponibilité des moyens

La saisine du juge administratif par l'introduction d'une requête le lie aux termes de celle-ci. S'il ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi, il ne peut par principe se prononcer que sur les moyens soulevés à leur soutien.

Certes, il existe l'importante dérogation des moyens d'ordre public, que le juge peut soulever d'office, sans y avoir été invité par les parties.

Toutefois, bien qu'aménagé par une telle exception, le principe de l'indisponibilité des moyens ordinaires dont le juge ne saurait se saisir d'office perdure (**§1**).

Ce principe emporte des conséquences regrettables, analogues à celles provoquées par la règle non ultra petita, à savoir le rejet de requêtes en annulation assurément recevables et fondées (**§2**).

§1 - L'indisponibilité constante des moyens ordinaires

Bien que l'existence de moyens d'ordre public témoigne nécessairement d'une entorse à l'interdiction faite au juge de soulever d'office un moyen quelconque (**B**), il n'en reste pas moins que l'exception, comme souvent, ne fait que confirmer la règle (**A**), ou tout du moins les principes qui la régissent.

¹ - G. LEBRETON, « L'inérêt... », op. cit, p. 929.

A- Un contrôle de légalité substantiellement déterminé par les parties :

Par principe, le juge limite l'examen de la légalité de l'acte dont l'annulation est demandée aux moyens invoqués par les parties et seulement à ceux-ci **(1)**.

Il dispose, néanmoins, d'un certain pouvoir d'interprétation, à l'instar de celui relatif aux conclusions, lui permettant, ainsi, de dépasser les maladresses les plus évidentes, sans pour autant s'affranchir totalement des limites ainsi fixées **(2)**.

1- L'interdiction de soulever d'office un moyen ordinaire :

Les moyens d'ordre public peuvent se définir comme exposant « l'argumentation juridique présentée par les parties au soutien de leurs prétentions. (...) ».

Ces moyens sont eux-mêmes constitués de divers arguments par lesquels les parties étayent leur raisonnement¹ ». Si les moyens d'ordre public ont fait l'objet d'un effort, somme toute assez vain, de définition et sont au cœur de nombreux travaux, les moyens qui ne le sont pas ne semblent, quant à eux, exister que subsidiairement, relativement au caractère d'ordre public qu'ils ne possèdent précisément pas.

Les moyens qui ne sont pas d'ordre public, et ne peuvent donc pas être soulevés d'office par le juge, peuvent être qualifiés d'« ordinaires² » ou de « classiques ».

Et si les moyens ordinaires n'existent que par opposition, leur régime ne s'exprime également que par la négative. Ils ne peuvent être soulevés

¹ - J.H. STAHL, « Moyens et conclusions », JSA, fasc, 1086, janvier 2010, n° 81.

² -C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », PUF, 1980, p.1 ; D. BALLEUL, « L'efficacité comparée du REP..., op. cit, p. 195.

d'office par le juge, ni, postérieurement à la cristallisation de l'instance, par les parties.

Ainsi, « en dehors des cas où il présenterait un caractère d'ordre public, le juge se refuse catégoriquement à relever d'office un moyen qui n'aurait pas été soulevé dans le délai de recours et cela alors même qu'il estimerait ce moyen fondé¹ ».

Dès lors, et en toute logique, tout moyen qui n'est pas d'ordre public est un moyen ordinaire. Et si la définition peut apparaître supplétive, la portée n'en est pour autant pas résiduelle dans la mesure où la majorité des moyens échappent à l'emprise du juge.

Néanmoins, la formulation du principe n'apparaît que sous la forme d'une interdiction faite au juge de statuer d'office sur un moyen qui ne serait pas d'ordre public.

Les auteurs concentrant leurs efforts sur l'exception que constituent les moyens d'ordre public. Mais, il s'agit bien d'une exception, à un principe difficilement identifiable, qui ne saurait être celui de la règle non ultra petita.

Si certains auteurs² rattachent l'interdiction faite au juge de soulever d'office un moyen ordinaire à un principe général d'interdiction de statuer d'office, rassemblé sous l'appellation ultra petita, l'interdiction faite au juge d'examiner des moyens non soulevés par les parties dans le délai de recours ne s'identifie pourtant pas à la règle lui interdisant de statuer d'office sur des conclusions.

Il convient de rattacher le régime des moyens classiques à un fondement positif, sans s'arrêter à une formulation prohibitive de principe.

Par ailleurs, bien qu'abordée indirectement sous cet angle par les auteurs n'adhérant pas à une conception extensive de l'ultra petita,

¹ - D. BALLEUL, « L'efficacité comparée du REP..., op. cit, p. 187.

² - D. CHABANOL, « La pratique..., n° 374.

l'interdiction de statuer d'office sur des moyens doit pouvoir se rattacher au principe d'immutabilité de la demande à l'égard du juge, c'est-à-dire au principe d'inspiration civiliste dit « principe dispositif ».

Ces principes doivent alors être compris comme imposant au juge une attitude essentiellement passive dans la conduite de l'instance, mais aussi et surtout dans la détermination de la matière litigieuse et constituent par suite un ancrage théorique de la prohibition de l'examen d'office d'un moyen.

Ainsi, deux principes peuvent être regardés comme fondateurs d'une telle prohibition : le « principe de la détermination par le demandeur des éléments constitutifs de l'instance ¹ », qu'il est proposé d'assimiler à l'expression « principe dispositif ² », et le principe d'immutabilité de la demande à l'égard du juge³, qui « prescrit que le litige soit étudié tel qu'il a été fixé à l'origine par les parties⁴ ».

Les deux principes se recoupent en réalité largement et constituent les deux facettes d'une même conception du procès. Si les parties doivent pouvoir en disposer comme elles l'entendent, le juge ne doit pourvoir exercer sur la physionomie du litige qui lui est soumis qu'une influence résiduelle.

C'est de cette obligation de « neutralité⁵ » - au sens de passivité⁶ - que procède l'interdiction faite au juge de se saisir d'office de tout moyen et il est en ce sens « évident que la mise en œuvre des moyens d'ordre public porte une atteinte au principe dispositif⁷ ».

¹ - R. CHAPUS, « Droit du contentieux... », op. cit, n° 876.

² - Tel est exprimé par l'article 5 du code français de procédure civile : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

³ - Lequel se distingue du principe d'immutabilité de la demande à l'égard des parties.

⁴ - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public.. », op. cit, p. 462.

⁵ - J.L. PISSALOUX, « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », RDP, 1999, n° 3, p. 804.

⁶ - Et non pas d'impartialité.

⁷ - J.L. PISSALOUX, op. cit, p. 804 et C. DEBOUY, op. cit, PP. 415-416.

En somme, peu importe le fondement théorique retenu, le principe reste le même : tout comme le juge ne peut statuer d'office sur des conclusions, il ne peut soulever d'office un moyen ordinaire.

Cette interdiction est toutefois aménagée par le pouvoir dont il dispose d'interpréter la demande et, plus précisément, de qualifier ou requalifier un moyen inadéquatement soulevé, lequel s'exerce régulièrement mais, ne constitue néanmoins, qu'un assouplissement marginal.

2- Le pouvoir marginal de requalification des moyens :

Le juge de la légalité ne peut fonder une annulation contentieuse que sur un moyen soulevé par les parties dans leurs écritures¹ ou sur un moyen d'ordre public.

Néanmoins, afin d'éviter un certain rigorisme, la lecture des écritures peut l'amener à déceler des arguments au soutien d'un moyen non explicitement ou non adéquatement soulevé.

L'intention et les indices apparaissent en filigrane. Mais, les termes employés restent trop inexpérimentés ou trop imprécis pour permettre de considérer le moyen comme véritablement soulevé.

Le juge s'autorise, alors, selon les espèces, à traduire en des termes juridiques propres les arguments au soutien des prétentions du requérant.

Ce pouvoir de « rectification des moyens présentés par les parties² » peut s'analyser soit comme un pouvoir de qualification, lorsque le moyen n'est abordé que de manière détournée, soit de requalification, lorsque le moyen dont souhaite s'emparer le juge a fait l'objet d'une spécification erronée.

¹ - CE 5 janvier 1962, Ri etsch, p. 11, à propos de la procédure devant les tribunaux administratifs ; CE 3 avril 1981, Bourgade, p. 181, s'agissant des juridictions spécialisées, en l'occurrence disciplinaires. A l'exception notable du contentieux de l'éloignement : CE 28 octobre 1991, Aoulad Haj, n°121423.

² - J.M. AUBY et R. DRAGO, « Traité... », op. cit, n°773.

Il est évident que ce pouvoir de rectification ne s'exprime qu'à l'égard des moyens ordinaires, les moyens d'ordre public n'ayant pas à apparaître dans les écritures afin d'être valablement soulevés d'office¹.

L'effort de requalification paraîtrait superfétatoire, à moins qu'il ne s'agisse d'assurer la recevabilité de la requête relativement aux dispositions de l'article R.411-1 du code français de justice administrative.

Ainsi, alors que « les moyens présentés par les parties peuvent être juridiquement incorrects, insuffisants ou sans portée (...) le juge s'est arrogé de le droit de les rectifier² ».

Ce pouvoir réviseur du juge se manifeste couramment par la formule selon laquelle « en invoquant ... le requérant doit être regardé comme invoquant le moyen tiré de ... ».

Elle est, en principe, précédée des éléments ayant justifié une telle interprétation, notamment l'invocation de certaines dispositions ou de certains griefs.

Ce rattachement explicite aux écritures du requérant s'avère nécessaire afin de préserver le juge d'une censure ultérieure pour avoir statué sur un moyen qui n'était en réalité pas soulevé.

Une interprétation strictement encadrée par les écritures des parties. A l'instar du pouvoir d'interprétation des conclusions dévolu au juge de la légalité, le pouvoir de qualification des moyens doit s'exprimer dans la limite de la volonté des parties, telle que retranscrite dans leurs écritures.

Sous peine d'irrégularité du jugement³, il faut bien entendu que « le requérant ait abordé la question dans son recours⁴ ».

¹ - Article R- 611-7 du code français de procédure civile.

² - J.M. AUBY et R. DRAGO, « Traité... », op. cit, n°773.

³ - CE 8 septembre 1944, Préfet de la Seine Inférieure, p. 250.

⁴ - J.M. AUBY et R. DRAGO, « Traité... », op. cit, n°773.

L'obligation de rattachement du moyen aux écritures sera d'autant plus prégnante qu'il s'agira d'un moyen d'annulation et le juge d'autant plus prudent dans l'exercice de sa bienveillance.

Pour fonder une annulation contentieuse, qui ressort nécessairement des pièces du dossier, il faut non seulement que le moyen susceptible d'être accueilli soit abordé dans les écritures. Mais, il faut aussi qu'il soit abordé de manière suffisamment directe afin d'avoir permis à l'administration d'y répondre utilement.

Il ressort de ce qui précède que le pouvoir de rectification des moyens soulevés par les parties est largement subsidiaire et ne saurait constituer un tempérament véritable à l'interdiction faite au juge de statuer d'office sur des moyens ordinaires.

Cet assouplissement, dont le juge fait un usage prudent, n'apparaît pas de nature à neutraliser les travers du respect exacerbé de la volonté des parties.

Alors que le respect de cette volonté justifie aisément l'encadrement strict de l'interprétation des conclusions, c'est-à-dire de l'objet même de la demande, le rapport est moins évident concernant la limitation de l'interprétation des moyens soulevés.

En effet, un requérant demandant l'annulation d'une décision n'exprime-t-il pas implicitement mais nécessairement la volonté de soulever tout moyen de nature à légitimer cette fin ?

Il paraîtrait, alors, surprenant de ne pas interpréter favorablement les écritures du requérant, sous prétexte de ne pas dénaturer sa demande. De ce fait, il semble que ce soit davantage la passivité qui incombe traditionnellement au juge dans la délimitation de son office qui justifie ce refrènement.

La requalification des moyens soulevés par les parties, afin de donner un sens utile à leurs conclusions, est une pratique contentieuse qui ne saurait être systématisée, variant au gré des magistrats, des requérants et des dossiers.

Il est alors « difficile de dire de façon précise dans quels cas, cette rectification peut intervenir car les solutions données ne permettent pas d'aboutir à une solution cohérente.

Il s'agit tantôt d'une pure rectification de forme due à l'inexpérience du requérant (en matière d'excès de pouvoir), tantôt d'une utilisation très prétorienne de la notion de moyen d'ordre public (dans le contentieux des droits¹) ».

Il s'agit là de la principale insuffisance de cette technique d'interprétation, commune aux outils prétoriens nécessités par la pratique et marqués par un certain empirisme.

Il faut bien reconnaître que le pouvoir d'interprétation et de requalification que s'est arrogé le juge a, toutefois, le mérite d'exister et permet certainement, dans bien des cas, une sortie de l'impasse contentieuse.

Néanmoins, les conditions actuelles d'utilisation de cet outil contentieux, à l'entière discrétion du juge, ne laissent que peu de place à la prévisibilité, à la lisibilité de l'action juridictionnelle, voire à l'égalité des requérants qui ne bénéficieront pas tous de la même bienveillance et ce d'autant plus que certains d'entre eux auront fait le choix, ou auront été contraints, d'avoir recours au ministère d'avocat.

Le recours au ministère d'avocat est dans la grande majorité des cas le seul moyen permettant d'obtenir satisfaction, « dès lors que la formulation

¹ - J.M. AUBY et R. DRAGO, « Traité... », op. cit, n°773.

intelligible et correctement articulée de ses griefs excède les capacités de plus d'un requérant¹ ».

Il ne fait, aucun doute, que l'assistance d'un avocat assure au requérant inexpérimenté la traduction juridique de sa demande, évitant ainsi « la "pêche aux moyens et aux conclusions" à laquelle, par libéralisme, se livre le juge n'aboutissant le plus souvent qu'à rejeter, faute de précisions suffisantes à l'appui des moyens, une requête normalement justiciable de l'irrecevabilité² ».

Paradoxalement, le fait d'être assisté peut parfois jouer en défaveur du requérant, qui bénéficiera, dès lors, d'une moindre bienveillance du juge à son égard, alors que l'assistance d'un avocat ne préserve pas de maladresses ou omissions que le juge pourrait rectifier.

Le fait qu'une partie soit représentée emporte une certaine réticence du juge à user de son pouvoir d'interprétation ou de requalification, alors même que cette intervention se justifierait au regard des écritures.

Le magistrat estime, alors, que le fait qu'un requérant soit assisté par un technicien du droit le déleste de cette charge et le renvoie à sa passivité originelle, alors que ce n'est pas la bienveillance à l'égard des parties qui devrait motiver une telle intervention, mais bel et bien, des préoccupations relatives à l'efficiencia du principe de légalité.

Ainsi, le pouvoir de rectification des moyens soulevés par les parties est parcimonieusement mis en œuvre et ne permet le plus souvent que d'assurer la recevabilité de la requête.

A cet égard, il ne saurait constituer une exception au principe proscrivant que le juge ne se saisisse d'office d'un moyen ordinaire.

¹ - X. PRETOT, « Réflexions sur la justice administrative », D, 1986, chron. XLIV, spécial, p. 272.

² - Ibid, p. 272.

Au contraire, cela ne fait que confirmer l'assujettissement du juge de la légalité aux écritures des parties, quand bien même celles-ci révéleraient l'illégalité d'un acte.

A proprement parler, seuls les moyens d'ordre public, qui peuvent et doivent être soulevés d'office, constituent une véritable dérogation à l'impéritie du juge à se saisir d'un moyen de sa propre initiative.

B - Un examen de la légalité subsidiairement maîtrisé par le juge :

En pratique, seul le régime du moyen d'ordre public permet son identification. En effet, « l'unité de la notion de moyen d'ordre public n'est pas réalisée en considération de sa fonction, mais selon son régime¹ ».

C'est la raison pour laquelle l'étude du régime du moyen d'ordre public(1), dans sa dimension dérogatoire précisément, précèdera celle de son identification (2), exempte de toute recherche de systématisation mais, dont l'évocation apparaît néanmoins nécessaire à la démonstration.

1- Le régime dérogatoire des moyens d'ordre public :

En application du principe dispositif, seules les parties peuvent soulever les moyens propres à fonder leur demande ou leur défense. En ce sens, « le régime des moyens d'ordre public est dérogatoire car, dans leur maniement, le juge et les parties sont déliés du respect de nombreuses règles de procédure²».

Une des particularités du moyen d'ordre public est qu'il peut être considéré comme étant « à la disposition du requérant³ », celui-ci pouvant notamment l'invoquer en tout état de cause⁴, sans que puisse lui être opposée

¹ - A. CLAUDO, « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », LPA, 2009, n° 240, p. 3.

² - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public.. », op. cit, pp. 415-416.

³ - J.M. AUBY et R. DRAGO, « Traité... », op. cit, p. 243.

⁴ - CE 20 octobre 2000, Société Cité-câble Est, p. 457.

une quelconque fin de non-recevoir¹, et cela peut constituer « son principal intérêt² ».

Ainsi, « le moyen d'ordre public est affranchi du respect du principe d'immutabilité de la demande et du double degré de juridiction³ », puisqu'il peut être soulevé à tout moment, quand bien même l'instance serait-elle cristallisée, voire pour la première fois en appel⁴ ou en cassation⁵.

Le régime du moyen d'ordre public déroge donc aux principes procéduraux régissant l'irrecevabilité des « demandes nouvelles⁶ » et induit une certaine « liberté des parties⁷ » à l'égard des délais notamment, « particulièrement brefs dans notre procédure, [et constituant] un écueil redoutable⁸ ».

Alors que le moyen d'ordre public est le plus souvent considéré, du point de vue, des pouvoirs d'office qu'il confère au juge, il ne faut pour autant pas négliger le fait qu'il constitue aussi « une exception remarquable à la théorie de l'immutabilité de l'instance⁹ » à l'égard des parties, leur offrant ainsi toute latitude pour enrichir leur argumentation initiale.

Cette « vertu dérogatoire réside largement dans la propriété que possède ce moyen d'être "nouveau" ¹⁰ ». Les moyens d'ordre public permettent alors en théorie aux parties elles-mêmes de corriger leurs éventuelles erreurs ou omissions.

¹ - A propos de la recevabilité d'un moyen d'ordre public non soulevé dans le recours administratif préalable obligatoire. CE 27 janvier 1958, Ministre de l'agriculture, T, p. 828.

² - J.M. AUBY et R. DRAGO, « Traité... », op. cit, p. 243.

³ - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public.. », op. cit, p. 416.

⁴ - CE 16 décembre 1970, Elections des délégués d'enseignement et de recherche à l'assemblée consultative provisoire de l'Université de Limoges, p. 766.

⁵ - CE 8 janvier 1982, Devillechaise, T, p. 728.

⁶ - CE, Sect, 20 février 1953, Société Inter copie, p. 88.

⁷ - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public.. », op. cit, p. 417.

⁸ - Ibid, p. 9.

⁹ - A. CLAUDO, « Moyens d'ordre public... », p. 5.

¹⁰ - J. PEUCH, « Contribution... », op. cit, pp. 86-87.

De ce point de vue, ils réduisent le risque de subsistance d'actes administratifs illégaux, sans pour autant jamais l'éradiquer.

Il convient, toutefois, de souligner que le défaut de notification d'un moyen d'ordre public n'en constitue pas un lui-même¹, ce qui « signifie qu'il appartient aux parties de veiller à défendre leurs intérêts en invoquant elles-mêmes le manquement² ».

De plus, cette notification reste relativement laconique dans la mesure où il n'est jamais fait référence aux motifs l'ayant justifiée³.

Il n'est, dès lors, guère étonnant qu'en pratique les parties répondent rarement à l'invitation du juge, ce qui limite considérablement l'intérêt d'une telle notification.

Pour autant, l'article R. 611-7 du code français de justice administrative témoigne de la place incontournable qu'occupent les parties dans l'instance, alors même qu'il s'agit de faire respecter une norme dont la teneur légitime un régime dérogatoire, et qui semblerait, dès lors, justifier une exemption de leur emprise sur le cadre du litige.

Toutefois, bien que les parties puissent occuper une place privilégiée dans l'instance, et de ce fait « toujours invoquer l'ordre public du moyen, c'est au juge qu'il appartient de le reconnaître et de l'apprécier⁴ ».

Si, « en droit public, le juge dirige l'instruction, le cadre et le contenu du litige sont déterminés aussi par les seuls requérants. Toutefois, pour les juridictions de tous les ordres, il existe à ce principe une exception incontestée. Le juge doit suppléer les moyens d'ordre public⁵ ».

¹ - CE, Sect, 28 juillet 2000, Commune de Pot-Vendres, p. 360.

² - R. CHAPUS, « Droit du contentieux... », n° 968-4°.

³ - CE 25 octobre 1996, Préfet du Morbihan, p. 413.

⁴ - J. PEUCH, « Contribution... », op. cit, p. 84.

⁵ -A. HEURTE, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », RDP, 1953, p. 615.

L'obligation¹ faite au juge de soulever d'office un moyen d'ordre public -fondé² - constitue « la caractéristique première du moyen d'ordre public³ ».

Il s'agit, en effet, du trait le plus remarquable de ce régime dérogatoire, en ce sens qu'il « paraît être un instrument de libération du juge vis-à-vis du cadre de l'instance⁴ », cadre s'imposant strictement à lui par principe.

En soulevant d'office un moyen d'ordre public, le juge s'affranchit d'une volonté implicite des parties de ne pas soulever ledit moyen, ou bien au contraire, donne plein effet à leurs conclusions tendant à l'annulation de l'acte.

Dans les deux hypothèses, la prééminence du principe de légalité l'emporte sur le principe dispositif, justifiant une maîtrise accrue du juge sur les éléments constitutifs de la demande que sont les moyens.

Généralement, le fondement d'une annulation sur un moyen d'ordre public relevé d'office se reconnaît par l'utilisation de la formule jurisprudentielle « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête⁵ ».

Cette formule se retrouve plus fréquemment dans les jugements de premier ressort, la « découverte » du moyen d'ordre public résultant par principe de la première étude du dossier contentieux.

En revanche, les moyens d'ordre public infondés et qui n'auraient pas été soulevés par le requérant, feront l'objet d'un examen implicite qui n'apparaîtra pas dans la décision juridictionnelle.

¹ - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public.. », op. cit, p. 428.

² - CE, Sect, 20 octobre 2000, Société Cité- câble Est précité, p. 457.

³ - R. HOUSTIOU, « Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français », LGDJ, 1975, p. 302.

⁴ - J. PEUCH, « Contribution... », op. cit, p. 84.

⁵ - CE 10 janvier 2003, Joorawon, p. 1.

Le rôle actif que les moyens d'ordre public confèrent au juge a pour corollaire une moindre maîtrise du cadre de l'instance par les parties. Ainsi, l'impossibilité de renoncer aux moyens d'ordre public ¹ constitue incontestablement une limite à leur liberté initiale et intensifie l'influence que peut avoir le juge sur le cours de l'instance.

L'invalidité d'une renonciation à un moyen d'ordre public est un principe d'application ancienne, qui fait écho à celui selon lequel le juge a l'obligation de soulever ex officio un tel moyen.

De ce fait, le moyen d'ordre public ne permet pas simplement au juge de corriger une maladresse ou une omission des parties ; il permet également, voire impose, d'outrepasser leur volonté expresse qui consisterait à refuser de s'en prévaloir.

Il ne fait, aucun doute, qu'il s'agit là d'une dimension de l'office du juge de la légalité tout à fait remarquable.

Toutefois, l'interdiction de la renonciation à certains moyens peut également être envisagée comme faisant obstacle à une sorte de « pacification des rapports juridiques² ».

Il est vrai que cette interdiction s'oppose à une possible entente des parties et, par conséquent, à un apaisement du litige qui les oppose.

Cela ne saurait, néanmoins, heurter l'esprit outre mesure puisqu'il s'agit de faire prévaloir l'ordre public, le respect du principe de légalité, sur celui de la volonté des parties, la dimension subjective du litige s'effaçant alors au profit de sa dimension objective, propre au contentieux de la légalité.

Par ailleurs, ainsi que le fait remarquer M. Ciaudo, en donnant acte d'un désistement, le juge admet, implicitement mais nécessairement, que les

¹ - CE 1 octobre 1976, Deddouche, RDP, 1977, p. 242.

² - C. BLUMANN, « La renonciation en droit administratif », LGDJ, 1974, p. 470.

parties puissent renoncer aux moyens d'ordre public¹ susceptibles de fonder leur action.

La maîtrise absolue des parties sur la création et l'extinction du lien initial d'instance constitue une limite, considérée comme inévitable, à l'invocabilité de moyens de nature à justifier une annulation contentieuse.

En ce sens, elle marque l'insuffisance des moyens d'ordre public à faire prévaloir le respect du principe de légalité sur celui de la volonté des parties³³⁸, qui restent, en définitive, maîtresses de leur action.

En somme, le moyen d'ordre public agit sur les compétences des parties et du juge, et ce de manière tout à fait ambivalente. Le moyen d'ordre public permet, à la fois, au juge et aux parties de s'affranchir des carcans procéduraux traditionnels que constituent l'immutabilité de l'instance et le principe dispositif, tout en s'imposant à eux de manière péremptoire.

A la fois liberticide et émancipateur, le moyen d'ordre public n'est au service, ni du juge, ni des parties, mais bien au service d'un intérêt supérieur, celui de la légalité.

Il résulte que le régime applicable aux moyens d'ordre public bouleverse la physionomie traditionnelle de l'instance, laissant présager des conséquences qu'il conviendra de tirer de la nature du contentieux de la légalité.

L'impossibilité de renonciation aux moyens d'ordre public par les parties et l'obligation corrélative pour le juge de les soulever d'office, dérogent au principe dispositif selon lequel les parties sont ordinairement libres de fixer le cadre de l'instance comme elles l'entendent.

¹ - A. CLAUDO, « Moyens d'ordre public... », p. 6.

La question de la préservation de l'autonomie des parties, dans le contentieux d'ordre public que constitue le contentieux de la légalité¹, permet de présager l'équilibre délicat qui se dessine, l'ordre public permettant ainsi parfois, de manière sporadique et inachevée, de contourner la volonté des parties en ce qu'elle détermine les limites de l'instance.

A n'en pas douter, les moyens d'ordre public permettent au juge de résoudre le litige qui oppose les parties en dehors d'elles en quelque sorte et apparaissent alors comme « l'une des expressions les plus tangibles de l'office du juge administratif² ».

Caractéristiques de son office, les moyens d'ordre public apparaissent également à la discrétion du juge de la légalité lorsqu'il s'agit de leur identification.

2- L'identification des moyens d'ordre public :

Après avoir abordé le régime applicable aux moyens d'ordre public, encore faut-il savoir quels sont les moyens auxquels une telle faveur est accordée.

Sans tendre à leur recension exhaustive afin d'en déduire un quelconque dénominateur commun, il importe plutôt de démontrer que l'absence de définition conceptuelle de ces moyens **(a)** et leur identification conséquemment prétorienne **(b)**, témoignent de l'incertitude de leur critère de reconnaissance.

La distinction, entre des illégalités plus importantes que d'autres, perdure toutefois puisqu'à l'évidence, de nombreux moyens d'annulation restent des moyens ordinaires, auxquels est explicitement dénié le caractère d'ordre public **(c)**, sans que les raisons d'un tel choix n'apparaissent formellement.

¹ - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public.. », op. cit, p. 459.

² - J. PEUCH, « Contribution... », op. cit, p. 12.

a) L'absence de définition conceptuelle :

La difficulté de dresser « une liste claire des divers moyens d'ordre public plonge parfois le juge dans une interrogation sans réponse évidente¹ ».

En effet, les moyens d'ordre public renvoient à une notion « insaisissable, rebelle à toute définition conceptuelle² » puisque, pour définir abstraitement un moyen d'ordre public, encore faudrait-il a priori déterminer ce qu'est l'ordre public.

Or, « l'ordre public constitue l'une des notions les plus obscures du droit³ », variable dans le temps et l'espace⁴, accompagnant les évolutions de la société.

Ainsi, l'unité de la notion de moyen d'ordre public « n'est pas réalisée en considération de sa fonction, mais selon son régime. Il apparaît, alors, difficile de qualifier le moyen d'ordre public de notion fonctionnelle, sa fonction n'étant pas précisément identifiée⁵ ».

Mais, la fonction du moyen d'ordre public ne réside-t-elle pas, justement, dans sa dimension dérogatoire ? La caractérisation du moyen d'ordre public par son régime se révèle être la seule manière d'identifier valablement un tel moyen, les tentatives de définition conceptuelles restant impropres à cette tâche.

¹ - C. DEBOUY, « Les moyens d'ordre public.. », op. cit, p. 452.

² - A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », D, 1986, chron, p. 59.

³ - A. CLAUDO, « Moyens d'ordre public... », p. 6.

⁴ - J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable », in les notions à contenu variable en droit, Bruylant, 1984, p. 77.

⁵ - J. RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs du système » », D, 1951, chron, p. 99

b) Une identification jurisprudentielle :

Les moyens d'ordre public apparaissent «déterminés jurisprudentiellement en fonction de l'importance attachée à la censure de certains comportements¹ ».

La mutation d'un moyen ordinaire en moyen d'ordre public est, de ce fait, l'œuvre du juge et du Conseil d'Etat plus particulièrement. C'est à lui seul qu'il appartient de déterminer si la méconnaissance de telle ou telle règle est de nature à caractériser l'existence d'un moyen d'ordre public.

Cette prérogative s'exerce de manière péremptoire, dans la mesure où il est procédé « uniquement par voie d'affirmation et non par voie de Conceptualisation² ».

Les juridictions « déclarent ou non un moyen d'ordre public, sans jamais donner les raisons qui fondent leur décision³ ».

Certains auteurs proposent néanmoins une grille d'analyse, ou de lecture. Ainsi, selon M. Jacqué, trois motifs permettent en grande partie d'expliquer la reconnaissance du caractère d'ordre public à un moyen :

C'est « tout d'abord la volonté de préserver les deniers publics⁴, ce peut être aussi un souci de bonne administration de la justice, ce sont enfin des raisons tenant à ce que l'on appelle, au contentieux de l'excès de pouvoir, le champ d'application de la loi⁵ ».

Si l'envergure des motifs proposés permet, certainement, de couvrir en grande partie les hypothèses abordées, il n'en reste pas moins que seule la jurisprudence, résolument casuistique, permet de recenser, jamais exhaustivement néanmoins, les moyens d'ordre public.

¹ - J.M AUBY et R DRAGO, « Traité... », p. 241.

² - J.M AUBY et R DRAGO, « Traité... », p. 241.

³ - A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens... », p. 60.

⁴ - C. DEBOUY, op. cit, p. 5.

⁵ - J. PEUCH, « Contribution... », op. cit, p. 13.

Diverses règles voient leur méconnaissance sanctionnée par un moyen d'ordre public. Il ne s'agit évidemment pas d'en dresser une liste complète, simplement de mentionner les plus importantes, tant qualitativement que quantitativement.

En premier lieu, et ce conformément à l'ordre d'examen des questions commandées par un litige, « l'irrecevabilité d'une demande devant le tribunal administratif est un moyen d'ordre public¹ ».

Par principe, et globalement, les exceptions ou fins de non-recevoir telles que l'incompétence du juge², le défaut d'intérêt à agir³, ou encore l'expiration du délai de recours⁴, doivent être soulevées d'office par le juge.

Il convient de souligner que dans cette hypothèse, l'ordre public procédural l'emporte sur l'ordre public substantiel, et par conséquent sur le respect du principe de légalité.

Sachant qu'il est également possible d'y déceler un certain souci de bonne administration de la justice qui, par la réglementation de l'accès au juge, en assure tant la qualité que la légitimité.

De nombreux moyens d'ordre public tendent, par ailleurs, à censurer l'irrégularité procédurale d'une décision juridictionnelle.

Ils ne se rattachent pas véritablement aux hypothèses abordées dans la mesure où ils visent à invalider non pas un acte administratif⁵. Mais, une décision juridictionnelle et concernant la violation des règles considérées comme essentielles d'organisation juridictionnelle.

¹ - R. ODENT, « Contentieux administratif », Dalloz, réédition, 2007, p. 958.

² - C. DEBBASCH et J.C. RICCI, « Contentieux... », op. cit, p. 785.

³ - CE 21 mars 1958, Deltei, p. 189.

⁴ - CE 21 mars 1958, Deltei précité, p. 189.

⁵ - M. DEGUERGUE, « Procédure administrative », Montchrestien, 2003, p. 138.

Il peut, notamment, s'agir d'un défaut d'impartialité subjective, d'une irrégularité de la formation de jugement¹, quel que soit son fondement², ou encore du fait pour un tribunal de s'être estimé à tort saisi d'un recours de plein contentieux au lieu d'un recours pour excès de pouvoir.

Au-delà des moyens d'ordre public procéduraux, les moyens d'ordre public substantiels sont à la fois divers et multiples. Il s'agit des moyens d'ordre public intéressant le jugement au fond, distingués selon qu'ils sont de portée générale, ou qu'ils ont un caractère spécifique³.

A titre d'exemple, les moyens d'ordre public dits spécifiques sont notamment constitués par le moyen tiré de la méconnaissance du principe excluant la compensation à l'encontre des personnes publiques⁴ en matière de contentieux pécuniaire, l'inéligibilité initiale d'un candidat en matière de contentieux électoral⁵, ou bien encore par le moyen tiré de l'amnistie⁶.

§2 - Une indisponibilité préjudiciable des moyens ordinaires

L'interdiction faite au juge de statuer d'office sur tous les moyens emporte des conséquences regrettables, à savoir le rejet de conclusions en annulation pourtant recevables et fondées.

Cette conséquence est commune tant aux illégalités fondées sur un moyen ordinaire **(A)** qu'aux illégalités qui pourraient être fondées sur un moyen d'ordre public, compte tenu des conditions auxquelles leur reconnaissance reste soumise **(B)**.

¹ - R. CHAPUS, « Droit du contentieux... », op. cit, n° 932.

² - A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens... », p. 60.

³ - CE 14 décembre 1998, SARL Levaux, T, p. 837.

⁴ - J.P. JACQUE, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in Mélanges M. Slassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 237.

⁵ - CE 15 février 1984, Association industrielle du terroir de Belfort, p. 1985, p. 857.

⁶ - CE 6 octobre 1995, Hassini, T, p. 1006.

A- Les illégalités fondées sur un moyen ordinaire :

L'impossibilité de retenir un moyen fondé non invoqué. En application d'un principe constant, précédemment abordé, « le Conseil d'Etat annule les jugements dans lesquels a été soulevé d'office un moyen ordinaire¹ ».

Lorsque les premiers juges ont soulevé d'office un moyen ordinaire, le jugement est considéré comme entaché d'« erreur de droit² ».

Il ne s'agit pas d'un cas d'ultra petita³, à proprement, parler puisque les juges n'ont pas statué au-delà des conclusions dont ils étaient saisis. Mais, ont fondé leur solution sur un moyen dont ne s'étaient pas emparé les parties.

Ce genre d'hypothèses restent rares⁴ dans la mesure où les magistrats sont logiquement respectueux des limites qui leur sont imposées. Il ne s'agit généralement que d'erreurs de bonne foi, qui soulignent, peut être, plus encore le caractère inopportun de l'interdiction.

Il convient, toutefois, de souligner que le jugement d'un tribunal administratif soulevant d'office un moyen ordinaire n'est pas obligatoirement annulé si le moyen relevé d'office est surabondant.

De plus, le fait pour le juge de soulever d'office, pour le rejeter, un moyen ordinaire, assimilé improprement à un cas d'ultra petita, ne constitue pas une irrégularité susceptible d'être soulevée d'office par les juges d'appel ou de cassation⁵.

Ainsi, seule une volonté expresse des parties en ce sens pourrait justifier la censure d'une telle irrégularité, qui, au final, permet de trancher plus exactement le litige.

¹ - DEBOUY (C), Les moyens d'ordre public, op., p.454

² - C E, Sect., 5 novembre 1965, Société Henri Ducassou, p.589.

³ - J.M. AUBY « l'ultra petita dans la procédure contentieuse administrative », in Mélanges M. Waline, 1974, p.274

⁴ - CE, 13 mai 1997, Ministre de l'agriculture ; JCP, 1978, II, 18918, note D.Linotte.

⁵ - CE, 30 novembre 2007, Guitard, p. 1059, AJDA, 2006, p. 454 :

Même dans l'hypothèse où un moyen, qui s'avère fondé, est soulevé par le requérant au soutien de ses conclusions, il lui est toujours loisible d'y renoncer, dans la mesure où ce moyen n'est pas un moyen d'ordre public.

A cet égard, et compte tenu de la finalité du recours pour excès de pouvoir, il « peut donc sembler surprenant que le juge donne acte du désistement d'un moyen qui, s'il avait été maintenu, aurait entraîné l'annulation de la décision administrative¹ ».

Il apparaîtrait, en effet, pour le moins regrettable que le juge n'ait pas à se prononcer sur les moyens abandonnés par le requérant². Encore faut-il que cet abandon soit sans équivoque³, la volonté exprimée devant l'être clairement.

Mais, une fois le requérant ayant explicitement décidé de renoncer à un moyen, non seulement le juge n'a pas à en examiner le bien-fondé, mais encore la censure le guetterait-il s'il le faisait, car cela correspondrait à l'hypothèse d'un examen ex officio d'un moyen ordinaire.

Le rejet de requêtes pourtant fondées mais sur un moyen ordinaire est reconnaissable à la formule jurisprudentielle « le requérant n'est pas fondé, par le(s) moyen(s) qu'il invoque⁴ » à demander l'annulation de la décision attaquée.

Cette formule permet au juge de signifier implicitement au requérant que sa requête est fondée mais que lui, ou son conseil, n'a pas soulevé le moyen adéquat. Il s'agit d'une « façon d'exprimer qu'un autre moyen (au moins) était de nature à lui faire avoir gain de cause⁵ ».

¹- Ibid., p. 423

²- CE, Sect., 2 mai 1969, Ourabah, p. 240

³- CE, Sect., 19 mai 1989, Société d'expansion hôtelière du Languedoc, T. p.868 (interdiction d'une renonciation conditionnel)

⁴- CE, 9 février 2004, Préfet de police, p. 727, AJIDA, 2004, p. 1103

⁵- R. CHAPUS, « droit du contentieux administratif », op. cit., n°1082-3°.

La légalité «ordinaire», dont la méconnaissance ne justifie pas l'existence d'un moyen d'ordre public, apparaît à la merci de la volonté des parties, à laquelle le juge reste très largement soumis.

Mais, cette volonté, si elle peut explicitement exprimer une renonciation au bénéfice d'un moyen, peut également n'être que le fruit d'un silence.

Il est pourtant difficilement imaginable qu'un requérant, concluant à l'annulation d'une décision qu'il estime illégale, renonce implicitement à soulever certains moyens au soutien de cette argumentation, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un moyen se révélant fondé.

Le seul respect de la volonté des parties ne saurait à lui seul justifier qu'en « dehors du cas où il présenterait un caractère d'ordre public, le juge se refuse catégoriquement à relever d'office un moyen qui n'aurait pas été soulevé dans le délai de recours et cela alors même qu'il estimerait ce moyen fondé¹ ». Et quand bien même le moyen propre à fonder l'annulation serait d'ordre public, celle-ci reste parfois impossible.

B- Les illégalités fondées sur un moyen d'ordre public :

Bien que la présence d'un moyen d'ordre public fondé permette en principe au juge, indépendamment de l'argumentation des parties, de prononcer l'annulation de l'acte dont la légalité est contestée, sa seule présence ne suffit cependant pas **(1)**, son utilité s'en trouvant dès lors fortement compromise **(2)**.

¹- D. BAILLEUL, « L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français », op.cit., n°187.

1-L'insuffisance du moyen d'ordre public à fonder l'annulation :

L'insuffisance potentielle du moyen d'ordre public provient de ce que son usage est encadré par des conditions limitatives **(a)** et strictement mises en œuvre en jurisprudence **(b)**.

a) Un usage encadré par des conditions limitatives :

La seule présence d'un moyen d'ordre public fondé ne saurait suffire à permettre au juge de le soulever d'office. Le chemin menant à l'annulation est, en effet, semé d'obstacles procéduraux.

Il existe des hypothèses dans lesquelles le juge, de première instance, d'appel, voire de cassation, omet tout simplement de soulever un moyen d'ordre public.

Cette insuffisance, intrinsèque à tout système humain et par suite inévitable, n'est pas celle qu'il s'agit d'aborder mais bien celle liée à règle de procédure faisant obstacle à l'annulation d'un acte à l'illégalité avérée.

Le moyen d'ordre public ne peut, à l'évidence, « être soulevé d'office que s'il est déterminant pour résoudre le litige¹ ».

Plus précisément, « le juge n'est tenu de relever d'office la violation d'une règle d'ordre public que si elle a une incidence sur le litige qui lui est soumis, c'est-à-dire si elle conduit au rejet ou à l'admission des conclusions qui lui sont présentées² ».

Ainsi, la contestation du jugement de première instance ne saurait utilement être argumentée sur le fait qu'un moyen d'ordre public n'aurait pas été examiné par le juge, celui-ci étant, dès lors, réputé rejeté par préterition.

¹- C. DEBOUY, « les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », op.cit., p.432.

²- J.L. REY, « les moyens d'ordre public en appel », AJIDA, 2003, p. 118.

La question reste posée quant à savoir si un juge, par souci d'exhaustivité, ou lorsque les circonstances de l'espèce le commandent, pourrait éventuellement statuer d'office sur un moyen d'ordre public, afin de « vider le litige » en quelque sorte.

A cet égard, le principe d'économie des moyens, propre à l'annulation quant à lui, n'est qu'une pratique juridictionnelle à laquelle il est permis de déroger.

S'il est, de ce fait, loisible au juge de la légalité, bien que ce ne soit qu'exceptionnellement le cas en pratique, de statuer sur plusieurs moyens - soulevés par les parties - susceptibles de justifier l'annulation de l'acte, il ne semble pas envisageable de rejeter une requête en statuant au surplus sur un moyen d'ordre public relevé d'office.

Néanmoins, Il est « en principe interdit au juge de diligenter une mesure d'instruction aux fins de rechercher s'il n'y aurait pas lieu de soulever d'office un tel moyen¹ ».

Il est, en effet, constamment réaffirmé que le bien-fondé du moyen à relever d'office doit ressortir des pièces du dossier². Plus sévèrement encore, le bien-fondé du moyen doit « manifestement³ » ressortir desdites pièces.

Il n'est pas exact d'affirmer que le juge peut relever d'office tout moyen d'ordre public susceptible d'emporter l'annulation de l'acte contesté devant lui.

En effet, il ne pourra, et ne devra, relever d'office ce moyen que si, et seulement si, son bien-fondé ressort avec évidence du dossier soumis à son

¹- D. CHABANOL, « la pratique du contentieux administratif », Litec, 8^{ème} éd., 2009, n° 375.

²- CE, 28 décembre 2007, Arsicaud Bewing, AJIDA, 2008, p. 374

³- CE, Sect., 28 décembre 2007, Arsicaud Bewing, no 282309 : « considérant toutefois qu'un moyen d'ordre public ne doit être soulevé d'office que s'il ressort manifestement des pièces du dossier au vu duquel le juge statue... ».

examen. Et toute la question se situe naturellement au niveau de ce qui relève de l'évidence et de ce qui n'en relève pas.

Cette « condition assez restrictive¹ » amène donc le juge à renoncer à soulever d'office un moyen d'ordre public, dans la mesure où s'il « a un doute, il ne pourra pas le dissiper en procédant à une mesure d'instruction complémentaire² ».

La réserve du juge à s'emparer pleinement d'un moyen d'ordre public, en dehors même des pièces du dossier, doit probablement s'expliquer par la traditionnelle pusillanimité dont il fait preuve lorsqu'il paraîtrait nécessaire de faire prévaloir la légalité sur le respect de la volonté des parties.

Reste, à cet égard, qu'un tempérament permet un aménagement de la rigueur de la règle : le juge peut se permettre de vérifier des présomptions résultant des pièces du dossier³ qui, « si elles étaient avérées, conduiraient normalement à soulever d'office un moyen d'ordre public⁴ ».

Il suffit qu'au vu des pièces du dossier, le moyen soit présumé bienfondé, pour que le juge puisse pleinement s'en emparer. Mais ce n'est pas nécessairement le cas.

Il est difficile d'imaginer l'hypothèse dans laquelle un magistrat pourrait fonder un moyen sur des éléments complètement étrangers aux pièces du dossier.

Qu'elles soient suffisantes, ou bien simplement suggestives, il semble que ce soit toujours plus ou moins, directement elles qui permettent d'établir, ou de présumer, le bien-fondé d'un moyen.

Et pourtant, il est des hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat va considérer qu'une juridiction a irrégulièrement reconnu le bien-fondé d'un

¹- C. DEBOUY, op. cit., p. 432

²- Ibid.

³- CE, 13 février 1987, Morel, T. p. 883 ; RFDA 1988, p. 53.

⁴- D. CHABANOL, « la pratique du contentieux administratif », op.cit., n° 375

moyen, celui-ci n'étant pas considéré comme résultant suffisamment directement des pièces du dossier.

b) Une tendance jurisprudentielle inflexible :

Le Conseil d'Etat est venu illustrer la rigueur avec laquelle il apprécie les conditions nécessaires à la régularité de l'examen d'office d'un moyen d'ordre public.

Contrairement à ce que la logique pourrait laisser penser, le juge peut fonder une annulation sur un élément considéré comme insuffisamment rattaché aux pièces du dossier pour assurer sa régularité.

Toutefois, la lecture du considérant auquel, il est fait référence offre une formulation pour le moins ambiguë, laissant à penser que la position est difficilement défendable sur le principe.

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que [les requérants] n'ont pas soulevé, à l'appui de leurs conclusions [en annulation dirigées contre un permis de construire], le moyen tiré de ce que l'arrêté du maire (...) portant délégation de compétences en matière d'urbanisme n'était pas exécutoire, faute d'avoir été régulièrement publié, moyen distinct de celui débattu devant le tribunal et la cour et concernant l'existence même de cette délégation ;

Qu'en se fondant sur ce motif pour annuler le permis [attaqué] sans avoir préalablement informé les parties de son intention de relever d'office le moyen tiré de l'absence de publication de cet arrêté, laquelle ne ressortait d'ailleurs pas du dossier qui lui était soumis, la cour a entaché son arrêt d'irrégularité¹ (...) ».

Ainsi, le moyen tiré de l'absence d'une délégation de compétences n'est pas assimilable au moyen tiré de l'irrégularité de cette délégation, faute

¹-CE. 14 mars 2011, Commune d'Ajaccio, n° 308987.

d'avoir été publiée, tous deux se rattachant, pourtant, au moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte.

Les moyens étant considérés comme distincts et seul le premier ayant été soulevé par les requérants, le défaut de publication de la délégation de signature est considéré par le Conseil d'Etat comme un moyen relevé d'office.

Il doit par suite, non seulement répondre aux exigences fixées par l'article R. 611-7 du code français précité de justice administrative, mais également ressortir des pièces du dossier.

En l'espèce, l'irrégularité sous couvert de laquelle l'arrêt de la cour d'appel est annulé est le défaut de respect de la procédure contradictoire.

Toutefois, le Conseil d'Etat fait juridiction a irrégulièrement reconnu le bien-fondé d'un moyen, celui-ci n'étant pas considéré comme résultant suffisamment directement des pièces du dossier.

La logique de la démarche reste hermétique. Les investigations du juge - de première instance et d'appel - statuant sur un moyen tiré de l'inexistence d'une délégation de compétences, l'ont amené à découvrir le défaut de publication dont elle est entachée.

L'illégalité est avérée, le vice d'incompétence fondé, la décision attaquée est annulée. Leur décision sera, néanmoins, sanctionnée par le Conseil d'Etat, faute d'avoir mis en œuvre le principe du contradictoire, principe au demeurant insuffisant à assurer la régularité de la procédure, le moyen retenu ne ressortant « d'ailleurs pas du dossier ».

L'arrêt du Conseil d'Etat procède au renvoi du dossier devant la cour administrative d'appel car, bien que l'illégalité de la décision attaquée ne fasse plus aucun doute, il faut croire que la bonne administration de la justice commande parfois un rigorisme pourtant onéreux et chronophage.

Force est de constater que le « juge ne cherche pas à relever un moyen d'ordre public, c'est le moyen d'ordre public qui s'impose au juge¹ »; la pratique juridictionnelle des moyens d'ordre public, levant le voile des apparences, révélant un juge de la légalité, aussi, peu irréprochable dans la sauvegarde de l'ordre public que dans celle de la légalité ordinaire.

2- Une efficacité contrainte :

Dans certaines hypothèses «les moyens d'ordre public ne peuvent toutefois être soulevés ni par le juge, ni par les parties² ». Tel est le cas lorsque le recours ou les conclusions sont irrecevables.

Il s'agit de la principale limite à l'efficacité des moyens d'ordre public, dont la mise en œuvre reste largement conditionnée par les limites de l'instance, telles qu'elles résultent de la formulation de leurs conclusions par les parties.

En effet, un moyen, fût-il d'ordre public, n'est jamais de nature à permettre au juge de passer outre une irrecevabilité.

La meilleure illustration de cette limite reste l'hypothèse dans laquelle la demande d'annulation partielle d'un acte indivisible restera irrecevable³, malgré le caractère d'ordre public du moyen susceptible de la fonder.

De manière quelque peu contradictoire, « le juge administratif dénie le droit aux parties de choisir d'abandonner les moyens d'ordre public, mais il leur laisse la possibilité de l'empêcher des les soulever lui-même en mettant fin à l'instance⁴ ».

¹-A. CIAUDO, loc.cit.

²- A. CIAUDO, loc.cit., p. 5

³-CE, 5 novembre 1975, Société Pavita, p. 544, GACA, 4^{ème} éd., 2014, n° 51 : « considérant que le juge administratif lorsqu'il est saisi de conclusion tendant à l'annulation partielle d'un acte dans les disposition forme un ensemble indivisible, et tenu de rejeter ses conclusions, quelle que soit, au demeurant la nature des moyens susceptible d'être invoqués à l'encontre de la décision attaqué »

⁴- A. CIAUDO, loc.cit

En ne maîtrisant, ni la création, ni l'extinction du lien d'instance, le juge de la légalité se retrouve en tous points tributaire de la volonté des parties, quand bien même une illégalité d'ordre public aurait été décelée.

Certes, il est par principe interdit de transiger en matière de légalité. Néanmoins, la pratique des désistements monnayés, associée à l'impossibilité du juge de passer outre une volonté expresse de désistement, laisse à penser qu'en pratique, il reste loisible aux parties de transiger avec l'ordre public.

Par ailleurs, l'efficacité des moyens d'ordre public est également limitée par l'objet même de la demande dans la mesure où les « points non-soulevés par les parties ne sont pas atteints par le recours aux moyens d'ordre public¹ ».

La volonté des parties de circonscrire leur demande d'annulation à quelques dispositions seulement d'un acte l'emporte donc sur l'illégalité, pourtant d'ordre public, dont serait entachée cet acte.

Assurément « les moyens d'ordre public n'élargissent pas l'objet de la demande, bien au contraire. Ils en sont, parfois, la victime² ». Il est fait, à ce niveau, référence à l'hypothèse dans laquelle la règle non ultra petita « limite les effets du moyen d'ordre public³ » et fait alors obstacle à l'annulation d'un acte intégralement illégal⁴.

Ces impasses contentieuses sont-elles dues à l'insuffisante valeur accordée aux moyens d'ordre public ou bien à l'impériosité de la règle non ultra petita ? Quoiqu'il en soit, à cet égard « l'effet du moyen d'ordre public

¹-J.P. JACQUE, « les moyens d'ordres public dans le contentieux de plein juridiction en France », in Mélanges M.Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 229, spéc. P. 243.

²- C. DEBOUY, op. cit., p. 487

³- C. DEBOUY, op. cit., p. 463

⁴- CE, 12 janvier 1951, Bompard, p.15 ; D., 1952, J., p. 255, concl. Guionin : l'incompétence des premiers juges, soulevée d'office, n'emportera que l'annulation partielle de l'arrêté du conseil de préfecture, conformément a la demande des requérants.

trouve sa vraie limite, celle de n'être que le produit d'un moyen (et non celui d'une action publique¹) ».

L'une des principales limites du moyen d'ordre public se situe dans la formulation et la totale maîtrise des conclusions par les parties, et par le requérant plus particulièrement.

Peu importe la gravité de l'illégalité dont est entaché l'acte soumis à son contrôle, le juge ne pourra en aucun cas se défaire des limites imposées par les conclusions dont il est saisi.

A supposer même une généralisation des moyens d'ordre public, celle-ci ne saurait suffire à écarter les hypothèses de subsistance des actes administratifs illégaux, tant, il est vrai qu'avant d'être saisi de moyens, le juge est avant tout saisi de conclusions.

¹- J. PEUCH, « contribution a l'étude des moyens d'ordre public devant les juridiction administratives », Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962, p. 86.

Conclusion du Titre 1 :

En générant la persistance d'actes administratifs illégaux au contrôle du juge de la légalité et en incitant « le requérant à moins de discernement dans l'élaboration de sa demande » par la formulation de conclusions en annulation totale plutôt que partielle, la règle non ultra petita confronte par certains aspects le juge au fait que « ses propres principes procéduraux interdisent de faire éventuellement prévaloir au fond le principe de légalité ».

Alors que la règle non ultra petita permet de mettre en lumière certaines des faiblesses qui compromettent l'efficacité du juge de la légalité, le fait qu'il ne puisse examiner que les moyens dont il est saisi, à l'exception des moyens d'ordre public, génère des situations analogues, dans lesquelles un acte administratif dont le juge reconnaît l'illégalité, ne pourra être annulé, faute pour lui de maîtriser suffisamment les éléments objectifs constitutifs de la demande.

En ce qu'ils apparaissent « comme un puissant remède à la rigidité du cadre processuel dans lequel s'enferment les parties en développant leur argumentation initiale¹ », les moyens d'ordre public semblent, au premier abord, de nature à contourner les difficultés provoquées par l'interdiction faite au juge de se saisir spontanément de moyens ordinaires.

Toutefois, tant dans leur identification que dans leur mise en œuvre pratique, ces moyens dérogatoires restent teintés des mêmes réflexes pusillanimes faisant obstacle à la prévalence du principe de légalité.

En plus, non seulement la question se pose de savoir si « tous les comportements qui peuvent sembler, a priori, répréhensibles - au regard de l'ordre public - donnent-ils vraiment lieu à des moyens d'ordre public ? »².

¹ - D. BAILLEUL, « l'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français », op.cit., n°186.

² - J.L. PISSALOUX, « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », art. préc., p. 804.

Mais encore, l'ordre public peut apparaître comme une notion « inconsistante et inutile »¹, qui ne saurait, en tout état de cause, suffire à éradiquer les effets regrettables de l'enfermement du juge de la légalité dans l'argumentation des parties.

¹-A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », art. préc., p. 66.

Titre II : Le contentieux de pleine juridiction : un recours en indemnité

Le recours de pleine juridiction est une notion que les juridictions administratives marocaines utilisent de façon quotidienne. S'il est vrai que le plus souvent l'identification d'un tel recours ne pose pas problème, cette notion n'en est pas moins une fausse idée simple. Dès lors, il est nécessaire de définir ses contours et de préciser son contenu.

Le plein contentieux se manifeste, contrairement au contentieux de l'excès de pouvoir, comme un contentieux composite, parfaitement hétérogène (**Chapitre 2**).

Son existence est principalement liée à celle d'un recours incontestablement subjectif, et qu'on peut appeler le « recours ordinaire de plein contentieux » (**Chapitre 1**).

Pour le reste, de plus en plus important, il comprend tous les recours autres que ceux qui sont reconnus comme recours pour excès de pouvoir, recours en appréciation de légalité ou recours en déclaration d'inexistence, même s'il s'agit de recours qui, en raison de la nature de la question posée au juge, sont des recours objectifs (le sort du litige étant exclusivement sous la dépendance de la réponse donnée à une question de légalité).

Chapitre I : Le recours en indemnité

Le recours en indemnité est un recours de pleine juridiction par lequel l'usager de l'administration demande au juge réparation du préjudice que lui cause l'atteinte portée à un droit qui lui appartient, c'est-à-dire à un droit subjectif.

Ce recours est différent du recours en annulation pour excès de pouvoir par lequel le requérant demande au juge d'annuler un acte qui est contraire au droit et qui relève de ce qui est appelé le contentieux objectif.

Cela dit, il en découle qu'il s'agit, d'un côté, d'un recours de pleine juridiction où le juge a des pouvoirs étendus qui lui permettent d'apprécier l'existence du dommage, son imputabilité compte tenu du comportement de la victime, des tiers et de l'administration ; le juge peut également tenir compte des circonstances, de la nature des activités en cause...

De plus, le juge peut évaluer le dommage et condamner l'administration au paiement de l'indemnité réparatrice.

Le requérant est ainsi titulaire d'un droit de créance, d'un droit subjectif à l'encontre de l'administration responsable du préjudice.

De l'autre côté, ce recours ne concerne que la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration. Cela ne doit pas faire oublier que la responsabilité de l'administration peut également être engagée pour manquement à ses obligations contractuelles, ce qui pose naturellement des questions de droit liées à l'interprétation des dispositions du contrat.

Mais, il est clair que le principe de cette responsabilité se trouve finalement dans le contrat lui-même et la théorie du contrat administratif à laquelle il convient de se reporter.

La responsabilité des collectivités publiques est fondée aussi sur un texte général qui en pose le principe et c'est le juge qui a mis en œuvre ce principe qui découle des articles 79 et 80 du DOC .

Le législateur de 1913 avait limité le plein contentieux aux instances tendant à faire déclarer débitrices les administrations publiques à raison des marchés conclus par elles, à raison des travaux qu'elles ont ordonnés ou à raison de tous actes de leur part ayant porté préjudice à autrui.

Aujourd'hui la compétence du tribunal administratif est définie en termes plus généraux. Mais, il est évident que les principaux domaines dans lesquels prennent naissance les litiges qui donneront lieu à des recours de plein contentieux demeurent les contrats, les travaux publics et surtout les actes qui causent un préjudice.

Il ne semble, cependant, pas judicieux d'aborder le problème du recours en indemnité en suivant l'ordre des domaines de l'action administrative dans lesquels il peut trouver sa source.

S'agissant, en effet, du contentieux contractuel une étude d'ensemble en a été présentée à l'occasion de l'analyse des contrats administratifs.

Une remarque analogue peut être faite à propos de travaux publics : le contentieux des travaux publics se ramène soit un contentieux contractuel, les litiges concernant l'exécution des marchés de travaux publics, soit à un contentieux d'indemnité du fait des dommages que l'exécution de ces travaux peut causer aux particuliers.

C'est dans une perspective générale que sera présenté le contentieux de l'indemnité qui permet d'obtenir réparation des dommages causés par tous actes de l'administration.

Section I : Les caractères généraux de la responsabilité en matière administrative

L'existence d'une responsabilité de la puissance publique paraît aujourd'hui chose naturelle. Les personnes publiques, comme les personnes privées, doivent répondre de leurs actes et indemniser les victimes des dommages qu'elles leur causent.

Mais, ce principe généralisé de responsabilité n'a pas toujours été reconnu. Il convient donc de rappeler les conditions de naissance de la responsabilité de la puissance publique (§1).

Au Maroc, le droit moderne de la responsabilité administrative découle des articles 79 et 80 du DOC dont la signification a prêté, et prête parfois encore, à discussion. C'est ce qui sera examiné dans une (§2) consacrée au fondement législatif de la responsabilité de la puissance publique.

§1- La naissance de la responsabilité de la puissance publique

La responsabilité de la puissance publique traduit en termes juridiques l'obligation d'équité qui incombe à toute personne de réparer le dommage qu'elle a causé à autrui¹.

Cette obligation, que le droit privé a pratiquement toujours connue, constitue une institution récente en droit administratif. En effet, c'est un principe d'irresponsabilité de l'Etat qui, pendant longtemps, a prévalu dans la plupart des systèmes juridiques.

C'est seulement depuis la fin du XIXe siècle que le principe inverse s'est peu à peu imposé.

Au Maroc, comme en France, la responsabilité de l'Etat sera admise dans un cadre juridique différent de celui qui concerne les particuliers. Il existe un particularisme de la responsabilité administrative.

¹ - M.ROUSSET et M. AMINIE BENABDALLAH, op. cit, p. 333.

Sera envisager successivement le principe d'irresponsabilité **(A)** puis l'admission de la responsabilité de la puissance publique **(B)**.

A - Le principe d'irresponsabilité :

Dans la plupart des systèmes juridiques, c'est le principe d'irresponsabilité de l'Etat qui a longtemps prévalu. Il apparaissait anormal de mettre en cause la responsabilité du Souverain. Celui-ci pouvait mal faire. Cet argument, d'apparence obscurantiste, couvrait en réalité en justification de type « légalo-rationnel » qui consistait à dire que les dommages causés par le Souverain n'étaient que la contrepartie regrettable mais inévitable des avantages procurés à la collectivité par l'action de l'Etat en faveur de l'intérêt général¹.

La réparation du préjudice n'est cependant pas exclue. Mais, d'une part, elle est exceptionnelle et, d'autre part, elle n'est possible que dans le cadre d'un recours gracieux et non pas comme conséquence d'une obligation de réparer qui pèserait sur la puissance publique.

Ainsi, à la veille du protectorat, il existait un vizir Achikayat, version marocaine de la justice des Madhalims, qui accueillait les réclamations de toutes sortes, y compris celles tendant à obtenir réparation d'un dommage causé par les agents du makhzen.

Ce recours n'était pas un recours juridictionnel, car le vizir des réclamations était une instance essentiellement administrative chargée d'instruire les réclamations et de proposer une solution au Sultan.

Cette irresponsabilité peut également être constatée dans des pays comme la Grande-Bretagne où le principe d'irresponsabilité de la couronne subsistera jusqu'en 1947 date à laquelle le « Crown proceeding act » le fera pratiquement disparaître.

¹ - M.ROUSSET et M. AMINIE BENABDALLAH, op. cit, p. 334.

En France, l'irresponsabilité de l'Etat disparaîtra lentement au cours du XIXe siècle sous l'effet de la jurisprudence libérale du Conseil d'Etat, c'est seulement en 1905 dans un arrêt du 10 février 1905, *Tomaso Grecco*¹ que sera admise la responsabilité de l'Etat en matière de police pour faute lourde.

B- L'admission de la responsabilité :

L'irresponsabilité de l'Etat ne présentait que des inconvénients limités à une époque où l'Etat agissait peu. Etant peu présent dans la vie des administrés, les occasions de causer des dommages étaient peu nombreuses. Cette situation va changer avec le développement de l'action administrative et la multiplication des occasions de conflits et de dommages matériels.

C'est, ainsi va également changer sous l'influence croissante des idées l'équité et de la solidarité qui apparaissent incompatibles avec l'irresponsabilité.

C'est ainsi qu'en 1906 paraît en France sous la signature d'un conseiller d'Etat, Georges Teissier, un ouvrage consacré à la « responsabilité de la puissance publique » dans lequel l'auteur invoque précisément ces idées de solidarité et l'équité pour récuser le principe ancien d'irresponsabilité.

Il s'exprimait ainsi : « Le fondement juridique (du fait) que les dommages causés par fonctionnement des services publics constituent les frais généraux de ces services publics payés par l'impôt et supportés par tous ceux qui forment la collectivité bénéficiaire de ces services se trouve dans l'article 13 de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ».

Or, cet article 13 dispose : « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses de l'administration, une contribution commune est

¹ - Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12^e éd. 1999, p.81.

indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés¹ ».

C'est pour tenir compte à la fois des transformations de l'action administrative et de l'évolution des idées que la jurisprudence du Conseil d'Etat français va progressivement faire admettre, puis généraliser, que le principe de la responsabilité de la puissance publique fut reçu. L'arrêt Blanco de 1873, et surtout l'arrêt Rotschild de 1855 qui fait figure de précurseur en la matière.

Ainsi, graduellement, l'irresponsabilité de la puissance publique qui a prévalu de 1800 à 1872 est passée puis abandonnée partiellement entre 1873 et 1914 et être généralisée progressivement depuis cette année².

Au Maroc, l'admission de cette responsabilité sera l'œuvre du législateur de 1913 au moment où la réorganisation de l'administration va conduire au développement de son action.

L'article 8 du D.O.J confie aux nouvelles juridictions le soin de juger les recours tendant à faire déclarer débitrices les administrations publiques en matière de travaux publics, de contrats et plus généralement pour tous actes de leur part ayant entraîné un préjudice.

Dans le prolongement de cette attribution de compétence, le législateur affirme que l'Etat et les municipalités doivent réparer les dommages causés par leurs services sauf si la cause de ces dommages se trouve dans une faute personnelle de leurs agents.

¹ - C'est dire que, déjà à l'époque, alors qu'il y avait pas de contrôle de constitutionnalité des lois et que n'était pas encore admis le principe selon lequel le législateur ne pouvait exprimer sa volonté que dans le respect de la constitution, mais tout le contraire, l'auteur avait trouvé à la responsabilité administrative un fondement d'ordre constitutionnel dans la mesure où la Déclaration de responsabilité administrative un fondement d'ordre constitutionnel dans la mesure où la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen était la base de tout ce qui a suivi après la Révolution de 1789.

² - J. MOREAU, « La responsabilité administrative », Que sais-Je ? n° 2292, PUF, p.7.

De son côté, l'article 79 du DOC précité affirme que « L'Etat et les municipalités sont responsables de dommages causé directement par le fonctionnement de leurs administrations et pour les fautes de service de leurs agents ».

L'article 80 du DOC sus indiqué ajoute que: « Les agents de l'Etat et des municipalités sont personnellement responsables des dommages causés par leurs dols ou par des fautes lourdes commises dans l'exercice de leurs fonction. L'Etat et les municipalité ne peuvent être poursuivis à raison de ces dommages qu'en cas d'insolvabilité des fonctionnaires responsable ».

A ce principe général de responsabilité, il existe, cependant, quelques exceptions ou atténuations, à savoir l'irresponsabilité de l'Etat du fait de la fonction législative et l'irresponsabilité du fait de la théorie des actes de gouvernement.

Mais, dans ces deux cas, la considération de la jurisprudence française montre qu'il est possible de faire fléchir l'irresponsabilité. Par contre l'irresponsabilité du fait des décisions Royales qui sont couverts par une immunité juridictionnelle n'exclut pas une réparation à l'issue d'un recours gracieux.

Il faut signaler le régime particulier qui concerne la fonction juridictionnelle ; la responsabilité de l'Etat ne pouvait être mise en œuvre que de façon restrictive en cas d'erreurs judiciaire reconnue à l'issue d'une action en révision sur la base de l'article 612 du Code de procédure pénale.

Dans le même but, en cas de dol, fraude ou concussion d'un magistrat, l'article 391 du Code de procédure civile organise une procédure particulière de prise à partie qui couvre également les officiers de police judiciaire.

Actuellement, la responsabilité de l'Etat est élargie puisque l'article 122 de la Constitution de 2011 dispose que « Les dommages causés par une

erreur judiciaire ouvrent droit à une réparation à la charge de l'Etat ». En application de cet article, c'est le tribunal administratif qui est compétent¹.

§2- L'interprétation des textes et le problème du régime de la responsabilité de la puissance publique

Les textes de 1913 ont posé dès leur édicition un problème d'interprétation pour deux raisons : La première résulte du fait que ces articles sont intégrés dans un code qui est tout entier consacré au droit privé : le dahir sur les obligations et contrats. Ce fait pose la question de l'autonomie de la responsabilité de la puissance publique.

La deuxième est liée à la rédaction de l'article 79. Il met en cause les modalités d'engagement de cette responsabilité. Découle-t-elle d'une faute **(A)** ou du risque ? **(B)**.

A - L'autonomie de la responsabilité administrative :

Le fait de placer des articles consacrés à la responsabilité des collectivités publiques dans le DOC signifiait que le législateur entendait soumettre l'administration au même régime de responsabilité que les personnes privées ; responsabilité pour dommage causé à autrui à la suite d'une faute (articles 77 et 78) et dommages causés du fait des choses que l'on a sous sa garde (article 88).

Cette interprétation n'a été soutenue par personne car les articles 79 et 80 ne faisaient, à l'évidence, que développer les principes posés par les articles 8 du D.O.J et 17 du C.P.C qui faisaient à l'administration une situation spécifique au regard de la compétence et des pouvoirs du juge.

Les magistrats ne s'y sont d'ailleurs pas trompés qui ont d'emblée soumis l'administration à un droit spécifique différent du droit commun: le droit administratif.

¹ - C.C.A, 12 février 2013, Agent judiciaire du Royaume c/ Chelkha, REMALD, 2013, n° 109-110.

Ayant à connaître des actions tendant à faire déclarer débitrices les administrations à raison des contrats conclus par elles, des travaux qu'elles ont ordonnés ou de tous actes de leur part ayant causé un préjudice à autrui, ils ont statué « en matière administrative », sur la base d'un droit autonome.

B - La signification de l'article 79 du DOC :

Le problème est lié à la rédaction et cet article qui conduit les interprètes à estimer qu'il établit une responsabilité objective. Cette interprétation se fonde sur trois arguments :

Le premier se réfère à la structure de la rédaction de l'article 79. En effet, la première phase de l'article vise la responsabilité pour les dommages causés directement par le fonctionnement de l'administration alors que la deuxième partie de l'article concerne les dommages causés par la faute de service des agents.

Les interprètes ont ainsi fait valoir que la première partie de ce texte établissait une responsabilité objective, automatique, dès lors que le dommage était causé directement par le service public.

Les mêmes interprètes s'appuyaient aussi sur l'article 8 du D.O.J. qui vise uniquement les « actions tendant à faire déclarer débitrices des administrations » pour « tous actes de leur part ayant causé un préjudice à autrui ».

Force est de noter que ces interprètes faisaient valoir la différence de rédaction de ce texte par rapport au décret beylical tunisien du 27 novembre 1888 qui lui avait servi de modèle et qui, lui, disposait que la puissance publique serait responsable des dommages « causés sans droit » par les administrations de l'Etat et des municipalités.

L'absence de cette expression « sans droit », signifiait bien la volonté du législateur d'affranchir la responsabilité administrative de toute exigence de la présence d'une faute.

Ainsi, il suffirait de démontrer l'existence du dommage et le lien de causalité entre celui-ci et le service pour obtenir automatiquement une réparation fondée en définitive sur le « risque administratif ».

Ce système aurait ainsi été l'un des plus avancés du monde et en tout cas plus favorable que le système français qui, à l'époque, ne connaît encore un tel mécanisme que dans le cas de la réparation du dommage professionnel subi par un collaborateur de service public alors qu'il n'y a aucune faute¹.

Cette interprétation était très séduisante ; elle a été très largement répandue en doctrine et a influé sur certaines décisions des tribunaux².

Ainsi, la Cour d'appel de Rabat jugeait, dans une décision du 8 décembre une responsabilité objective, sans faute, pour tout acte administratif causant un préjudice à autrui». Et, en 1943, elle statuait encore dans ce sens³.

Cette interprétation fut cependant remise en cause par un article M. de Laubadère publié à la GTM le 9 avril 1943 sous le titre : « le fondement de la responsabilité des collectivités publiques : la faute ou le risque ».

L'argumentation était simple. Elle consistait à constater que l'article 79 avait posé le principe de la responsabilité des collectivités publiques, tout en laissant aux tribunaux le soin de construire le régime juridique de cette responsabilité.

Cette interprétation fondée sur le bon sens tient cependant compte d'un certain nombre de facteurs tirés du contexte historique.

¹ - C.E.21 juin 1985, Cames, G.A.J.A.12^e éd. p.38.

² - C.A Rabat 21 janvier 1928, Sirey 1930- II-25.

³ - G.T.M.20 février 1943, p.25 et 3 avril 1943, p. 479.

Il faut conserver à l'esprit que le rédacteur des articles 79 et 80 n'est autre que le Conseiller d'Etat Georges Teissier, l'auteur de l'ouvrage cité plus haut relatif à la responsabilité de la puissance publique en France en 1906.

Cette responsabilité reposait sur la fameuse formule de l'arrêt Blanco selon laquelle la responsabilité peut incomber à l'Etat pour les dommages causés par les services publics n'est « ni générale ni absolue » qu'elle a ses règles spéciales découlant de la nécessité de concilier les exigences des services publics avec les droits légitimes des particuliers.

L'époque, ainsi que nous l'indiquons ci-dessus, la responsabilité sans faute n'a été consacrée que dans un cas, celui de l'arrêt Cames. Elle n'occupe qu'une place tout à fait limitée à côté du régime principal de responsabilité qui repose sur la faute.

Rapidement, les juridictions se rangèrent à cette opinion. Toutefois, le Premier Président de la Cour suprême revient sur cette question dans un discours d'ouverture de l'année judiciaire à propos d'une décision de la Cour suprême accordant une réparation à la veuve d'un agent mort en service sur la base de la responsabilité sans faute¹.

Le haut magistrat se prononçait pour une responsabilité objective en se fondant exclusivement sur des idées de justice et d'équité qui lui semblaient plus en accord avec les bases philosophiques et historiques du droit musulman.

Cette tentative de modifier les bases du système de responsabilité a certainement introduit un flottement dans les décisions des juridictions inférieures².

¹ - C.S.A., 3 juillet 1968, Aboubou, G.T.M. 1969, p.5.

² - H. OUAZZANI CHAHDI, Les articles 79 et 80 du DOC et l'évolution de la jurisprudence, REMED n°7, 1984, p. 163 ; M. Antari, « Remarques sur quelques tendances récentes de la jurisprudence administrative », REMALD n°18, 1997, p.51.

Mais, en fait, il semble que la Haute juridiction ait surtout cherché à donner une plus grande extension à la responsabilité pour risque chaque fois que l'équité le commandait, mais sans remettre en cause le principe de la responsabilité pour faute.

Certains commentateurs ont cependant exprimé l'opinion que le flottement constaté dans les décisions des tribunaux ordinaires provenait peut-être plus d'une insuffisante maîtrise du droit administratif de la part des magistrats de première instance et d'appel que d'une réflexion approfondie sur les implications d'un système généralisé de responsabilité objective.

Celui-ci n'est en effet pas nécessaire pour parvenir à l'indemnisation des victimes. En revanche, son instauration aurait sûrement pour conséquences le risque de voir les agents des administrations se désintéresser totalement des conséquences de leurs erreurs.

Ce système serait ainsi particulièrement malvenu dans une administration où le sens des responsabilités n'est pas toujours à la hauteur des exigences d'un fonctionnement régulier et efficace des services, et dans laquelle les contrôles et les systèmes d'inspection ne sont pas encore en mesure d'assurer l'élimination du laxisme et de l'incompétence.

La question de la signification de l'article 79 est désormais tranchée. Le législateur a posé un principe général de responsabilité. Les juges ont à la mettre en œuvre de la façon qu'il estiment la plus conforme à la fois à l'équité et à l'égalité des citoyens devant les charges publiques, mais tout autant aux exigences et aux contraintes qui pèsent sur l'action administrative.

C'est pourquoi il convient que le juge de l'administration soit un juge qui connaisse bien le droit, certes, mais qui connaisse aussi bien l'administration ; cette connaissance lui est en effet indispensable pour mettre en œuvre le principe de responsabilité posé sur l'article 79 du DOC, car

contrairement à ce qu'affirmait une décision du Tribunal administratif de Meknès).

C'est dire que le juge dispose d'un large pouvoir créateur en face d'une infinité de situations de fait par rapport auxquelles il doit déterminer la solution la plus équitable possible¹.

C'est dans cette perspective qu'il est nécessaire de traiter les différents cas dans lesquels la responsabilité administrative peut être engagée.

Section II : Le régime de la responsabilité administrative

La brièveté des textes des articles 79 et 80 D.O.C., le fait qu'ils soient inclus dans un document qui est tout entier consacré à des problèmes de droit privé ne manquent pas de soulever un certain nombre de difficultés qui ont fait, depuis l'époque de la parution de ces textes en 1913, l'objet d'un certain nombre d'études².

§1- Les thèses en présence

Deux questions se posent principalement à la lecture des textes, d'ailleurs étroitement liées l'une à l'autre. La responsabilité de la puissance publique au Maroc est régie par les textes du droit civil et doit-on penser qu'il s'agit d'une responsabilité générale ou qu'elle est limitée à certaines hypothèses, celle en particulier où l'administration aurait commis une faute ? La brièveté de l'article 79 a laissé place, en fait, à des interprétations divergentes sur ces deux questions.

Le fait que la responsabilité de l'administration ait été proclamée dans un texte inséré au milieu du Code des obligations et contrats destiné à régir les rapports de droit privé et qui, par ailleurs, contient de nombreuses dispositions

¹ - M. ROUSSET, Interprétation et progrès du droit, Mélanges M.J. Essaid, T.I, Rabat 2005, p.265.

² - L'ensemble a été repris dans l'ouvrage de M. Renard -Payen, l'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux, L.G.D.J, Paris, 1964, p.45, et par Jean Prat, la responsabilité de la puissance publique au Maroc, 1963, p.91.

en matière de responsabilité, dont en particulier l'article 77 qui établit le principe général de la responsabilité pour faute, pourrait permettre de penser soumettre la responsabilité de l'administration aux règles du droit commun.

En sens inverse, cette disposition particulière pour statuer sur la responsabilité de l'administration, n'était pas soumise aux mêmes règles que les particuliers.

Rien de tout cela n'est, à vrai dire, bien convaincant, c'est plutôt autour de l'idée d'autonomie du droit administratif qu'il faut chercher. C'est parce que la matière administrative est soumise à des règles spéciales.

Dans ce sens, l'article 8 de l'ancien Dahir sur l'organisation judiciaire précise que les tribunaux ordinaires sont compétents pour condamner l'administration à verser des indemnités pour les dommages qu'elle a causés.

L'administration est soumise à un droit spécial soutenu que les autres dispositions du Dahir sur les obligations et contrats ne sont pas applicables à la responsabilité administrative et le second problème est lié au premier.

Si la responsabilité de l'administration dont le principe est posé par l'article 79 obéit aux règles édictées par le D.O.C. Le régime des autres articles de ce texte, tels que l'article 77 sur la responsabilité pour faute et l'article 88 sur la responsabilité du fait des choses déterminent les contours et la physionomie de la responsabilité administrative.

Si au contraire, la responsabilité de l'administration échappe aux règles du droit civil, il y a un régime autonome de responsabilité, l'article 79 devient alors à lui seul le siège de la matière.

C'est dans ses dispositions et uniquement dans ses dispositions qu'il faut trouver les éléments qui permettent de déterminer le régime de la responsabilité administrative et sa brièveté laisse évidemment le champ libre à pas mal de suppositions.

L'analyse littérale de l'article 79 a conduit bon nombre d'interprètes à admettre que ce texte établissait une responsabilité purement objective quasi automatique de l'administration.

Dès l'instant qu'un dommage serait causé directement par le fonctionnement des services publics, il devrait être réparé. Il est à remarquer à l'appui de cette thèse également que l'article 8 de l'ancien Dahir sur l'organisation judiciaire ne fait pas non plus allusion à l'idée de faute.

Il donne compétence aux juridictions ordinaires pour connaître des instances tendant à faire déclarer débitrices les administrations publiques à raison de tous actes de leur part ayant porté préjudice à autrui.

En outre, un argument de droit comparé est fort important : c'est la différence de rédaction qui existe entre l'article 79 du D.O.C et l'article correspondant du décret tunisien de 1888.

D'ailleurs, le texte marocain a été largement inspiré du texte tunisien, établi lui aussi sous le Protectorat français. Or, le texte du décret tunisien du 27 novembre 1888 prévoit la responsabilité de l'Etat et des municipalités à raison de tout acte ayant dans droit porté préjudice à autrui.

Immédiatement que les termes « sans droit » ne figurent pas dans le texte marocain. C'est la création un régime plus libéral, plus moderne, au Maroc qu'en Tunisie.

Ce qui se comprendrait compte tenu de la différence de date entre les deux textes. L'existence du préjudice serait « la condition nécessaire et suffisante obligeant l'Etat à réparer ».

Cette opinion semblait largement répandue dans la doctrine ainsi que le montrent les citations et la bibliographie rassemblées par M. Renard-Payen sur ce sujet.

Un article de M. de Laubadère¹ vint présenter un point de vue différent qui fit désormais autorité et suscita l'adhésion générale. Sa thèse est fort simple : l'article 79 ne prend pas parti sur les conditions de la responsabilité administrative ; il se contente d'en fixer le principe.

Ce texte modifie l'état de droit antérieur qui n'admettait pas que la puissance publique puisse être condamnée à des indemnités ; il ouvre une voie nouvelle mais il n'en trace pas les contours.

Il laisse, comme en France, à la sagesse des tribunaux le soin de déterminer les cas dans lesquels l'administration est responsable. Le législateur français n'a jamais cru nécessaire d'intervenir pour établir un système de responsabilité de la puissance publique ; c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, peu à peu, l'a mise sur pied.

Au Maroc, un texte de base indique que cette responsabilité est possible, mais il y a là tout au plus une ligne directrice qui est tracée et, semble-t-il, une invitation à reprendre, comme en matière de détermination du champ d'application du droit administratif, les principes dégagés par la jurisprudence française.

A l'appui de sa thèse, M. de Laubadère invoque quelques arguments de bon sens. Il est bien peu vraisemblable, dit-il, alors qu'en France on n'a pas encore admis le principe d'une responsabilité générale et absolue de l'Etat, qu'on accepte une telle solution au Maroc avec tous les dangers qu'elle comporte pour les finances publiques et pour l'efficacité de l'action administrative.

Par ailleurs, le texte de l'article 79 a été rédigé par un membre du Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Tessier, et les observations qu'il a présentées sur les articles 79 et 80, en tête du code, ne laissent guère

¹ -« Le fondement de la responsabilité des collectivités publiques : la faute ou le risque », Gazette des tribunaux du Maroc, 9 avril 1943.

de doute sur le désir général qu'il avait de se rapprocher des solutions adoptées en France dans la mesure où elles n'étaient pas en contradiction avec les données de base du système marocain.

Il ne fait pas de doute pour M. de Laubadère que la responsabilité de l'administration ne dépend pas des règles du droit civil applicables à la responsabilité des particuliers et qu'elle n'est pas non plus figée dans un automatique quelconque. Il appartient simplement aux tribunaux d'en dessiner les contours et la jurisprudence n'a pas démenti cette thèse.

Le débat a été de nouveau ouvert par M. Bahnini, dans le discours prononcé lors de l'ouverture solennelle de l'année judiciaire le 7 octobre 1968¹.

Il opte résolument pour un système excluant toute référence à la faute et conduisant à une responsabilité quasi automatique.

Cependant il est peu vraisemblable que le législateur de 1913 ait voulu compenser l'absence de contentieux de la légalité par un régime particulièrement libéral de responsabilité fondé sur la réparation automatique des dommages compte tenu de la date du D.O.C., de la personnalité de ceux qui l'ont rédigé, des possibilités financières de l'Etat à l'époque considérée, et enfin de la rigueur dont le même législateur faisait preuve à la même époque à l'égard du problème de l'indemnisation des propriétaires expropriés².

Par ailleurs, l'argument tiré de l'idée de justice et d'équité, qui apparaît fondamental en une telle matière ne tient nullement compte du problème de savoir si la conséquence, de la réparation automatique des dommages, est compatible avec les réalités financières et administratives.

¹ - Discours reproduit à la G.T.M., 1969, p.5.

² -A.BENJELLOUN, op.cit., et le préambule du Dahir de 1951 modifiant le texte de 1914 sur l'expropriation.

Selon les possibilités financières des collectivités publiques et sur la conception que se fait de nos jours l'administration de sa propre responsabilité, il est amené à craindre que pour l'administration, le fait d'être automatiquement déclarée responsable de tous les dommages causés par son action ne conduise à une tension entre elle et le juge, celui-ci étant implicitement accusé de méconnaître les exigences propres au fonctionnement des services publics et les difficultés auxquelles ils sont à faire face.

L'administration ne risquerait-elle pas alors de manifester son hostilité par un accroissement du nombre des refus d'exécution des décisions de condamnation qui annulerait, et au-delà, le bénéfice que les victimes pourraient retirer d'un si considérable revirement de jurisprudence sans équivalent, à notre connaissance, dans aucun autre pays ?

§2- Les solutions jurisprudentielles

Comme la doctrine, la jurisprudence¹ a connu quelques hésitations avant de se fixer d'une manière tout à fait nette. Les décisions relevées qui appliquent à l'administration les règles du droit privé, en particulier l'article 88 du D.O.C. sur la garde de choses inanimées.

Mais, ce sont surtout des décisions qui estiment que l'administration est soumise à un droit particulier, tout entier contenu dans l'article 79 du D.O.C., à travers ces décisions les juges considèrent que cet article édicte un système de responsabilité automatique de responsabilité sans faute : « La législation du Protectorat consacre une responsabilité objective, sans faute, pour tout acte administratif causant un dommage à autrui² ».

Cependant des décisions à relever qui déchargeaient l'Etat de sa responsabilité, la preuve d'une faute n'étant pas rapportée³.

¹ - H. OUZZANI –CHAHDI, « Les articles 79 et 80 du D.O.C. ».

² - Cour de Rabat, 8 décembre 1939, Marie, R.A.C.A.R., p. 473.

³ - Cour de Rabat, 13 mars 1951, Succession Pichon, R.A.C.A.R., 53-54, p.34 et R.M.D., 1951, p.415.

Finalement c'est la thèse de M. de Laubadère qui allait entraîner une adhésion sans réticence de la part des juridictions marocaines : « Attendu que l'article 79 n'énonce pas le principe de la responsabilité objective des administrations publiques, principe selon lequel l'Etat et les municipalités seraient automatiquement responsables du dommage que leur fonctionnement peut causer aux particuliers et qui serait l'application de la théorie du risque sans même que cette application soit limitée au risque anormal et exceptionnel ;

Qu'il indique seulement qu'il existe au Maroc, à côté de la responsabilité des particuliers, une responsabilité des collectivités publiques sans préciser si le fondement de cette responsabilité est l'idée de faute ou celle de risque¹ ».

Ou encore : « Attendu que le fondement de la responsabilité administrative ne peut être recherché dans l'article 79 du D.O.C dont le seul but a été de proclamer l'existence de la responsabilité des collectivités publiques ; qu'en omettant volontairement les mots « sans droit » dans l'article 8 du D.O.J, qui est à cela près, la reproduction textuelle de l'article 1^{er} du décret tunisien du 27 novembre 1888, comme aussi en s'abstenant de faire allusion dans l'article 79 du D.O.C. à l'idée de faute.

Le législateur n'en a pas pour autant entendu écarter la nécessité d'une faute et faire de la responsabilité administrative une responsabilité objective pour risque :

« Qu'il a simplement entendu, comme le législateur français, laisser au juge qu'il chargeait du contentieux administratif toute liberté pour donner à la responsabilité administrative un fondement jurisprudentiel préférable en cette matière au fondement législatif ».

¹ - Cour de Rabat, 9 décembre 1947, Lanepaban, Sirey, 1949, II-24.

Une fois ainsi posé le principe de la liberté du juge dans la détermination du régime de la responsabilité administrative, subsiste la question de l'usage qui va être fait de cette liberté.

Appelé à mettre sur pied une construction de la responsabilité de la puissance publique indépendante des règles du droit privé, le juge marocain va tout naturellement s'inspirer de ce qui a été fait précédemment par la juridiction administrative française.

Il s'explique très clairement sur ce point en plusieurs occasions : « Attendu enfin que la jurisprudence du Conseil d'Etat français est nettement orientée en ce sens... qui si cette jurisprudence ne lie par les tribunaux du Maroc statuant en matière administrative, elle n'en constitue pas moins une indication précieuse¹ ».

Ou encore : « Attendu qu'en édictant des dispositions spéciales pour régir la responsabilité des administrations publiques, le législateur marocain a implicitement mais nécessairement entendu écarter l'application à ses administrations des règles ordinaires de la responsabilité civile ; que ne sauraient leur être appliquées les dispositions du droit privé contenues dans l'article 88 relatif à la responsabilité du fait des choses, dès lors que se trouve en cause le fonctionnement d'un service public ou la faute de l'agent ;

« Attendu que, statuant en matière administrative, la Cour est fondée à s'inspirer que la jurisprudence du Conseil d'Etat ; selon cette jurisprudence, les règles de la responsabilité administrative varient suivant les besoins du service en cause et la nécessité de concilier les droits de la puissance publique avec les droits des particuliers et permettent au juge du contentieux

¹ - Cour de Rabat, 24 juillet 1957, cité par J. Prat « la Responsabilité de la puissance publique au Maroc », op.cit., p. 30.

administratif de déterminer librement, selon les circonstances, le fondement de la responsabilité¹ ... ».

L'instauration, à partir de 1957, d'un recours en cassation porté devant la chambre administrative de la Cour suprême, n'a pas modifié ces positions de principe. Dans une jurisprudence relativement peu abondante en la matière, la Cour suprême a toujours confirmé l'inapplication des règles du droit civil² et l'absence d'automaticité de la responsabilité de l'administration³.

La Cour suprême ne penchait pas, à partir de 1974, pour un système de responsabilité automatique, quand du moins on ne pouvait identifier aucun agent auteur d'une faute de service⁴.

L'étude complète et documentée consacrée par M. Serhane El Houssaine, montre qu'il n'en est rien et que la présence d'une faute reste, sauf cas particulier, la condition de la mise en œuvre de la responsabilité des administrations⁵.

Les nouvelles dispositions sur les tribunaux administratifs ne touchent pas le fond du droit, l'art.8 de la loi se contentant d'affirmer que les tribunaux administratifs sont compétents pour juger « les actions en réparation des dommages causés par les actes ou les activités des personnes publiques ».

La conséquence évidente est que les tribunaux ordinaires cessent d'être compétents en la matière, mais les règles applicables n'en sont pas affectées.

La responsabilité de l'administration n'étant ainsi ni générale ni absolue, il convient de dégager de la jurisprudence quels sont les cas où la responsabilité la puissance publique peut être engagée avant d'examiner les

¹ - Cour de Rabat, 19 mai 1953, Benhamou, R.A.C.A.R., p.673.

² - Cour suprême, 16 juillet 1959, ville de Tanger, R., p.190

³ - Cour suprême, 7 mai 1960, Etat marocain contre Dejoie, R., p.218.

⁴ - C.S.A. 26 novembre 1979, Zouind Hamou.

⁵ -Ce que confirme A. Harsi, « La responsabilité administrative », in indépendance nationale et système juridique au Maroc, PUG et Ed. la porte, 2000, p.201

techniques de mise en œuvre de cette responsabilité et les hypothèses de responsabilité personnelle des agents publics.

Section III : La réparation du préjudice

La réparation du préjudice suppose naturellement une action en responsabilité qui relève désormais de la compétence des tribunaux administratifs, à l'exception des actions en réparation des accidents causés par des véhicules automobiles appartenant à une personne publique circulant sur des voies publiques.

Il convient d'insister sur le fait que la réparation met en cause un problème d'imputabilité du dommage, qu'elle suppose aussi que le préjudice présente les caractères qui en font un préjudice indemnisable (§1) et qu'elle est ordonnée par le juge selon diverses modalités (§2).

§1- L'action en indemnité

Il n'existe pas d'obligation d'obtenir une décision administrative préalable qui ferait suite à une demande d'indemnisation adressée à l'administration. Ce qui n'exclut pas qu'il est préférable de tenter d'obtenir satisfaction à l'amiable avant de venir devant le juge.

L'action doit respecter un certain nombre d'obligations. Si l'action est dirigée contre une collectivité locale, elle doit obligatoirement, à peine d'irrecevabilité, être précédée d'un mémoire exposant l'objet et le motif de la demande adressé soit au wali ou gouverneur, soit au ministre de l'Intérieur ainsi qu'au conseil de la collectivité concernée ; l'action ne pourra être intentée que dans les deux mois du dépôt de ce mémoire.

Il n'existe pas de délai pour intenter l'action ; mais il ne faut pas oublier la prescription de l'article 106 du DOC qui est de cinq années, notamment la déchéance quadriennale qui ne fait pas obstacle à la recevabilité, de l'action,

s'oppose au versement de l'indemnité en vertu de l'article 134-3° du Dahir sur la comptabilité publique.

L'action doit être dirigée contre le Premier ministre, aujourd'hui le chef du Gouvernement, sauf délégation de celui-ci à une autre autorité, ou attribution spéciale de compétence par voie législative.

Exemple, le ministre des Travaux Publics pour les actions concernant le domaine public, le directeur des Eaux et Forêts pour ce qui concerne le domaine forestier...

L'obligation est faite au demandeur de mettre en cause l'agent judiciaire du Trésor en première instance et en appel en vertu du Dahir du 2 mars 1953 (article 1^{er}) qui précise que cette obligation concerne les actions tendant à faire déclarer débiteur l'Etat marocain, l'une de ces administrations, un office ou un établissement public de l'Etat dans une matière étrangères à l'impôt ou au domaine. La sanction de cette obligation est l'irrecevabilité de la demande qui peut être opposé même en appel¹. Cette règle doit aujourd'hui s'appliquer devant les Cours d'appel administratives.

On peut se poser la question de savoir si, lorsque la Cour suprême statue en appel des décisions des tribunaux administratifs, elle fait application de cette obligation devant elle, alors qu'elle n'en exigeait pas le respect lorsqu'elle jugeait en cassation avant la création de ces juridictions.

Il faut enfin rappeler que devant les tribunaux administratifs, le commissaire royal de la loi et du droit doit présenter ses conclusions oralement et par écrit.

Depuis la création d'un assistant judiciaire des collectivités locales auprès du ministère de l'Intérieur, celui-ci doit obligatoirement être appelé en cause lorsqu'une action tend à faire déclarer débitrice une collectivité locale ;

¹ - C.S.A.4 décembre 1958 Bertin, R. 171 ; 27 novembre 1964, R.E.I. c/El Kebir Abdesslam, RACAM, 1964, p. 506.

et cela à peine d'irrecevabilité de la requête (article 38 de la loi du 18 février 2009 relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements¹).

§2- L'imputabilité

L'imputabilité détermine le lien de causalité entre le dommage et l'activité administrative. Cette détermination existe dans tous les systèmes de responsabilité, pour faute et sans faute.

Elle pose un double problème : le problème de l'existence du lien de causalité **(A)** et de son éventuelle rupture, le problème de la détermination du patrimoine **(B)** qui supportera finalement la charge de l'indemnité.

A- L'existence du lien de causalité :

L'établissement de ce lien de causalité est une question de fait et de preuve. Si le plus souvent la démonstration de l'existence de ce lien ne présente pas de difficulté, il peut parfois y avoir discussion lorsque, par exemple, il y a une pluralité des faits de nature à avoir causé le dommage.

Le juge recherche alors, parmi ces faits, quel est celui qui a eu une action déterminante, c'est-à-dire qui se trouve dans une relation de « causalité adéquate » par rapport au dommage.

Il peut également y avoir difficulté si la collectivité publique invoque une cause d'exonération de sa responsabilité qui peut résulter de trois situations, à savoir, la force majeure **(1)**, le fait d'un tiers peut être la cause exclusive du dommage **(2)** et la faute de la victime **(3)**.

¹ -La loi du 18 février 2009 relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements, Bull. Off. 2009, p.339.

1- La force majeure :

Elle peut avoir un effet exonératoire, mais, comme dans le contentieux contractuel, le juge se montre très exigeant pour accepter de reconnaître un événement de force majeure. Il faut que le fait soit imprévisible, irrésistible et étranger à l'action et à la volonté de l'administration. C.A. de Rabat 9 décembre 1947 : « Ces pluies extraordinaires ont eu des effets irrésistibles caractérisant la force majeure... »

2- Le fait d'un tiers peut être la cause exclusive du dommage :

Mais il peut y avoir des situations plus complexes si le tiers et l'administration ont concouru tous deux à la survenance du dommage.

Jusqu'alors, une seule action devant le juge ordinaire permettait de mettre en cause les deux responsables, le juge acceptant parfois de prononcer une condamnation solidaire¹.

Cette solution était favorable à la victime qui pouvait réclamer à l'administration, toujours solvable, le versement de la totalité de l'indemnité. C'est l'administration qui devait ensuite se retourner contre le tiers pour obtenir le remboursement de la somme correspondant à la part qu'il avait prise dans la survenance du dommage.

Désormais, cette possibilité est exclue, car l'action contre l'administration relève du tribunal administratif tandis que l'action contre le tiers doit être portée devant le juge ordinaire.

A quoi s'ajoute, en outre, un risque de contrariété de décisions au fond, chaque juridiction pouvant estimer que la personne actionnée par la victime devant elle n'a aucune part de responsabilité dans la survenance du dommage.

Dans un tel cas, seule la Cour suprême peut régler ce conflit de décision et cela démontre, une fois de plus, l'importance qu'il y a à conserver l'unité

¹ - C.A., Rabat, Grasso, 15 mai 1951, RACAR, 1953-54, p. 156.

de la Haute juridiction qui peut, à la fois, être le régulateur des compétences et le régulateur de l'application des règles de fond de la part de toutes les juridictions du Royaume.

La faute du tiers peut par ailleurs coexister avec la responsabilité sans faute de l'administration sauf s'il apparaît qu'elle est la cause unique du dommage¹ : C'est la même solution qu'applique la Cour suprême à la faute de la victime².

3- La faute de la victime :

La faute de la victime doit faire l'objet d'une analyse identique à celle du tiers. La faute, ou le fait de la victime, peut être à l'origine exclusive du dommage ou avoir seulement contribué à sa survenance ou à son aggravation.

Dans le premier cas, il est logique que l'administration soit totalement exonérée de sa responsabilité et que, dans le second, celle-ci soit atténuée, et cela dans les deux systèmes de responsabilité.

B- La détermination de la collectivité responsable

C'est apparemment un problème simple ; et il l'est effectivement dans la plupart de cas. Mais il peut parfois être rendu plus complexe en raison de ce que le dommage peut être causé au cours d'une opération mettant en cause plusieurs collectivités, ou bien lorsque le dommage est le fait d'une autorité administrative agissant en diverses qualités.

Ainsi, le gouverneur peut-il agir au nom de l'Etat, comme exécutif de la collectivité provinciale ou régionale au nom de la commune s'il utilise son pouvoir de substitution, et, enfin, comme officier de police judiciaire.

¹ - C.S.A., 23 février 1979, Tayeb Ben Larbi c/Etat et A. Kasmi, JCS n° 31, p.118 (en langue arabe).

² -C.S.A., 17 novembre 1978, Héritiers Mohamed Ben Bajeddi c/ Hammadi Handoussi et Etat, JCS, n°30, p.121 (en langue arabe).

Le président du conseil communal qui gère l'état civil le fait au nom de l'Etat. Il en est de même lorsqu'il délivre le permis de construire ou de lotir.

Se pose, pour l'instant de façon purement théorique, la question de savoir si les prérogatives de police maintenues dans les mains de l'agent d'autorité par l'article 49 de la charte communale de 2002 engagent la commune lorsqu'elles concernent le maintien de l'ordre et de la sécurité publics sur le territoire communal.

Cette question est étendue au pouvoir de police communale transféré au Président du conseil communal puisqu'il s'agit d'actes réglementaires soumis au visa de l'autorité supérieure, gouverneur, wali ou ministre de l'Intérieur.

Si la nature des intérêts en cause est prévaluée, elle est incontestablement communale, si les opérations ou l'exercice des compétences est maîtrisé, il est à pencher pour une responsabilité communale, ou, au contraire, une responsabilité étatique.

Ces problèmes complexes sont également posés dans les hypothèses de plus en plus nombreuses où les collectivités communales sont associées à l'Etat pour la réalisation d'équipement qui relèvent de la compétence étatique mais qui ont une implantation communale qui justifie que la commune soit associée à ces opérations ; tel est le cas en matière de construction d'école primaire, d'équipements sanitaires, d'électrification rurale...

§3- L'indemnisation

Deux questions essentielles se posent : tous les préjudices sont-ils réparés ? **(A)** et comment sont-ils réparés ? **(B)**.

A- Le préjudice indemnisable :

Il faut naturellement prouver l'existence et l'étendue du préjudice. En cas de difficulté on a recours à l'expertise. Ce sera même une nécessité

lorsqu'en cas de dommage corporel, qui peut être évolutif, il faut faire apparaître l'étendue prévisible du dommage.

Mais, ce peut être, également, apparaître l'étendue prévisible du dommage ; mais, ce peut être, également, le cas lorsque le dommage touche matériellement un équipement complexe.

En tout cas, seuls les experts peuvent mesurer avec certitude l'ampleur des dégâts et c'est à la lumière de l'expertise que le juge peut se prononcer.

Il est vrai que le préjudice doit avoir été causé directement par l'activité administrative. Il doit être certain et appréciable en argent. Il est à indiquer que le préjudice certain peut être un préjudice futur, ce qui est le cas par exemple en ce qui concerne les accidents corporels qui peuvent comporter des conséquences à long terme.

Mais, le juge refuse d'indemniser un préjudice qui ne serait qu'éventuel.

Le préjudice doit être spécial et anormal, et cette exigence est particulièrement importante dans le domaine de la responsabilité sans faute.

Si tel n'est pas le cas, le juge considérera que le préjudice constitue une charge publique que tous les membres de la collectivité doivent supporter (absence de spécialité) ou qu'il n'y a pas de préjudice, mais seulement un inconvénient qui ne dépasse pas par son importance le niveau de ce que l'on doit supporter dès lors que l'on vit en société (anormalité).

Le préjudice est le plus souvent matériel, mais il peut être aussi d'ordre moral.

C'est un préjudice moral dont le Secrétaire d'un parti demandait réparation ; le préjudice résultait de l'interdiction d'une réunion publique dont le juge constate l'illégalité¹.

Dans une décision antérieure, la Cour suprême avait par ailleurs précisé que « la réparation du préjudice moral, comme celle du préjudice matériel, doit être intégrale et non pas symbolique » car l'article 77 du DOC ne fait aucune distinction entre les deux cas².

De plus, le juge accepte d'indemniser le « prix de la douleur » ; ceci recouvre non seulement la douleur physique, mais aussi, question plus délicate, celui de la douleur morale qu'un individu peut éprouver du fait de la disparition d'un de ses proches.

B- Les modalités de la réparation :

La réparation doit couvrir la totalité du préjudice³. Initialement son montant était évalué au jour où le préjudice était apparu. L'inconvénient de cette pratique s'est manifesté à partir du moment où la lenteur de la justice et développement de l'inflation ont entraîné une diminution importante du pouvoir d'achat de l'indemnité ainsi fixée.

C'est pourquoi le juge se place, désormais, au jour du jugement pour procéder à l'évaluation du préjudice et à la fixation du moment de l'indemnité. Celle-ci sera le plus souvent versée sous forme d'un capital, mais le juge peut aussi l'attribuer sous forme de rente.

Par ailleurs, ce contentieux de l'indemnité se manifeste comme un contentieux composite parfaitement hétérogène.

¹ - T.A., Rabat, 15 octobre 1998, REMALD n°26, 1999, p.84.

² - C.S.A., 10 juillet 1986, Mehdi Zaïdi c/Agoumi et Batut, JCS n°40, p.204.

³ - Le principe de la réparation intégrale est illustré par l'arrêt CSA 8 juillet 1968, Veuve Abboud, G.T.M. 1968, n° 5, commenté par le Premier président Bahnini dans le discours de rentrée de la Cour suprême, le 7 octobre, 1968.

Chapitre II : Les pouvoirs du juge de plein contentieux :

Les pouvoirs du juge de plein contentieux sont nécessairement variés du fait du caractère hétérogène de la catégorie des recours de plein contentieux et ne se laissent pas enfermer dans une définition **(Section 1)**.

Au contraire, la réflexion contemporaine sur l'office du juge administratif le conduit à exercer ses pouvoirs de pleine juridiction, au cas par cas, dans une grande liberté de choix **(Section 2)**.

Section I : Une catégorie hétérogène

Le contentieux de pleine juridiction est présenté comme une catégorie de contentieux, mais c'est une catégorie hétérogène qui comprend de nombreuses matières, certaines relevant du contentieux de la légalité comme le contentieux fiscal, d'autres du contentieux des droits subjectifs comme le contentieux de la responsabilité, pour ne citer que deux des principales matières appartenant à cette catégorie.

Mais, il y a lieu de citer aussi, pour montrer l'extrême variété de cette catégorie, le contentieux électoral qui contrôle, non pas strictement la légalité, mais la liberté et la sincérité du scrutin.

Il y a apparemment une grande différence entre évaluer le préjudice de la victime en cas de responsabilité de l'administration, fixer les bases d'une imposition ou déclarer élu un candidat.

Toutefois, le point commun entre les pouvoirs qu'exerce le juge administratif dans les litiges de plein contentieux tient à ce que ses pouvoirs vont au-delà de la seule annulation et peuvent aller jusqu'à la substitution de sa décision à celle de l'administration.

Il en résulte une grande différence avec le recours pour excès de pouvoir¹. Alors que le juge de l'excès de pouvoir, qui doit apprécier si la décision attaquée était légale à la date à laquelle elle a été prise, doit prendre en compte la situation de droit et de fait existant à cette date, on a coutume de dire que le juge de plein contentieux doit se placer à la date à laquelle il statue.

Ce n'est que partiellement exact. Lorsqu'il statue sur les droits du requérant, il doit se placer à la date à laquelle il rend sa décision.

Par contre, dans les contentieux de légalité, le juge de plein contentieux a pour fonction, non d'apprécier la légalité de la décision contestée en fonction de la règle de droit en vigueur à la date de cette décision, mais de se prononcer lui-même sur la situation du requérant.

Il se place à la date à laquelle il statue pour déterminer la loi qui s'applique à la situation du demandeur. Pour apprécier la légalité de la décision attaquée devant lui, il doit prendre en compte la législation applicable à la date du fait générateur, mais peut être conduit à appliquer la loi en vigueur à la date à laquelle il statue pour pouvoir se prononcer complètement sur la situation du requérant.

C'est le cas dans les contentieux de légalité que sont, par exemple, le recours fiscal ou le recours contre une décision de refus de pension². Pour apprécier la légalité de la décision d'imposition ou de la décision de refus de pension, le juge se placera à la date du fait générateur.

Mais, il peut être conduit à se placer à la date de sa propre décision. Il doit le faire en matière de pensions pour apprécier les droits du requérant lorsque de nouvelles dispositions législatives ou réglementaires sont intervenues.

¹ - R. CHAPUS, « Droit du contentieux... », op. cit., p.224.

² - J. ROMIEU, conclusions sur les affaires jugées le 30 novembre 1906..

De même, en contentieux fiscal, le juge se prononce sur le bien-fondé d'une pénalité en fonction de la loi en vigueur à la date de l'infraction, mais doit se placer à la date à laquelle il statue pour appliquer une loi plus douce entrée en vigueur après l'infraction commise.

Voilà une différence juridique importante, liée à la différence d'objet entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux, qui donne déjà de l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction, par rapport aux pouvoirs de juge de l'excès de pouvoir, l'idée d'une certaine complexité.

Cette impression se confirme lorsque l'on aborde la question pratique de la mise en œuvre par le juge de ses pouvoirs de pleine juridiction. Cette apparente complexité n'est en réalité due qu'à la nature même de la pleine juridiction qui est d'abord de donner au juge la liberté de choisir les pouvoirs qui lui paraissent utiles pour régler le litige qui lui est soumis. D'où l'impression d'une mosaïque de situations.

Section II : L'exercice par le juge des pouvoirs de pleine juridiction.

La façon dont le juge administratif conçoit aujourd'hui l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction est le résultat de la réflexion contemporaine sur sa mission, son office (§1).

Le juge s'accorde une grande liberté de choix dans les pouvoirs à mettre en œuvre, qui n'est limitée que par les textes ou par la nature des tâches (§2).

§1 - La réflexion contemporaine sur l'office du juge administratif

La société a évolué. L'attente des justiciables aussi. Ce qui les intéresse, c'est moins de faire annuler une décision pour avoir la satisfaction d'avoir participé au respect du principe de légalité que de voir leurs litiges réglés de façon complète, efficace et effective.

Ce sont là les mots qui traduisent la réflexion sur l'office du juge, réflexion plus pragmatique que doctrinale, impliquant tant le recours pour excès de pouvoir que le recours de plein contentieux.

Le temps n'est plus à la division, à la séparation des catégories. Il est à la réunion, à la combinaison des pouvoirs du juge pour qu'il puisse remplir pleinement sa mission et donner toute l'efficacité souhaitée à ses décisions, qu'il puisse, autant que faire se peut, vider définitivement le litige¹.

§2 - La liberté du juge

Cette liberté du juge se manifeste de deux façons : dans la qualification du recours **(A)** et dans le choix des pouvoirs à mettre en œuvre **(B)**.

A- La qualification des recours :

En l'absence de texte, le juge administratif a l'entière liberté pour qualifier le recours ouvert contre une décision administrative. Il se détermine en fonction de la nature du litige et surtout des pouvoirs qu'il lui paraît utile d'exercer pour régler ce litige le plus complètement possible.

Il peut qualifier le recours en fonction de la nature du litige, tel est le cas du recours fiscal. Il peut aussi qualifier le recours dont il est saisi de recours de plein contentieux s'il estime qu'il pourra régler ainsi le litige plus efficacement que ne le permettrait le recours pour excès de pouvoir.

La qualification dépend des pouvoirs qu'il se reconnaît. En l'absence de texte, le juge a la liberté de mettre en œuvre ses pouvoirs de pleine juridiction. Le recours de plein contentieux n'est plus perçu comme une simple catégorie.

Il est le pouvoir normal du juge de droit commun, qui peut ne pas l'exercer si des considérations le convainquent d'en rester au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

¹ - E. LAFERRIERE, « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », 1887.

Ce peut être le cas dans des matières techniques, soit qu'il estime que ses compétences ne lui permettraient pas réellement de statuer au fond (c'est le cas des autorisations de création de centrales nucléaires), soit qu'il estime que le contrôle de légalité est suffisant, exemple les décisions fixant des tarifs.

B-La mise en œuvre des pouvoirs de pleine juridiction :

Dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction, le juge peut être guidé par la loi. Deux exemples sont à signaler : le pouvoir d'injonction et le contentieux des sanctions administratives.

Lorsque la loi lui confère des pouvoirs particuliers de pleine juridiction, comme le pouvoir d'injonction, le juge ne peut mettre en œuvre que ces pouvoirs.

Il peut enjoindre à l'administration soit de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé, soit de réexaminer la demande et de prendre à nouveau une décision.

Il ne peut pas par contre substituer sa décision à celle de l'administration et, par exemple, délivrer lui même l'autorisation qui a été refusée, comme il pourrait le faire s'il exerçait ses pouvoirs généraux de pleine juridiction.

D'ailleurs, les dispositions législatives conférant au juge ce pouvoir d'injonction ne s'appliquent pas dans les contentieux qui relèvent par nature de la pleine juridiction, puisque le juge dispose alors de ces pouvoirs.

Dans le contentieux important aujourd'hui des sanctions administratives, les pouvoirs de pleine juridiction du juge s'exerceront différemment selon la rédaction de la loi.

Si, pour une pénalité, la loi prévoit plusieurs taux, selon le comportement de l'administré, ou simplement un taux maximum, le juge,

dans le premier cas, ne pourra retenir que l'un des taux prévus par la loi, dans le second il pourra librement moduler le taux.

En l'absence de texte, le juge peut être amené à limiter lui-même la mise en œuvre des pouvoirs de pleine juridiction qu'il pourrait théoriquement exercer, pour des raisons pratiques, liées à la nature des tâches qui lui incomberaient. L'éventail des situations est très large.

En prenant deux contentieux importants relevant de la pleine juridiction, le contentieux de la responsabilité et le contentieux fiscal.

Force est de constater que le juge règle complètement le litige dans le contentieux de la responsabilité en condamnant l'administration et en fixant ainsi la créance du requérant, mais qu'en contentieux fiscal.

Il fixe la base d'imposition, non l'impôt lui-même, alors que ses pouvoirs de pleine juridiction le lui permettraient. Tout simplement parce qu'il n'a pas tous les éléments et que l'administration est mieux outillée pour procéder au calcul de l'impôt.

Il peut, pour les mêmes raisons d'ordre pratique, parce qu'il n'a pas les éléments au dossier ou que l'ampleur de la tâche serait excessive par rapport à ses moyens, ne pas aller au bout de ses pouvoirs de pleine juridiction et choisir de renvoyer le requérant devant l'administration pour prendre les mesures qui finiront de régler le litige.

Ainsi, dans le contentieux des installations classées, il peut, dans les circonstances de l'espèce, se borner à annuler un refus d'autorisation et à renvoyer le demandeur devant l'administration ou encore accorder l'autorisation sollicitée et renvoyer le dossier devant l'administration pour qu'elle fixe les prescriptions qui doivent assortir cette autorisation.

Un dernier exemple est à évoquer dans le contentieux des pensions où le juge, à qui il appartient de se prononcer lui-même sur les droits des

intéressés peut renvoyer à l'administration, et sous son autorité, le règlement de tel aspect du litige dans des conditions qu'il fixe.

Le juge peut choisir, au cas par cas, de ne pas exercer totalement ses pouvoirs de pleine juridiction s'il estime, après avoir exercé son contrôle juridictionnel, que certaines tâches seront plus efficacement remplies par l'administration.

C'est là une illustration d'une réflexion faite par un universitaire français dans une chronique sur le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction : la pleine juridiction ne doit pas imposer au juge administratif un travail qui le transformerait en « bureau administratif »¹.

C'est là une différence essentielle entre le juge de l'excès de pouvoir qui contrôle l'administration, la légalité de ses décisions et le juge du plein contentieux qui peut exercer sa mission avec le concours de l'administration si le souci d'efficacité le conduit à retenir cette solution.

La mise en œuvre des pouvoirs de pleine juridiction paraît ainsi toute en nuance. C'est qu'elle doit avoir la souplesse adaptée à chaque nature de litige, à chaque dossier. Elle caractérise bien l'office actuel du juge administratif.

¹ - BERNARD PACTEAU, Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction, chronique 1999.

DEUXIÈME PARTIE :
L'EFFICACITÉ DES RECOURS
DANS L'OFFICE DU JUGE

Au Maroc comme en France, l'un des courants profonds du renouvellement de l'office du juge administratif touche aux rapports entretenus entre l'Administration et l'administré-justiciable. En effet, celui n'a plus grand-chose en commun avec l'administré de naguère.

Dynamisé par les politiques d'ouverture, de transparence et d'information menées en sa direction, l'administré exprime, désormais, ses attentes par un comportement actif qui trouve une traduction directe au plan contentieux en termes de hausse des recours.

Pour sa part, le requérant contemporain exige une justice qui lui est proche, efficace et intellectuellement accessible. L'importance de ces aspirations ne peut laisser indifférente la fonction juridictionnelle administrative. Conscient que sa légitimité aux yeux des requérants ne saurait demeurer fondée sur son seul statut institutionnel, le juge administratif a profondément renouvelé son rapport au justiciable afin de mieux répondre à ses inquiétudes et à ses exigences **(Titre I)**

Dès lors, la protection des droits fondamentaux s'est imposée presque avec évidence comme axe capital de la régénération du rôle des juridictions administratives.

Ce socle classique de la fonction juridictionnelle comporte les clés de la cohérence des ordres juridiques contemporains. En effet, la protection des droits fondamentaux est bien sûr un objectif poursuivi par tous les ordres juridictionnels. Le juge administratif doit, cependant, relever le défi que lui avait notamment lancé la redécouverte du principe constitutionnel proclamant l'autorité judiciaire garante de la liberté individuelle **(Titre II)**.

Titre I : L'office du juge à l'aune des attentes du justiciable

Ces dernières années, un justiciable nouveau est arrivé. En effet, sollicité dans le cadre des nouvelles politiques d'administration, disposant de nouveaux droits, mieux informé. Il exprime davantage ses attentes et fait preuve d'une vitalité contentieuse certaine.

Considéré comme un « usager » du service public de la justice, il est devenu un acteur fondamental du procès administratif et est traité comme tel, de manière individuelle comme catégorielle (**Chapitre I**).

Dès lors, le renouvellement de l'office du juge administratif a supposé une profonde évolution de la façon dont celui-ci perçoit le justiciable. Le traitement des procédures d'urgence est issu du Code de Procédure civile Marocain¹.

La mise en œuvre de la procédure de référé est conditionnée par l'urgence. Celle-ci s'apprécie en raison de la nature de l'affaire, puis des conséquences graves ou irréparables qu'un retard est susceptible d'entraîner si une décision tarde à être prise.

La notion d'urgence est une notion qui relève de l'appréciation du juge qui examine le dossier. Si le juge décide qu'il n'y a pas lieu à urgence, il se déclare incompétent.

Cette appréciation est susceptible d'être soumise au contrôle de la cour d'appel. Si l'urgence est retenue par le juge, il rend une ordonnance de référé, vue l'urgence.

Mais, il doit éviter de prendre une décision de nature à porter préjudice au fond du droit qui lui est soumis².

¹ - Code de Procédure civile, version modifiée le 6 juin 2013.

² - L'article 151 du code de procédure civile précise que « sauf en cas d'extrême urgence, le juge ordonne la convocation de la partie adverse.. ». La présence des parties permet au juge de prendre sa décision dans le cadre d'un débat contradictoire au cours duquel les moyens des parties sont confrontés. En tout état de cause, les ordonnances de référés ne statuent qu'au provisoire et sans préjudice de ce qui sera décidé au fond (art 152 du CPC), précité, p. 2.

En revanche, le traitement de l'urgence est issu de la loi française du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives est à cet égard emblématique.

Ses bénéfices en termes de prise en compte des requérants et de modernisation de la justice administrative sont incontestables (**Chapitre II**).

Chapitre I : Un justiciable plus exigeant

Les mouvements sociaux¹ de 2011 témoignent d'une prise de conscience puissante des valeurs de la justice sociale, de la bonne gouvernance et de la démocratie. Ce contexte a permis d'accélérer la cadence des réformes et « a permis de féconder l'aspiration à la prise de parole² ».

Dès lors, la constitution marocaine de 2011 était la réponse à cette demande populaire clairement exprimée³, pour une nouvelle répartition des pouvoirs dominée par un régime de responsabilité devant le citoyen ou ses institutions représentatives⁴.

Elle traduit une étape dans le processus de démocratisation, basée essentiellement sur l'ouverture d'espaces publics d'expression, de socialisation, de concertation et de délibération collective⁵.

La fin du XX^e et le début du XXI^e siècle ont connu et connaissent encore des évolutions ayant pour conséquence de faire de l'administré, sujet passif et soumis, un citoyen à part entière (**Section I**).

De cette culture et de cette nouvelle éducation, le citoyen contemporain tire l'énergie nécessaire à l'expression de ses attentes. Il ne fait, désormais, nul doute que le citoyen requérant est devenu un acteur fondamental et que le juge administratif ne peut plus en faire abstraction (**Section II**).

¹ - Ce sont des conduites expressives et contestataires.

² - A. BOUABID, K. LAHBIB, T. TAMIM, « La démocratie participative au secours de la démocratie représentative », Fondation Abderrahim Bouabid, Collection « les cahiers bleus » n°16, Rabat, 2011, p.47.

³ - Ce mouvement de manifestations sociales a œuvré pour présenter des revendications à caractère politique, qui concernent essentiellement l'élimination de la corruption et du despotisme à travers l'adoption d'une nouvelle constitution basé sur la démocratie, la séparation réelle entre les pouvoirs, la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes ainsi que des demandes de nature sociale et économique.

⁴ - T. ZAIR, «Citoyenneté et démocratie participative au Maroc, les conditions de la construction d'un modèle », colloque sur « processus constitutionnels et processus démocratiques, les expériences et les perspectives », Marrakech, 29-30 mars 2012, p. 2.

⁵ - F. TOUFIK, « La participation citoyenne à la lumière des lois organiques relatives aux collectivités territoriales : un moyen d'ajustement du rapport Administration territoriale/société civile », contribution au colloque portant sur la démocratie participative les 4 et 5 juin 2017, p.p. 2 et 3.

Section I : L'administré contemporain, un citoyen émancipé

Dans sa relation avec l'administration, le concept de l'utilisateur revêt de multiples significations. Les services rendus varient, aussi en fonction des domaines d'intervention de l'administration.

La multiplication et la variété des domaines d'intervention de l'administration rendent parfois la situation de l'utilisateur peu confortable.

C'est parce que la relation au service public comporte des aspects irréductibles de dépendance et d'inégalité qu'elle doit tendre à équilibrer ces contraintes par la qualité du service rendu¹.

Le déséquilibre et l'incertitude sont les principales caractéristiques de la relation qui lie l'administration à ses usagers. Ce constat découle de la faible ouverture de l'administration sur son environnement social.

Ce que désire le citoyen, ce ne sont pas les discours, les promesses et les études théoriques, mais une administration respectueuse du droit, efficace, transparente et humaine. Une administration qui ne perde pas de vue que le citoyen constitue sa raison d'être.

L'ouverture de l'administration sur son public est une condition essentielle pour réussir toute politique de réforme de l'administration².

Dans les pays en développement, dont le Maroc, l'ouverture implique la remise en cause des principes de distanciation/autorité qui étaient à la base de l'administration traditionnelle et sous-développée, d'où le besoin primordial de la protection des administrés contre l'administration³.

¹ - Royaume du Maroc Ministère de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative, « Amélioration de la relation Administration-Usagers », Colloque National sur la Réforme Administrative, Rabat, 7 et 8 Mai 2002, p.2.

² - Toutefois, l'administration dispose d'un pouvoir élargi pour apprécier de son propre chef les documents.

³ - M. LOQMANNI, « Le rôle de la communication dans la modernisation administrative au Maroc », Thèse à la faculté de droit de Fès, 2003, p. 178.

Alors que l'administration paraît, dans les pays développés, comme un prestataire de services soumis à des droits et à des obligations, dont le premier est de servir l'utilisateur¹.

Force est de constater que l'administré, jadis sujet, s'est transformé en un citoyen actif et conscient de ses intérêts (§1). Cette évolution est également portée par les progrès notoires accomplis quant à l'information des justiciables (§2).

§1 – La citoyenneté sollicitée

Traditionnellement fondée sur la distance et l'autorité, la transformation du modèle classique des rapports de l'Administration avec les administrés figure depuis longtemps au rang des priorités des politiques de réforme administrative.

C'est ainsi que le thème de la participation s'est émergé, auquel se sont succédées celui de la transparence et celui de la qualité². C'est dans cette continuité qu'est promue l'idée de citoyenneté administrative, concept central, théoriquement fédérateur de ces nouveaux « mythes administratifs »³, qui s'inscrit dans un processus plus global de transformation de la citoyenneté.

En effet, le droit administratif marocain s'est historiquement construit sur le fondement d'un rapport d'autorité. Une telle tradition autoritaire réduisait l'administré à la qualité de sujet⁴ et le vocable même

¹ - A. CLAISSE, « De quelques nouvelles tendances de la réforme de l'Etat et de l'administration », in Etat-Nation et prospective des territoires, ouvrage collectif sous la direction de Ali Sedjari, l'Harmattan, 1996, p. 145.

² - Chacun de ces thèmes correspondant pour J. Chevallier à différents profils de l'administré : l'administré-acteur doté d'un pouvoir d'intervention dans la marche des services, l'administré-partenaire pouvant se poser en interlocuteur, puis l'administré-client que les services publics sont tenus de satisfaire.

³ - J. CHEVALIER, *Science administrative*, 4^e édition, P.U.F., Paris, 2007, p.p. 437-451, et J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) », *D.* 2000, chron., p.p. 575-584 (p. 577).

⁴ - J. RIVERO, « L'administré face au droit administratif », *A.J.D.A.* 1995, n° spécial, p.p. 147-150.

d'«administré», exprime bien ce rapport de passivité, d'assujettissement et de soumission¹.

Pour ainsi dire que les relations des particuliers avec l'Administration se sont ensuite différenciées : A côté des rapports de sujétion, se sont créées des situations de collaboration ou encore des situations dans lesquelles le particulier possède, en sa qualité d'usager, un pouvoir d'exiger. L'administré devient alors un citoyen, traité comme tel.

Deux considérations illustrent ce changement : D'un côté, les nouvelles tâches qu'assume l'Administration, tels que l'aménagement du territoire, l'urbanisme, l'animation culturelle, la protection sociale, la lutte contre les pollutions, la recherche d'une meilleure qualité de vie, s'accommodent mal des structures et des méthodes traditionnelles.

De l'autre côté, la prolifération, l'instabilité, et la technicité de la réglementation ont rendu partiellement caduque la menace de la sanction comme facteur d'obéissance : au lieu d'obtenir la soumission des administrés, il est nécessaire d'emporter leur adhésion, par l'explication de la décision prise, voire la participation à son élaboration².

Ce mouvement d'ouverture, de sollicitation, de recherche d'implication en sa direction a pour effet de modifier la perception de l'administré de sa propre condition.

¹ -F. BLANCO, « Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir », th. dactyl., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, p. 206, ou encore D. TRUCHET, « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in *Administration : droits et attentes des citoyens*, colloque de l'Institut français des sciences administratives des 4 et 5 décembre 1997, La Documentation française, Paris, 1998, p.p. 23-34.

² - Cette idée apparaît extrêmement clairement dans le second rapport annuel de la Commission nationale du débat public, en date de 2004, lorsqu'elle expose la finalité de la procédure de débat public : « la décision finale, qui ne sera pas nécessairement acceptée par tous, sera rendue acceptable parce que tous auront pu s'exprimer et être entendus » (rapport accessible depuis le site de la Documentation française, www.ladocumentationfrancaise.fr, CNDP, Rapport annuel 2004 p. 25). Une telle collaboration était également préconisée par M. Gjidara, après des observations de droit comparé, dans la conclusion de sa thèse de doctorat au début des années 1970. M. GJIDARA, « *La fonction administrative contentieuse* », th., L.G.D.J., Paris, 1972, p.p. 425-444. J. RIVERO, *op.cit.*, p. 149, et J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 440 et 441.

Le début de la décennie 1990 a, ainsi, vu surgir une série de textes qui ont posé le principe de la consultation, de l'information et de la concertation avec les habitants, et la fin de la même décennie a connu l'introduction en droit positif de mesures davantage contraignantes¹.

Dans ce sens, M. Braibant² emploie de façon systématique et appauvrit le mot « citoyen » en tant qu'adjectif et lui préfère un emploi de substantif. Pour autant, il est nécessaire d'exclure le terme d'« administré » qui reflète une exacte réalité.

Il importe seulement de le concevoir comme qualificatif : aujourd'hui, même « administré », l'individu reste un citoyen. L'époque où l'individu était citoyen dans l'ordre politique, mais, sujet dans l'ordre administratif est révolue. L'emploi du terme « citoyen » au sein de la sphère administrative n'est, certes, pas dénué d'équivoque.

Cette notion est fortement corrélée à celle de nationalité et qu'elle renvoie aux seules personnes physiques, alors que les services publics n'excluent nullement les personnes morales.

Ce substantif est pourtant apparu comme le terme le plus général et le plus noble pour désigner les personnes en relation avec l'Administration et a été consacré par les politiques de modernisation et de réforme administrative.

Force est de constater, qu'une telle politique de transparence et de participation³ ne peut s'envisager sans une démarche d'information des

¹ - La loi d'orientation pour l'aménagement du territoire et le développement durable (loi Voynet du 25 juin 1999), la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains et la loi Vaillant du 27 février 2002. L. BLONDIAUX, op, cit., p.p. 120-121.

² -« *Administration : droits et attentes des citoyens*, colloque de l'Institut français des sciences administratives des 4 et 5 décembre 1997, La Documentation française, Paris, 1998, synthèse, p.p. 145-148.

³ - la participation publique prend la forme d'un tournant managérial comme réponse à une crise de bureaucratie traditionnelle. **M. Saihi**, «Les pratiques participatives entre institutionnalisation et fermeture du jeu local» Communication à l'occasion des 3èmes journées doctorales du GIS (Groupement d'Intérêt Scientifique), 2013, p.2.

citoyens administrés. Celle-ci s'avère être un facteur fondamental d'émancipation.

§2 - Le citoyen informé

L'information¹ des citoyens de leurs droits, de leurs responsabilités et de leurs options constitue un premier pas vers une participation citoyenne légitime, pleine et entière. C'est un passage de l'Etat autoritaire et de commandement à celui de concertation et de transparence.

M. Ossoukine a pu dire, à ce propos, que cette évolution traduit la transformation du modèle de relation de type unilatéral, asymétrique et monologal dans lequel l'Etat détient le monopole de l'information et la vérité en un véritable système de communication de type bilatéral, dialogal et interactif dans lequel le citoyen quitte son statut de mineur incapable pour devenir enfin un sujet actif².

L'information publique permet à l'administré de savoir pourquoi, par qui, comment et quand les décisions administratives sont prises et mises en œuvre à tous les niveaux de l'Etat.

La constitution de 2011 consacre expressément le droit d'accès à l'information par tout citoyen. Son article 27 précise que : « Les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder à l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis d'une mission de service public.

Le droit à l'information ne peut être limité que par la loi, dans le but d'assurer la protection de tout ce qui concerne la défense nationale, la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, ainsi que la vie privée des personnes, de

¹ - Le projet de loi n°31-13 relatif au droit d'accès à l'information est une application des dispositions de l'article 27 de la constitution. Ce projet de loi permettra au paysage juridique marocain de se conformer aux dispositions de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que de l'article 10 de la Convention des Nations unies de lutte contre la corruption qui impose aux administrations publiques l'obligation de permettre aux citoyens d'accéder à l'information..

² - A. OSSOUKINE, « parabole, des images et des questions », El Moujahid, 23-14 octobre 1992, p. 25.

prévenir l'atteinte aux droits et libertés énoncés dans la présente constitution et de protéger des sources et des domaines expressément déterminés par la loi ».

Informé de ce qui le concerne, de comment procéder, et de ce à quoi il peut prétendre, le citoyen administratif n'est plus aujourd'hui « l'handicapé juridique »¹ qu'il était en tant que sujet, confronté au fameux mur du secret administratif.

Ce secret professionnel a été mis à mal à la fin des années 1970 **(A)**, donnant naissance à une nouvelle génération de droits axés sur ceux à l'information et à l'accès aux documents administratifs, composants d'un « droit de savoir »².

L'attention constante dont il a fait l'objet jusqu'aux dernières réformes en date et les protections dont il bénéficie en attestent **(B)**, et ont permis l'assimilation par nos contemporains de cette dimension de la citoyenneté administrative jusqu'à modifier leurs attentes et leurs comportements potentiels **(C)**.

A – La fin du secret administratif :

L'article 157 de la constitution de 2011 « qu'une charte des services publics fixe l'ensemble des règles de bonne gouvernance relatives au fonctionnement des administrations publiques, des régions et des autres collectivités territoriales et des organismes publics ».

Par la création de la dite charte³, les pouvoirs publics veulent réhabiliter le service public d'un double point de vue qualité et efficacité.

¹ - J. LEMASURIER, « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *R.D.P.* 1980, p. 1239.

² - G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Ed. de l'Université et de l'Enseignement Moderne, Paris, 1981, p.704.

³ - Le projet de la dite charte fait référence à la modernisation de l'administration et celle de l'Etat qui sont indissociables, à l'Homme (soumis aux aléas des rapports rationnels qu'il entretient avec le milieu professionnel et support du service public) et à la nouvelle conception du public, considéré comme un partenaire et non plus un assujéti.

Il s'agit d'activer un référentiel, unifié et accessible en ligne, des procédures et de l'accès¹ au service public, accompagné d'un renforcement du pilotage du programme d'e-gouvernement qui doit sortir de l'approche sectorielle, indique le projet-cadre portant cette charte.

Cette charte permettra de soutenir les droits des citoyens dans leur relation avec les administrations publiques et précisera, entre autres, la qualité, la prise en considération des préoccupations, des problèmes et des demandes de l'utilisateur et le droit au dialogue, à la participation et au contrôle.

Cette charte doit aussi insister sur le droit de l'utilisateur à l'information dans son sens large² et annoncer des mesures adoptées pour améliorer les services, simplifier les procédures administratives et diminuer le nombre de documents exigés par l'administration.

C'est dire que le secret administratif est l'œuvre du passé au Maroc. En revanche, trois lois françaises importantes de la fin des années 1970 sont venues mettre fin à différentes facettes du secret administratif, initiant un véritable « renversement du centre de gravité du droit administratif »³.

Les pouvoirs publics convenaient alors opportunément que, la grande phase de construction et de consolidation des droits et prérogatives de l'Administration arrivant à son terme, le temps était venu de se soucier de conforter les droits des administrés face à elle.

Les lois des 6 janvier 1978, 17 juillet 1979 et 11 juillet 1979⁴ énoncent ainsi respectivement les principes essentiels d'accès aux fichiers informatisés,

¹ - Le service public doit respecter l'égalité des usagers, la prohibition de toutes formes de discrimination (l'origine, la race, le sexe, le handicap, la religion, l'ethnie, les opinions politiques, l'appartenance syndicale...).

² - Ministère de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative, « Amélioration de la relation administration-usagers », colloque national sur la réforme administrative, Rabat, 07-08/05/2002, p.5.

³ - J. RIVERO et J. WALINE, « *Droit administratif* », Dalloz, 21^e éd Paris, 2006, p. 359.

⁴ - Lois n° 78-17, 78-753 et 79-587. Pour des analyses détaillées de ses dispositifs et de l'état du droit antérieur, voir entre autres J. LEMASURIER, op.cit, p.p. 1239-1269.

d'accès aux documents administratifs¹ et de motivation des actes administratifs².

L'information est devenue la règle, et le secret, l'exception. Le droit à l'information consacré par les lois de la fin des années 1970 peut véritablement être qualifié de nouveau dans la mesure où sa portée dépasse largement celui du droit des habitants et des contribuables des communes à obtenir la communication d'un certain nombre de documents municipaux³. Grâce aux lois de 1978 et 1979, le citoyen-administré peut se prévaloir de dispositions juridiques explicites et positives, s'appuyer sur des institutions de protection et de sauvegarde et recourir à des procédures précises pour obtenir de l'Administration les informations ou les documents souhaités : la loi dite « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 a créé à cet effet la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), et la loi du 17 juillet 1978 a institué la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)⁴.

Si l'accès à l'information a longtemps été freiné par la pratique administrative de ceux qui « savaient », c'est justement parce que « savoir » est souvent synonyme de « pouvoir », lui-même corollaire de souveraineté et commandement (attributs de l'Administration dans sa conception héritée de la période impériale).

¹ - La Suède a été le premier pays à ouvrir l'accès aux documents administratifs avec la loi sur la presse de 1766, suivie de la France en 1789 et les USA et le Canada respectivement en 1966 et en 1983.

² - D'autres textes, tels les lois sur : les archives (loi n° 79 -18 du 3 janvier 1979), l'automatisation du casier judiciaire (loi n° 80-2 du 4 janvier 1980), l'information du contribuable (lois n°77-1453 du 29 décembre 1977 et n° 87-502 du 8 juillet 1987), ou bien encore le décret du 28 novembre 1983 procèdent à la même époque d'une inspiration comparable.

³ - Le droit des collectivités territoriales a été en ce domaine historiquement en avance sur celui du droit public général : la loi du 18 juillet 1837 organisait déjà la communication d'un certain nombre de documents municipaux ; en 1855 est reconnu un droit à communication au contribuable communal, et la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux précisait que tout électeur ou contribuable du département avait le droit « de demander la communication sans déplacement et de prendre copie de toutes les délibérations du conseil général ainsi que les procès-verbaux des séances publiques et de les reproduire par voie de presse ». Mais la communication de ces documents n'entraînait pas la reconnaissance d'un véritable droit à l'information tel que l'organisent les lois de 1978 et 1979.

⁴ - La première a été dès l'origine qualifiée d'autorité administrative indépendante et est dotée d'un pouvoir réglementaire ainsi que d'un pouvoir de sanction ; la seconde a reçu cette dénomination de l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 qui élargit également ses attributions, après que la loi du 12 avril 2000 l'ait également rendue compétente pour la communication des archives publiques, des fichiers de données personnelles et des documents dont l'accès est régi concurremment par la loi du 17 juillet 1978 et par un texte spécial.

Mais «savoir » est également synonyme de capacité à réfléchir, réagir et finalement agir pour les « sujets » administrés. Grâce aux exceptions apportées au principe de non motivation des décisions administratives¹, les destinataires des décisions individuelles défavorables visées par la loi sont mieux à même d'apprécier s'il y a pour eux matière à réclamation ou à recours. Les citoyens sont informés et ont accès à ce qui les concerne à titre individuel, mais aussi en tant que membres de la collectivité².

B – Une nouvelle génération de droits :

L'information est la règle et le secret l'exception. Certains auteurs ont salué l'avènement de cette troisième génération des droits de l'homme : celle du droit de savoir, après celle des droits politiques de 1789 et des droits sociaux de 1946³.

La doctrine a pleinement intégré cette dimension de la protection des individus. D'ailleurs, cette protection a pris une place essentielle dans la fonction du juge administratif et n'a pas cessé d'en réclamer des améliorations⁴, ce en quoi elle a été relayée par les formations consultatives du Conseil d'Etat⁵.

Des réformes constantes sont venues améliorer la cohérence et l'efficacité des mécanismes aménagés pour l'exercice du droit de savoir. La

¹ - Arrêt de la CSA n°4 daté 10/01/2007, affaire association professionnelle « AL AMAL », REMALD n°82-81, p.257 ; Arrêt du la cour d'appel administrative de Marrakech n°159 du 10/7/2007, affaire association « Dar Achabab Achohada », REMALD n°82-81, p.291 ; Arrêt tribunal d'Agadir n° 0070/2011 du 16/10/2012, affaire association Achorouq Tiznit (inédit).

² - Le droit d'accès consacré par la loi du 6 janvier 1978 constitue une liberté individuelle qui se rattache aux droits de la personne et la possibilité de consulter des documents présentant un intérêt général peut s'analyser comme une liberté publique appartenant aux citoyens. L'on peut encore mentionner, se rapportant à cette dernière, la transparence financière réaffirmée par la loi du 12 avril 2000 qui prévoit la tenue à la disposition des citoyens des comptes des autorités administratives dotées de la personnalité morale (et vise à améliorer la transparence de l'utilisation de fonds publics alloués sous forme de subventions à des organismes de droit privé).

³ - G. BRAIBANT, op.cit, p. 703.

⁴ - Comme le conseiller Braibant qui dès 1981 soulevait le problème de la cohérence et de l'articulation entre les grandes lois de la fin des années 1970 (*ibid.*, p.p. 709-710).

⁵ - Les considérations générales du rapport public de 1995 du Conseil d'Etat consacrées à la transparence et au secret plaident elles aussi pour davantage de clarté et de cohérence entre les régimes législatifs. Conseil d'Etat, *Rapport public 1995*, E.D.C.E., n° 47, La Documentation française, Paris, 1996, p.p. 150-154.

principale réforme en matière d'accès aux documents administratifs a été opérée par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (dite loi DCRA) qui est venue renforcer la cohérence des différents régimes législatifs.

En effet, cette réforme assure une meilleure articulation entre les deux lois de 1978 en faveur de la liberté d'accès aux documents administratifs (celle-ci prime désormais sur la protection de données nominatives qui pourraient se trouver dans des fichiers informatiques)¹.

L'ordonnance du 6 juin 2005 (qui introduit surtout un droit à la réutilisation des données publiques) a par, ailleurs, élargi les possibilités de communication², et un « dépoussiérage » de la législation sur les archives a été entrepris³.

Témoignent encore de l'actualité de cette préoccupation les souhaits formulés par M. Sauvé, au nombre desquels figure la volonté réitérée d'« affermir la confiance des justiciables » qui passe, pour la juridiction administrative elle aussi, par une information du public⁴.

¹ - J. ARRIGHI DE CASANOVA et S. FORMERY, « Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration et les citoyens : la loi « DCRA » du 12 avril 2000 », *R.F.D.A.* 2000, p.p. 725-736 ; J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) », *D.* 2000, chron., p.p. 575-584 ; B. FERRARI, « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *A.J.D.A.* 2000, p.p. 471-485 ; Y. GOUNIN et L. LALUQUE, « La réforme du droit d'accès aux documents administratifs », *A.J.D.A.* 2000, p.p. 486-494 ; A. TREPPOZ, « La loi du 12 avril 2000 sur les relations entre les citoyens et les administrations, présentation générale », *Dr. Adm.* août-septembre 2000 (n° 8-9), p.p. 4-8.

² - En simplifiant la notion de document administratif, légalisant la communication partielle de documents et permettant l'accès à distance par internet. Ordonnance n° 2005-560 du 6 juin 2005. Voir D. PICHOUSTRE, « La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005 », *P.A.* 11-14 novembre 2005, n° 225-226, p.p. 3-12.

³ - E. ROYER, *A.J.D.A.* 2006 p. 1526 et J.-M. PASTOR, *A.J.D.A.* 2008 p. 16.

⁴ - M. Sauvé (vice-président du Conseil d'Etat) songeait notamment à la consignation de règles déontologiques précises dans un guide public traitant des devoirs professionnels s'imposant à tous les membres de la juridiction administrative. V. J.-M. SAUVE, « Réformer la justice administrative », *A.J.D.A.* 2008, p. 1. La Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative, élaborée en 2011, est en ligne depuis début 2012 sur le site Internet du Conseil d'Etat. Elle a instauré un collège de déontologie de la juridiction administrative chargé de répondre, par des avis, aux questions de déontologie que les juges administratifs sont susceptibles de rencontrer dans l'exercice de leurs fonctions. Le collège peut aussi émettre, de sa propre initiative, des recommandations en la matière et est l'auteur de rapports annuels d'activité, également consultables en ligne.

Des efforts maintenus ont pu être observés dans des domaines précis plus ciblés, comme en matière de transports¹, en matière de finances communales², en matière environnementale dans le cadre des risques naturels et technologiques³, de la gestion des déchets⁴ et des déchets radioactifs en particulier⁵, ou au sujet de la qualité des eaux potables⁶ et de l'air⁷.

Cette information environnementale est bien évidemment organisée en liaison avec les politiques de participation instaurées en la matière⁸. Il en est de même pour ce qui est de la démocratie locale puisque l'information du citoyen en est une condition déterminante.

La loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé prévoit dans son domaine, qu'aucun acte médical ou

¹- Article 2 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs qui pose le droit à l'information des usagers comme complément du droit au transport.

²- La loi n° 92-125 du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République a posé le principe de publicité des budgets et comptes communaux (article L 2313-1 du Code général des collectivités territoriales) et affirmé le droit pour toute personne physique ou morale de demander communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux (article L 2121-26 CGCT).

³- Article 21 de la loi n° 87-656 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs.

⁴- Article 3-1 de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 (relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux) modifiée par la loi n° 88-1261 du 30 décembre 1988, codifié à l'article L 124-1 du code de l'environnement.

⁵- Article L 521-12 du code de l'environnement issu de la loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs (la loi n°91-1381 du 30 décembre 1991 relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs était auparavant intervenue sur la question).

⁶- Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, aujourd'hui codifiée aux articles 210-1 et s. du code de l'environnement par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000.

⁷- Article 4 de la loi n°96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, aujourd'hui article L 221-6 du code de l'environnement.

⁸- La loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 et ses décrets d'application venus compléter le dispositif existant d'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et d'accès du public à l'information. Le principe d'information en la matière est d'ailleurs désormais inscrit dans la Constitution, aux côtés du principe de participation : la Charte environnementale rappelle dans son article 7 le droit pour toute personne « dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ». Le droit européen vient également consacrer l'obligation d'information en la matière, le texte le plus contraignant étant la Convention d'Aarhus (du 25 juin 1998) entrée en vigueur en France le 6 octobre 2002 (art. 1^{er}) (v. commentaire de M.-B. LAHORGUE, sous CE 6 juin 2007, *Association Le Réseau Sortir du nucléaire*, A.J.D.A. 2007, p.p. 1659-1664).

traitement ne pourra être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du malade et affirme leur droit à l'information¹.

En outre, le droit de savoir est un terrain d'élection des autorités administratives indépendantes². Il y a lieu de citer, apparues après la CADA et la CNIL en 1979, la Commission consultative du secret de la défense nationale³, la Commission nationale du débat public, la Commission nationale nationale des comptes de campagne et des financements politiques⁴, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique⁵, la Haute autorité de santé ou ou encore l'Autorité de sûreté nucléaire⁶.

Certes, nonobstant les inconvénients qu'elle peut présenter (en termes de lisibilité notamment), une telle multiplicité témoigne d'une volonté de protection ostensible du droit des citoyens à l'information et à l'accès aux documents administratifs.

En plus des consécutions jurisprudentielles (constitutionnelle entre autres) et législatives du droit de savoir⁷, le citoyen-administré peut encore

¹- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Elle a en outre rendu la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) compétente pour l'accès des patients à leur dossier médical.

²- Dont on sait que l'institution est liée à la recherche de formules permettant d'isoler dans l'Administration des organes disposant d'une réelle autonomie par rapport au gouvernement et aux départements ministériels pour l'exercice d'attributions dans des domaines aussi sensibles que les libertés publiques et les activités économiques.

³-Créée par une loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 et chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet de la classification « secret défense ».

⁴-Ayant reçu la qualification d'autorité administrative indépendante d'une ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003.

⁵- Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁶- Respectivement loi n° 2004-810 du 13 août 2004, et loi n° 2006-686 du 13 juin 2006.

⁷- La loi DCRA du 12 avril 2000 a repris dans son article 2 la substance d'un arrêt du Conseil d'Etat du 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, (Rec. p. 491) pour faire de « la mise à disposition et de la diffusion des textes juridiques » une « mission de service public au bon accomplissement de laquelle = il appartient aux autorités administratives de veiller », formulation qui avait trouvé un renfort notable dans la décision n° 99-421 DC du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999 érigeant « l'accessibilité » et « l'intelligibilité » de la loi en « objectif de valeur constitutionnelle ». L'entreprise de codification (que l'article 3 de la loi DCRA entend définir) répond bien entendu à cette exigence puisque la structuration des normes au sein d'un document unique en facilite la diffusion, notamment par le support d'Internet. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt *Ullmann* du 29 avril 2002 a par ailleurs conforté les progrès réalisés par le texte du 12 avril 2000 en intégrant le droit d'accès aux documents administratifs parmi les garanties ==

compter sur une application libérale de la législation relative au droit d'information par la CADA.

Le Conseil d'Etat¹ a, par ailleurs, eu plusieurs fois l'occasion de montrer son attachement à une interprétation libérale de la législation relative au droit d'accès aux documents administratifs par le biais d'une interprétation restrictive des exceptions à la communication et sur une position sensible aux problématiques d'information des citoyens².

C– L'information : un facteur d'émancipation des justiciables :

M. Chevallier a relevé que l'information administrative a changé de finalité. Elle vise aujourd'hui « non plus seulement à faire connaître mais aussi à faire comprendre »³.

== fondamentales pour l'exercice des libertés publiques au sens de l'article 34 de la Constitution (affirmant ainsi le caractère législatif de la matière) ; la décision peut même être interprétée comme faisant du droit d'accès lui-même une liberté publique (et la question du périmètre de ce droit vue comme concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques). B. DELAUNAY, «Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique », *La tribune du droit public* 2003/2, p.p. 163-174.

¹- La CADA avait en effet initié la technique de communication partielle des documents, pratique admise par la juridiction administrative avant que l'ordonnance du 6 juin 2005 ne vienne ensuite la légaliser. Le commentaire de l'ordonnance par B. DELAUNAY, op.cit, p. 1379) ; pour une application récente : C.E. 6 février 2008, *Société anonyme d'exploitation de l'hebdomadaire Le Point*, n° 204752.C.E., 21 novembre 2007, *Commune de Sausheim*, n° 280969, Rec. p. 447, pour une communication qui aurait porté atteinte à la sécurité des personnes et des biens en matière de dissémination d'OGM, ou encore C.E., 3 juillet 2006, *Min. de l'Intérieur c/ Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah de France*, n° 284296, Rec. p. 322, s'agissant de la notion de document parlementaire et de l'accès des mouvements sectaires aux documents administratifs les concernant.

²- S'il est difficile de déduire de la Convention européenne des droits de l'homme un droit général d'accès aux documents administratifs, la jurisprudence de la Cour européenne tient compte, le cas échéant, de l'importance que revêt la communication pour la situation personnelle du demandeur (v. C. BIRSAN, sous C.E.D.H., 18 novembre 2003, *Loiseau c/ France*, D. 2004 p. 990). Bien que le juge européen ne soit pas à proprement parler compétent pour connaître spécifiquement des questions relatives à l'accès aux documents administratifs puisque la Convention européenne des droits de l'homme n'y fait pas allusion, il a consacré un véritable droit à l'information par le truchement des articles 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale et de l'article 10 sur la liberté d'expression en interprétant strictement les exceptions au droit à l'accès aux documents administratifs. D. PICHOUSTRE, *La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005*, P.A. 11-14 novembre 2005, n° 225-226, p. 6. Le Conseil et la Commission européenne ont, par ailleurs, eux aussi organisé l'accès du public à leurs documents.

³- CHEVALLIER, « *Science administrative* », op.cit, p. 443. Les structures et dispositifs instaurés pour accompagner l'information ont suivi la même évolution. les centres destinés au *renseignement* ont laissé la place aux guides de *l'information sur les droits et les démarches* et aux centres d'aides et de conseil, relayés aujourd'hui par les nouvelles possibilités offertes par les développements de l'informatique.

L'information vise, aussi, à apprendre comment faire. Informer le destinataire d'une décision administrative individuelle des voies, qui s'ouvrent, à lui s'il désire la contester et des délais dans lesquels il peut le faire a été l'une des innovations du décret du 28 novembre 1983 relatif aux relations entre l'Administration et les usagers¹.

Les mêmes garanties procédurales entourent l'ensemble des demandes et réclamations adressées par les citoyens aux autorités administratives. Le régime qui leur est applicable prévoit la délivrance d'un accusé de réception devant mentionner lui aussi les voies et délais de recours sous peine d'inopposabilité de ces délais à l'intéressé².

La mention des voies et délais de recours accompagne aussi désormais les notifications des décisions refusant la communication d'un document administratif³.

Cette information du citoyen, potentiel requérant, sur la façon dont il doit s'y prendre pour défendre ses droits et ses intérêts est bien évidemment de nature à le tirer d'une inertie imputable pour une part à un certain désarroi face à l'introduction d'une requête⁴.

Plusieurs efforts ont été fournis, dans le même sens, pour l'aide à l'accès au droit. Ainsi, puisque « nul n'est censé ignorer la loi », celle du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique⁵ a instauré l'aide à la consultation et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles.

¹- Décret n° 83-1025. Prescription codifiée à l'article R 421-5 du CJA par le décret n° 2000- du 4 mai 2000. A défaut de ces mentions dans la notification de la décision, les délais de recours contre la décision ne courent pas.

²- Cet accusé de réception doit également mentionner le service ou l'agent en charge du dossier et le délai à l'expiration duquel la demande sera acceptée ou rejetée (articles 4, 18, 19 de la loi DCRA qui s'inspire largement du décret du 28 novembre 1983, et étend le champ d'application de ces dispositions à l'ensemble des autorités administratives). La loi du 12 avril 2000 a également repris l'obligation de transmission d'une demande mal orientée à l'autorité administrative compétente, en ajoutant l'obligation d'en avertir l'intéressé (article 20).

³- Article 25 de la loi du 17 juillet 1978, créé par l'ordonnance n° 2005-605 du 6 juin 2005.

⁴- A ne pas négliger qu'une part substantielle de nos concitoyens ignore aujourd'hui encore jusqu'à l'existence du juge administratif.

⁵- A laquelle renvoie le Code de justice administrative (art R 441-1).

Elle permet à leurs bénéficiaires d'obtenir, par exemple, des informations sur l'étendue de leurs droits et obligations ou d'être assistés devant les administrations en vue d'obtenir une décision ou d'exercer un recours préalable obligatoire.

L'impact de la proclamation du droit d'accès et à l'information a été d'autant plus important que la communication des informations est devenue plus aisée. L'essor de l'informatique et des « nouvelles technologies d'information et de communication » (communément abrégées NTIC) a joué de ce point de vue un rôle fondamental¹.

En effet, les TIC ont envahi les organisations publiques et privés. Elles sont considérées comme étant un outil incontournable de modernisation de l'administration².

Le Maroc a occupé la 85^{ème} place³ dans l'indice de développement de l'e-gouvernement réalisé par l'ONU sur 193 pays. Il a perdu trois places⁴ depuis 2014⁵, mais, il a réalisé une meilleure performance dans le volet de l'e-participation avec une honorable 17^{ème} place⁶.

Les TIC ont été intégrées graduellement dans l'administration marocaine⁷. C'est ainsi qu'à l'occasion de la 2^{ème} journée nationale des

¹ - Ce n'est pas un hasard si l'avènement du droit à l'information coïncide avec une première vague de progrès informatique. Celui-ci a suscité des craintes, certaines légitimes, d'autres exagérées, de violation des libertés traditionnelles, en même temps qu'il fournissait les moyens d'organiser la transparence.

² - M. Hammoumi, « L'e-gouvernement et la réforme de l'administration : quelle articulation ? », Collection « Les connaissances juridiques et judiciaires », publications de la Revue de droit, Rabat 2014, p. 216.

³ - Au niveau continental, le Maroc a occupé la 4^{ème} position après les îles Maurices (52^{ème} place), la Tunisie (72^{ème} place) et l'Afrique de Sud (76^{ème} place). M. Berrada, « Le Maroc recule dans l'indice de développement de l'e-gouvernement », le DESK, News room, p. 1.

⁴ - Le Royaume-Uni suivi du Japon et de l'Australie. L. Ouchagour, « Le classement « d'e-gouvernement » 2016 : le Maroc perd 3 places », aujourd'hui le Maroc du 3-8-2016, p. 1.

⁵ - L'e-administration marocaine a occupé le 82^{ème} rang dans l'indice 2014 des Nations Unies sur l'e-gouvernement. Elle est avancée de 38 places par rapport à l'indice 2012. Au niveau des services en ligne, le Maroc a gagné 26 places passant au 30^{ème} rang mondial selon le même indice et 17^{ème} place mondiale (et 1^{ère} africaine) sur l'indice de l'e-participation, avec une progression de 21 places par rapport à 2012.

⁶ - Le Maroc glisse, en 2016, parmi le top 25 mondial qui comprend essentiellement les pays riches, comme les USA ou Singapour.

⁷ - L'Internet a été lancé au Maroc le 15 novembre 1995. Il était le 101^{ème} pays à se raccorder au World Wide Web. En France, les premiers services télématiques ont vu le jour à la fin des années 1980 grâce

télécommunications en 1997, Feu Hassan II avait souligné que : « le monde d'aujourd'hui vit des évolutions civilisationnelles, scientifiques et technologiques fondamentales. Chaque jour qui passe nous apporte son lot de nouveautés.

Parmi les éléments les plus marquants de ces changements, la mutation des systèmes de production et des modèles de communication, l'émergence des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication, la globalisation des marchés et l'internationalisation des acteurs.

La mise en place de cette société de communication annonce un monde où l'information représente la source de base des économies et des sociétés¹ ».

Au Maroc comme en France, l'e-administration constitue un levier de réforme administrative. Ce rapprochement est d'autant plus indispensable que les relations prendront une forme de plus en plus « immatérielle » et qu'il est souhaité de développer ce volume des échanges « immatériels » au détriment des flux « classiques² ».

Il s'avère que l'informatique est particulièrement appropriée à l'information juridique³ et les législations qui se sont succédées depuis les grandes lois de la fin des années 1970 lui ont ménagé une place notable.

au== ==Minitel et les administrations participent au développement d'Internet dès la seconde moitié des années 1990. Mais, ce n'est qu'à partir de 1997 que l'administration électronique a émergé progressivement en tant que politique publique à part entière et que s'est élaborée une stratégie globale, nourrie par plusieurs rapports et qui s'est concrétisée dans un ensemble de programmes : Plan d'Action Gouvernemental pour la Société de l'Information (PAGSI) en 1998, Projet ADELE (Administration Electronique) pour la période 2004-2007. L'administration électronique est devenue un axe central de la politique de réforme de l'Etat, que ce soit avec la Révision Générale des Politiques Publiques (RGPP), ou avec la Modernisation de l'Action Publique (MAP), lancée en 2012.

¹ - Discours du feu Hassan II en 1997 à l'occasion de la 2^{ème} journée nationale des télécommunications.

²-« Simplifier l'accès et la gestion des droits et faciliter le développement de l'Administration électronique », Groupe de travail Projet prioritaire 5 piloté par J-L, Bossu, Dossiers d'études, N° 106 – 2008, p. 14.

³- Le droit a vocation intrinsèque à définir des liens (que ce soient des liens contractuels, sources subjectives de droit et de liens entre personnes privées ou publiques, ou dans le cas des sources objectives du droit, des liens de subordination à un texte normatif ou à une décision juridictionnelle), et pour M. Cottin, cette notion de liens et plus largement de réseau se partage et se fonde naturellement dans les concepts de la technologie internet. S. COTTIN, « Liste exhaustive des données juridiques qui devraient être conservées et accessibles sur Internet « éternellement » par les pouvoirs publics », *P.A.* 29 septembre 2005, n° 149, p. 49.

Les modalités d'accès aux documents administratifs ont été adaptées aux nouvelles technologies¹ et l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 impose la publication au JO électronique des lois et des actes administratifs et lui donne la même valeur législative que le JO papier², prescription que le Conseil d'Etat rappelle le cas échéant³.

Les communications électroniques ont contribué à la simplification des formalités⁴, évolution propre à redonner confiance au justiciable en d'éventuelles démarches administratives et juridictionnelles.

L'information a, aussi, acquis par ce biais une dimension nouvelle de diversité, d'actualité, de mise à jour de nature à renforcer la confiance et l'intérêt des justiciables.

De même que le nouveau concept d'interactivité qui y est associé (mis en œuvre par des dialogues, débats, forums⁵) ne peut qu'affermir la vitalité citoyenne des administrés.

¹- La loi du 12 avril 2000 avait déjà précisé les modalités d'accès aux documents administratifs pour tenir compte des documents informatisés (l'accès pouvait se faire par la délivrance d'une copie du document sur papier ou sur un support identique à celui utilisé par l'Administration, disquette ou CR-Rom, ceci dans la limite des possibilités techniques de l'Administration et aux frais du demandeur), et l'ordonnance du 6 juin 2005 a élargi ces modalités en prévoyant également l'enregistrement du document demandé sur un «support compatible» avec celui utilisé par l'Administration, et en permettant d'obtenir l'envoi du document sans frais par courrier électronique lorsque le document est disponible par voie électronique. V. D. PICHOUSTRE, « La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005 », *P.A.* 11-14 novembre 2005, n° 225-226, p. 7.

²- B. DELAUNAY, « Les lois de simplification du droit », *P.A.* 24 mai 2007, n° 104. La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit l'autorisait à le faire « en prenant en compte les possibilités offertes par les technologies de l'information et de la communication ». Une ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives met également en place les fondements législatifs requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique devant le tribunal administratif de Paris et la cour administrative d'appel de Paris (JO 16 mai 2007, et commentaire de T. PIETTE-COUDOL, *Dr. Adm.* octobre 2007, p.p. 32-34).

³- Il a eu l'occasion d'indiquer dans une décision n° 271713 du 9 novembre 2005 que la publication de certains textes au seul JO électronique était légale. L'impression du JO papier cessera au 31 décembre 2015 et celui-ci deviendra uniquement numérique à compter du 1^{er} janvier 2016.

⁴- Le Conseil d'Etat recensait déjà 200 téléservices et téléprocédures en 2006, dont les plus connus sont la déclaration d'impôts en ligne ou le système SESAM-VITALE mis en place pour le traitement des feuilles de soins. Rapport public 2006 précité, p. 327.

⁵- Par exemple ceux organisés par l'Assemblée Nationale et le Sénat sur leur site.

Par ailleurs, l'accès à l'information a alimenté le désir d'être informé et d'être actif¹. L'avènement de l'informatique de communication et de réseau a permis une explosion du nombre des sources d'information, à commencer par le site Internet « Légifrance » officiellement créé par arrêté le 6 juillet 1999² qui renvoie lui-même à d'autres sites juridiques tels que ceux d'un ensemble de portails juridiques, des assemblées parlementaires ou des autorités administratives indépendantes.

Ces portails offrent à leur tour accès à une information en « cascade » par le biais d'autres renvois. Tous les avis de la CADA – laquelle peut désormais être saisie par voie électronique³ – sont accessibles sur son site⁴.

Le Conseil d'Etat a mis en ligne sur le sien un jeu de fiches explicatives intitulé « la justice administrative en pratique » et la Documentation française édite et vend en ligne des guides dans une collection « Droits et démarches » destinés à donner aux administrés les clés pour comprendre et évoluer dans le monde juridique qui est le leur et tient également à leur disposition un certain nombre de rapports publics accessibles en ligne gratuitement...

Ce sont au total plus de 5000 sites Internet publics qui ont été recensés en 2006 par le Conseil d'Etat. Légifrance a reçu plus de 2,5 millions de visites par jour en moyenne au cours de l'année 2005, et le site « Service Public »⁵ presque 2,3 millions⁶.

¹ - J.-P. Gastinel témoigne ainsi de l'accroissement visible et constant de l'intérêt porté par les citoyens au bon emploi des fonds publics, citoyens qu'il perçoit comme « mieux informés et plus curieux ». J.-P. GASTINEL, « Le poids de l'opinion publique : le contrôle de l'utilisation des fonds publics », in *Administration : droits et attentes des citoyens*, colloque de l'Institut français des sciences administratives des 4 et 5 décembre 1997, La Documentation française, Paris, 1998, p.p. 131-140.

² - Arrêté du 6 juillet 1999 relatif à la création du site Internet Légifrance, JO 13 juillet 1999, p. 10406. Adresse du site : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

³ - Article 17 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques pris pour l'application de la loi 78-753 du 17 juillet 1978.

⁴ - <http://www.cada.fr/> ; le site explique clairement et de manière didactique le rôle de la CADA, ce qu'elle n'est pas, ses pouvoirs, les droits des citoyens en matière d'accès aux documents administratifs et propose un jeu de fiches thématiques techniques et claires rassemblées sous l'intitulé « quels sont vos droits ? ».

⁵ - <http://www.service-public.fr/>. Le site « Vie publique » proposé par La Documentation française (<http://www.vie-publique.fr/>).

⁶ - Conseil d'Etat, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, E.D.C.E. n° 57, La Documentation française, Paris, 2006, p. 327.

Ce nouvel accès à une information foisonnante alimente chez nos concitoyens un désir d'être informé et suscite des démarches actives en ce sens.

En témoignent la hausse significative et continue de l'activité de la CADA suite à une augmentation des demandes d'avis de la part des personnes souhaitant obtenir la communication d'un document¹ ainsi que la nature des documents les plus demandés qui sont de loin ceux d'intérêt individuel².

Le même comportement s'observe et s'ajoute dans tous les domaines particuliers dans lesquels l'accès à l'information a été aménagé (et auxquels Internet apporte aussi des ressources informationnelles nouvelles et abondantes)³.

Pour fondamentaux qu'ils soient, ce ne sont pas les progrès de l'information en eux-mêmes qui sont intéressants⁴. Mais, leurs effets secondaires. Cette politique de sollicitation, d'information et d'explication

¹ Les demandes de conseil des administrations restant stables. Rapport d'activité 2006 de la CADA, p. 13, accessible depuis son site Internet. Rapport 2007, p. 58. Le rapport de 2011 indique une stabilisation du nombre des dossiers enregistrés annuellement. Mais, il fait également part du recul continu des dossiers de conseil aux administrations, p. 68.

² Ils représentaient plus de 50 % des documents demandés en 2006 (rapport précité p. 27) comme en 2007 (rapport p. 70-71). Pour l'année 2011, la CADA indique que les litiges qui lui sont soumis portent encore très largement sur des refus de communication de documents administratifs. Alors que depuis 2005, elle est compétente pour connaître des difficultés en matière de réutilisation des informations publiques. Rapport 2011, p. 69.

³ Ceci est particulièrement net en matière médicale : « en tant qu'individus et personnages sociaux, [les malades] ne veulent plus être relégués dans une position passive » relève Philippe Bataille, sociologue à l'Université de Poitiers (cité par C. BARBAULT, « Médecin-malade : une relation ambivalente », *Valeurs Mutualistes* n° 249 mai/juin 2007, p. 25).

⁴ Si le bilan est clairement positif, des points sont d'ailleurs à nuancer, essentiellement concernant le comportement de certaines administrations. Les obstacles techniques ne sont pas non plus négligeables (s'agissant surtout des projets scientifiques et environnementaux, où une information réellement complète ne peut être comprise que de spécialistes). Le recours aux NTIC pose des problèmes nouveaux, eu égard à la fracture numérique par exemple, et la « surinformation » peut avoir les mêmes effets que la désinformation ou l'absence d'information. Une transparence totale n'est par ailleurs pas forcément possible. J. CHEVALLIER, « *Science administrative* », op.cit, p. 447.

menée au niveau administratif était un passage incontournable pour une Administration se voulant démocratique¹.

Elle a également eu des répercussions sur les citoyens eux-mêmes et sur leur façon de s'appréhender et de se positionner dans leur rapport à l'Administration et dans leur approche, le cas échéant, du juge administratif.

C'est en réduisant de son propre chef la distance matérielle et symbolique qui la séparait du public² que l'Administration lui a facilité mentalement et matériellement d'éventuelles démarches vers le juge.

Plus le citoyen est sollicité, plus il est informé et plus il attend de l'être. Il adopte alors un comportement beaucoup plus fréquemment actif et dynamique. L'opacité comme la méconnaissance de l'action administrative compromettaient de facto toute possibilité de la contester.

Aujourd'hui doté de ressources informationnelles nouvelles dont il peut tirer parti, le citoyen administré trouve prise sur l'appareil administratif. Il connaît mieux l'étendue de ses droits.

Matériellement émancipé car dépendant moins du bon vouloir de l'Administration lorsqu'il veut obtenir les éléments lui permettant de défendre ses intérêts, il l'est également intellectuellement car incité au questionnement.

Les réformes qui ont permis l'émancipation des citoyens, sur le plan administratif, ont fortement contribué à l'épanouissement des évolutions observées actuellement.

¹ - L'Administration sert de plus ses propres intérêts par le biais de l'information des citoyens. Les décisions ayant une incidence sur la vie quotidienne auront davantage de chances de recevoir application si les destinataires sont informés des raisons les justifiant que lorsqu'elles n'apparaissent que comme le « choix personnel d'un administrateur sûr de sa compétence ». J. RIVERO, « L'administré face au droit administratif », *A.J.D.A.* 1995, p. 149. L'Administration peut récolter des informations concrètes permettant une meilleure adaptation à la réalité, ce dont le traditionnel secret administratif l'avait jusqu'alors privée. L'information présente d'autres vertus dans des domaines particuliers, comme en matière environnementale où, plus qu'une véritable technique de prévention. Elle peut être un moyen de faire accepter un risque par la population en le démystifiant.

² - M. Oberdorff considère que l'administration s'est ainsi « juridiquement humanisée » in « L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit », *E.D.C.E.* 1991, n° 43, p. 217.

L'expression d'exigences de la part des justiciables est la première d'entre elles et leur prise en considération tient une place importante dans la plupart des grandes décisions juridictionnelles administratives de la période récente.

Que ce soit de manière individuelle ou catégorielle, le citoyen-administré-justiciable exige, en effet, la prise en compte de ses intérêts. Du fait de la prégnance de ce phénomène comme de la nature de sa mission, le juge administratif ne pouvait l'ignorer.

Section II : Un usager au centre des préoccupations

Présidant l'ouverture de la première session parlementaire de la nouvelle législature, sa Majesté a consacré l'essentiel de son allocution aux tares de l'administration publique et insisté sur sa modernisation et sa décentralisation.

C'est ainsi que le souverain a précisé fortement que : « Dans la mesure où l'efficacité administrative est un critère à l'aune duquel se mesure le progrès des nations, et tant que la relation entre l'administration et le citoyen ne s'est pas améliorée, le classement du Maroc, dans ce domaine, restera dans la catégorie des Etats du Tiers Monde, voire du quart-monde et même du cinquième monde¹ ».

La mal administration est un phénomène qui existe partout dans le monde. Malgré tout, l'amélioration de ses relations avec le citoyen doit impérativement emprunter le chemin des réformes.

C'est dire que l'amélioration de l'administration publique² est une nécessité absolue en vue de mettre en place les fondements de l'Etat de droit.

¹ - Extrait du discours Royal du 14 octobre 2016, prononcé devant les membres des deux chambres du parlement le 14 octobre 2016, pp. 4 et 5.

² - La stratégie nationale de modernisation de l'administration vise à rapprocher les services administratifs de ses usagers et à assouplir les formalités administratives.

Même en France et pour des raisons sociologiques et conscient d'être détenteur de droits, l'administré contemporain est devenu un référent incontournable, doté d'un poids juridique certain.

C'est ainsi que la « théorie des apparences » atteint aujourd'hui des sommets et que le juge administratif se lance dans une stratégie de communication vis-à-vis de ce nouveau « consommateur de droit »¹ (§I).

Une telle évolution est liée à la montée en puissance des intérêts individuels et apparaît aujourd'hui clairement en filigrane de la jurisprudence administrative (§II). La vigueur nouvelle du principe de sécurité juridique en est une manifestation remarquable (§III).

§I - Le Poids des apparences et de communication

La théorie d'inspiration anglo-saxonne dite « des apparences » connaît un regain d'actualité par le biais des bouleversements qu'elle fait connaître au droit administratif français à l'instar de son homologue marocain.

En témoignent notamment les remises en cause que connaît la fonction de commissaire du gouvernement, fondées sur le « ressenti » du justiciable(A). C'est en partie sous la pression des exigences européennes que le juge administratif français est sorti de son mutisme jusqu'ici notoire. Il développe aujourd'hui une véritable stratégie de communication vis-à-vis de l'extérieur et notamment des justiciables (B).

A – Le ressenti du justiciable doté d'un poids juridique :

La prise en compte croissante du ressenti des citoyens justiciables s'est matérialisée de la manière la plus évidente dans les évolutions récentes du droit au procès équitable. Celui-ci a connu « une évolution des plus notables,

¹ - B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A. n° spécial juin 1995*, p.155.

marquée en particulier par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice »¹.

Il ne suffit plus désormais que l'impartialité des juges *soit*, elle doit aussi *s'afficher*. C'est ainsi que la Cour de Strasbourg veille au respect par les juges et juridictions des Etats signataires du principe d'impartialité objective (ou « apparence d'indépendance »²), mettant en œuvre le célèbre aphorisme énoncé par le Lord Chief Justice Heward dans un arrêt de la chambre des Lords en 1924³ selon lequel la justice ne doit pas seulement être rendue, mais doit l'être ostensiblement⁴.

Cette « juridicisation » de l'apparence n'était, certes, pas inconnue du droit interne (si il est allusion à la théorie des fonctionnaires de fait⁵, à celle du propriétaire apparent en droit de l'urbanisme⁶ ou encore à la théorie de l'apparence en droit fiscal⁷).

Cette nouvelle percée avait, cependant, vocation à avoir une portée bien plus importante en ce qu'elle implique l'organisation et le fonctionnement des juridictions, d'autant que le rôle des apparences a évolué dans la manière dont la Cour contrôle l'impartialité des tribunaux. Elle s'y référait déjà il y a trente ans, mais pour indiquer qu'il convenait de regarder au -delà afin de s'attacher

¹ - C.E.D.H., 30 octobre 1991, *Borgers c/ Belgique*, n° 12005/86, § 24 (G.A.C.E.D.H., 6^e éd., 2011, n° 30, p.p. 332-348).

² - (§ 193) (J.C.P. G 2003, I, 160, n° 7, chron. F. SUDRE). L'impartialité objective (qui peut concerner la juridiction dans son ensemble ou des juges individuellement) résulte donc des garanties objectives permettant de supprimer tout doute légitime quant à leur impartialité. L'impartialité subjective, qui est présumée jusqu'à ce qu'une preuve du contraire soit rapportée, concerne chaque juge dans ses convictions personnelles et son comportement.

³ - *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256.

⁴ - « Justice must not only be done, but be manifestly and undoubtedly seen be done ». Le professeur Chapus en propose la traduction suivante : « Il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut encore qu'elle le paraisse » (« Vues sur la justice administrative », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p. 172). Sur les origines anglo-saxonnes de cette théorie, voir l'étude détaillée de S. GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *R.D.P.* 2005, p.p. 319-356. L'auteur y montre également que la conception développée par la Cour européenne des droits de l'homme correspond à un durcissement des principes du modèle britannique.

⁵ - Voir R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p.p. 1105-1107.

⁶ - C.E., 20 octobre 1965, *Guérin*, n° 60997, Rec. p. 537.

⁷ - C.E., Sect., 20 février 1974, *Lemarchand*, n° 83270, Rec. p. 126.

à ce qu'il en était en réalité¹ et que l'élément déterminant consistait à «savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées »². La tendance actuelle correspond à une logique totalement inverse : la Cour s'assure qu'au-delà de la réalité, les apparences donnent à voir l'impartialité des juridictions, quitte à les faire prévaloir sur la première.

C'est ainsi que dans un arrêt du 7 juin 2001, *Mme Kress c/ France*³, la Cour européenne des droits de l'homme a expressément invoqué les «apparences» pour juger que la participation du commissaire du gouvernement au délibéré n'était pas compatible avec les exigences du procès équitable. C'était pourtant après avoir reconnu sans réserves son indépendance et son impartialité que « nul n'a jamais mises en doute » (§71)...

Elle retenait, néanmoins, que ce membre de la juridiction se retirant avec les juges afin d'assister au délibéré après avoir pris la parole en dernier et s'être alors prononcé publiquement « pour ou contre » l'argumentation d'une des parties en litige (puisque tenu de se prononcer dans un sens déterminé) pouvait apparaître comme l'« allié objectif » de l'une et l'« adversaire objectif » de l'autre, et être «légitimement considéré par les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'elles », (§ 81).

L'arrêt *Marie-Louise Loyen c/ France* du 5 juillet 2005 a, ensuite, levé toute ambiguïté sur la subtile distinction que certains auraient aimé lire dans l'arrêt de 2001 entre « participation » et « assistance » au délibéré des commissaires du gouvernement.

Le Conseil d'Etat interpréta, néanmoins, cette jurisprudence comme permettant une présence passive du commissaire du gouvernement au

¹ - C.E.D.H., 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, n° 2689/65, § 31 (décision citée aux G.A.C.E.D.H., 6^e éd., 2011, not. p. 66 et 335).

² -C.E.D.H., 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, § 48, qui synthétise la jurisprudence antérieure (G.A.C.E.D.H., 6^e éd., 2011, n° 31, p.p. 348-368).

³ - Req. n°3959/98 (décision citée aux G.A.C.E.D.H., 6^e éd., p.345).

délibéré, interprétation reprise par le pouvoir réglementaire croyant pouvoir apaiser les craintes infondées de la Cour de Strasbourg en affirmant par un décret du 19 décembre 2005 : « le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part »¹. Ce fut également peine perdue pour de nombreux auteurs (parmi eux et de manière remarquable deux éminents membres du Conseil d'Etat²) que d'avoir exposé le rôle exact dévolu au commissaire du gouvernement dans la procédure juridictionnelle française et, partant, sa nécessité.

En effet, par l'arrêt *Martinie c/ France* du 12 avril 2006, la Cour européenne des droits de l'homme persistait en condamnant expressément au nom des apparences la seule présence au délibéré du commissaire du gouvernement, « que celle-ci soit « active » ou « passive » » (§ 53)³.

L'Etat français, comme le Conseil d'Etat de plus ou moins bonne grâce, ont dû en prendre acte : les jurisprudences *Kress* et *Martinie* ont ainsi conduit à l'officialisation de la pratique de la note en délibéré⁴, à l'exclusion de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré devant les tribunaux

¹- Décret n° 2005-1586.

²- D. CHAUVAUUX et J.-H. STAHL, « Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès », *A.J.D.A.* 2005, p.p. 2116-2123, ont excellemment exposé la « véritable exigence fonctionnelle » à laquelle répond l'organisation de cette institution (puisque la présence au délibéré du commissaire du gouvernement permet à ce dernier d'avoir une appréhension directe des raisons ayant finalement emporté la conviction des juges, appréhension nécessaire à l'accomplissement de sa mission qui consiste à avoir de la jurisprudence une connaissance intime afin de l'exposer, d'en permettre une application conforme à son esprit dans des affaires ultérieures, voire d'en proposer des révisions ou amendements). Loin de jouer contre la transparence, le mode d'intervention du commissaire présente le mérite de faire apparaître au grand jour les ressorts de la jurisprudence, et la réputation de clarté et de qualité des interventions de ces juristes chevronnés n'est plus à faire. B. GENEVOIS, *A.J.D.A.* 2006, p. 901.

³- C.E.D.H., 12 avril 2006, *Martinie c/ France*, req. n° 58675/00. V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *J.C.P. G* 2006, p.p. 799-802 ; F. ROLIN, *A.J.D.A.* 2006, p.p. 986-992 ; L. SERMET, « L'arrêt *Martinie c/ France* : un arrêt de Grande Chambre ? Assurément. Un grand arrêt ? Non », *R.F.D.A.* 2006, p.p. 577-586 ; *J.C.P. G* 2006, I, 164, n° 5, chron. F. SUDRE (décision citée aux *G.A.C.E.D.H.*, 6^e éd., 2011, not. p. 338, p. 348).

⁴- Introduite par le décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005. L'article R 731-3 du Code de justice administrative dispose aujourd'hui que « A l'issue de l'audience, toute partie à l'instance peut adresser au président de la formation de jugement une note en délibéré ». Il s'agissait là d'une tolérance que longtemps, ni les textes ni la jurisprudence n'avaient officialisée, puisque ne correspondant ni à la nature des conclusions, ni aux conséquences normales de la clôture de l'instruction. (v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, Paris, 2008, p. 905). Le même mouvement a enfin abouti, après une période d'expérimentation, à une inversion de l'ordre des prises de paroles devant les juridictions territoriales : depuis l'année 2012, le rapporteur public s'exprime le premier (après le rapporteur proprement dit) afin de laisser le dernier mot aux avocats ou aux parties (art R 732-1 du CJA, issu du décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le Code de justice administrative).

administratifs et les cours administratives d'appel¹ et à l'abandon de l'appellation séculaire de «commissaire du gouvernement » pour celle de «rapporteur public », titre « qui ne laisse plus planer d'ambiguïté sur le rôle qu'il joue dans la procédure »².

De la même manière, les solutions *Procola* et *Société Sarcilor Lormines* qui procèdent de la même prise en compte affirmée par la Cour européenne des droits de l'homme de la théorie des « apparences » (et sur lesquelles il n'est pas nécessaire de s'attarder davantage³) ont fini par conduire le pouvoir réglementaire français à opérer un renforcement de la spécialisation au sein des formations juridictionnelles afin de mieux séparer activité de conseil du gouvernement et activités contentieuses⁴.

Que déduire de cette prééminence accordée par la jurisprudence de la Cour européenne aux impressions et sentiments des requérants ? Les enjeux

¹-Et à la possibilité pour les parties de demander que le commissaire ne participe pas au délibéré devant le Conseil d'Etat (décret n° 2006-964 du 1^{er} août 2006).

²- Voir le communiqué de presse du Conseil d'Etat en date du 25 juin 2008, disponible sur son site internet. Le Vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé annonçait que l'information sur le sens des conclusions serait généralisée et que les parties auraient la possibilité de présenter de brèves observations orales après l'intervention du commissaire. La modification sémantique a été opérée par le décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

³- Par l'arrêt *Procola c/ Luxembourg* du 28 septembre 1995, la Cour européenne des droits de l'homme condamnait la double appartenance aux formations consultatives et contentieuses des membres du Conseil d'Etat luxembourgeois, en considérant que le seul fait que certaines personnes exerçassent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions était « de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution », et qu'un « simple doute » quant à l'impartialité du tribunal suffisait à disqualifier celui-ci (§ 45). Dans l'arrêt *Société Sarcilor Lormines c/ France* du 9 novembre 2006, la Cour apportait une réponse toute en nuances quant à la compatibilité avec les exigences de l'article 6-1 de la Convention relatif à la garantie d'un « tribunal indépendant et impartial » de la dualité des fonctions consultatives et juridictionnelles du Conseil d'Etat français (elle condamnait alors la France pour non-respect du procès équitable en raison du manque d'impartialité apparente de l'un des juges du Palais-Royal, décernait en l'espèce un brevet de conventionnalité au dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat sans signifier pour autant que son organisation spécifique ne pourrait pas poser problème à l'avenir au regard de l'article 6-1 de la Convention ; v. note D. SZYMCZAK, J.C.P. A 8 janvier 2007, n° 1-2, p.p. 28-31, et J.-L. AUTIN et F. SUDRE, « L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause ? », *R.F.D.A.* 2007, p.p. 342-353).

⁴-En vue de parer aux difficultés, le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 assimile les exigences conventionnelles par le biais d'un retour à des règles anciennes et de quelques innovations. La réintégration entre autres dans le texte du Code de justice administrative de la règle selon laquelle un membre du Conseil d'Etat ne peut siéger au contentieux sur une affaire dont il aurait eu à connaître en section administrative relève ici aussi du symbolique puisqu'elle était appliquée dans les faits, mais elle s'accompagne de la possibilité offerte au requérant de vérifier son effectivité puisqu'il peut désormais obtenir communication de la liste des membres ayant pris part à la délibération de la section administrative. (Sur le décret susvisé, voir P. GONOD, « Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins ? », *A.J.D.A.* 2008, p.p. 630-633, et le dossier qui lui est consacré à la *R.F.D.A.* 2008, p.p. 213-224).

de la mise en œuvre de cette théorie vont bien au-delà d'un rapport de pouvoir entre juridictions européenne et nationales. Ils renvoient essentiellement à la question de la place du juge dans la société actuelle. La théorie des apparences est, en effet, fondée sur la volonté d'assurer la confiance des justiciables dans les institutions judiciaires (et sur le présupposé que le meilleur moyen d'y parvenir est de créer les conditions les plus favorables à l'affichage de l'impartialité et de l'indépendance de ces dernières, de sorte que le requérant n'ait pas lieu de concevoir de doutes à cet égard).

Cette théorie semble, dès lors, susceptible de jouer un rôle dans le processus de légitimation des institutions judiciaires à une époque caractérisée par un fort accroissement du recours à la justice.

Les citoyens ressentent, en effet, un besoin accru de faire valoir leurs droits à l'égard d'autres individus comme de l'Etat et attendent de plus en plus de cette dernière qu'elle encadre les rapports sociaux.

A quoi s'ajoute l'expression d'exigences corrélativement croissantes à l'égard du système judiciaire. La question de savoir si le primat ainsi accordé aux apparences est le meilleur moyen d'assouvir cette quête de légitimité est un autre débat¹.

¹ - Cette acception contemporaine de la théorie des apparences est en effet fort critiquable, et universitaires comme praticiens ont été nombreux à mettre en garde contre une application abusive (par ex. P. GONOD, « Etre et paraître », *A.J.D.A.* 2007, p. 609 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 2006, p. 147 et p.p. 996-998. Le doute pouvant naître d'une méconnaissance, l'information du citoyen-justiciable sur le fonctionnement de la justice semble être un meilleur moyen de concourir à cette légitimation des institutions judiciaires tout en réduisant les inconvénients que présente une surestimation des apparences. Le risque est, en effet, que celles-ci soient considérées comme suffisantes à elles seules. Cette théorie doit, en outre, être mise à l'épreuve du principe de sécurité juridique (particulièrement d'actualité). Or elle semble y contrevenir dans la mesure où la juridicisation des apparences est susceptible d'introduire de l'incertitude dans le traitement des situations juridiques, puisque les impressions tirées des apparences sont nécessairement subjectives et relatives. Dès lors, indépendance et impartialité ne sont pas les seuls critères de légitimité d'une institution judiciaire, et le souci de l'apparence est à confronter à d'autres contraintes et exigences d'une justice de qualité (telles que l'efficacité ou l'édiction de solutions conformes au droit).

En tout état de cause, l'importance accordée aux apparences est bien la preuve du poids croissant de l'individu sur la scène juridique, puisque ce schéma conduit à faire prévaloir la subjectivité des justiciables sur la règle de droit telle qu'elle est écrite et mise en œuvre par les institutions.

Plus loin, l'application actuelle de cette théorie équivaut à reconnaître la pertinence et la légitimité de l'utilisation du prisme de la subjectivité des individus pour l'élaboration de la règle de droit.

Force est de constater que le poids et l'actualité de cette « théorie des apparences » prouvent – en même temps qu'ils la confortent – l'importance aujourd'hui accordée dans notre système juridique au justiciable.

Ceci est également révélé par les efforts déployés dans sa direction sur le terrain du « marketing » et de la communication.

B- Le juge communique :

L'évolution de la jurisprudence européenne avait rendu nécessaire un effort d'explicitation du rôle du commissaire du gouvernement de la part du Conseil d'Etat, en vue de prévenir un désaccord ouvert avec les conceptions de la Cour de Strasbourg. Il le fit dans un arrêt qui fut remarqué par sa rédaction particulièrement explicative et doctrinale, *Mme Esclatine*, du 28 juillet 1998¹.

Cet arrêt dispose que le commissaire du gouvernement « a pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de

¹ - C.E., 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, Rec. p. 320 ; A.J.D.A. 2014, p.p. 113-114, note D. LABETOULLE, « Et le Conseil a résisté ... » ; G.A.C.A. 3^e éd., 2011, n° 61. Par sa décision *Marc-Antoine c/ France* du 4 juin 2013 (req. n° 54984/09), la Cour européenne des droits de l'homme devait par la suite analyser et reconnaître le rôle du rapporteur public dans des termes proches de ceux de l'arrêt *Esclatine*, peu avant que le Conseil d'Etat ne vienne actualiser le statut de ce membre de la juridiction administrative, entérinant sa fonction spécifique et précisant son devoir d'information aux parties. C.E., Sect., 21 juin 2013, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*, n° 352427, publié au Rec. ; R.F.D.A. 2013, p. 805 ; F. MELLERAY et B. NOYER « L'information des parties sur le sens des conclusions du rapporteur public », A.J.D.A. 2013, p.p. 1839-1841 ; B. PACTEAU, « Le rapporteur public sauvé des eaux », R.F.D.A. 2014, p.p. 47-50 ; J.-H. STAHL, « Le rapporteur public en 2013 : après l'épreuve, ce qui change, ce qui demeure », R.F.D.A. 2014, p.p. 51-60 ; G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 60.

faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient », et précise que prononçant ses conclusions « après la clôture de l'instruction à laquelle il a été procédé contradictoirement », le commissaire « participe à la fonction du juger dévolue à la juridiction dont il est membre ».

De telles rédactions devaient connaître une postérité, puisque de nombreuses décisions importantes rendues dans la période récente se distinguent également par ces qualités.

Cette attitude inédite d'ouverture vers l'extérieur, orientée en direction des juristes dans un premier temps, a traduit la volonté de la juridiction administrative de mettre fin à sa fameuse « incommunicabilité »¹.

Le Centre de documentation du Conseil d'Etat (en lui-même et par les publications qu'il dirige) s'est avéré être un bon moyen d'assimilation de la jurisprudence par les lecteurs extérieurs.

L'accès aux conclusions des commissaires du gouvernement s'est élargi (la place ménagée à leur publication dans les revues et recueils de jurisprudence a considérablement augmenté à partir des années 1970), et le nombre de conclusions non suivies portées à la connaissance des lecteurs s'est significativement accru à la même époque, témoin de la volonté de la Haute juridiction de renverser la représentation quelque peu monolithique et rigide qui lui était attachée².

Il est à Rappel encore la participation aujourd'hui régulière de membres du Conseil d'Etat (il est en est de même pour la Cour de cassation) aux colloques universitaires.

¹ - A. DE LAUBADERE, « Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité », *E.D.C.E* 1979-1980, n° 31, p.p. 17-22.

² - A. DE LAUBADERE, *Op. cit.*, p. 21.

Soucieuse de son image, la juridiction administrative l'est désormais particulièrement à l'égard de ceux qu'il est convenu d'appeler « le grand public » : les citoyens justiciables.

Elle utilise, pour ce faire, des outils autres que strictement juridiques. Sont à mentionner les jeux de fiches explicatives « La justice administrative en pratique », mises à la disposition du justiciable qui peut désormais les consulter par le biais du site Internet du Conseil d'Etat¹.

Plusieurs feuillets exposent ainsi « ce que le juge administratif peut faire pour vous », « qui est devant vous » lors d'une audience et expliquent en termes clairs aux citoyens non rompus aux arcanes du fonctionnement de la juridiction administrative sa raison d'être, les modalités d'introduction d'une requête devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel ou le Conseil d'Etat, le mode d'examen des requêtes par le juge et d'exécution de ses décisions, le fonctionnement des procédures de référé, les conditions d'obtention de l'aide juridictionnelle ainsi que les voies de recours qui lui sont ouvertes contre les décisions rendues par le juge administratif.

Depuis octobre 2003 est mis en ligne un petit trimestriel, *La lettre de la justice administrative*, rédigé par des membres de la juridiction administrative et ménageant à chaque numéro une colonne « La justice administrative vue par... » offerte à un praticien ou un spécialiste extérieur à la juridiction.

De conception attractive et agrémenté de photographies, il fait état de l'actualité de la vie de la juridiction au sens large et a pour vocation d'intéresser les citoyens et les justiciables à la vie de la juridiction administrative².

¹ - http://www.conseil-etat.fr/ce/japrat/index_jp.shtml

² - Voir le billet de présentation de la Lettre par R. DENOIX DE SAINT-MARC, *La lettre de la justice administrative*, n° 1, octobre 2003, p. 1. *La lettre* est accessible depuis le site Internet du Conseil d'Etat.

Le site Internet du Conseil d'Etat est, quant à lui, fréquemment retravaillé et offre depuis 2009 de courts films de présentation de l'activité et de la juridiction.

Dernière modernité en date sur le plan de la communication, depuis février 2012, la Haute juridiction a fait son entrée sur le «réseau social» *Twitter*...¹

Une technique également significative de cette politique de communication a été mise en œuvre pour la première fois par le Palais-Royal et semble appelée à une utilisation régulière : il s'agit du recours à la conférence de presse. Les communiqués de presse sont aussi utilisés et consultables ensuite sur le site du Conseil d'Etat à la rubrique « actualité »².

Elle fut inaugurée pour deux importantes décisions d'Assemblée rendues le 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, et *Gardedieu*. Jean-Marc Sauvé s'expliquait du recours à cette méthode en avançant l'importance de l'enjeu et de la portée des décisions concernées³.

A sa juridiction incombait l'impérieux devoir de « rendre compte à la société » de l'accomplissement des missions que la Constitution et la loi lui confient. M. Sauvé annonçait également l'«important travail de communication » qu'il comptait continuer entreprendre en direction du public et qui passera également par le recours Internet, pour lequel il n'excluait pas « une certaine forme d'interactivité »⁴.

¹- http://twitter.com/Conseil_Etat. Le Conseil d'Etat indiquait fin novembre 2014 sur son site Internet que son compte *Twitter* (@Conseil_Etat) venait de franchir la barre des 30 000 abonnés (il en comptait plus de 11 000 en juillet 2013 et plus de 23 000 en juillet 2014 (v. *La lettre de la justice administrative* n° 31 et n° 35)).

²- http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0800.shtml

³-L'arrêt *Gardedieu* consacre en effet un nouveau cas d'ouverture de la responsabilité de l'Etat du fait des lois (pour violation d'un engagement international) tandis que la décision *Société Arcelor Atlantique* précise le contrôle opéré par le juge administratif de la constitutionnalité des actes réglementaires assurant la transposition de dispositions inconditionnelles et précises des directives communautaires.

⁴- Dans un entretien avec S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER, A.J.D.A. 2007, p.p. 556-558.

Le recours au communiqué et à la conférence de presse est sans conteste un moyen des plus directs et immédiats de diffusion du contenu des grandes décisions.

Il n'en demeure pas moins que cette façon de procéder est tout à fait nouvelle. Et significative de cette volonté aujourd'hui affichée d'« affermir la confiance des justiciables »¹ en promouvant une image proche, vivante et dynamique de l'institution.

Ces stratégies de communication employées par le juge administratif sont à rapprocher de celles développées depuis un peu plus longtemps par l'Administration elle-même à un degré tel que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier cette politique de « marketing administratif »².

Pouvant passer par de véritables campagnes publicitaires, celui-ci est souvent pris en charge par les services dits de « relations publiques » des administrations et a pour but d'améliorer leur image de marque ou l'accueil réservé à certaines décisions.

Ce développement traduit un changement sensible dans la conception de l'administré, perçu comme un client et un consommateur, cherché à satisfaire et à séduire. Le juge administratif a dû en prendre acte.

§2- La montée en puissance des intérêts individuels

Que ce soit pour les opposer ou pour les adjoindre, la plupart des analyses récentes rapprochent les termes d'« usager » et de « client » pour désigner le citoyen contemporain dans ses rapports avec la sphère des services publics.

¹ - J.-M. SAUVE, « Réformer la justice administrative », *A.J.D.A.* 2008, p. 1.

² - J. CHEVALLIER, « *Science administrative* », *op.cit.*, p.44

Cette représentation nouvelle de l'administré en tant que client – qui est d'ailleurs celle de l'Administration elle-même¹ sur laquelle elle fonda la promotion du thème de la qualité administrative – a conduit à l'édification d'un véritable « droit à la satisfaction »².

Une telle évolution ne pouvait que se reporter sur le comportement et les attentes des citoyens justiciables **(A)**. Le juge administratif a à son tour intégré cette tendance semble-t-il incontournable **(B)**. La prise en compte des intérêts des justiciables sous-tend l'orientation de la plupart des grandes décisions de la jurisprudence administrative contemporaine.

A – Le citoyen « créancier » du service public :

L'émergence du thème du client est évidemment liée à l'engouement pour le modèle d'entreprise et à la privatisation. Elle se rattache à deux « découvertes » de l'Administration selon les termes de M. Truchet³ que sont la concurrence et le besoin de financement.

Des services tels que France Télécom, EDF, Gaz de France, Air France ou la SNCF ont dû entreprendre de séduire leurs usagers dès lors qu'ils n'étaient plus captifs⁴.

La clientèle se conçoit dans un cadre contractuel, mais tout est fait pour donner l'impression au client que ce cadre est conçu en considération de sa personne et qu'il n'est pas enfermé dans un schéma collectif et anonyme.

D'où la vogue également de « l'engagement » : nous avons tous à l'esprit diverses publicités dans lesquelles un service public donné

¹ - Discours porté par le service public sur ses rapports avec les usagers : l'emploi est aujourd'hui courant, dans les textes régissant les services publics comme dans les avis et notes d'information à l'attention du public, du terme « client » en lieu et place de celui d'« usager ».

² - P. WARIN, « Les droits-créances aux usagers : rhapsodie de la réforme administrative », *Droit et Société* 2002, n° 51-52, p.p. 437-453, spé. p. 447.

³ - D. TRUCHET, « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients? », in « *Administration: droits et attentes des citoyens* », colloque de l'Institut français des sciences administratives des 4 et 5 décembre 1997, La Documentation française, Paris, 1998, p. 32.

⁴ - Le slogan de la SNCF « A nous de vous faire préférer le train » était à cet égard significatif.

«s'engage» à assurer, outre la prestation correspondant strictement à sa mission, un traitement personnellement respectueux (en termes de délai d'attente, d'explications ou de prestations annexes)¹.

Bien que des progrès soient encore nécessaires quant à la place faite à la défense de l'usager dans la conduite des grands services publics², cette mise au centre du critère de séduction s'accompagne d'une mise au centre en termes de volonté d'adaptation du service public.

S'est ainsi développé un véritable « management public »³ qui impose de s'informer des souhaits et des besoins du public et de tenir compte de l'état de la demande en vue d'ajustements permanents des prestations offertes (voire de mener une « politique offensive » en direction de l'administré pour développer les « parts de marché conquises »).

Ce « regard porté vers la demande »⁴ justifie alors le recours à des études de marché jusque pour les produits de service publics administratifs⁵, à des études d'impact pour améliorer la qualité des normes édictées⁶ ou encore

¹ - Ainsi EDF qui assurait nous devoir « plus que la lumière ». La clientèle est ensuite invitée à se faire juge du respect de l'engagement, en théorie par un aménagement de la responsabilité de l'exploitant qui propose par exemple d'indemniser spontanément le client en cas de retard ou bien qui développe un service après-vente.

² - Une vraie protection contre ce qu'il est convenu d'appeler les « ratés » du service public peine à être mise en place : ainsi, si la Poste perd un courrier, il n'est guère possible de lui réclamer – et ce seulement depuis la loi du 20 mai 2005 – que deux fois le tarif d'affranchissement, quel que soit le dommage subi. (V. M. LOMBARD, *L'Etat schizo*, JC Lattès, Paris, 2007, p. 277).

³ - Il s'agit de « renforcer l'efficacité des actions entreprises », « atteindre des objectifs préalablement fixés » et « valoriser l'innovation en rationalisant les méthodes de travail » (C. BARBIER, « L'usager est-il devenu le client du service public ? », *J.C.P. G* 1995, Doctr., n° 3816, p. 33).

⁴ - *Ibid*

⁵ - Ce discours sur la qualité orienté vers le client usager, s'il a concerné d'abord les services publics dits industriels et commerciaux du fait de leur proximité avec le secteur et le droit privé, s'applique aujourd'hui aux services publics dans leur ensemble. V. en ce sens H. PAULIAT, « Justice, performance et qualité », in *Le droit administratif, Permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 823-845.

⁶ - Le Conseil d'Etat préconise ainsi dans son rapport public 2006 consacré à la sécurité juridique le recours systématique à l'étude d'impact préalablement à l'élaboration des nouvelles législations ou réglementations importantes afin d'évaluer leur impact potentiel, ceci en vue d'améliorer la qualité de la production normative française (Conseil d'Etat, *Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit*, E.D.C.E. n° 57, La Documentation française, 2006, Paris, p.p. 300-315). La méthode des « remontées de terrain » est d'ailleurs utilisée pour l'entreprise de simplification du droit engagée depuis 2003 et encadrée par la Direction générale de modernisation de l'Etat (v. B. DELAUNAY, « Les lois de simplification du droit », *P.A.* 24 mai 2007, n° 104, p.p. 26-27 (pagination Internet)).

à l'étouffement de la branche des autorités administratives indépendantes chargées de missions d'appréciation de politiques publiques¹.

Des réformes récentes poursuivent cette adaptation à la « demande » de l'utilisateur : selon qu'il s'agit de la création des « maisons de services publics »², mais, également à la multiplication des chartes de qualité, à l'aménagement du droit de grève dans certains services publics³ ou à la prise en compte des aspirations intellectuelles des usagers⁴.

Le sens des fameuses « lois » du service public – égalité et neutralité, continuité, mutabilité – a en partie changé, dans le sens d'une application de plus en plus différenciée⁵ en direction de leurs bénéficiaires.

La construction juridique de l'utilisateur comme créancier des services publics est bien au cœur des réformes de l'Administration publique. Elle est la justification du développement d'une normativité marquée par une matérialité et une individualisation croissantes des droits⁶.

L'engouement pour le procédé contractuel – auquel le Conseil d'Etat a choisi de consacrer les considérations générales de son rapport public 2008 – va dans le même sens de déplacement du centre de gravité des préoccupations en direction du citoyen administré.

¹ - Par exemple l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, instituée par la loi de programme pour la recherche n° 2006-450 du 18 avril 2006, art. 9.

² - Qui visent comme leur nom l'indique à favoriser l'installation en un seul lieu d'un guichet unique pour assurer l'implantation des services publics au plus près des usagers pour faciliter leurs démarches et favoriser la rationalisation de l'action administrative (titre IV de la loi DCRA du 12 avril 2000).

³ - La loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire.

⁴ - La charte de la laïcité adoptée en 2007 s'attache à mieux tenir compte des convictions religieuses des usagers, en conformité avec la liberté de religion dont jouit tout citoyen et dans les limites du respect de la neutralité du service public (circulaire n° 5209/SG du 13 avril 2007, disponible sur le site du ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, <http://www.fonction-publique.gouv.fr/article951.html>) ; V. DONIER, « Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen », *R.F.D.A.* 2008, p.p. 13-19.

⁵ - P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, 4^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, p.p. 224-232.

⁶ - L'idée de droits-créances (les fameux « droits à ») individualisés (tels que le droit « au logement ») est aujourd'hui systématiquement au centre des différents projets de réforme, que ce soit comme finalité ou comme moyen. V. P. WARIN, « Op. cit. » p. 454. L'individualisation se rencontre également au niveau des procédures administratives (que l'on songe à l'extension de la levée de l'anonymat à l'ensemble des autorités administratives par la loi DCRA du 12 avril 2000, censée permettre une personnalisation des relations entre l'Administration et les citoyens).

Il permet une adaptation de la norme juridique ou de l'action publique en vue de tenir compte de chaque territoire, secteur économique, groupe social voire de chaque personne et la norme sociale négociée se voit conférer une meilleure légitimité et acceptabilité.

Le développement actuel des modes dits «alternatifs » de règlement des litiges – il s'agit plus exactement d'« autres modes » de règlement – correspond encore à une adaptation aux revendications consuméristes croissantes des usagers qui attendent des réponses et des règles étudiées en considération de leurs situations et de leurs exigences.

La prise en compte des aspirations de nos concitoyens à des solutions rendues en équité a, ainsi, donné lieu à l'institution du Médiateur de la République (dont le succès et le développement ont confirmé qu'il correspondait effectivement à un besoin)¹.

Des préoccupations d'image, de confidentialité, de souplesse et de spécialisation président au recours à l'arbitrage pour la résolution de certains litiges contractuels.

Recours préalable, médiation, conciliation ou transaction sont tous des procédés instaurant un dialogue direct susceptible de déboucher sur des accords ou compromis.

Ils permettent de rechercher un équilibre en confrontant des intérêts antagonistes en dehors des catégories juridiques traditionnelles². Il est certain

¹-La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 est cependant venue prévoir la suppression de cette institution ainsi que celles du Défenseur des enfants et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité et de la Halde au profit d'une nouvelle institution unique, le Défenseur des droits. Cette nouvelle institution est régie par deux lois (organique et ordinaire) du 29 mars 2011. V. E. MATUTANO, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *Dr. Adm.* août-septembre 2011, n° 8-9, comm. n° 16, p.p. 18-23 ; F. COLIN, « Un *amicus curiae* en devenir : le délégué du Défenseur des droits », *Dr. Adm.* juillet 2012, n° 7, comm. n° 12, p.p. 9-13.

²- Les études et débat sur la question, en vue de développer et améliorer ces modes « alternatifs » sont de plus en plus fréquents et fournis. Ceux-ci sont aujourd'hui une réalité tangible et les organismes de médiation se multiplient au plan national et local ; l'étude du Conseil d'Etat *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*. La documentation française, Paris, 1993, 163) ; le rapport consacré à l'arbitrage en droit public (rédigé par un groupe de travail conduit par Daniel Labetoulle et remis au garde des Sceaux le 27 mars 2007, *J.C.P. A*, 2 avril 2007, n° 14, p.p. 36-44) et l'étude du Conseil

que l'application du droit de la consommation par le juge administratif¹ a, également, eu une importance considérable en contribuant à promouvoir dans les mentalités la satisfaction de l'individu au rang de norme permanente de jugement des activités, y compris publiques.

La satisfaction du consommateur semble, en effet, devenir « une finalité en voie de structurer l'ensemble du droit positif »².

Il était logique que ce discours d'écoute et d'adaptation visant à gagner la confiance des justiciables – voire même à la mériter – imprimât sa marque dans le comportement et les attentes du citoyen justiciable.

Le requérant n'est, en effet, autre que l'utilisateur du service public administratif de la justice, un «usager du droit »³. Et ce service public, comme tous ses homologues, est «ordonné à la satisfaction de l'intérêt général »⁴. Le juge administratif devait, de ce fait, logiquement, dans une certaine mesure, prendre en compte les aspirations individualistes contemporaines.

B–L'intégration par le juge administratif des aspirations individualistes :

L'accroissement de l'attention accordée aux intérêts particuliers peut se lire en filigrane du mouvement de « banalisation » de l'Administration devant le prétoire administratif.

d'Etat réalisée sous la présidence d'Olivier Schrameck à la demande du Premier ministre *Les recours administratifs préalables obligatoires (RAPO)* (La documentation française, Paris, 2008, 236 p.) qui exploite également la veine d'un dialogue et d'une meilleure compréhension mutuelle entre Administration et usagers en vue de prévenir certains types de contentieux. Mentionnons enfin la création prétorienne d'une nouvelle voie de droit permettant aux parties qui ont conclu une transaction de saisir le juge, indépendamment de toute instance juridictionnelle, d'une demande d'homologation de cette transaction (C.E. Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, n° 249153, Rec. p. 433, G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 73).

¹-Le Conseil d'Etat a en effet franchi le pas en 2001 avec l'arrêt *Société des eaux du Nord* (C.E., Sect., 11 juillet 2001, n° 221458, Rec. p. 348) en appliquant pour la première fois le droit de la consommation (en l'occurrence le droit des clauses abusives) aux clauses réglementaires d'un contrat entre un service public et l'un de ses usagers). C'était après avoir, quatre ans plus tôt, intégré le droit de la concurrence au bloc de légalité applicable aux services publics (C.E. Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n° 169907, Rec. p. 406 ; G.A.J.A. 19^e éd., 2013, n° 98). Voir *infra* Partie II, Titre I, Chapitre II.

² - J. AMAR, *De l'utilisateur au consommateur de service public*, P.U.A.M., Marseille, 2001, p. 79.

³ - Y. GAUDEMET, Questions pour le droit administratif (débat), A.J.D.A. 1995 (n° spécial), p. 19.

⁴ - J. BARTHELEMY, « Le requérant et l'intérêt général », *E.D.C.E.* n° 50, 1999, p. 429.

En effet, celle-ci est en effet de plus en plus envisagée comme venant défendre un intérêt qui n'est pas différent de celui défendu par la partie privée qui lui est opposée, en tout cas qui ne lui est pas supérieur **(1)**.

Le droit de la responsabilité administrative est un terrain sur lequel la prise en compte des intérêts particuliers s'exprime avec particulièrement d'éloquence.

Les mécanismes de mise en jeu de la responsabilité administrative ne relèvent pas de la simple technique juridique, ils renvoient en effet à une certaine conception du lien social et de l'organisation des rapports sociaux¹**(2)**.

1- L'intérêt général et les intérêts particuliers :

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* de 1930, le commissaire du gouvernement Josse soulignait le caractère relatif de la notion d'intérêt général en déclarant : « ce qui n'est pas jugé indispensable aujourd'hui pourra l'être demain »².

Il en va de même de la notion d'utilité publique, dont l'intérêt tient précisément à ce qu'« elle rassemble dans une catégorie très ample l'ensemble des conceptions que l'époque intéressée se fait de ses besoins sociaux »³.

La définition des contours de la notion d'intérêt général relève de la volonté générale. Seul le législateur devrait avoir pour vocation d'édicter les normes représentant cette volonté commune, mise en œuvre par l'Administration.

¹- D. LOCHAK, « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in *Le droit administratif en mutation*, P.U.F., Paris, 1993, p.p. 275-316.

²- P.-L. JOSSE, sur C.E., Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, R.D.P. 1930, p.p. 532-540, cit. p. 535.

³- R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire 4 nivôse an VIII – 24 décembre 1949*, Sirey, 1952, p. 247.

Un tel schéma de détermination est, cependant, contesté par le poids croissant de la réglementation communautaire. Il l'est également par la complexification de la société et par la multiplication et la fragmentation des contributions à son fonctionnement qui font que la définition des normes s'opère selon des procédures plus complexes que par le passé : décentralisation, consultation, contractualisation, régulation par des autorités administratives indépendantes ont favorisé l'expression d'intérêts individuels devant être pris en compte et arbitrés et non plus transcendés dans la définition de l'intérêt général¹.

Le juge administratif intervient au stade du contrôle de la conformité de l'action administrative aux finalités d'intérêt général². S'il ne lui appartient pas de formuler les principes de cette notion, il lui revient d'en préciser le contenu et les limites pour opérer son contrôle.

Or, il est aujourd'hui démontré et admis que le Conseil d'Etat rattache sa jurisprudence à un certain courant idéologique. Concluant ses recherches sur le rôle politique du juge administratif français, D. Lochak indique que si le juge administratif n'a pas de philosophie politique propre, « l'idéologie libérale à laquelle il se réfère est encore le fonds commun auquel reste attachée sinon la totalité, du moins une large majorité du pays et ceci qu'il s'agisse du domaine politique ou du domaine économique et social »³.

De ce fait, il reflète, dans une certaine mesure, l'opinion politique publique dominante. Le libéralisme contemporain privilégie l'individu en se

¹ - Il est aujourd'hui admis que l'intérêt général peut se décliner en intérêts généraux sectoriels (« les jeunes»), spécifiques (les intérêts « financiers ») ou encore géographiques (d'une collectivité territoriale donnée). La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence vient encore considérablement affaiblir l'idée que l'intérêt général est par nature supérieur aux intérêts particuliers et donner un poids supplémentaire à ce déplacement du centre de gravité vers l'individu.

² - L'Administration est soumise à l'obligation d'agir dans le respect de la hiérarchie des normes (écrites ou non écrites) et dans l'intérêt général, sous le contrôle du juge administratif. C'est ce que confirme la jurisprudence administrative avec une absolue constance depuis l'arrêt *Pagès* du 22 janvier 1901 dans lequel le Conseil d'Etat affirmait que « l'Administration ne doit décider que pour des motifs d'intérêt général » (Rec. p. 44).

³ - D. LOCHAK, « *Le rôle politique du juge administratif français* », L.G.D.J., Paris, 1972, p.510

défiant d'un Etat désormais perçu comme une entrave, jugé du moins trop envahissant¹.

La montée en puissance de la justice, contre-pouvoir de l'exécutif et de l'Etat administratif en est une traduction. Dans cette « société du droit » aspirant à un modèle de démocratie arbitrale. Il est attendu davantage du juge une rationalisation de l'affrontement entre intérêts différents qu'une recherche de l'intérêt général².

Le Conseil d'Etat indique lui-même, dans son rapport public consacré à la question, que deux conceptions de l'intérêt général – liées à des visions différentes de la démocratie – s'affrontent :

L'une, utilitariste, qui privilégie la liberté de l'individu et voit dans l'intérêt général le résultat d'un consensus entre les intérêts particuliers, et l'autre, volontariste selon laquelle l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers.

La prise en compte croissante des intérêts particuliers transparait nettement dans l'évolution du fond et des techniques du droit – encore largement jurisprudentiel – de la responsabilité administrative.

2- L'évolution significative de la responsabilité administrative :

Il n'est pas nécessaire de revenir sur l'abandon de la notion de faute lourde dans de nombreux secteurs³ (succédant lui-même à celui de la faute «manifeste et d'une particulière gravité» nécessaire à l'engagement de la

¹- Le libéralisme s'apparentait plutôt jusqu'alors en France à un « libéral-étatisme », en ce qu'il devait composer avec la place prééminente de l'Etat, figure centrale de la culture politique française, qui disposait du monopole de la définition, de l'application et du contrôle de l'intérêt général. C'est ce rôle fondamental de l'Etat dans le jeu social et politique qui est contesté aujourd'hui par le courant libéral.

²- Sur ce rapprochement avec le système juridique du Common Law, voir S. GANDREAU, *op. cit.*, p. 350.

³- Par ex. J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, 10^e édition, Montchrestien, Paris, 2007, p.p. 772-775 (ou encore Conseil d'Etat, *Rapport public 2005, op. cit.*, p. 233).

responsabilité pour faute de la puissance publique) qui continue d'attester de l'esprit incontestablement libéral de l'œuvre du Conseil d'Etat en la matière¹.

Il est à signaler simplement que également, en grande partie en considération du ressenti du justiciable que cette évolution s'est opérée².

C'est ainsi que le commissaire du gouvernement M. Stahl concluait en ces termes sur l'arrêt *Theux* du 20 juin 1997 qui devait consacrer l'abandon de la faute lourde en matière d'organisation et de fonctionnement des services d'aide médicale d'urgence (SAMU) :

« Nous croyons [...] que le régime de faute lourde, héritage d'un ancien principe d'irresponsabilité, est maintenant perçu par les justiciables comme une limitation injustifiée de la responsabilité des personnes publiques. Il est ressenti par les victimes d'agissements dommageables de l'Administration comme une sorte de présomption d'irresponsabilité qui ferait obstacle à ce que justice leur soit rendue. [...] nous pensons que le juge de la réparation ne peut durablement donner à penser à ses concitoyens qu'il ne leur rend pas justice. Plutôt que de maintenir une notion mal comprise, nous croyons préférable d'adapter les contours du principe de responsabilité aux exigences de l'époque ».

Les nouveaux progrès accomplis par la responsabilité sans faute sont également symptomatiques. D'ailleurs, c'est une innovation remarquable introduite par le Conseil d'Etat français en 1895³, la responsabilité sans faute est particulièrement favorable aux victimes en ce qu'elle n'exige pas la preuve d'un fait fautif pour être engagée, que la preuve par le défendeur de

¹ - V. J. DE SOTTO, « L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Tome II, L.G.D.J., Paris, 1974, p.p. 759-776.

² - Rec. p. 258.

³ - Le droit civil ignorait encore le mécanisme de responsabilité sans faute lorsque le Conseil d'Etat l'instaura par le fameux arrêt *Cames* (C.E., 21 juin 1895, Rec. p. 509 ; G.A.J.A. 19^e éd., 2013, n° 6). La responsabilité sans faute s'applique aujourd'hui à des domaines étendus et variés : choses et méthodes dangereuses, risques de voisinage, risques professionnels, en particulier médicaux, collaboration occasionnelle au service public, responsabilité du fait des lois, des conventions internationales, des décisions individuelles et des règlements légaux.

l'absence de faute reste sans incidence sur son engagement et qu'elle est d'ordre public¹.

Un nouveau cas de responsabilité sans faute de l'Etat du fait des lois a récemment été reconnu par la Haute assemblée. En effet, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales, il lui incombe de réparer l'ensemble des préjudices résultant de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France².

En outre, le Conseil d'Etat a récemment institué un nouveau cas d'engagement de la responsabilité des personnes publiques, sans faute, et qu'il a fondée de manière inédite sur la notion de garde, du fait de dommages causés par un mineur placé dans le cadre de l'assistance éducative auprès d'une institution de droit public³.

¹ - C.E., 20 décembre 1974, *Commune de Barjols*, n° 90229.

² - C.E., Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522, Rec. p. 78, Rec. p.p. 80-91 et R.F.D.A. 2007, p.p. 361-371, concl. L. DEREPAIS ; A.J.D.A. 2007, p.p. 585-588, chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; J.C.P. A 2 avril 2007, n° 14, p.p. 45-50, note C. BROUELLE ; P.A. 28 février 2007, n° 43, p. 5 (9 p. en pagination Internet), chron. F. CHALTIEL ; P.A. 7 août 2007, n° 157, p.p. 11-23, note M. CANEDO-PARIS ; D. 2007, p.p. 1214-1220, « Le sens des responsabilités... A propos de l'arrêt *Gardedieu* », G. CLAMOUR ; R.F.D.A. 2007, p.p. 525-534, « Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », D. POUYAUD ; R.F.D.A. 2007, p.p. 789-802, « Le juge administratif, le droit international et la responsabilité : un trio infernal ? », M. CANEDO-PARIS.

³ - C.E., Sect., 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, n° 252169, Rec. p. 45. Le fondement du risque ne semble pas pouvoir être celui retenu par cette nouvelle jurisprudence. La responsabilité pour risque du fait de l'emploi de méthodes libérales dangereuses pour les tiers, admise dès 1956 par la jurisprudence *Thouzelier* pour les mineurs délinquants, ne pouvait en effet trouver à s'étendre à cette hypothèse, puisque les mineurs relevant de l'assistance éducative ne doivent pas être regardés comme dangereux, mais comme des mineurs en danger. L'alternative de l'enfermement, à laquelle il est volontairement renoncé en cas d'emploi de méthodes libérales de réinsertion pour des mineurs délinquants et qui crée alors un risque pour les tiers, n'existe pas dans leur cas. De même, si l'on peut songer à une filiation avec le régime de responsabilité pour faute (une faute dans la garde), ce nouveau régime ne lui est pas totalement rattachable dans la mesure où le gardien ne peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant l'absence de faute dans la façon dont il a exercé sa garde. Il semble donc bien s'agir d'un fondement autonome (v. en ce sens S. TRIGON, « La responsabilité du gardien, troisième voie de responsabilité administrative sans faute ? », *J.C.P. A* 17 décembre 2007, n° 51, p.p. 31-36, qui écarte également le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, ainsi que F. LEMAIRE, « Du prétendu risque de disparition de la responsabilité pour risque en droit administratif », *Dr. Adm.* octobre 2011, n° 10, comm. n° 18, p.p. 9 -18). La question d'une extension de cette solution au cas des détenus peut désormais se poser (v. en ce sens C. LANDAIS et F. LENICA, A.J.D.A. 2005, p. 666).

Ce souci d'améliorer la situation des citoyens victimes de divers dommages se matérialise de manière générale dans un phénomène de «socialisation du risque»¹.

Ce mouvement est l'œuvre commune du législateur, du juge et des assurances et des mutuelles et se traduit dans des mécanismes mêlant à des degrés divers, assurance, responsabilité et solidarité².

Il participe de l'idée qu'il existe des risques sociaux dont la charge ne peut être laissée à la seule victime et s'inscrit dans l'évolution des risques eux-mêmes (sous l'effet en particulier du progrès technique et de ses traductions technologiques et industrielles), mais, aussi de leur perception : leur seuil d'acceptabilité a considérablement baissé³.

C'est à juste titre que les associations de victimes les conseillent et leur facilitent l'action contentieuse, jouent un rôle important à cet égard, de même que la médiatisation des grandes catastrophes et que la multiplication des procédures de consultation au cours desquelles les risques sont évoqués, examinés et dénoncés.

L'expression de cette exigence de protection accrue a conduit à une admission de plus en plus fréquente des hypothèses de responsabilité sans faute de la puissance publique sur le fondement du risque⁴.

¹ - Davantage que le risque lui-même, ce sont en réalité ses conséquences dommageables et leur indemnisation qui sont socialisées. L'ampleur et la complexité du phénomène ont conduit le Conseil d'Etat à lui consacrer les considérations générales particulièrement fournies de son rapport public 2005 (Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation du risque*, E.D.C.E., n° 56, La Documentation française, Paris, 2005, 399 p.).

² - Ainsi la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé institue un mécanisme d'indemnisation de l'aléa médical fondé sur la solidarité nationale (par le biais d'un « office national d'indemnisation des actes médicaux »), ou encore le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, créé par l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000 (n° 2000-1257) modifiée par la loi du 4 mars 2002.

³ - La notion de préjudice indemnisable a elle-même évolué dans le sens d'une acception de plus en plus large : préjudice matériel, corporel, esthétique, douleur physique et morale, perte de chance,... De même que la catégorie des personnes pouvant prétendre à indemnisation. L'indemnisation du préjudice des concubins est admise depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 mars 1978, *Dame Muësser*, n° 94827, Rec. p.116.

⁴ - J. MORAND-DEVILLER, *op.cit.*, p.p. 777-783.

Le juge administratif saisit les occasions de rappeler, pour ce qui est de l'indemnisation des préjudices liés à l'activité hospitalière, la primauté du terrain de la responsabilité sans faute sur celui de la faute en procédant en priorité à l'examen des conditions de recevabilité de la responsabilité pour risque issue de la jurisprudence *Bianchi*¹, de sorte que la responsabilité puisse être engagée, si les conditions sont remplies, sans qu'il soit besoin de se placer sur le terrain de la faute.

Selon cette indemnisation des victimes, qui sera intégrale sur le terrain du risque, peut n'être que partielle sur celui de la faute².

Dans le même ordre d'idées, pour protéger les victimes d'accidents médicaux, le juge administratif français consacre une conception large de la notion de « patient » auquel la loi du 2 mars 2002 ouvre droit à réparation en y incluant le donneur vivant d'organes³ et étend la responsabilité sans faute du fait des produits de santé défectueux aux prothèses implantées par le service public hospitalier⁴.

¹ - « Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité », C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336, Rec. p. 127. Cette jurisprudence a encore vocation à s'appliquer sur une longue période à de nombreuses espèces malgré l'existence d'un régime légal d'indemnisation issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades en raison de l'application différée de celle-ci.

² - Si la survenance d'un aléa thérapeutique est par nature insusceptible de se rattacher à une quelconque faute, il peut arriver que l'équipe médicale ait méconnu son obligation d'information (elle se doit d'informer le patient de l'existence de tout risque grave connu, même exceptionnel). Or, dans ce cas, le préjudice indemnisé ne sera pas le préjudice corporel effectivement subi, mais celui imputable au défaut d'information, à savoir la perte de chance de pouvoir refuser le traitement et donc d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé et que le juge calcule en multipliant le montant du dommage subi par la probabilité qu'aurait eu le patient correctement informé de refuser le traitement. C.E., Sect., 5 janvier 2000, *AP-HP*, n° 198530, inédit au Rec. ; T.A. Lyon, 26 septembre 2006, *Mme Astier*, A.J.D.A. 2007, p. 319, note C. CHAUSSARD, p.p. 320-324 : la responsabilité de l'hôpital fut engagée sur le terrain du risque alors que la requérante invoquait également un manquement à l'obligation d'information en est une illustration.

³ - Une autre solution eût été choquante. Mais, la précision était nécessaire dès lors que l'acte médical n'est pas réalisé au profit du donneur. T.A. Lyon, 26 septembre 2006, *Mme Astier*, précité.

⁴ - Le Conseil d'Etat a reconnu la responsabilité sans faute du service public hospitalier du fait de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise par un arrêt du 9 juillet 2003, *A.P.-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk*, n° 220437, Rec. p. 338, A.J.D.A. 2003, p. 1946, note M. DEGUERGUE, 5 p. En pagination Internet (arrêt qui abandonnait par ailleurs en la matière le système de la faute révélée par le dommage, système dans lequel le service pouvait s'exonérer de sa responsabilité s'il réussissait à prouver l'absence de faute). Pour l'extension de ce régime aux cas d'implantation de prothèses défectueuses par le service public hospitalier. C.E., Sect., 25 juillet 2013, *Falempin*, n° 339922, publié au Rec. (A.J.D.A.=.

Reste à voir quel sera l'avenir contentieux du principe de précaution, inscrit à l'article 5 de la Charte de l'environnement adoptée le 1^{er} mars 2005 et adossée au Préambule de la Constitution¹.

Source d'un devoir de vigilance et d'anticipation, il témoigne encore d'une gestion collective du risque (le risque incertain) et pourrait être le fondement de nouveaux cas d'engagement de la responsabilité pour faute de la puissance publique devant le juge administratif².

De ce fait, le phénomène de socialisation du risque, auquel, le juge administratif ne peut se soustraire sous le poids de l'opinion publique et sous l'impulsion législative, est bien une manifestation de la prise en compte des intérêts individuels à laquelle aspire aujourd'hui la société³.

Ce besoin de prise en compte des intérêts individuels est étroitement lié à l'expression d'un besoin de sécurité que les citoyens attendent du droit et, partant, du juge.

=2013, p. 1972, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU, 4 p. en pagination Internet). La transposition de ce régime aux produits de santé issus du corps humain a été refusée par le Conseil d'Etat. C'est ainsi que les juges de la cour administrative d'appel de Lyon, dans un arrêt *Mme Denise Poussardin et autres* du 20 décembre 2007 avaient choisi d'appliquer la jurisprudence *Marzouk* à un organe transplanté (la requérante avait été contaminée par le virus de l'hépatite C suite à une transplantation cardiaque dont le vecteur avait pu être identifié comme étant le cœur prélevé ; A.J.D.A. 2008, p.p. 826-829, note D. MARGINEAU-FAURE). Ils furent censurés pour erreur de droit : la responsabilité des hôpitaux ayant procédé au prélèvement et à la greffe ne peut être engagée qu'en cas de faute (C.E., 27 janvier 2010, n° 313568, *Hospices civils de Lyon et Centre hospitalier universitaire de Besançon*, publié au Rec., A.J.D.A. 2010, p. 180).

¹- Rompant avec le principe d'indépendance du droit de l'urbanisme et du droit de l'environnement, le Conseil d'Etat a d'ores et déjà consacré l'application du principe de précaution en droit de l'urbanisme par une décision du 19 juillet 2010, *Association du quartier les Hauts de Choiseul* (n° 328687, Rec. p.333, note J.-B. DUBRULLE, A.J.D.A. 2010, p.p. 2114-2116).

²- Dans son rapport public 2005, le Conseil d'Etat milite pour une conception médiane du principe, qu'il appréhende comme un principe d'action devant se traduire par une prise en compte précoce des risques potentiels. C.E., Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, R.F.D.A. 2013, p.p. 1061-1081 (qui explore la voie d'une « responsabilité pour défaut d'anticipation des risques »).

³- Cette prise en compte atteint même un seuil critique. La substitution trop fréquente de la notion de risque à celle de faute risque de conduire à un phénomène de déresponsabilisation et à une baisse du contrôle effectif de l'action administrative, à une perte de sens de la construction intellectuelle et juridique de la responsabilité administrative car elle conduit dans les domaines concernés à renoncer à porter une appréciation sur le comportement de l'Administration. C'est au législateur qu'il revient désormais de fixer une orientation générale en la matière et de définir les cadres et objectifs de la solidarité, ce qu'il a commencé à faire avec la loi du 2 mars 2002.

Présente explicitement ou implicitement dans la plupart des dispositifs des grandes décisions récentes, il convenait de se pencher sur la récente consécration par le juge administratif du principe de sécurité juridique.

§3 - La vigueur du principe de sécurité juridique

Par un arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*¹, le Conseil d'Etat consacrait solennellement le principe de sécurité juridique – pour reprendre fidèlement l'intitulé du communiqué de presse accompagnant la décision –, quelques jours après la publication de son rapport public 2006, intitulé « Sécurité juridique et complexité du droit »².

La Haute assemblée était saisie par quatre des plus grands cabinets d'audit et d'expertise comptable de la légalité du décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes.

Ce décret avait été prévu par la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Intervenant dans le sillage des grands scandales mettant en cause l'opacité de l'information financière relative aux grandes entreprises³, celle-ci avait pour objet d'encadrer plus sévèrement les conditions d'exercice de la profession de commissaire aux comptes.

¹ - C.E., Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, Rec. p. 154 ; B. MATHIEU, « Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'Etat » ; A.J.D.A. 2006, p. 897, F. MELLERAY, « L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? » ; A.J.D.A. 2006, p. 1009 ; J.- M. PONTIER, « De la sécurité » ; A.J.D.A. 2006, p.p. 1028-1033 ; L. TESOKA, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *Dr. Adm.* mai 2006, n° 5, p. 1, J.-B. AUBY, « Sécurité juridique », *Dr. Adm.* mai 2006, n° 5, p. 2, X., « Le principe de sécurité juridique » ; D. 2006, p.p. 1190-1224 ; P. CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *Europe*, mai 2006, n° 5, comm. n° 142, p.p. 9 -12 ; A. MET-DOMESTICI, « La sécurité juridique : consécration nouvelle d'une exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique », *R.F.D.A.* 2006, p.p. 483 -496 ; F. MODERNE, « Sécurité juridique et sécurité financière », *R.D.C.* 1er juillet 2006, n° 3, p. 856 ; P. BRUNET, « La consécration du principe de sécurité juridique », *R.D.P.* 2007, p.p. 285-317 ; J.-M. WOEHRLING, « L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées (à propos de la sécurité juridique) », *R.M.C.U.E.* 2006, n° 500 juillet -août 2006, p.p. 457- 460 ; F. CHALTIEL, « La consécration du principe de sécurité juridique par le Conseil d'Etat », *R.T.D.C.* 2006, p.p. 527-53.

² - Conseil d'Etat, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, E.D.C.E. n° 57, La Documentation française, Paris, 2006, 412 p.

³ - Dans les années 2001-2003 : l'affaire *Enron* aux Etats-Unis, note P. CASSIA, D. 2006, p. 1190. Mais, aussi *Worldcom* ou *Tyco*.

Elle introduisait dans le code de commerce de nouvelles règles renforçant le cloisonnement des fonctions de contrôle et de conseil et durcissant celles relatives à l'interdiction des situations de conflit d'intérêt. Les requérants faisaient notamment valoir que le décret d'approbation était rétroactif et à ce titre illégal en tant qu'il s'appliquait aux contrats en cours et qu'il aurait à tout le moins dû être assorti de dispositions transitoires¹.

Sur le premier point, l'Assemblée du contentieux a pu considérer de manière rare, mais, non inédite que l'application du code aux contrats en cours, synonyme de rétroactivité, avait été implicitement autorisée par la loi, compte tenu de l'importance de transparence et de sécurité financière qu'elle poursuivait et de la nécessité de répondre rapidement à un risque de crise conjoncturelle du secteur de l'audit et du contrôle.

Le second temps du raisonnement est, en revanche nouveau, De ce fait, « [...] il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; [...] il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées ».

Le Conseil d'Etat applique, ensuite, positivement ce nouveau principe à l'espèce en stipulant qu'à : « [...] à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité

¹-Le commissaire du gouvernement considérait lui-même que le code de déontologie adoptait «une conception incontestablement très étendue des risques de conflit d'intérêt » et « au total, [...] une conception draconienne des règles déontologiques applicables à la profession de commissaire aux comptes ». Y. AGUILA, sur C.E. Ass, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, R.F.D.A. 2006, p. 464. L'application immédiate de ces dispositions revenait à contraindre les commissaires aux comptes à mettre fin à certains contrats du jour au lendemain, sous peine de sanctions pénales.

juridique ; [...] il y a lieu, par suite, d'annuler le décret attaqué en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires relatives aux mandats de commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur intervenue, conformément aux règles de droit commun, le lendemain de sa publication au Journal officiel de la République française du 17 novembre 2005 ».

L'arrêt a déjà été abondamment commenté. Pourtant, comme le fait remarquer M. Melleray, la lecture du considérant de principe ne révèle la consécration explicite d'aucun principe général ou matriciel de sécurité juridique.

Dans ce sens, le Conseil d'Etat exige du pouvoir réglementaire qu'il prévoie des dispositions transitoires en cas de changement de réglementation spécialement lorsque sont en cause des situations contractuelles en cours légalement formées.

Il précise, certes, que cette exigence repose sur des motifs de sécurité juridique et évoque le même principe, sans plus de précisions, dans le considérant suivant.

Il était possible de se contenter de cette affirmation incidente pour déduire la consécration solennelle de la sécurité juridique en tant que telle - l'intitulé du communiqué de presse incitant très explicitement à une telle interprétation- , mais il était également possible de n'y lire que l'expression d'une nouvelle facette de la notion, dont personne ne conteste, par ailleurs, le caractère protéiforme et plurivoque.

L'arrêt s'inscrirait, alors, dans un mouvement jurisprudentiel classique consistant à reconnaître et protéger les différents aspects de la sécurité

juridique « sans pour autant véritablement consacrer un principe dont on peinerait sans doute à tracer avec précision les contours »¹.

Pour sa part, M. Pacteau l'écrivait en 1995, mieux vaut « l'instillation dans notre droit d'une «perspective» de sécurité juridique » que «l'émergence d'un «principe » de sécurité juridique »².

Or, comme il le constatait lui-même déjà à l'époque, «la sécurité juridique n'est assurément pas la grande absente de notre droit public »³. Cette sécurité, que M. Carbonnier qualifiait de « besoin juridique élémentaire»⁴, et que M. Pacteau définit comme la présidence d'une « « règle du jeu » accessible, compréhensible et prévisible dans sa mise en œuvre » aux relations entre Administration et administrés, comporte deux grandes dimensions, à savoir, la qualité et la prévisibilité du droit d'une part, la stabilité des situations juridiques de l'autre.

Il est incontestable qu'un impératif de sécurité, garantie ou protection juridique irrigue de longue date la jurisprudence administrative. Il faut songer, à ce niveau, au principe de non-rétroactivité des actes administratifs⁵, à la jurisprudence relative au retrait des actes administratifs⁶, à l'élargissement de la catégorie des actes considérés comme créateurs de droits⁷ ou à la pratique des avis contentieux¹.

¹ - F. MELLERAY, « L'arrêt *KMPG* consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », *A.J.D.A.* 2006, p. 897.

² - B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A. n° spécial 1995*, p.154.

³ - B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 151.

⁴ - *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 1992. M. DELAMARRE, «La sécurité juridique et le juge administratif français », *A.J.D.A.* 2004, p. 186.

⁵ -C.E., Ass., 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, n° 94511, Rec. p. 289 ; G.A.J.A. 19^e éd., 2013, n°59.

⁶ - De l'arrêt *Dame Cachet*, C.E., 3 novembre 1922, n° 74010, Rec. p. 790, à l'arrêt *Ternon*, C.E., Ass., 26 octobre 2001, n° 197018, Rec. p. 497 ; en passant par les décisions *Ville de Bagneux*, C.E., Ass., 6 mai 1966, n° 55283, Rec. p. 303 et *Dame de Laubier*, C.E., Ass., 24 octobre 1997, n° 123950, Rec. p. 371. Dans une décision *Société Neuf Télécom SA* du 30 juin 2006, n° 289564, Rec. p. 309, le Conseil d'Etat a également précisé que la possibilité d'abroger une décision créatrice de droits était limitée. Par cet arrêt, il rappelait en outre l'admission des autorisations d'utilisation de fréquences dans la catégorie des décisions créatrices de droits (alors qu'elles constituent un mode d'occupation privatif du domaine public qui est en principe précaire et révoquant par nature). Note A. SEE sous cet arrêt, *A.J.D.A.* 2006, p.p. 1720-1723.

⁷ - C.E., Sect., 6 novembre 2002, *Soulier*, n° 223041, Rec. p. 369 jugeant « qu'une décision administrative accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que =

L'obligation d'assortir une nouvelle réglementation de mesures transitoires aurait sans doute pu être dégagée sans consécration préalable du principe de sécurité juridique.

Telle était en tout cas la proposition du commissaire du gouvernement M. Aguila². Que penser dès lors de l'apparition de ces termes dans le considérant de la décision analysée ?

La « sécurité » est un thème fort qui revêt plusieurs acceptions, à savoir, la sécurité publique, la sécurité des personnes et des biens, la sécurité sociale, la sécurité routière, la sécurité nationale, la sécurité maritime, aérienne et ferroviaire³, la sécurité nucléaire⁴, la sécurité alimentaire, la sécurité sanitaire⁵, la sécurité informatique⁶, la sécurité au travail⁷,... , compagnies de sécurité, règles, normes de sécurité, études de sécurité⁸,... , réflexions et invitations doctrinales de plus en plus fournies et pressantes⁹.

=l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage » et empêchant par là, en combinaison avec l'arrêt *Ternon* qu'une telle décision soit retirée passé le délai de quatre mois. Il a ensuite été précisé que seules les décisions *explicites* accordant un tel avantage étaient créatrices de droits. C.E., Sect., 12 octobre 2009, *Fontenille*, n° 310300, Rec. p. 360 ou encore C.E., 9 mai 2011, *Min. de la Défense*, n° 339901, mentionné aux Tables du Rec., achevant ainsi l'alignement de la solution de la décision *Soulier* sur celle de l'arrêt *Ternon*. B. APOLLIS, *Dr. Adm.* octobre 2011, n° 10, comm. n° 4, p.p. 27-28. Ont également été qualifiés de créateurs de droits le contrat de recrutement d'un agent non titulaire, C.E., Sect., 31 décembre 2008, *Carvalho*, n° 283256, Rec. p. 481 ; A.J.D.A. 2009, p. 5, obs. M. -C. DE MONTECLER ainsi que l'autorisation délivrée à une personne de se présenter à un examen professionnel, C.E., 17 décembre 2008, *M. Prata*, n° 290494, Rec. T. p. 581, A.J.D.A. 2008, p. 2425.

¹ M. LONG, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'Etat de 1987 à 1995 », *R.D.P.* 1998, p.p. 1421-1443 (spé. p. 1441).

² - Y. AGUILA, sur C.E. Ass, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, R.F.D.A. 2006, p.p. 463-474.

³ -La loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports comporte de nombreuses dispositions relatives à la sécurité aérienne, ferroviaire, maritime, fluviale et à celle des tunnels routiers.

⁴ -Voir par exemple la création de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) par la loi n° 2006- 286 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (dite « loi TSN »), chargée de contrôler les activités nucléaires civiles en France.

⁵ - Consacrée par l'article L 1110-5 du code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002.

⁶ - Voir par exemple le portail officiel de la sécurité informatique:<http://www.securite-informatique.gouv.fr/>

⁷ -On a ménagé une partie consacrée à la santé et à la sécurité au travail dans le code du travail récemment recodifié. H. LANOUZIERE, « La santé et la sécurité au travail », *A.J.D.A.* 2008, p.p. 861-865.

⁸ - Depuis le 1^{er} octobre 2007 (suite à la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et à son décret d'application n° 2007-1177 du 3 août 2007), un certain nombre d'opérations de construction et d'aménagement sont soumises à une obligation préalable d'études de sécurité publique. J.-P. BROUANT, « L'irruption de la sûreté dans le champ du droit de l'urbanisme », *A.J.D.A.* 2008, p.p. 18-22.

⁹ - A commencer par le rapport public 2006 du Conseil d'Etat précité « Sécurité juridique et complexité du droit », quinze ans après celui de 1991, également consacré à la sécurité juridique (E.D.C.E. n° 43) et qui milite pour une amélioration de la qualité des normes édictées. Les auteurs sont nombreux à réclamer la =

Les efforts entrepris dans le sens d'une meilleure qualité et lisibilité de du droit français¹, à l'instar de son homologue marocain, s'inscrivent dans la même perspective, de même que la promotion des modes de règlement préventif des litiges².

Il est, alors, permis de penser que la Haute Assemblée a souhaité afficher l'effectivité de sa préoccupation, ancienne, mais jusqu'alors trop implicite, semble-t-il, au goût de ses bénéficiaires, et ainsi apaiser une inquiétude sociale de plus en plus aiguë et de moins en moins assouvie.

Le retentissement de l'arrêt a, d'ailleurs, été pour partie organisé par la Haute juridiction elle-même³. Cette épisode constitue, en outre, une nouvelle illustration de l'importance du ressenti des justiciables.

En effet, la part subjective de la notion de sécurité, à savoir le *sentiment* des citoyens d'être en sécurité, concurrence manifestement sa composante objective (l'absence de danger et les protections effectives).

Le Conseil d'Etat se devait de ne plus paraître en retrait au regard des jurisprudences extérieures. Dans ce sens, la consécration de la sécurité juridique est d'origine germanique, la Cour de justice de l'Union européenne

=simplification des règles relatives au retrait des actes administratifs créateurs de droit (par ex. J. FRANCES-LAGARRIGUE, « Retrait des actes administratifs et sécurité juridique », *A.J.D.A.* 2006, p. 2361, ou P. COLLIÈRE, « Le retrait des décisions individuelles créatrices de droits : un régime juridique peu satisfaisant », *A.J.D.A.* 2008, p.p. 334- 337). Frédéric Tiberghien, conseiller d'Etat rapporteur général de la section du rapport et des études, se prononçait récemment en faveur d'un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique (entretien avec M.-C. DE MONTECLER, *A.J.D.A.* 2008, p.p. 1228-1229).

¹-Des efforts sont fournis en matière de codification (sous l'égide de la Commission supérieure de codification créée en 1989) et aux lois de simplification du droit qui habilitent le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances (loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003, loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007...). Par leurs qualités intrinsèques, celles-ci prêtent néanmoins à critique. B. SEILLER, « Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile », *A.J.D.A.* 2008, p.p. 402-406 ou encore, Y. JEGOUZO, « Vous avez aimé les lois de simplification I et II... », *A.J.D.A.* 2009, p. 1737.

²- Ils visent à éviter un dénouement systématique des litiges devant le juge et s'inscrivent dès lors dans une perspective d'appréhension globale du risque juridique.

³-Car nul ne doute que les termes et les tournures des décisions de la Haute Assemblée ne soient judicieusement choisis. Il est à Rappelé l'intitulé du communiqué de presse accompagnant l'arrêt, sans ambiguïté : « Le Conseil d'Etat consacre solennellement le principe de sécurité juridique ».

s'y réfère depuis les années 1960 et la Cour européenne des droits de l'homme l'a érigée en principe en 1979¹.

Il s'agit assurément d'une décision dotée d'une forte charge symbolique. L'invocation de la sécurité ne pourra, en effet, continuer à être efficace qu'accompagnée (comme c'était d'ailleurs le cas en l'espèce) d'une de ses traductions concrètes.

C'est à juste titre que M. Chapus écrivait en 2001 dans la dernière édition de son manuel de droit administratif : « C'est un fait que le droit national n'a pas (ou pas encore) consacré de façon expresse un « principe général de sécurité juridique ».

Il ne faut pas qu'en soit masquée la réalité, qui est faite de la reconnaissance des multiples concrétisations d'un tel principe, dont il faut bien voir que, réduit à lui-même, il a une portée tellement générale qu'il est frappé d'insignifiance »².

Cette seconde remarque reste plus que jamais d'actualité. L'arrêt *KPMG* demeure, néanmoins, une décision importante en ce qu'il énonce cette nouvelle obligation du pouvoir réglementaire.

La consécration de nouvelles facettes de la sécurité juridique est vraisemblablement amenée à se poursuivre, tandis que, se multiplient les relations de type triangulaire (la notion de « tiers » à une relation juridique est de plus en plus présente, or comme l'écrivait M. Pacteau « la sécurité des uns n'est pas celle des autres »³).

Force est de reconnaître que si le renforcement récent de la sécurité juridique a été recherché dans un premier temps par le juge administratif essentiellement dans la limitation des pouvoirs de l'Administration, il l'est

¹ - C.E.D.H., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74, G.A.C.E.D.H., 6^e éd., 2011, n° 51, p.p. 553-567.

² - R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, 15^e édition, Montchrestien, Paris, 2001, p. 105.

³ - B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 154.

désormais, également, dans la limitation des effets trop déstabilisateurs de ses propres décisions.

La permanence de ce souci s'explique par l'accroissement de ses pouvoirs et l'amélioration des conditions de ses interventions. Jugeant plus vite, doté de pouvoirs accrus, les incidences de ses interventions sont plus importantes (et potentiellement attentatoires à la stabilité des situations juridiques).

La sécurité juridique est, dès lors, un thème riche en inspirations, comme en témoigne la plupart des grands arrêts actuels auxquels elle a insufflé un pragmatisme à l'origine de véritables révolutions.

Il est question de l'arrivée de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses (introduite par l'arrêt *Association AC et autres* du 11 mai 2004¹), à l'ouverture aux concurrents évincés du droit au recours contre un contrat administratif devant le juge du contrat, ou encore à la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence (issues d'un autre arrêt d'Assemblée, *Société Tropic Travaux Signalisation*, du 16 juillet 2007²).

En somme, la puissance des préoccupations des justiciables et leur importance imposent qu'elles soient prises en compte par le juge administratif au point de devenir une nouvelle dimension de son office.

Cette plus grande attention accordée aux citoyens, usagers du prétoire, cette implication envers un nouveau requérant mieux considéré ont une seconde source.

¹ - L'arrêt *Association AC et autres* du 11 mai 2004, N° 255886, Rec. p. 197.

² - N° 291545, Rec. p. 360, G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 68.

C'est dire qu'une série de changements, affectant le juge lui-même, constituent déjà en eux-mêmes un incontestable progrès et une grande nouveauté.

Chapitre II : La réceptivité accrue du juge administratif

Le juge administratif fait aujourd'hui preuve d'une plus grande réceptivité à l'égard du justiciable et de ses attentes. Il entretient, en effet, hors de son prétoire un certain nombre de relations avec la société dans et pour laquelle il évolue, certaines de longue date, d'autres plus récentes **(Section I)**.

Il a, d'autre part, fait depuis l'an 2000, son entrée dans le contentieux de l'urgence, et ce avec succès. Ce nouvel office a bouleversé son rapport au justiciable **(Section II)**.

Section I : L'entretien de contacts entre le juge et le corps social

L'entretien par le juge administratif de rapports avec d'autres corps professionnels (universitaires, avocats, ...) n'est pas un phénomène nouveau. Le juge a, rapidement, su entendre les critiques ou les souhaits que ceux-ci pouvaient exprimer¹.

Cette tendance s'est maintenue et amplifiée sous l'impulsion du Palais - Royal conscient de la nécessité d'ouvrir la juridiction administrative aux attentes des justiciables, d'une part **(§1)**.

De nouveaux facteurs de rapprochement du juge avec la société contemporaine sont, d'autre part, apparus qui tiennent au profil des personnes embrassant la profession de magistrat administratif et à la réorganisation de la juridiction administrative **(§2)**.

Tous ces efforts concentrés sur le justiciable se rattachent à une même préoccupation : relever le défi qui se présente aujourd'hui à la juridiction administrative **(§3)**.

¹ - J. RIVERO « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p.p. 99-102 ; J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.* 1955, p.p. 27-36.

§1- Le maintien de contacts classiques

La justice administrative statue – comme son homologue judiciaire – «Au nom de peuple français »¹. La mention est d'autant plus remarquable qu'elle est propre à la fonction de juger puisque, ni les lois, ni les décrets ne la comportent.

Le juge administratif français et aussi marocain montre, depuis longtemps, qu'il ne considère pas le droit comme une fin en soi, mais comme un moyen au service des justiciables et de l'intérêt général.

En attestent un certain nombre de constructions jurisprudentielles telles que celles relatives à la théorie de l'imprévision, aux circonstances exceptionnelles², aux collaborateurs bénévoles du service public ou au principe de proportionnalité en matière de libertés publiques.

L'attention que le Conseil d'Etat porte depuis longtemps à la justiciabilité des litiges en témoigne également. Il porte sur la notion d'intérêt pour agir une appréciation libérale qui se conjugue avec les nombreuses dérogations apportées au principe de l'obligation du ministère d'avocat³ conférant au recours pour excès de pouvoir son caractère de « recours d'utilité publique »⁴. Si elle rend la justice pour les justiciables, la juridiction administrative doit être en lien avec eux.

Les seuls contacts à l'occasion de l'exercice de recours juridictionnels ne sont pas de nature à permettre au juge administratif d'apprécier avec

¹ - Cette mention figure en tête des jugements, est rappelée par l'article L 2 du Code de justice administrative.

² -Le juge administratif peut décider que les règles de droit habituelles ne s'appliquent pas en raison de la nature exceptionnelle des circonstances. Tel est le problème posé dans l'arrêt du CE 28 février 1919, Dames Dol et Laurent.

³ - Cette dérogation fut très tôt instituée, par le décret du 2 novembre 1864 (art. 1^{er}), afin de limiter le risque de renoncement à l'exercice du recours pour des raisons financières. Le même raisonnement a été utilisé a contrario par le décret du 24 juin 2003 (art. R 811-6 CJA) pour prévenir les risques d'engorgement des cours administratives d'appel. Ce qui constitue une régression, même tempérée par les perspectives d'aide juridictionnelle. B. PACTEAU, « *Traité de contentieux administratif* », P.U.F., Paris, 2008, p. 263. S'agissant du plein contentieux, les parties sont également dispensées de ministère d'avocat dans de nombreuses affaires. C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, Paris, 2007, p.224.

⁴ - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, p. 224.

suffisamment de précision et d'exactitude les attentes des justiciables et leurs évolutions.

Or, contrairement au juge de droit commun, le juge administratif doit relever sans cesse les défis. Il a, de ce fait, intérêt à développer d'autres moyens de connaissance de la société. Il tire traditionnellement profit de sa fonction de conseil du gouvernement (qui l'associe à la fonction publique) pour parfaire sa connaissance de l'Administration¹.

Cette connaissance est d'autant plus importante qu'il s'intéresse aujourd'hui, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans celui du justiciable, à la phase d'« après-jugement » et à la question de l'exécution de ses décisions par l'Administration.

Les très bons contacts de la juridiction administrative avec le monde universitaire sont un autre moyen pour le praticien d'approcher d'autres perceptions de la société, du droit et de leurs rapports, d'en débattre et le cas échéant, de s'en imprégner. Et ce à travers ces rencontres et échanges au sein de colloques, de rencontres organisées par les universités, de jury de soutenances de thèses.

La rédaction d'ouvrages collectifs est un autre symbole de cette volonté d'échange, de discussion et d'enrichissement mutuel. En France, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative »² co-écrit par deux universitaires M. Weil et M. Delvolvé et trois membres du Conseil d'Etat (M. Long, M. Braibant et M. Genevois)³ en est une illustration.

¹ - M. LONG, « Mon expérience consultative du Conseil d'Etat de 1987 à 1995 », *R.D.P.* 1998, p.p. 1421-1443.

² - *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* qui connaît sa 16^e édition chez Dalloz (Paris, 2007, 998 p.).

³ - L'on pourrait encore citer la collaboration au sein de revues. M. LOMBARD, « Le président Labetoulle, directeur de publication des C.J.E.G./R.J.E.P. : un art de l'ellipse », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 571-584, spé. p. 578 (où l'auteur souligne la réceptivité du dédicataire de l'ouvrage à la critique constructive).

Au Maroc, nombreux, également, sont les membres de la juridiction administrative (des tribunaux à la juridiction suprême en passant par les cours d'appels) qui assurent des charges d'enseignement, dans le sillon du Président Odent qui professa des années 1950 à 1980 son célèbre cours de contentieux administratif à l'Institut d'études politiques de Paris et à l'Ecole nationale d'administration¹.

Ces penseurs y voient l'occasion de faire partager leur passion d'un métier et d'une science, mais également souvent celle d'éprouver certaines notions ou conceptualisations lorsqu'il est question de les exposer à leurs étudiants.

De même que les contacts avec les avocats et les administrations sont devenus de plus en plus conviviaux et naturels. Ceux-ci sont, ainsi, à même de soumettre au juge administratif leurs propres difficultés et souhaits et de lui faire part des attentes des administrés et requérants telles qu'ils les perçoivent.

§2 - Le bénéfice de nouveaux canaux de perception

La diversification du profil sociologique des magistrats administratifs offre à la juridiction administrative de nouveaux moyens de percevoir la société **(A)**. L'organisation actuelle de la juridiction administrative et les pratiques qui s'y développent contribuent à cette nouvelle vision **(B)**.

A– Le profil des membres de la juridiction administrative renouvelé :

Les membres de la juridiction administrative sont classiquement issus de l'Ecole Nationale d'Administration. Ce profil connaît, cependant, de substantiels correctifs et compléments.

¹ - Et que les éditions Dalloz ont entrepris de rééditer.

M. Sauvé saisit, ainsi, régulièrement les occasions de rappeler son attachement à la diversification des modes de recrutement des membres de la juridiction administrative.

S'agissant des nominations au Conseil d'Etat, il rappelle que le tour extérieur qui permet aujourd'hui de nommer un quart des maîtres des requêtes et un tiers des conseillers d'Etat est «un facteur de diversification des cultures et des expériences professionnelles au sein du Conseil et [...] une source d'enrichissement de ses délibérations»¹.

La Haute juridiction souhaite, d'ailleurs, dans cette perspective continuer à diversifier son recrutement : D'une part, en provenance des cours et des tribunaux administratifs et d'autre part en se tournant vers la fonction publique et la magistrature judiciaire *via* la création de maîtres des requêtes en service extraordinaire.

La dite juridiction accueillerait, également, les meilleurs praticiens du droit du secteur privé comme du secteur public en qualité de conseillers d'Etat en service extraordinaire².

La diversification des modes de recrutement s'applique aujourd'hui aussi aux conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Ces recrutements latéraux sont d'ailleurs devenus majoritaires. Le plus grand nombre des membres du corps sont aujourd'hui issus, outre du tour extérieur en provenance de la fonction publique, du recrutement par concours, appelé à être pérennisé³.

¹ - A.J.D.A. 2007, p. 558 (S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER, Entretien avec Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat).

² - M.-C. DE MONTECLER, « Le commissaire du gouvernement est mort ! Vive le rapporteur public ! », A.J.D.A. 2008, p. 1230.

³ - Le recrutement complémentaire par voie de concours a été institué en 1980 et est depuis lors régulièrement renouvelé. La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 l'a prorogé jusqu'en 2015. V. articles L 233-2 à L 233-6 CJA. Il est appelé à être pérennisé pour devenir un concours direct permanent. V. J.-B. AUBY, B. DORINET, I. GOMEZ et F. MELLERAY, « Le contentieux administratif en mouvement (entretien avec Bernard Stirn) », *Dr. Adm.* octobre 2008, p. 10.

Ce brassage des profils, enrichissant la juridiction administrative de nouvelles expériences et de nouveaux points de vue, est de nature à permettre au juge administratif d'appréhender plus justement l'évolution de la société. Il faut y ajouter un brassage des générations relativement récent¹.

La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a procédé à un nouvel abaissement de l'âge minimal d'accès au concours complémentaire, le portant de 28 à 25 ans². Elle pérennise parallèlement la possibilité pour les juges de rester en fonction pendant les trois ans suivant leur accession à la limite d'âge de soixante-cinq ans³.

La même loi de 2002 a procédé à une autre innovation notable qui contribue aussi au rajeunissement de la juridiction administrative. Il s'agit de la transposition à l'ordre administratif de l'institution des assistants de justice⁴. Chargés d'apporter leur « concours aux travaux préparatoires des jugements », ces derniers sont en pratique recrutés parmi les étudiants en droit titulaires d'une première année de Master⁵.

La féminisation de la fonction, au Conseil d'Etat⁶ comme dans les juridictions territoriales, est un facteur d'enrichissement interne. Si les qualités d'un bon juge sont sans doute asexuées, il n'en demeure pas moins

¹ - «Voici une juridiction suprême qui mêle en son sein des hommes et des femmes appartenant aux trois âges de la vie active, où s'opère l'amalgame des générations, où la voix du plus jeune auditeur pèse le même poids que celle du président le plus chenu ». C'est en ces termes que le Président R. Denoix de Saint-Marc dépeignait le Conseil d'Etat à l'occasion du deuxième centenaire de l'institution. (Préface de *Le Conseil d'Etat, de l'An VIII à nos jours - Livre jubilaire du deuxième centenaire*, J. MASSOT dir., Adam Biro, Paris, 1999, p. 9).

² - Article R 233-9 du CJA, issu du décret n° 2002-1472 du 20 décembre 2002 pris pour l'application du titre VI de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice et modifiant le code de justice administrative. Le Conseil d'Etat fut saisi de cette disposition qu'il jugea légale (C.E., 5 novembre 2003, *Syndicat de la juridiction administrative et Mme Edith B.*, n° 253515, Rec. T. p. 821).

³ - Article L 233-7 du CJA.

⁴ - En place dans l'ordre judiciaire depuis 1995. (Chapitre IV de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative).

⁵ - Le décret d'application du 20 décembre 2002 a précisé leur statut. Articles L 227-1 et R 227-1 et s. du Code de justice administrative.

⁶ - O. BUI-XUAN, *Les femmes au Conseil d'Etat*, L'Harmattan, Paris, 2001, 251 p.

que la diversité des personnes est un incontestable atout pour la juridiction administrative.

La mixité est un fait social, il est donc naturel qu'il en aille de même des juges. La juridiction administrative est tributaire des arrivées à l'Ecole nationale d'administration¹ et a sur ce point suivi l'évolution générale de la féminisation des professions, mais en 2008, sur les quatre tribunaux administratifs que compte l'Ile-de-France, trois sont présidés par des femmes : Paris, Versailles et Cergy-Pontoise² qui sont des tribunaux de grande taille ayant à faire face à d'importants flux contentieux³.

En plus de celles de juge, les Présidentes de juridictions françaises, comme marocaines, font preuve de grandes qualités de *management* (car «administrer une juridiction», pourrait-on dire, « c'est encore juger »).

B –L'impulsion de la nouvelle organisation de la juridiction administrative :

Pour des raisons historiques, la gestion des juridictions administratives territoriales était jusqu'à une date récente confiée au ministère de l'Intérieur. La loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif la transféra à partir du 1^{er} janvier 1990 au secrétariat général du Conseil d'Etat.

S'agissant de la gestion du corps des magistrats administratifs, le Conseil d'Etat est assisté par le Conseil supérieur des tribunaux administratifs

¹- 38 % des 80 élèves reçus à l'ENA en 2008 étaient des femmes, contre 10 % dans les années 1970, 20 % dans les années 1980 et 30 % dans les années 1990 (M. LOMBARD, « L'ENA, école de la diversité ? », A.J.D.A. 2009 p. 225). Voir également J. BAUCHET, « les femmes au Conseil d'Etat », in Le Conseil d'Etat, de l'An VIII à nos jours- Livre jubilaire du deuxième centenaire, Op. cit., p.p. 82-85.

²-Respectivement présidés par Mesdames Anne Guérin, Michèle de Segonzac et Odile Pierart. Nous remercions vivement Mmes Anne Gérin, Odile Pierart et Brigitte Phémolant (Vice-présidente du Tribunal administratif de Versailles) de nous avoir très aimablement reçues.

³-Il en est de même pour des tribunaux ayant accumulé des retards importants ou ayant changé de locaux : des femmes furent nommées avec succès à leur présidence (le tribunal administratif de Montpellier en fut un exemple).

et des cours administratives d'appel, organe créé en 1986 et présidé par le Vice-président du Conseil d'Etat.

Ce nouveau rattachement lève une équivoque quant aux relations de la juridiction administrative avec l'Etat et renforce son identité en mettant fin à ce qui s'analysait il y a peu encore comme une anomalie.

Il a conduit de manière plus inattendue à réunir l'ordre juridictionnel administratif sous l'autorité du Conseil d'Etat. Celui-ci est, en effet, doté depuis 1945 d'une mission permanente d'inspection »¹, présidée par un conseiller d'Etat et comprenant plusieurs autres membres de la Haute juridiction, chargée de contrôler le bon fonctionnement des différentes juridictions administratives.

Les inspections périodiques des cours et tribunaux (qui complètent les rapports annuels d'activité adressés par les chefs de juridiction au Vice-président du Conseil d'Etat) visent à évaluer les résultats obtenus qualitativement et quantitativement par les juridictions, leurs choix de gestion et leur image extérieure.

Elles sont également et de plus en plus l'occasion de faire émerger des questions d'ordre collectif ou individuel qui peuvent se poser aux agents du greffe, d'analyser des problèmes concrets rencontrés par les juridictions ou de transmettre des questions relatives à l'application des jurisprudences récentes.

Il est question de l'édification d'une véritable « pyramide » juridictionnelle dans l'ordre administratif, de plus en plus unifiée dans sa pratique professionnelle et soudée dans ses approches jurisprudentielles². La présidence de M. Sauvé s'inscrit totalement dans cette perspective: il déclarait

¹ - Art. L 112-5 et R 112-1 CJA.

² - Il faut mentionner au titre des facteurs d'unification jurisprudentielle les demandes d'avis contentieux de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 (art. L 113-1 CJA) qui se sont avérées être un dispositif efficace pour faire face à l'irruption des contentieux de masse. Il en est de même de la gestion des « séries » qui fut l'occasion d'un remarquable renforcement de la solidarité entre les deux degrés de juridiction et le juge de cassation.

six mois après sa nomination à la vice-présidence du Conseil d'Etat, être « très attaché à l'unité de la justice administrative » et se sentir « pleinement responsable de tous les degrés de juridiction »¹.

Il perpétue la pratique de visites très régulières dans chacune des juridictions administratives. Ces rencontres, faites en compagnie du Président de la Section du contentieux, ont pour objet de présenter les projets en cours et de rendre compte des actions menées, mais « aussi et surtout d'entendre les questions et interrogations »².

À cela s'ajoute la démarche participative aujourd'hui retenue pour établir les propositions d'évolution de la juridiction. Aucune réforme depuis l'installation de la République ne fut certes imposée au Conseil d'Etat, et plus encore, toutes les rénovations dont il a fait l'objet avec la juridiction administrative ont été conçues en son sein.

Le fait nouveau est que l'ensemble des membres de la juridiction administrative est aujourd'hui consulté et associé aux évolutions. Les projets de réforme sont déposés sur l'Intranet de la juridiction administrative où ils sont étudiés et donnent lieu à remarques et propositions.

De leur côté, les juridictions territoriales contribuent, également, à la réflexion par la constitution des divers groupes de travail qui ont été voulus par le nouveau Vice-président du Conseil d'Etat et mis en place depuis 2007³.

¹ - S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER, *Op. cit.*, p. 557.

² - *Ibid*, p. 557.

³ - Plusieurs groupes de travail ont ainsi été constitués fin 2007 et début 2008 (neuf pour le Conseil d'Etat, sept pour les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, de nouveaux groupes ayant été créés par la suite), répartis entre le Conseil d'Etat et les tribunaux et cours en fonction des sujets.. P.DELVOLVE et F. MODERNE, Entretien avec le Président Bernard STIRN, Président de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat, *R.F.D.A.* 2008, p. 215. ; la *Lettre de la justice administrative*, juillet 2007, n° 16, p. 4. Et le communiqué de presse du Conseil d'Etat en date du 25 juin 2008, accessible depuis le site Internet du Conseil d'Etat.

Les diverses juridictions administratives sont aujourd'hui beaucoup plus proches du Conseil d'Etat que les tribunaux judiciaires ne le sont de la Cour de Cassation¹.

Les liaisons d'ordre personnel, qui ont été instituées, ont fluidifié la circulation d'une information de la base vers le sommet de la pyramide, des juges « de terrain »² vers ceux du Palais-Royal qui reste le principal instigateur des réformes et de l'évolution de la jurisprudence.

Si cette attention peut, parfois, être ressentie comme pesante par les juridictions territoriales, il est permis de penser que cette nouvelle configuration n'est pas étrangère à la meilleure appréhension par le juge administratif de la réalité sociale et des attentes des justiciables, relayées par leurs conseils auprès des tribunaux de première instance.

Il est possible d'établir que l'avenir de la juridiction administrative se joue justement aujourd'hui sur sa capacité à appréhender les attentes des justiciables et à y répondre.

§3- La réponse actuelle au « défi permanent »

Même en postulant qu'aujourd'hui le «défi» ne met plus nécessairement en cause l'existence même de l'ordre juridictionnel administratif. Il a au minimum pour enjeu le rôle que le juge administratif entend aujourd'hui jouer.

L'enjeu est de taille et le défi lourd à relever. L'accélération du rythme des réformes actuelles et leur importance traduit, en effet, une intensification des exigences sociales. Les articles de presse ou de doctrine parus dans la période récente sont à, ce titre, éloquentes et révélateurs :

¹-Ceci étant certes rendu possible par un nombre nettement moins élevé de juridictions : huit cours d'appel et trente huit tribunaux de première instance, où sont répartis plus d'un millier de magistrats.

²-Administrative, une, solidaire, « indivisible » ? », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p. 483.

« Justice, performance et qualité »¹, « Des indicateurs de performance pour la justice ? »², «La concurrence des systèmes juridique est en marche!»³.

Dès lors, la justice doit elle aussi répondre aux demandes des citoyens et de la société. La Cour européenne des droits de l'homme ayant su tirer de chaque mot de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales des obligations et implications très contraignantes quant à l'accès aux recours aussi bien qu'envers l'examen des procès et l'autorité des jugements.

Autant d'exigences convergeant vers l'objet de toutes les attentions : le justiciable, sa protection, ses attentes.

La prise de conscience de l'existence du justiciable et l'attention qui lui est accordée sont, désormais, le fruit d'une véritable politique qui oriente largement l'évolution contemporaine de la juridiction administrative ; se sont toutes montrées animées de cette préoccupation.

Ainsi, M. Labetoulle, dans «les évolutions jurisprudentielles auxquelles il a participé, révèlent un souci constant des réalités humaines, sociales et économiques »⁴, a, en effet, su être attentif à l'évolution de la société et des mœurs et provoquer les réformes nécessaires⁵, soutenues et encouragées par M. Denoix de Saint-Marc.

Interrogé sur les perspectives d'évolution qu'il envisageait pour la jurisprudence administrative, son successeur, M. Sauvé, affirmait peu après son entrée en fonction, que le juge administratif « doit manifester qu'il est inscrit dans la cité et pas hors du monde », « être à l'écoute de la société

¹ - H. PAULIAT, « *Le droit administratif, Permanences et convergences* », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 823-845.

² - Armand Hatchuel, *Le Monde*, 02 septembre 2008.

³ - O. DUFOUR, *P.A.* 28 février 2008, n° 43, p.p. 3-6.

⁴ - J. BARTHELEMY, E. BARADUC et E. PIWNICA, « Hommage à trois voix », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 52.

⁵ - Au premier rang desquelles se trouve la réforme des procédures d'urgence sur laquelle nous allons revenir, cf *infra*, Section II.

française et européenne et jouer pleinement un rôle de passeur et d'interface, un rôle de régulateur entre pouvoirs et société ».

Et le plus éminent membre en fonction de la juridiction administrative d'ajouter : « il en va de sa responsabilité à l'égard des citoyens »¹. Cette analyse serait incomplète sans la mention des qualités personnelles des magistrats administratifs des juridictions territoriales qui, pour la grande majorité d'entre eux, font preuve d'une grande qualité d'écoute et de dialogue avec le justiciable.

Sans doute est-elle héritée de leur culture et de la formation des jeunes magistrats administratifs, qui apprennent leur métier d'une manière humaine et stimulante, au contact de leurs aînés au sein des juridictions les accueillant².

Une telle formation n'est, il est vrai, encore possible que dans un corps de taille assez réduite comme l'est celui des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Jusqu'à une période récente, cette disposition -voire aspiration- au dialogue trouvait bien entendu la possibilité de se réaliser au travers des modalités classiques d'exercice de leur office au sein de leurs juridictions respectives, lors des audiences de jugement³.

Mais, cette volonté d'ouverture et de contact a trouvé sa meilleure voie d'accomplissement dans la réforme des procédures d'urgence. En révolutionnant son rapport au temps, le juge administratif a franchi le plus grand pas qui le séparait des justiciables qui fréquentent son prétoire.

¹ - S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER, Entretien précité p. 558.

² - Cette transmission a été soulignée par la plupart des magistrats. Elle semble continuer de se vérifier à l'heure actuelle pour les nouveaux conseillers.

³ - Conscients de la fonction cathartique de l'audience, les magistrats n'ont pas attendu la réforme des procédures d'urgence pour laisser parfois le justiciable s'exprimer ni pour poser quelques questions s'ils en éprouvaient le besoin.

Section II : Un nouveau rapport au temps

Le nouveau rapport du juge administratif au temps est l'œuvre de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. «Fortement souhaitée par les auxiliaires de la justice administrative, constamment revendiquée par les magistrats administratifs de première instance et unanimement préconisée par la doctrine »¹.

Cette réforme dans laquelle « tout mérite d'être salué : la méthode, la manière, et les solutions »² est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Les magistrats administratifs se sont immédiatement appropriés cet outil qui leur faisait jusqu'alors défaut.

Ils ont, ainsi, permis l'expression d'une conception renouvelée de la justice administrative, dans laquelle le justiciable est enfin considéré comme une véritable « partie » et dont ils sont plus proches (**§I**). Une question se pose alors : celle de la transposition de cette évolution au contentieux général (**§II**).

§1 - L'urgence facteur de proximité

Les procédures d'urgence issues de la loi du 30 juin 2000 ont permis une rencontre entre le juge et les justiciables grâce à l'oralité qui les caractérise (A). Plus proche d'eux et de leurs préoccupations, le juge administratif peut enfin incarner ceux pour qui il rend la justice (B).

A – Un dialogue réussi entre juge et justiciables :

Le modèle retenu pour la réforme des procédures d'urgence et le style qui leur a été insufflé sont les garantes de la qualité du dialogue instauré entre le magistrat administratif et les justiciables (**1**).

¹ - R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *A.J.D.A.* 2000, p. 706.

² - Y. CLAISSE et J.-A. CANO, « Une loi peut faire le printemps ! », *P.A.* 9 avril 2001, n° 70, p. 12.

Grâce à l'assimilation du contentieux de l'urgence par la juridiction administrative, les parties voient le juge administratif exercer son office dans le temps qui est le leur (2).

1-Le choix d'un modèle et l'invention d'un « style »

La loi du 30 juin 2000 a instauré trois procédures de référé de droit commun devant le juge « statuant en urgence »¹. Deux d'entre elles assurent la continuité avec l'Etat du droit antérieur. Il s'agit d'une part du « référé-conservatoire » (ou référé « mesures utiles »)² et d'autre part du « référé-suspension » qui constitue une transformation profonde du sursis à exécution³. La troisième est une innovation absolue : le « référé-liberté » (encore appelé « référé-injonction » ou « référé-sauvegarde »)⁴.

Une précision liminaire s'impose : les juges les plus concernés par cette révolution de l'urgence sont les juges « de terrain » (ceux des tribunaux administratifs) et ceux du Palais-Royal qui étaient les plus éloignés du justiciable dans les faits et qui ont été littéralement séduits par les richesses et la vie des audiences de référé.

¹ - Titre II du livre V de la partie législative du Code de justice administrative consacrée au référé. Trois autres référés, « ordinaires » c'est-à-dire non conditionnés par l'existence d'une situation d'urgence, ont été consacrés aux articles R. 531-1, 532-1 et 541-1 (le « référé-constat », le « référé-instruction » et le « référé-provision »). La loi a laissé par ailleurs subsister, et c'est là le principal reproche qu'on puisse lui faire, une vingtaine de procédures d'urgence dérogatoires encombrant inutilement l'Etat du droit pour la moitié d'entre elles. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », 12^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, p. 1435.

² - Aménagé afin d'assurer à la procédure une meilleure efficacité, ce référé est celui qui se situe le plus dans la continuité du droit antérieur. Il est régi par l'article L. 521-3 du CJA : en cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut, sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative, ordonner « toutes autres mesures utiles » (à côté des suspensions et des mesures de sauvegarde d'une liberté fondamentale pouvant être ordonnées dans le cadre des deux autres référés).

³ - En vertu de l'article L. 521-1 du CJA, lorsqu'une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension provisoire de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

⁴ - Article L. 521-2 CJA : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Les cours administratives d'appel n'ont, elles, été affectées que de loin par la réforme du 30 juin 2000 car elles n'interviennent que de manière limitée en référé¹.

Le changement n'en atteint pas moins la juridiction en son entier car il induit un bouleversement culturel. D'ailleurs, les magistrats eux-mêmes se sont interrogés sur la question de savoir quelle serait la réforme ou l'évolution qu'ils retiendraient des deux dernières décennies s'il fallait n'en retenir qu'une, une très large majorité cite la réforme des procédures d'urgence (étant entendu que la plupart des grandes réformes contemporaines sont intimement liées entre elles). De plus, une grande partie des magistrats administratifs, dès lors que ceux-ci auront acquis deux ans d'ancienneté et le grade de premier conseiller, auront désormais l'occasion dans leur carrière de rencontrer les justiciables au cours d'audiences de référé².

Si les procédures d'urgence constituent à l'heure actuelle le meilleur exemple de dialogue réussi, ceci tient principalement au fait qu'elles ménagent une grande place à l'oralité.

Plus simple, plus interactive et plus directe, celle-ci permet de concilier le respect du contradictoire avec la rapidité de procédure que commande l'urgence.

¹ - Elles n'interviennent, en effet, jamais au titre de leurs compétences d'appel, les auteurs de la loi du 30 juin 2000 ayant voulu que les ordonnances rendues au titre des nouveaux référés d'urgence ne puissent être contestées qu'auprès du Conseil d'Etat, au moyen d'un pourvoi en cassation pour les référés suspension et « mesures utiles », et au moyen d'une requête d'appel pour le référé-liberté (art. L 523-1 CJA). Les occasions pour les juges des cours de pratiquer le contentieux de l'urgence peuvent cependant exister. Ils ont en effet parfois à répondre directement à des demandes de suspension formées en référé, notamment dans le contentieux de l'urbanisme et le contentieux fiscal. Mais, ces occasions restent rares. R. VANDERMEEREN, « La compétence des cours administratives d'appel : variables et constantes », *A.J.D.A.* 2008, p. 1257.

² - L'article L 511-2 du CJA institue juges des référés les « présidents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que les magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement de leur part, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller ». Pour le Conseil d'Etat, il dispose que « sont juges des référés le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers qu'il désigne à cet effet », au premier rang desquels les présidents adjoints de la section du contentieux.

Il ressort de la lecture de nombreuses ordonnances que le juge s'appuie très nettement sur les arguments développés au cours de l'audience de cabinet pour rendre sa décision.

Il n'est, en effet, pas rare de relever des formules telles que : « ... eu égard aux indications concordantes données par les parties lors de l'audience publique ... »¹, « ... ainsi qu'il est apparu au cours de l'audience ... »², « ...(il résulte) tant de l'instruction écrite que des débats auxquels a donné lieu l'audience ... »³, « ... par ailleurs, ainsi qu'il a été précisé à la barre ... »⁴, « ... compte tenu des observations orales ... »⁵...

L'exclusivité de l'écrit connaissait, cependant, déjà une exception notable avec le traitement en première instance des litiges nés des arrêtés de reconduite à la frontière d'étrangers en situation irrégulière⁶.

Il a, d'ailleurs, été fait référence à ce contentieux à plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires de la loi et lors des réflexions menées par le groupe de travail chargé à l'automne 1997 d'identifier les carences que révélait le système existant et de suggérer des améliorations⁷.

L'oralité aurait, cependant, pu faire figure d'intruse dans la loi du 30 juin 2000 qui reprend cette exception en la généralisant. Le succès incontestable des nouvelles procédures n'est pourtant pas le produit d'un

¹ - C.E., 1^{er} février 2001, *Mme Combret*, req. n°s 222875-229018, inédit au Rec.

² - C.E., 13 février 2001, *Sté Golden Harvest Zelder*, J.C.P. G 2001, I 317, p. 928, note (71).

³ - C.E., 28 février 2001, *Sté Merck Sharp & Dohme BV*, n° 229941, inédit au Rec.

⁴ - T.A. Basse-Terre (Guadeloupe), 8 février 2001, *Flemin*, n° 01/63.

⁵ - T.A. Montpellier, 6 février 2001, *M. Vidal*, n° 01.378.

⁶ - Litiges pour lesquels l'interprétation de l'article R 776-13 CJA a conduit à admettre la présentation de moyens par la seule voie orale (C.E., 29 novembre 1991, *Préfet de l'Aisne*, n° 126277, Rec. p. 1118). Cette procédure, instaurée par l'article 22 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France donne lieu à un abondant contentieux et s'est avérée particulièrement efficace : le recours contre un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière doit être formé dans les 48 heures suivant la voie de notification et est jugé dans les 72 heures par le Président du tribunal administratif (anciennement 48 heures) (art. L 776-1 CJA).

⁷ - D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés - Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P. Wachsmann dir., P.U.S., Strasbourg, 2002, p. 16.

miracle¹. Il est le fruit du modèle qui a été choisi et du style qui leur a été imprimé, conjugués à l'investissement des magistrats dans leur mise en œuvre.

Les concepteurs de la loi ont permis une utilisation pertinente de l'oralité dans le modèle de procédure retenu. Ils ont fort opportunément choisi de ne pas en faire une contrainte mais, de la réserver au contraire aux cas dans lesquels elle est susceptible d'apporter une véritable « valeur ajoutée »², c'est-à-dire aux affaires qui, franchissant l'étape de la procédure de « tri ».

Dès qu'il est saisi d'un dossier, le juge des référés prend, en effet, la décision de l'instruire ou de ne pas le faire. Lorsque le juge décide d'instruire l'affaire en référé, l'oralité est employée en symbiose avec l'écrit.

En rédigeant l'article L 522-1, selon lequel le juge statue au terme d'une procédure écrite « ou » orale, les auteurs de la loi prévoyaient que l'oralité serait, en cas de nécessité, un moyen d'assurer un traitement rapide et contradictoire des affaires *en lieu et place* de l'écrit afin de respecter les courts délais impartis au juge pour se prononcer³.

La pratique a vite évolué différemment. En règle générale, il est fait en sorte que l'audience suive un premier échange de mémoires écrits afin que le juge des référés soit suffisamment informé lors de celle-ci, plutôt que l'inverse.

Les applications ont également montré que, notamment grâce à l'essor de techniques telles que le fax ou le mail, le contradictoire écrit s'avère souvent possible, avec des mémoires de très bonne qualité (aussi complets

¹- Bien que certains se souviennent « avoir entendu un aveugle, dans une affaire passablement incertaine de chasse au gibier d'eau, quitter l'audience avec un tonitruant « c'est clair ! ». B. LASSERRE, « La redécouverte de l'oralité », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Op. cit., p. 553.

²- Les propos du conseiller d'Etat et Président du Conseil de la concurrence Bruno Lasserre, *Ibid.*, p.552.

³- Le juge des référés d'urgence est invité à statuer « dans les meilleurs délais » par l'article L 511-1, et dans le cas du référé-liberté, dans un délai indicatif de quarante-huit heures (article L 521-2 CJA). L'article L 5 du CJA prévoit d'ailleurs bien que « les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence ». C.E., 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, n° 298863, Rec. T. p. 953.

que ceux qui, dans les procédures classiques, ne sont produits qu'au terme de plusieurs mois et demandent parfois lettres de rappel ou mises en demeure), échangés dans des délais très brefs¹.

Le «ou» de substitution s'est ainsi mué en un «et », et l'oral s'est ajouté aux échanges écrits, aboutissant à un enrichissement considérable de la procédure et des débats entre le juge et les parties.

Autour de ce modèle dont chaque juge continue d'explorer différentes variations selon sa personnalité propre, il fallut inventer un « style » général des référés. L'exercice par le Président de la Section du contentieux de ses pouvoirs propres de juge des référés² lui a offert l'occasion de donner des orientations décisives par les positions qu'il a pu prendre.

La question de savoir comment le Conseil d'Etat accommoderait l'oralité fit l'objet de nombreux échanges entre les juges, notamment au début ou à l'issue de la fameuse «troïka» tenue les mardis après-midi au Palais-Royal³.

M. Labetoulle, fortement impliqué dans la réforme des procédures d'urgence⁴, a, ainsi, imprimé aux audiences de référé un style retenu, instaurant une véritable proximité avec les justiciables⁵.

¹ Les délais de jugement sont en effet bien tenus : de deux à quatre jours pour les référés-liberté et de quinze à vingt jour pour les référés-suspension.

² Sur la fonction de juge des référés du Président de la Section de contentieux. P. CASSIA, « Le Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat », in *Juger l'Administration, administrer la justice*, Op. cit., spé. p.p. 140-142.

³ Sur cet organisme de pur fait issu de la réunion hebdomadaire du Président de la Section du contentieux et des présidents adjoints : D. LABETOULLE, « Une histoire de troïka », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, p.p. 83-90.

⁴ M. Labetoulle présida le groupe de travail auquel, par lettre du 31 octobre 1997, le Vice-président du Conseil d'Etat M. Denoix de Saint Marc assignait la mission d'identifier les carences du droit des procédures d'urgence et de proposer les mesures propres à le rendre plus simple et plus efficace. Il fut le concepteur principal d'une réforme qu'il sut, en outre, faire admettre par le gouvernement puis par le Parlement.

⁵ Moins de deux mois après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, M. Labetoulle donnait le ton en sa qualité de juge des référés dans une affaire médiatique et médiatisée : au cours de l'audience de cabinet qui se déroulait le 24 février 2001 pour le dossier *Tibéri*, M. Labetoulle indiqua clairement qu'il souhaitait « engager la conversation » avec les parties présentes à l'audience afin d'avoir la connaissance la plus approfondie possible du dossier. Cette affaire fut, d'ailleurs, une parfaite illustration de la nouvelle façon de juger du juge administratif lorsqu'il statue en urgence, c'est-à-dire suivant des formes simplifiées et peu =

Ceci passait par le choix d'un cadre de déroulement des audiences permettant de supprimer la distance physique. La décision a rapidement été prise de ne pas organiser les audiences de référé dans l'imposante et majestueuse salle du contentieux (séparant d'une barre et de la hauteur d'une estrade le juge et les parties) mais, dans des salles plus étroites et moins impressionnantes permettant, en outre, d'installer juge et parties autour d'une table, le public étant invité à prendre place sur les chaises restantes¹.

Dans les juridictions territoriales, il arrive que les audiences de référé soient tenues dans le bureau même des magistrats concernés (pour des raisons de disponibilité de salles parfois également).

Dans un tel cadre, la plaidoirie est apparue hors de propos et s'est effacée au profit d'un échange dirigé par le juge. Ce lui-ci organise le débat : après une brève présentation de l'affaire en l'état, il rythme l'audience de ses questions et donne la parole en veillant toujours à ce que le ou les défendeurs puissent répondre au demandeur.

Personne, du juge aux parties, ne doit en ressortir frustré. Grâce aux audiences d'instruction, les parties obtiennent la satisfaction d'avoir pu s'exprimer et repartent avec la conviction d'avoir pu contribuer à une meilleure compréhension par le juge des données de leur affaire.

=solennelles. Le dit président avait convoqué, dans les conditions prévues par l'article R 522-6 CJA, non seulement les parties directement en litige, à savoir M. Tibéri, représenté par son avocat, et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, représenté par les membres de son service juridique, mais aussi les parties indirectement intéressées par la résolution du litige : Canal + (représenté par son avocat accompagné de son directeur général, M. Denisot), ainsi que MM. Séguin et Delanoë (non présents à l'audience et qui avaient déclaré dans leurs écritures s'en remettre à la sagesse du Conseil d'Etat). Après l'échange des requêtes et des mémoires entre M. Tibéri et le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans un délai de 48 heures précédant le jour de l'audience (conformément à la disposition de l'article L 521-2 CJA), l'audience du 24 février s'était déroulée en présence du public comme le prévoit la loi, sous la présidence de M. Labetoulle, et dans des conditions telles que la solennité des formes habituellement suivies devant les formations contentieuses du Conseil d'Etat était spontanément apparue « quelque peu désuète ». A travers ces exemples rapportés de l'audience : le président commença par exposer aux avocats venus en robe qu'ils pouvaient parfaitement s'abstenir de la porter, leur expliqua qu'ils pouvaient prendre la parole, lorsqu'elle leur serait donnée, indistinctement assis ou debout, et leur précisa enfin qu'ils pouvaient à leur guise garder une station stable ou bien se déplacer de long en large. B. MALGNIER, note sous C.E., 24 février 2001, *M. Tibéri*, R.F.D.A. 2001, spé. p.p. 643-644).

¹ La salle Raymond Odent, ou exceptionnellement et avec l'autorisation du Président de l'Ordre, la salle (le vestiaire) des avocats aux conseils.

De la construction de ce débat oral dont naît la décision du juge des référés, le justiciable ou son représentant tire la gratification d'être associé à l'œuvre de justice (de sorte, d'ailleurs, que la décision finale se trouve souvent plus facilement acceptée).

Oralité choisie et formalisme minimum ont été essentiels à la réussite du dialogue organisé entre juge et parties. Le fait que le juge administratif intervienne, désormais, lorsqu'il est saisi en référé, dans la temporalité des justiciables est un autre facteur de rapprochement. C'est en même temps un signe de l'avènement de l'ère du justiciable.

2- Le temps du justiciable :

Le plus grand changement introduit par l'exercice des nouvelles procédures d'urgence est sans aucun doute le fait que le jugement en référé place le juge administratif dans une position nouvelle vis-à-vis des parties. En effet, il intervient dans un temps qui est le leur. Il s'agissait du but avoué de la réforme : rendre efficace et attractif le référé administratif afin de détourner les plaideurs et leurs avocats de la tentation de saisir la juridiction judiciaire, jusqu'ici plus libérale, plus simple et plus rapide dans le domaine du référé¹ et interprétant largement ses titres de compétence en matière administrative².

Des permanences ont ainsi été mises en place à tous les échelons de la juridiction administrative, rendant accessible le juge des référés à tout moment³.

Une autre caractéristique de ce juge est qu'il n'est pas systématiquement saisi d'un litige actuel. Il pourra, en effet, statuer sur une

¹-Sur le fonctionnement des référés civils, J. VUITTON et X. VUITTON, *Les référés (procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale)*, LexisNexis, Paris, 2006, p.p. 5-253.

² - Comme c'était surtout le cas en matière de voie de fait.

³ -Système jusque là inconnu de la juridiction administrative, introduit devant les tribunaux administratifs avec la reconduite à la frontière. Le téléphone portable a facilité sa mise en place généralisée.

demande dès lors qu'elle se rattache à un litige principal éventuel qui ne serait pas manifestement étranger à la compétence de son tribunal¹.

Statuant «en l'état de l'instruction », il se place nécessairement à la date de sa propre décision². Il peut également « à tout moment » modifier les mesures qu'il a précédemment ordonnées si une demande faisant état d'un élément nouveau lui est faite³.

L'efficacité de son intervention est pour la première fois une priorité. C'est la raison pour laquelle les voies de recours ont été allégées. L'urgence ne s'accommodant pas de trois instances successives, les décisions de référé sont rendues en premier et dernier ressort et ne sont susceptibles que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat, exception faite des référés-liberté pour lesquels le double degré de juridiction a été maintenu et qui peuvent être contestés en appel mais directement devant le Conseil d'Etat.

Pour la même raison, « l'audience se déroule sans conclusions du rapporteur public» (ce dernier réapparaissant en cas de renvoi en formation collégiale)⁴.

En outre, l'Administration ne dispose plus du « privilège du temps » que lui assurait dans un litige la combinaison des principes du caractère

¹-Les règles régissant les compétences respectives des juges des référés judiciaires et administratifs sont en effet appréciées avec une certaine souplesse. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Op. cit., p. 1326. En matière de référé-suspension, dont la recevabilité est subordonnée à l'existence d'un recours au fond, la Section du contentieux a décidé que l'obligation pouvant être faite au requérant de former un recours administratif préalable au recours au fond n'excluait pas que la procédure de référé-suspension puisse être mise en œuvre. Le requérant ne se trouve pas soustrait à l'obligation de recours préalable, mais il peut former une demande de suspension dès qu'il a saisi l'Administration et sans attendre l'intervention de la décision administrative qui interviendra en réponse, avant que le juge du fond ne puisse être saisi (C.E., Sect., 12 octobre 2001, *Société Produits Roche*, n° 237376, Rec. p. 463, G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 9).

²- C.E., 8 septembre 2005, *Ministère de la justice c/ Bunel*, n° 284803, Rec. p. 388. Ou encore C.E., 8 juin 2005, *Commune de Houilles c/ Société Cassandre*, n° 281084, Rec. T. p. 1036.

³-Article L 521-4 CJA. Pour un exemple récent, v. C.E., 22 octobre 2008, *Daoudi c/ Ministère de l'écologie, énergie, développement durable et aménagement du territoire*, n° 309757, inédit au Rec.

⁴- Art. L 522-1 CJA.

exécutoire de ses actes et de l'absence d'injonction pouvant lui être adressée par le juge administratif¹.

Les justiciables particuliers ou personnes privées ne pouvaient qu'y être très sensibles, car le privilège du préalable est sans doute une des spécificités du contentieux administratif les moins bien perçues et comprises.

L'évolution terminologique va dans le même sens : parler de « suspension d'exécution » semble opérer un rééquilibrage à leur profit, tandis que l'ancien terme de « sursis » évoquait l'inéluctabilité d'une exécution retardée.

Cette impression était confortée par les insuffisances de l'ancienne procédure et l'usage parcimonieux que les juges administratifs en faisaient.

La procédure du sursis à exécution correspondait, en effet, à une situation dans laquelle l'Administration était censée avoir toujours raison : la présomption ne cédait que si elle n'était pas le cas en l'espèce.

Le juge du sursis se livrait à l'examen de la condition de « moyen sérieux » de nature à justifier l'annulation de l'acte contesté avec une telle rigueur que le débat sur le fond s'en trouvait pratiquement vidé. Désormais, c'est « lorsque l'urgence le justifie »² que le juge peut ordonner la suspension de l'exécution des actes administratifs.

Il suffit au requérant de faire naître dans l'esprit du juge un « doute sérieux » quant à la légalité de la décision sans plus avoir à démontrer le risque d'un préjudice « difficilement réparable ».

¹-En outre, l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique a doté d'un effet suspensif automatique le recours en référé précontractuel qu'elle institue.

²-Art. L 521-1. L'urgence est appréciée concrètement et globalement, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Le juge opère une balance entre l'intérêt particulier du demandeur et l'intérêt public qui s'attache à ce que l'exécution de la décision soit maintenue. Voir les arrêts de principe C.E., Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815 (Rec. p. 29, G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 10) et C.E., Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-Est Assainissement*, n° 229562, 229563 et 229721 (Rec. p. 109, G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 11).

Grâce à un recentrage sur l'urgence sous le signe de laquelle l'ensemble de la suspension est placé, à un état du droit qui intègre la possibilité d'une illégalité commise par l'Administration.

Toujours en vue d'assurer une issue rapide à la procédure, le juge des référés est un juge statuant seul¹. Il apparaît, de ce fait, aux justiciables plus « engagé » que la formation collégiale de jugement, nécessairement plus anonyme voire impénétrable.

Cette nouvelle temporalité plonge la justice administrative beaucoup plus fréquemment dans l'actualité en la plaçant sous les feux médiatiques.

Dès les premiers mois d'application de la réforme, le juge administratif des référés fut, ainsi, amené à statuer en urgence sur des affaires sensibles ou dans un climat passionnel, comme ce fut le cas dans l'affaire des « disparues de l'Yonne » pour le juge des référés du tribunal administratif de Dijon² ou lors de la crise de la « vache folle » pour le Conseil d'Etat³.

Ce fut également au juge administratif des référés qu'il incombait au cours de l'été 2002 de rappeler les règles relatives au refus de soins, à l'occasion de recours formés par des patients Témoins de Jéhovah qui refusaient de subir des transfusions sanguines⁴.

Il eut, par la suite, à connaître d'affaires se rapportant à la dissémination d'organismes génétiquement modifiés⁵, à la réintroduction des

¹ - La possibilité de renvoi en formation collégiale (possibilité à laquelle les articles L 522-1 et R 522-11 font référence) fut assez largement utilisée dans les premiers temps de l'application de la réforme afin de fixer rapidement la jurisprudence. Aujourd'hui plus rarement employée, elle reste une sécurité indispensable à laquelle les magistrats choisissent de recourir lorsque se pose une question technique lourde et éventuellement dans les cas de sujets sensibles et /ou médiatisés.

² - T.A. Dijon, 2 mars 2001, *Association pour adultes et jeunes handicapés, comité de l'Yonne c/ Préfet de l'Yonne*, note Y. LAIDIE, A.J.D.A. 2001, p.p. 783-788.

³ - C.E., 1^{er} juin 2001, *Ploquin*, n° 234321 (Rec. T. p. 831), affaire dans laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat avait à connaître de l'éventuelle atteinte portée à la libre disposition par un propriétaire de son bien par une mesure d'abattage d'un cheptel bovin en raison de la présence au sein de ce troupeau d'une vache atteinte de l'encéphalite spongiforme bovine.

⁴ - C.E., 16 août 2002, *Mmes Feuillat*, n° 249552.

⁵ - C.E., 27 avril 2007, *Battello c/ Ministère de l'agriculture et de la pêche*, n° 304402, inédit au Rec..

ours slovènes dans les Pyrénées¹, à l'implantation d'antennes relais², à la déclaration de l'état d'urgence lors des émeutes urbaines début novembre 2005³ ou de différents cas impliquant le Front national⁴.

L'année 2014 poussa encore le juge du référé-liberté sur le devant de la scène avec son intervention dans deux affaires particulièrement médiatisées : l'affaire « Vincent Lambert » en matière d'arrêt de traitement d'un patient hospitalisé⁵ et l'« affaire Dieudonné »⁶.

Une intervention dans le temps du justiciable modifie substantiellement la relation des parties au juge, conduisant ces dernières à affectionner les procédures d'urgence qui les mènent régulièrement devant le prétoire du juge administratif des référés.

Celui-ci bénéficie en retour d'une perception beaucoup plus nette et plus exacte de ce que souhaitent les justiciables lorsqu'ils font la démarche d'introduire un recours devant une juridiction.

De toute la juridiction administrative, le Conseil d'Etat est sans nul doute l'organe pour lequel l'impact de ce nouveau rôle a été le plus important, sa vision du justiciable comme un élément désincarné ayant naturellement été accentuée au cours de son histoire par son rôle de cour suprême.

¹ -C.E., 9 mai 2006, *Département de l'Ariège c/ Ministère de l'Ecologie et du développement durable*, n° 292398, inédit au Rec.

² - C.E., 2 juillet 2008, *Société française du radiotéléphone c/ commune de Créteil*, n° 310548, Rec. p. 260.

³ - C.E., 9 décembre 2005, *Allouache c/ Secrétariat général du gouvernement*, n° 287777, Rec. p. 562.

⁴ - Sur la tenue de son université d'été en 2002 à Annecy : C.E., 19 août 2002, n° 249666, Rec. p. 311 ; sur l'inéligibilité de son Président aux élections régionales de 2004 : C.E., 20. février 2004, *Le Pen c/ Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 264774, inédit au Rec

⁵ - C.E., Ass., 14 février et 24 juin 2014, *Mme Lambert et autres*, n° 375081, publiés au Rec. V. *infra*.

⁶ - Par une ordonnance du 9 janvier 2014, saisi en appel, le Conseil d'Etat annulait une ordonnance de référé-liberté qui avait suspendu les effets d'un arrêté d'interdiction du spectacle de l'humoriste controversé Dieudonné devant se tenir le soir même au Zénith de Nantes (C.E., 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508, publié au Rec. ; A.J.C.T. 2014, p. 157, p.2 ; B. SEILLER, « La censure a toujours tort (Victor Hugo) » ; A.J.D.A. 2014, p. 473 ; C. BROUELLE, « Retour sur l'affaire Dieudonné » ; D. 2014, p. 155 ; D. MAUS « A propos des ordonnances Dieudonné : dignité de la personne humaine et ordre public » ; R.F.D.A. 2014, p.p. 521-524.

Une telle rencontre pouvait difficilement rester sans conséquences sur la vision par le juge de son rôle en général. Les suites en sont d'autant plus remarquables que c'est lui qui imprime, de par ce rôle, son sens à l'évolution générale de la jurisprudence.

§2 - La question de la transposition de la culture de l'urgence au contentieux général

Traiter de la question du juge administratif et de son rapport au temps revient essentiellement à se préoccuper d'une bonne administration de la justice. Puisque la demande sociale est au « juger vite, juger bien », peut-être faut-il transposer la culture de l'urgence à l'ensemble du contentieux administratif général ?

L'entrée de la notion d'urgence dans le prétoire du juge administratif a d'ores et déjà permis une modification de l'ordre des préoccupations du juge administratif lorsqu'il rend la justice **(A)** et une meilleure appréhension et meilleure gestion du temps **(B)**. Il faut, cependant, aussi se demander si cette extension est toujours possible voire dans quelle mesure elle est souhaitable **(C)**.

A – L'acquis d'un traitement diversifié des affaires :

La réforme des procédures d'urgence a rapidement achevé de mettre fin au traitement uniforme et chronologique des affaires. Ceci passe par des modifications matérielles parfois conséquentes, mais, implique surtout d'importantes évolutions d'ordre mental et conceptuel au sein de la juridiction administrative. Sens des priorités (1) et sens des proportions (2) sont désormais à l'ordre du jour.

1- Le sens des priorités :

En développant et en banalisant le contentieux administratif de l'urgence, la réforme du 30 juin 2000 a influé de manière profonde sur la façon de juger. La lenteur de la juridiction administrative - et, partant, son incapacité à faire face à l'urgence que certains ont pu qualifier de « congénitale » - tenait pour partie à la conception que celle-ci a de sa fonction, conception qui connaît actuellement une évolution.

Pour M. Sauvé, le juge administratif attachait jusqu'à présent, sans doute, plus d'importance et d'attention à son pouvoir normatif, le « pouvoir jurisprudentiel », qu'à son rôle juridictionnel qui consiste à trancher les litiges : « Le lustre du recours pour excès de pouvoir, qui est recevable même contre les actes détachables des contrats, alors pourtant que ces contrats continuaient à s'exécuter en cas d'annulation des actes, est bien représentatif d'un moment de la jurisprudence soucieuse d'affirmer – voire d'exalter – le principe de légalité mais plus indifférente aux situations concrètes »¹.

La jurisprudence administrative est, en effet, admirée depuis longtemps pour ses raisonnements dont la doctrine se nourrit parfois avec délectation. Or, si une justice rapide n'est pas nécessairement une bonne justice, une justice trop lente est toujours une mauvaise justice, et ce quel qu'irréprochable que soit le raisonnement ayant conduit le juge à sa décision.

Selon la formule de M. Marion, la justice administrative dépérissait de faire de la « haute couture » là où il aurait fallu faire du « prêt-à-porter »². La qualité des décisions juridictionnelles administratives n'est pas en cause, mais, elle apparaissait parfois « décalée » dans certaines situations.

¹ - J.-M. SAUVE : « Etat de droit et efficacité », *A.J.D.A. hors-série* 1999, p. 127.

² - A. MARION : « Du mauvais fonctionnement de la justice administrative », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 27.

C'est à ce travers d'une juridiction « tétanisée par le risque de commettre une erreur ou tout simplement une imperfection »¹ que la loi du 30 juin 2000 met fin.

Si la « culture de l'urgence » doit pénétrer le contentieux administratif en général, ce n'est donc pas tant par la technique que par une certaine tournure d'esprit, et ceci est en train de s'opérer.

La question de l'intégration de la donnée temporelle par le juge administratif est, avant tout, une question de culture. Les traditions juridictionnelles ne changent pas forcément, ni les habitudes de travail par l'intermédiaire de nouvelles dispositions textuelles.

Le souci du temps qui s'écoule avait déjà commencé à pénétrer la juridiction administrative avant la réforme des procédures d'urgence. Le juge administratif a montré qu'il savait dans certains cas de figure faire diligence².

Mais, en dehors de ces cas isolés, pendant longtemps, prendre et traiter les dossiers rigoureusement dans leur ordre d'arrivée était presque une question déontologique : il s'agissait de n'avantager personne.

Une culture de l'urgence était, néanmoins, apparue, indépendamment de toute réforme des procédures : face à la massification du contentieux, les chefs de juridiction – des tribunaux administratifs notamment – ont fait l'effort, de leur propre chef, de dresser des listes de contentieux qui leur apparaissaient plus urgents que d'autres, mettant ainsi fin au « premier arrivé, premier servi ».

¹ - A. MARION : « Du mauvais fonctionnement de la justice administrative » op.cit., p. 31.

²-Comme dans l'affaire *Canal* où le Conseil d'Etat se prononça dans le mois du dépôt du recours de l'intéressé, la veille de la date prévue pour son exécution. (Le recours était dirigé contre l'ordonnance instituant la Cour militaire de justice, juridiction d'exception chargée de juger les auteurs et complices de certaines infractions commises en relation avec les événements de 1962 en Algérie. L'ordonnance fut annulée. C.E., Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n° 58502, Rec. p. 552 ; G.A.J.A. 19^e éd., 2013, n° 79.

Ce mouvement a, de ce fait, été renforcé. En ce sens, l'urgence est particulièrement constructive : il s'agit de porter une appréciation globale et objective sur les intérêts particuliers comme sur l'intérêt général et d'acquiescer le sens des priorités.

La hiérarchisation du traitement des affaires en fonction de leurs enjeux fait partie des axes actuels de la politique de réforme de la juridiction administrative¹.

2- La diversification des efforts et des moyens :

L'acquisition du sens des priorités s'accompagne de celle d'un sens des proportions. La juridiction administrative a aujourd'hui admis l'idée que ses efforts méritent d'être proportionnés aux affaires à traiter. Au Conseil d'Etat, dans les années 1970, toutes les affaires y compris les désistements étaient au minimum examinées par neuf personnes et passaient à travers les filtres successifs du rapporteur, du réviseur, de l'instruction et du jugement, soit, pour chaque affaire, deux examens individuels et deux examens collectifs.

L'idée est désormais acceptée au sein de la juridiction administrative que « toutes les affaires ne nécessitent pas le même luxe procédural »². La diversification de leur traitement conduit actuellement à un recours très ouvert à la technique du juge statuant seul, soit par la procédure dépouillée et ultra rapide de l'ordonnance³, soit par la procédure ordinaire de jugement comportant audience publique et conclusions du rapporteur public (sauf cas de dispense désormais possible)⁴.

La loi n° 90-511 du 25 juin 1990 a permis aux présidents de formation de jugement de statuer par simple ordonnance sur certaines requêtes telles que

¹-S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER, Entretien avec Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, *Op. cit.*, p. 556.

²-S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER, Entretien avec Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, *Op. cit.*, p. 557.

³ - Art. R 122-12, R 222-1 et R 822-5 CJA.

⁴ - Art. R 222-13 CJA.

non-lieux, irrecevabilités manifestes insusceptibles d'être régularisées en cours d'instance ou désistements¹.

La loi du 8 février 1995 a étendu au traitement des séries contentieuses² la procédure des ordonnances et a confié à un juge unique un certain nombre de litiges réputés de faible importance parmi lesquels les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires³, ceux en matière de pensions, d'aide personnalisée au logement, de communication de documents administratifs ou encore les actions indemnitaires lorsque le montant des indemnités demandées est inférieur à un certain montant⁴.

Le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003 ferme la voie de l'appel à la plupart des litiges justiciables du juge unique en premier ressort⁵. Le décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 étend encore les hypothèses de recours aux ordonnances, y compris de non admission au stade de la cassation.

Le décret n° 2006-1708 du 23 décembre 2006 poursuit dans cette voie en ajoutant à la compétence du juge unique les litiges relatifs au permis de conduire, contentieux qui ne pose pas de problèmes de droit difficiles, ou en remontant de 8000 à 10000 euros le seuil du montant d'indemnités

¹ - Article L 9 de l'ancien Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel aujourd'hui reclassé dans la partie réglementaire du Code de justice administrative, art. R 222-1 CJA.

² - Les séries contentieuses sont des requêtes ayant un objet analogue, dont la solution dépend de la (ou des) même(s) question(s) de droit, présentées ou non devant la même juridiction et dont le nombre total, apprécié en valeur relative par rapport au flux annuel, est significatif. Les principes retenus pour le traitement des séries résultent pour l'essentiel des propositions arrêtées en février 2000 par un groupe de travail créé à cet effet en 1999 et présidé par M. Labetoulle. Le Palais-Royal a, toutefois, saisi l'occasion de rappeler que le principe du contradictoire restait applicable au contentieux en série. C.E., 17 septembre 2010, *Chambre de métiers et de l'artisanat de Mayotte*, n° 317105.

³ - Même si le recours comporte des conclusions financières et quel que soit le montant réclamé. Le Conseil d'Etat l'a précisé par un arrêt du 20 juillet 2007, *M. Tetart*, n° 287569, Rec. T. p. 767.

⁴ - Article L 4-1 de l'ancien Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, repris à l'article R 222-13 CJA (modifié par le décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 puis par le décret n° 2013-730 du 13 août 2013 portant modification du code de justice administrative, pour une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014).

⁵ - Art. R 811-1 CJA. Le décret n° 2013-730 du 13 août 2013 (préc.) a révisé l'attribution de compétences de premier et dernier ressort aux tribunaux administratifs pour y faire entrer notamment les contentieux sociaux et le contentieux du permis de conduire.

demandées en deçà duquel le contentieux indemnitaire peut être connu par un magistrat statuant seul. De nouvelles extensions ont encore été envisagées¹.

La pratique de l'oralité dans le cadre des procédures de référé issues de la loi du 30 juin 2000 et le souci de la diversification du mode de traitement des affaires ont permis de répondre à l'élargissement à son autre extrémité de l'éventail de la difficulté des affaires.

Si le juge administratif doit aujourd'hui faire face à des contentieux «de masse », constitués de recours formés en grand nombre, mais, ne posant pas de problèmes juridiques importants (tels que le contentieux de l'aide personnalisée au logement ou celui du retrait de points du permis de conduire), il se trouve, parfois, aussi confronté à des affaires délicates, posant des problèmes de droit complexes et mettant en jeu des sommes d'argent considérables.

Dans ce cadre, actuellement au Palais-Royal, les vertus de la procédure d'« enquête » qui repose sur une confrontation orale des parties dirigée par le juge et sur l'audition de témoins² sont redécouvertes.

Elle peut permettre d'accroître l'efficacité de l'instruction lorsque la succession d'échanges de mémoires écrits s'avère impuissante à éclairer le juge sur une ou plusieurs questions.

Cette procédure fit l'objet de quelques applications au XIX^e siècle suivies d'une longue éclipse puis connut un bref renouveau dans les années 1960 avant de retomber quasiment en désuétude.

L'affaire *Centre du château de Gleteins et autres*, jugée en 2001, a redémontré son intérêt en permettant aux membres de la première sous-section siégeant en formation d'instruction de lever un voile sur des débats de

¹- La possibilité, un temps évoquée, de permettre au juge unique de statuer sur des affaires ne présentant pas à juger de points de droit nouveaux a pour l'instant été abandonnée.

²-Articles R 623-1 et suivants du CJA. Les auditions ont lieu devant la formation de jugement ou d'instruction (et l'enquête est alors dite « à la barre ») ou devant l'un de ses membres.

fond techniques dont le simple échange des mémoires écrits n'avait pas réussi à épuiser la complexité.

Etait en cause un arrêté interministériel fixant à la baisse pour l'année 1999 l'évolution des tarifs des prestations d'établissements de santé privés. L'appréciation des données retenues et des modes de calculs choisis par l'Administration pour la fixation des tarifs critiqués conditionnait l'issue du litige, or les tableaux de chiffres produits par celle-ci ne permirent, ni d'éclairer les membres de la juridiction, ni de lever le reproche d'opacité adressé par les cliniques privées requérantes.

Considérant que l'instruction écrite ne permettait pas au Conseil d'Etat de « se prononcer en connaissance de cause » sur les moyens invoqués, le Président de la sous-section décida, comme le précise la décision finale, de recourir par ordonnance à la procédure d'enquête¹.

L'ordonnance indiquait les moyens sur lesquels la sous-section ne s'estimait pas en mesure de se prononcer en connaissance de cause, précisait les différents sujets qui feraient l'objet de la discussion et invitait les parties à se présenter au Conseil d'Etat un mois plus tard, accompagnées si elles le souhaitaient de témoins.

Un procès-verbal fut, ensuite, dressé dont il ressort que le Conseil d'Etat entend empreindre l'enquête à la barre de peu de formalisme : le président mène les débats et accorde la parole, les autres membres de la sous-section interviennent et les parties exposent leur point de vue chaque fois qu'elles le souhaitent. Le procès-verbal de l'enquête leur est adressé à temps pour leur permettre de formuler d'ultimes observations avant l'audience publique².

¹ - C.E., 16 février 2001, *Centre du château de Gleteins et autres*, n ° 220118, 220153, Rec. p. 71.

² - C. L., A.J.D.A. 2001, p.p. 296-299.

La décision rendue le 16 février 2001 laisse à penser que la mesure a atteint ses objectifs : elle a permis au Conseil d'Etat de se prononcer en connaissance de cause sur des moyens délicats et de répondre précisément à chacune des interrogations soulevées par les requérants.

En sus d'être efficace, elle présente le mérite de renforcer la confiance des parties envers le juge « que l'on voit raisonner « tout haut » »¹ en leur révélant l'attention avec laquelle il exerce son contrôle, y compris lorsque la matière est très technique.

Comme le faisaient remarquer en 2004 M.M. Landais et Lenica, « Il ne serait pas étonnant que le contentieux économique devienne le terrain d'élection de cette mesure d'instruction particulière : les enjeux y sont conséquents, les débats techniques et complexes, et le juge administratif doit y gagner la confiance des parties »².

C'est justement pour trancher une affaire de régulation économique dans le secteur des télécommunications que la deuxième sous-section y a recouru en 2004 avant que la Section du contentieux ne rende la décision *Société Scoot France, Société Fonecta* le 25 juin 2004³ et en matière de pratiques anticoncurrentielles que la dixième sous-section fit de même en 2006 pour l'affaire *Cégédim*⁴.

Le développement de l'oralité et la preuve par l'expérience de son utilité ont donné lieu au projet d'appliquer devant le juge administratif la procédure d'*amicus curiae* (c'est-à-dire d'appel à des tiers) puis à son inscription dans le Code de justice administrative par le décret n° 2010-164

¹ - B. LASSERRE, *Op. cit.*, p. 555.

² - C. LANDAIS et F. LENICA, note sous C.E. Sect., 25 juin 2004, *Société Scoot France, Société Fonecta*, A.J.D.A. 2004, p. 1702.

³ - C.E., Sect., 25 juin 2004, *Société Scoot France et Société Fonecta*, n° 249300, Rec. p. 274. V. C. LANDAIS et F. LENICA, A.J.D.A. 2004, p.p. 1702-1705.

⁴ - Affaire qui concernait l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE) et la mise à la disposition d'opérateurs économiques d'un répertoire national d'identification des entreprises et de leurs établissements dénommé « base de données SIRENE », géré par cet organisme, et comprenant des informations relatives aux entreprises. C.E., 24 juillet 2006, *Cégédim c/ Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 247769, Rec. T. p. 759.

du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives¹.

Cette option est appelée à être utilisée pour certaines affaires, un petit nombre par an, mais à dimension sociale importante. Un point de vue extérieur approfondi, soumis également au débat contradictoire, peut être de nature à enrichir la réflexion du juge.

M. Stirn expliquait songer à certaines affaires de responsabilité hospitalière, de responsabilité de l'Etat du fait d'évènements historiques ou à des dossiers touchant à l'éthique ou à la bioéthique² pour lesquels l'audition respectivement de membres de l'Académie nationale de médecine, d'historiens, de philosophes ou de représentants de familles spirituelles pouvait permettre d'enrichir la réflexion du juge si celui-ci l'estimait nécessaire compte tenu des enjeux de l'affaire³.

Le Conseil d'Etat a recouru pour la première fois à cette procédure à l'occasion de la décision d'Assemblée *Kandyrine de Brito Paiva* du 23 décembre 2011. En effet, il sollicitait alors l'opinion de M. Guillaume s'agissant de la manière de résoudre une contradiction éventuelle entre les stipulations de deux conventions internationales⁴.

Le maniement du contentieux de l'urgence, en plus d'asseoir la diversification de l'examen et du jugement des dossiers, a conduit le juge administratif à se projeter et à intégrer ses propres interventions dans le traitement temporel des affaires.

¹ - Article R 625-3 CJA.

² - M.-C. DE MONTECLER, Questions à Bernard Stirn, Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, *A.J.D.A.* 2008, p. 4.

³ - Ainsi, en 2014 dans le cadre de l'affaire « Vincent Lambert », précitée en matière d'interruption de traitement d'un patient hospitalisé. L'Académie nationale de médecine, *R.F.D.A.* 2014, p. 671, 8 p. en pagination Internet ; J.-C. AMEISEN, Observations du Comité consultatif national d'éthique, *R.F.D.A.* 2014, p. 676, 33 p. en pagination Internet ; Observations du Conseil national de l'ordre des médecins, *R.F.D.A.* 2014, p. 692, 7 p. en pagination Internet ; J. LEONETTI, Observations, « Obstination déraisonnable et droits des patients dans la loi du 22 avril 2005 », *R.F.D.A.* 2014, p. 696, 11 p. en pagination Internet.

⁴ - C.E., Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, publié au Rec.

B-L'assimilation de l'exigence d'un délai raisonnable de jugement :

Quelle que soit l'importance des évolutions constatées dans le rapport du juge administratif au temps, il reste que le défi majeur auquel est aujourd'hui confrontée la juridiction administrative réside dans la maîtrise des stocks et des délais de jugement des affaires.

Faute de pouvoir envisager une augmentation des moyens capable de concurrencer celle du contentieux, ce sont les outils, méthodes et procédures qui sont également adaptés.

S'y rattachent notamment l'extension du mode de jugement à juge unique et la distance prise avec le double degré de juridiction. Les nouvelles technologies qui ont contribué au succès des procédures d'urgence sont également utilisées dans le dessein de diminuer la durée des instances.

En effet, l'accès à la documentation au sein des juridictions est facilité par l'existence des sites Internet des assemblées parlementaires, du site Légifrance et des bases de données jurisprudentielles et doctrinales.

Des applications informatiques permettent aux rapporteurs de réaliser des économies de temps sur la confection du projet en récupérant les données du litige pour rédiger les visas et en utilisant des standards modélisés.

Un système d'alerte informatique destiné à repérer rapidement les séries d'affaires présentant à juger la même question de droit a été créé (connu sous le nom de « Juradinfo »). Son fonctionnement a été rendu possible par la mise en route de l'Intranet de la juridiction administrative¹.

¹-Le traitement des séries repose sur l'acquis d'une vision globale de la juridiction administrative. Un effort de rétention est en effet demandé aux premiers juges lors de la détection d'une nouvelle série jusqu'à ce que les solutions relatives aux « têtes » de cette série (affaires représentatives de la série) soient devenues définitives. En contrepartie de cet effort de rétention, le cas échéant, la cour d'appel et éventuellement le juge de cassation s'engagent à se prononcer très rapidement (dans les six mois) sur les têtes de série. Depuis 2003, la gestion des séries nationales donne lieu à un suivi confié à un groupe de travail associant des représentants de chaque degré de juridiction qui se réunit tous les trois mois sous la présidence du

D'autres voies ont été explorées, certaines plus récemment encore, comme la dématérialisation des dossiers¹, les télé-procédures² ou l'utilisation de serveurs partagés au sein des formations d'instruction avec une documentation accessible à l'ensemble des membres de la formation sous la forme de liens hypertextes.

C'est toujours en vue de maîtriser le flux des dossiers qu'il y a lieu, d'une part, de se pencher aujourd'hui sur la phase précontentieuse et les modes alternatifs de règlement des litiges, d'autre part.

C – L'écueil d'un amoindrissement de la qualité de la justice rendue :

Des extensions au contentieux général de techniques ayant permis de mieux répondre aux attentes de proximité et de célérité sont encore possibles, mais, de manière modérée.

Il s'agit, d'une part, du caractère écrit de la procédure **(1)** et, d'autre part, du principe de collégialité de la justice administrative **(2)**.

Si le juge administratif français a pris avec succès le tournant de l'entrée dans le temps des parties, ne doit-il pas aujourd'hui valoriser d'autres critères sur lesquels indexer le délai raisonnable du procès? **(3)**.

=Président de la Section du contentieux. Sur la mise en œuvre de ces pratiques qui a permis de bonne heure de rationaliser certains contentieux de masse. P.-F. RACINE, « Daniel Labetoulle ou de la solidarité », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 733-739.

¹ - D'abord expérimentée à la Cour administrative d'appel de Nantes.

² - La télé-procédure est un échange dématérialisé de formalité entre une administration et ses administrés. U.Ngampio-Obélé-Bélé, « La dématérialisation des relations entre l'administration et les administrés : Regard sur une nouvelle procédure administrative », la Revue Administrative, janvier 2008, in *Repères* n° 20, octobre-décembre 2008, NTIC-GRH, p. 1. Elles sont mises, d'abord, à l'essai pour le contentieux fiscal au Conseil d'Etat. Le dispositif *Télérecours* a ensuite été généralisé à l'ensemble de la section du contentieux et à l'ensemble des juridictions administratives métropolitaines. Les contentieux les plus représentés dans l'application *Télérecours* sont actuellement le contentieux fiscal et le contentieux des étrangers, mais l'ensemble du contentieux administratif fait progressivement l'objet d'échanges dématérialisés. Un site Internet comprenant un guide d'utilisation est dédié aux utilisateurs (www.telerecours.fr). V. *La lettre de la justice administrative*, n° 37, janvier 2015, p. 1.

1- La sécurité élémentaire de l'écrit :

L'article 6 du décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 a inscrit la pratique de la note en délibéré dans le Code de justice administrative¹, faisant écho à l'importance que la Cour européenne attache dans sa jurisprudence à la possibilité pour les parties de répondre aux conclusions du commissaire du gouvernement, devenu pour satisfaire à ses conceptions « rapporteur public »².

L'officialisation de ce que M. Chapus voyait comme « le droit pour les parties de pratiquer ce qui pourra être un valorisant petit jeu »³ a été suivie début 2009 de l'introduction de la possibilité pour les parties de « présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions »⁴.

Par la même occasion fut introduite une expérimentation – aujourd'hui officialisée et généralisée par le décret du 23 décembre 2011⁵ – consistant à inverser l'ordre des prises de parole à l'audience : le rapporteur public est invité par le président de la formation de jugement à présenter ses conclusions immédiatement après l'exposé par le rapporteur des données du litige. Les parties sont invitées à s'exprimer et à développer leur argumentation.

En revanche, la problématique de l'inversion des prises de parole était plus délicate. Elle peut sembler de nature à troubler les règles générales d'une procédure subtilement équilibrée entre des parties de force inégale.

L'expérimentation désormais officialisée était, en effet, conçue « par dérogation aux premier et quatrième alinéas de l'article R 732-1 du Code de justice administrative »⁶.

¹ - Article R 731-3 du CJA (et article R 741-2).

² - Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

³ - Article daté par l'auteur de juin 2006 : R. CHAPUS, « Vues sur la justice administrative », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Op. cit., p. 166.

⁴ - Article 1^{er} du décret du 7 janvier 2009 précité.

⁵ - Décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le Code de justice administrative. Articles R 732-1 et R 733-1 du CJA.

⁶ - L'article 2 du décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

Ces alinéas prévoyaient, *après le rapport* fait sur chaque affaire par un membre de la formation de jugement (ou par le magistrat statuant seul), la possibilité pour les parties de présenter (en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat) des observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites, et seulement, le prononcé par le rapporteur public de ses conclusions.

L'instruction était alors en principe close. L'inversion des prises de paroles pouvait, dès lors, sembler de nature à troubler davantage encore la date et les effets de la clôture de l'instruction.

La procédure écrite, «force incontestable de la juridiction administrative »¹, n'est pas pour autant incompatible avec l'oralité. Il est question notamment du renouveau de la procédure d'enquête et plus largement du recours potentiellement plus fréquent au questionnement oral dans l'instruction des affaires.

Il faut pour cela admettre une certaine sélection des affaires, ce qui s'inscrirait parfaitement dans l'effort actuel de différenciation de leur traitement.

Une séance orale demande, en effet, du temps, un travail très conséquent de préparation puis de restitution écrite de son contenu. Toutes les affaires ne se prêtent pas utilement à un tel luxe procédural.

Il convient alors de les choisir au cas par cas, « avec pour seul critère la valeur ajoutée que peut apporter à l'instruction un questionnement oral »². L'exemple du référé et la logique montrent que l'on ne peut poser les bonnes questions qu'en possédant le dossier.

Une séance orale sera d'autant plus utile qu'un nombre important de juges de la formation d'instruction ou de jugement auront préalablement lu l'ensemble du dossier écrit.

¹ - B. LASSERRE, *Op. cit.*, p. 550.

² - *Ibid.*, p. 557.

Il est pour cela nécessaire que le dossier circule, comme c'est l'habitude, entre le rapporteur et le réviseur avant transmission au rapporteur public, mais, aussi plus largement entre tous les membres de la formation.

La généralisation de la numérisation des dossiers peut faciliter cette pratique. Afin que les parties ne soient pas prises au dépourvu, leur information préalable sera alors nécessaire.

Celle-ci pourrait être intégrée à l'avis d'audience : les parties y découvrirait également les points particuliers sur lesquels le juge souhaiterait entendre des observations.

Cette pratique reviendrait à renforcer le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse puisque le président de la formation de jugement inviterait les parties ou leurs représentants à s'exprimer sur les seuls points qui lui paraîtraient encore problématiques, laissant à l'examen des dossiers le soin de pourvoir au reste de leur réflexion. Il ne s'agirait pas de laisser ainsi de nature à faciliter la difficile délibération du juge unique avec lui-même.

2- Les vertus de l'irremplaçable collégialité :

« La collégialité n'est pas seulement une forme, une modalité, une organisation. Si elle n'était que cela, elle n'aurait sans doute pas vocation à demeurer le principe. Elle est aussi, pour les magistrats, un esprit, une façon d'être, une discipline », précisait M. Labetoulle¹.

La collégialité est une garantie de bonne justice pour les justiciables et d'un exercice serein de leurs fonctions par les magistrats. Elle l'est tout particulièrement en matière de contentieux administratif comme le rappelle le M. Chapus puisqu'elle est pour les juges qui sont chargés de le régler « une

¹ - D. LABETOULLE, cité par R. CHAPUS, « Vues sur la justice administrative », *Op. cit.*, p. 164.

condition de leur indépendance dans leurs rapports avec le plus puissant et le plus constant de leurs justiciables, c'est-à-dire avec l'Administration »¹.

Elle assure de la meilleure manière qui soit l'impartialité de la juridiction, les membres du tribunal se trouvant en position de se contrôler les uns les autres.

Elle permet également aux juges d'être mieux éclairés par le jeu du débat qu'elle impose de fait et elle conforte l'autorité morale du jugement qui est nécessairement rendu par (au moins) une majorité².

Il semble que ces vertus sont de nature à l'emporter sur les mérites attribués au juge unique, à savoir une meilleure conscience de la part des juges de leurs responsabilités (mérite qui serait attaché à la personnalisation des décisions juridictionnelles, comme c'est le cas dans le système anglais)³, une meilleure économie de moyens et de meilleures chances de règlement rapide des litiges.

Ce sont, cependant, ces dernières considérations pratiques qui ont conduit dans une période récente à un recours accru à deux types de procédures allégées : le règlement par ordonnance et le jugement par un magistrat statuant seul. Le premier de ces régimes concerne aussi bien le Conseil d'Etat que les juridictions territoriales⁴.

¹ - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *Op. cit.*, p. 62, ainsi que Rapport de synthèse du colloque tenu à Grenoble les 15 et 16 mars 1984, *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, C.N.R.S., Paris, 1986, p.p. 331-341, spé. p. 335.

² - P. GONOD, « Contre la personnalisation des décisions juridictionnelles », *A.J.D.A.* 2002, p. 773.

³ - Système qui connaît la publication des opinions dissidentes. V. S. GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *R.D.P.* 2005, p. 329. La culture juridictionnelle anglo-saxonne fait souvent intervenir un juge unique dont le nom, le style et les précédents jurisprudentiels sont largement connus. Elle admet volontiers que la décision reflète la personnalité – voire la subjectivité – de celui qui l'a rendue. La culture juridictionnelle est à l'opposé de cela : la décision de justice doit être impersonnelle, et l'individu s'effacer devant l'institution. Le juge administratif français sait s'incliner et est parfaitement rompu à la discipline qui veut que le silence de la formation collective appelée à statuer soit le meilleur gage de son objectivité. B. LASSERRE, *Op. cit.*, p. 558.

⁴ - Art. R 122-12, R 222-1 et R 822-5 CJA précités.

Force est de reconnaître la légitimité du recours à la procédure des ordonnances dans la mesure où il se rapporte, d'une part, classiquement, à des questions se situant à la marge du procès et pouvant raisonnablement être considérées de manière générale comme ne posant pas de difficulté (mettre fin à un procès qui n'a plus lieu d'être, donner acte d'un désistement ou opposer une irrecevabilité manifeste), et d'autre part, au règlement d'affaires appartenant à des séries auxquelles il ne s'agit plus que d'appliquer la solution consacrée relativement aux affaires «de tête » de cette série¹.

Le recours à la procédure de jugement par un magistrat statuant seul n'a, au contraire, pas de limites intrinsèques. Ce pouvoir est dévolu aux présidents (et magistrats) des tribunaux administratifs par l'article R 222-13 du Code de justice administrative qui en détermine l'étendue (pour l'instant) dans ses dix rubriques.

En vertu de cette disposition, il revient au magistrat de statuer une formation collégiale. Ce dispositif va donc plus loin que ceux concernant le prononcé, par simples ordonnances, de mesures d'urgence ou de mesures terminant, complétant ou prolongeant des instances ouvertes devant des formations collégiales.

C'est une solution de facilité pour l'écoulement des stocks de dossiers « trop prometteuse pour que les pouvoirs publics puissent ne pas trop souvent succomber à la tentation »².

La tendance actuelle le confirme puisque l'élargissement de ce pouvoir est régulièrement à l'ordre du jour des réformes. Certes, à la différence du président prenant une ordonnance, le juge statue ici par un jugement rendu en

¹ - Encore que le jugement des séries puisse conduire le juge unique à faire des choix lourds de conséquences. M. DEGUERGUE, «La montée irrésistible du juge unique », in *La modernisation de la justice administrative en France*, M. PAILLET dir., Larcier, Bruxelles, 2010, p.p. 95-113, spé. p.p. 104-105.

² - R. CHAPUS, « Vues sur la justice administrative », *Op. cit.*, p. 164.

audience publique et après audition des conclusions du rapporteur public (hors cas de dispense de leur prononcé, désormais possible¹).

Sa présence et le prononcé de ses conclusions lorsqu'elles sont maintenues atténuent sans aucun doute les risques qu'engendre inévitablement la solitude du juge.

Mais, même dans ce cas, qui peut pour autant affirmer que l'intervention du rapporteur public a alors la même portée que lorsque l'affaire est inscrite au rôle d'une chambre ? Quel que soit le sens des conclusions, c'est le juge statuant seul qui décide, sans bénéficier de la discussion avec les autres membres de la chambre, ni de l'éventuelle contradiction apportée par ceux-ci, nourrie des conclusions du rapporteur public.

Les affaires concernées par le jugement à juge unique sont réputées simples ou de faible importance. Un renvoi en formation collégiale reste, certes, possible lorsque la résolution d'une question paraît au magistrat suffisamment importante ou difficile pour qu'il soit opportun ou nécessaire d'en délibérer à plusieurs ².

L'expérience montra que même lorsque les litiges sont dispensés, ils ne soulevaient pas de difficultés particulières, des « erreurs d'aiguillage » pouvaient se produire.

Certaines difficultés sont, en effet, impossibles à déceler lors de la première lecture du dossier et peuvent n'apparaître qu'au terme de plusieurs lectures successives ou encore à l'issue de la confrontation de plusieurs points de vue³...

¹ - Depuis le décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011. Art. R 732-1-1 CJA.

² - Signe de ce que le magistrat statuant seul n'est pas une juridiction distincte de celle dont il est membre.

³ - R. VANDERMEEREN, « Les réformes récentes des tribunaux administratifs », *A.J.D.A.* 1981, p.p. 197-201.

La vivacité des réactions provoquées à l'époque par cette réforme montre également à quel point l'institution du rapporteur public et la contradiction entre juges peuvent être susceptibles de symboliser, à juste titre, la bonne administration et la qualité de la justice administrative.

Afin d'être à l'unisson des besoins sociaux -juridiques actuels, la justice administrative a tiré profit de son expérience de l'urgence. Elle a aujourd'hui achevé de mettre fin au traitement uniforme des requêtes en vue de réduire les stocks de ses juridictions et ses délais de jugement.

Cette différenciation du traitement des requêtes, qui témoigne d'un certain réalisme, s'approche, cependant, des limites dictées par le respect des droits des justiciables.

Les bornes à la recherche contemporaine de célérité juridictionnelle peuvent-elles être d'un autre ordre ? Autrement dit, sur quel temps indexer la durée idéale du procès ?

3- Un temps pour le juge :

Le nœud du problème vient de ce que le temps de l'Administration n'est pas le temps des administrés qui n'est pas non plus le temps du juge et de ce que celui-ci passe parfois, dans la période actuelle, au second plan.

L'Administration est investie d'une mission d'intérêt général et pour cette raison, les affaires administratives sont toujours réputées urgentes : L'Administration (ayant) la charge de l'intérêt général, il y a priori, une urgence particulière » à préserver les exigences de celui-ci »¹.

Il faut ajouter à cela les usages « dévoyés » dont le temps fait parfois l'objet : le temps que peut prendre le juge incite parfois l'Administration à s'affranchir du respect du droit.

¹ - Y. GAUDEMET, « Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *R.F.D.A.* 1988, p. 421.

Lorsqu'elle est consciente de l'illégalité qu'elle a commise, elle est, en effet, parfois tentée de « jouer la montre » parce que le temps qui passe joue souvent en sa faveur.

Pour les particuliers, en revanche, il y a toujours urgence à suspendre au minimum l'application des décisions administratives suspectées d'attenter à leurs droits. Il n'est pas exagéré de soutenir que la demande de justice est une demande de justice expresse.

« Le temps de ce justiciable particulier est évidemment aux antipodes des préoccupations de l'Administration, auteur de la décision contestée devant le juge »¹.

La tendance actuelle est à une sur-valorisation de cette temporalité des justiciables. Lorsque l'opinion publique tourne ses regards vers le juge, elle oublie trop souvent qu'*aller vite lui prend du temps*.

Si un juge administratif des référés a besoin, pour traiter un dossier en audience, d'une heure et demie environ, deux heures permettent de traiter vingt dossiers en audience normale.

De ce fait, la donnée temps est relative et combien, il peut être difficile de déterminer de façon satisfaisante la notion de « délai raisonnable » pour le fonctionnement de la justice.

L'office du juge se caractérise, en effet, aussi par le temps dont celui-ci a besoin pour mener à bien sa mission : « L'enquête, l'instruction, le procès demandent du temps, plus de temps que n'en réclame le « va, court, vole et nous venge », qui est le cri de toutes nos émotions »².

La justice nécessite recul et réflexion : « Le péril est aussi grand du procès bâclé que du procès qui s'enlise et s'éternise »³. Un délai raisonnable

¹ - S. TRAORE, « Vers un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait », *Dr. Adm.* 2001, chron. n° 9, p.10.

² - B. KRIEGEL, « Le juge, le politique et le journaliste », *Le Monde*, 6 novembre 1999, p.16.

³ - B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *Op. cit.*, p. 307.

d'instruction et d'examen, proportionné à l'enjeu et à la difficulté de l'affaire, est la condition d'une justice de qualité.

Conscients de l'impérieuse nécessité d'éviter une invasion du prétoire administratif et une absorption de l'office normal du juge par les procédures d'urgence. « Trop d'urgence tue l'urgence ». Il faut se garder de voir dans les procédures d'urgence le palliatif aux délais excessifs de jugement.

Ceci permet, d'ailleurs, d'observer que, d'une manière en apparence paradoxale, un bon fonctionnement de la justice de l'urgence passe par la maîtrise des délais de jugement au fond.

Gestion de l'urgence et gestion des stocks ne doivent cependant pas conduire à faire de la justice administrative « une administration efficace qui aurait réfléchi à son *management* »¹ au détriment de sa mission la plus éminente qui demeure de dire le droit.

Le juge doit également être en mesure de faire évoluer la jurisprudence. Il doit, pour cela, pouvoir sentir l'évolution des mœurs et de la société et changer en conséquence son comportement, l'adapter pour l'avenir.

Le juge administratif a, parfois, comme le reconnaît volontiers le M. Denoix de Saint-Marc, une imagination « fort constructive »²: citons, parmi tant d'autres, le principe général du droit interdisant, sauf cas très particulier, de licencier une femme en état de grossesse³ ou encore le droit pour les étrangers résidant régulièrement en France, identique à celui des nationaux, de « mener une vie familiale normale », incluant celui de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs⁴.

¹ - P. SOLER-COUTEAUX, in *Le nouveau juge administratif des référés*, *Op. cit.*, Débats, p. 162.

² - R. DENOIX DE SAINT-MARC : « Le temps du juge », *Op. cit.*, p. 28.

³ - C.E., Ass., 8 juin 1973, *Mme Peynet*, n° 80232, Rec. p. 406. La règle existait dans le Code du travail mais n'était pas applicable aux agents publics.

⁴ - C.E., Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, n° 10097, 10677, 10679, Rec. p. 493. Le Conseil d'Etat a tiré ce droit des principes généraux du droit et notamment du Préambule de la Constitution de 1946. Il faisait bien fait là œuvre prétorienne, car on peut difficilement trouver une phrase à laquelle rattacher ce principe, que ce soit dans le Préambule de la Constitution de 1946 ou dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

De telles évolutions, de telles constructions ne sont possibles qu'en prenant du temps. Si le juge doit «prendre son temps », c'est aussi pour cela.

L'impatience et le culte de l'immédiateté qui caractérisent la période contemporaine peuvent faire perdre de vue qu'un décalage entre le moment où se noue le litige et celui où le juge intervient est inévitable et paradoxalement parfois souhaitable. Il exerce une fonction d'apaisement et contribue à la décantation du litige. Intervenir « à chaud » sur un dossier n'est pas toujours bon et le temps du procès est parfois une parenthèse salutaire pour les parties¹.

¹-Tout en soulignant la nécessité de remédier aux lenteurs de la justice administrative, Jacques Caillosse le faisait remarquer en 1999 : « Dans la sollicitation même du juge, n'y a-t-il pas la preuve d'une volonté des acteurs de s'accorder le bénéfice ou de courir le risque d'une « pause » ? ». J. CAILLOSSE, « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *A.J.D.A.* 2005, p. 199.

Conclusion du titre I :

La régénération de la fonction du juge administratif marocain, à l'istat de son homologue français puise sa source dans l'expression des nouvelles attentes des justiciables. Le mérite de la juridiction administrative réside dans le fait d'avoir mesuré ce qu'elles avaient de déterminant pour les systèmes contemporains et de s'y être adaptée avec discernement.

Le juge du XXI^e siècle semble, en effet, avoir fait sienne la devise du Huron en visite au Palais-Royal en 1962 qui s'étonnait qu'elle ne semblât pas à l'époque s'y appliquer : « la justice est faite pour le justiciable, [...] sa valeur se mesure en termes de vie quotidienne »¹.

C'est à cette condition que le renouvellement de la fonction juridictionnelle administrative a pu prendre pour axe la protection des droits fondamentaux, terrain d'élection du dialogue des juges et voie possible de l'ordonnancement des divers ordres et systèmes juridiques contemporains.

¹ - J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexion naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, p.p. 37-40, cit. p. 39.

Titre II : Vers la conquête de l'efficacité du contentieux administratif

La prise en compte des attentes des justiciables a conduit le juge administratif à s'investir dans la recherche de l'efficacité concrète de ses interventions.

Il s'était, en effet, longtemps distingué par sa réticence à mettre ouvertement en œuvre les moyens de nature à obtenir l'exécution de la chose jugée en cas de mauvais vouloir de l'Administration.

En acceptant de manier sans réserve le pouvoir d'injonction préventive que lui a conféré la loi française du 8 février 1995, il s'est lancé de manière pragmatique dans la délivrance de véritables « guides de la chose jugée ».

La contrainte n'est pas la seule vertu de cette technique. A cet effet, le juge administratif y déploie des qualités pédagogiques exemplaires qui viennent renforcer l'effectivité de ses interventions.

Cette tendance au didactisme se déploie, également, hors du cadre injonctif. Le juge administratif est aujourd'hui efficace car il ordonne, mais aussi parce qu'il éclaire et qu'au besoin, il convainc **(Chapitre I)**.

Les rigidités du recours pour excès de pouvoir ont été assouplies. Son caractère essentiellement destructeur est, désormais, compensé par une faculté d'impulsion adressée à l'action administrative.

Ces évolutions étaient assurément bienvenues dans la mesure où les interventions du juge administratif sont aujourd'hui dotées de l'efficacité que les justiciables (Administration comme particuliers) étaient en droit d'en attendre. Elles n'ont, cependant, pas manqué de raviver le débat relatif à la prohibition du « juge-administrateur ».

Le renouvellement des méthodes du juge administratif l'aura en réalité mis en pleine possession de ses pouvoirs légitimes. De même, le recours pour

excès de pouvoir, réaménagé, rénové, n'est pas contaminé par la pleine juridiction au point de se fondre en elle. Il conserve la spécificité qui fit de lui la pièce maîtresse du contentieux administratif (**Chapitre II**).

Chapitre I : La délivrance de « guides de l'exécution de la chose jugée »

« Il y a une vie après les annulations contentieuses »¹. S'il n'en a longtemps eu qu'une connaissance lointaine, le juge administratif a progressivement assimilé cette réalité à partir de la fin des années 1990.

Cette prise de conscience s'est accélérée avec le tournant des années 2000, au point que ce constat relève aujourd'hui de l'évidence pour nos juridictions administratives.

La fin des années 2010 en porte de nouvelles marques, par exemple au travers de la décision *Mafille c/ Ville de Brest* du 26 mai 2010 dans laquelle le Conseil d'Etat français reconnaît explicitement que le délai d'exécution d'une décision de justice doit, lui aussi, être pris en compte pour l'appréciation du caractère raisonnable des délais de jugement².

Le juge administratif s'est, longtemps, distingué par une certaine réticence à mettre en œuvre ouvertement les moyens de nature à obtenir, en cas de mauvais vouloir de l'Administration, l'exécution de la chose jugée.

D'incontestables progrès ont été accomplis sur ce point. A juste titre, il est à penser immédiatement à l'octroi au juge administratif du pouvoir d'injonction par la loi du 8 février 1995³.

L'amélioration de l'exécution des décisions de la juridiction administrative lui doit, en effet, beaucoup, sans toutefois devoir s'y résumer.

La réduction des délais de jugement et surtout l'instauration d'un mécanisme effectif et rapide de suspension des décisions administratives

¹-J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, « Conditions relatives au pouvoir d'injonction conféré au juge administratif par la loi du 8 février 1995 », *A.J.D.A.* 1996, p. 115.

²-C.E., 26 mai 2010, *Mafille c/ ville de Brest*, n° 316292 ; *R.F.D.A.* 2012, p. 111. Par cette décision, le Conseil d'Etat précise et complète sa jurisprudence *Magiera* sur les contours de la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice administrative.

³ - Loi n° 95 -125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *J.O.* n° 34 du 9 février 1995, p. 2175.

permettent, désormais, souvent d'éviter que l'irréversible ne se soit produit lorsque la décision au fond intervient. Le pouvoir de modulation des effets temporels des annulations contentieuses concourt au même résultat.

L'attribution au juge administratif du pouvoir d'enjoindre à l'Administration n'en demeure pas moins une « césure fondamentale »¹ dans l'histoire du contentieux administratif français.

Il serait inexact de présenter l'emploi de la technique injonctive comme un changement radical dans l'attitude du juge administratif. Il serait plus juste de parler de reconquête, voire de « restauration »² du juge dans l'intégralité des ses fonctions.

Le recours à l'injonction juridictionnelle participe de la dimension pacificatrice de l'office du juge. Elle sert bien sûr à contraindre, mais au-delà, son maniement permet également et, peut-être, surtout de guider, éclairer et convaincre **(Section I)**.

Ce second aspect est néanmoins incontestablement, lui aussi, un enjeu d'autorité et de pouvoir. C'est sans doute la raison pour laquelle le juge souhaite aujourd'hui « être entendu autant qu'obéi »³. La clarté des décisions de justice et l'adhésion de leurs destinataires ne peut en outre que contribuer à renforcer l'efficacité des ces dernières **(Section II)**.

¹ - D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés - Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P. WACHSMANN dir., P.U.S., Strasbourg, 2002, p.p. 15-26, spé. p. 26.

² -Y. GAUDEMET, « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in *Le Pouvoir : mélanges offerts à Georges Burdeau*, L.G.D.J., Paris, 1977, p.p. 805-824, spé. p. 807

³ - B. PACTEAU, sous C.A.A. Bordeaux, 8 novembre 2005, *CCI de Bordeaux et Michaud*, J.C.P. A 2006, 1041, p. 8 de la chron. en pagination Internet.

Section I : Une pratique assumée de la technique injonctive

La réflexion relative au maniement de l'injonction par le juge administratif français a longtemps été concentrée sur le principe jurisprudentiel de prohibition de cette dernière.

Un requérant ayant obtenu gain de cause devant le juge administratif a, en effet, toujours pu légitimement s'attendre à ce que l'Administration condamnée s'incline et qu'en cas de résistance ou de possible hésitation quant aux conséquences à tirer de la décision rendue, le juge se fasse plus directif à son égard.

Rien ne semblait devoir s'y opposer. C'est incontestablement un verrou psychologique que la loi du 8 février 1995 a brisé (§1). Des juridictions territoriales au Conseil d'Etat, la juridiction administrative pratique, désormais, l'injonction légale sans réserve (§2).

Par le maniement de cet outil, le juge administratif s'est trouvé projeté dans l'après-jugement. Il n'est, dès lors, guère surprenant qu'il se soit assez rapidement affranchi du cadre légal pour assortir certaines de ses décisions de directives d'exécution indiquant les conséquences à en tirer (§3).

§1 – La fin du mythe de « l'impossible injonction »

La question des méthodes destinées à assurer l'exécution de la chose jugée prend essentiellement sa source dans les cas de méconnaissance de cette obligation par l'Administration.

Cette donnée mérite que l'on s'y arrête, d'autant qu'il apparaît que ces cas, peu nombreux, sont, sans doute, davantage dus à un certain désemparement des services de l'Administration chargés d'assurer l'exécution des décisions juridictionnelles qu'à un quelconque esprit de défiance (A).

Le principe de prohibition de l'injonction à l'égard de l'Administration active, longtemps règle absolue au sein du prétoire administratif, n'en paraît que plus surprenant (B).

Il faut se réjouir de sa mise en échec et de la reconquête par le juge administratif d'un pouvoir qu'il avait sciemment abandonné dans sa partie la plus ostentatoire (C).

A – La méconnaissance par l'Administration de la chose jugée : un phénomène récurrent et minoritaire :

Les cas de méconnaissance par l'Administration de la chose jugée ne sont pas chose nouvelle. Ils ont été dénoncés de longue date par la doctrine¹ comme par des membres de la juridiction administrative².

Il semblerait, néanmoins, que le phénomène soit très minoritaire au regard de l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat³.

Si le nombre des réclamations suscitées par le mauvais comportement de l'Administration a pu connaître une hausse, elle ne doit pas être imputée à

¹ - Décision *Fabrègues* du 22 juillet 1910, S. 1911, III, p.p. 121-122 ; l'arrêt *Dame Lamotte* du 17 février 1950, R.D.P. 1951, p.p. 478-479 et la décision *Société des automobiles Berliet* du 28 décembre 1949, S. 1951, III, p.p. 1-7.

² - P.-L. JOSSE, « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions et sur les ordres », in *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire. 4 nivôse an VIII – 24 décembre 1949*, Sirey, 1952, p.p. 161-175, spé. p. 174 et « L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public », *E.D.C.E.* 1953, p.p. 50-51 ; A. LEFAS, « Notes sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *E.D.C.E.* 1949, p.p. 64-76 ; G. BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations en excès de pouvoir », *E.D.C.E.* 1961, n° 15, p.p. 53-65.

³ - La majorité de la doctrine s'accorde sur ce point, bien qu'il ait été difficile de mesurer l'ampleur de la résistance à l'exécution des décisions de la juridiction administrative avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 février 1995. G. BRAIBANT, *Op. cit.*, spé. p. 61 ou encore C. CHARLES, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *Dr. Adm.* avril 2005, n° 4, p.p. 10-15, spé. p. 11. Le rapport sénatorial Haenel (rapport de la commission d'enquête sénatoriale sur la justice administrative) présenté par le sénateur H. Haenel (rapporteur J. Arthuis, rapport Sénat n° 400, seconde session ordinaire de 1991-1992, p. 36, accessible sur le site Internet du Sénat) estimait ainsi en 1992 que le taux d'inexécution, c'est-à-dire le nombre des jugements portés devant la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat par rapport au nombre total de jugements rendus par la juridiction administrative, étaient de 0,77 %. Le règlement d'une partie des affaires présentant difficulté par la Section permettait de réduire ce taux à 0,19 %. D'autres méthodes de calcul ont pu donner des chiffres quelque peu différents (v. par ex. C. CHARLES, préc., ou auparavant J. -P. COSTA, « L'exécution des décisions de justice », *A.J.D.A.* 1995, n° spécial, p.p. 227 et s., spé. p. 2 en pagination Internet).

une augmentation des cas de non-exécution mais, à la meilleure information des justiciables et de leurs conseils sur les voies qui leurs sont ouvertes dans ce cas de figure¹.

Il existera, sans doute, encore des cas isolés de résistance délibérée à la chose jugée. Les membres de la juridiction administrative ont parfois l'occasion d'en témoigner².

Les cas d'abus sont néanmoins très rares et les décisions du juge sont appliquées³. Le très faible taux d'astreintes définitives en témoigne. Ce constat est étayé par les dires des magistrats. Ainsi, Mme Bonmati, estimait en 2005, sans être contredite par ses pairs, que «l'Administration ne refuse pas, *a priori*, d'exécuter les décisions de justice»⁴.

Les manifestations, aujourd'hui plus rares, des mauvaises exécutions par l'Administration de la chose jugée sont diverses. Des jurisprudences anciennes ont indiqué qu'il a pu s'agir de l'édiction, par l'Administration concernée, d'une décision identique à celle annulée, ou bien d'une décision dotée d'effets analogues.

Ce fut le cas dans la classique « affaire *Fabrègues* », dans laquelle un maire s'obstina à suspendre systématiquement le garde champêtre de sa commune au début de chaque mois, en dépit de l'annulation par le Conseil d'Etat de ses dix premiers arrêtés de suspension⁵.

¹ - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, Montchrestien, Paris, 2008, p. 1157. Le nombre de réclamations, qui était d'une centaine en 1977, n'a cessé de croître, pour dépasser les 600 à partir de 1987 et atteindre finalement le millier par an.

² - M. Pocheron, qui faisait part lors d'une journée d'étude organisée avec la cour administrative d'appel de Marseille des difficultés particulières d'exécution qu'il connut au tribunal administratif de Paris, avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 février 1995, avec la préfecture de police et la ville de Paris. Ces dernières s'illustraient alors par un non-respect des décisions rendues par le tribunal en matière de droit des étrangers (*L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, Journée d'étude Centre de Recherches Administratives - Cour administrative d'appel de Marseille, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, P.U.A.M., Aix-Marseille, 2006, Débats, p.p. 45-46).

³ - P.- G. FRANCOZ, « *L'injonction et l'exécution des décisions de justice* », Journée d'étude Centre de Recherches Administratives - Cour administrative d'appel de Marseille, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille II, *Op. cit.*, Débats, p. 114.

⁴ - *Ibid.*, p. 30. Mme Bonmati n'a d'ailleurs pas été contredite sur ce point à l'occasion des débats.

⁵ - C.E., 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Fabrègues*, note M. HAURIOU, préc.

L'arrêt *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte* du 17 février 1950 précité fut l'occasion d'en fournir un autre exemple¹. Le plus souvent, l'inexécution de la chose jugée a pris la forme passive de l'inertie, se traduisant par l'abstention ou le refus implicite de prendre les mesures nécessaires pour donner une suite pratique à l'annulation prononcée.

La jurisprudence est surtout ponctuée de cas de non-réintégration de fonctionnaires illégalement révoqués ou de non-reconstitution de leur carrière (ou de reconstitution incomplète)².

La plus grande part des cas de méconnaissance par l'Administration de la chose jugée, en particulier avant la loi française du 8 février 1995, se rapportaient, cependant, davantage à des retards d'exécution qu'à de véritables refus d'exécution³.

Les causes des difficultés rencontrées au stade de l'exécution des décisions de justice condamnant l'Administration ont été étudiées. La nature même de cette dernière est parfois mise en avant.

Ses biens ne peuvent en effet pas être saisis comme peuvent l'être ceux d'un particulier⁴. La raison principale des difficultés en cause est, cependant, largement liée à l'objet des litiges.

La plupart des jugements qui relèvent du plein contentieux statuent directement sur les droits en cause. Leur portée juridique est donc précise. Il en va ainsi des décisions rendues en matière fiscale, qui fixent de manière

¹ - C.E., Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, Rec ; p. 110. A la suite de l'annulation de concessions illégales de terres, le préfet prit un ordre de réquisition puis une nouvelle décision de concession en faveur du même bénéficiaire. Le Conseil d'Etat relevait que l'arrêté attaqué n'avait eu « d'autre but que de faire délibérément échec » aux précédents arrêts avant de prononcer une annulation pour détournement de pouvoir.

² - M. BRAIBANT en donne plusieurs exemples dans son étude de 1961 relative à l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir (*Op. cit.*, spé. p. 61). R. CHAPUS, *Op. cit.*, spé. p.p. 1160-1161.

³ - S. PONTIER, « L'exécution des décisions du juge et l'application des injonctions », in *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, *Op. cit.*, p.p. 33-41.

⁴ - G. MARCOU, « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *R.F.D.A.* 2006, p.p. 84-95, spé. p. 93.

chiffrée le montant de la décharge d'imposition qu'elles prononcent ou qui en livrent avec précision les modalités de calcul.

Il en va de même de tous les jugements condamnant l'Administration à payer une somme d'argent déterminée (ou dont les modalités de calcul sont livrées dans la décision).

Il en va encore, ainsi, de décisions rendues dans le cadre de contentieux spéciaux, comme celui des installations classées, dans lesquels le juge peut procéder de lui-même à la modification de la décision administrative contestée.

Dans ces contentieux, faute d'hésitation à avoir quant à la détermination de la portée des jugements rendus, les problèmes d'exécution se sont toujours faits plus rares.

Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir en revanche, il est parfois difficile de cerner l'ensemble des conséquences à tirer de la seule annulation – rétroactive qui plus est – de l'acte attaqué.

Dès lors, l'Administration peut hésiter quant à l'attitude à adopter ou ne pas analyser correctement l'étendue des actions qui lui incombent. Il ressort de ce constat que les services administratifs avaient sans doute davantage besoin d'être éclairés que contraints.

Il n'en demeure pas moins que l'Etat de droit ne pouvait et ne peut s'accommoder d'exécutions insuffisantes, erronées ou simplement tardives des décisions de justice, quelles qu'en soient les causes et nonobstant leur faible nombre.

Les pouvoirs publics, conscients de l'importance de la question, comme de la réalité voulant que les administrateurs soient davantage sensibles aux recommandations des autorités supérieures de l'Etat qu'aux risques contentieux auxquels ils s'exposent en cas de non exécution de la chose

jugée, prirent, d'ailleurs, des circulaires de bonne conduite sur la question à la fin des années 1980¹.

Le déficit d'image et la recherche de légitimité du juge administratif militaient aussi pour une amélioration de la précision de la portée de ses décisions, afin que les parties soient à même d'en saisir effectivement toutes les implications. Il devenait en outre urgent que l'Administration soit traitée « comme un justiciable ordinaire et qu'elle le sache »².

L'absence d'utilisation par le juge administratif de la technique de l'injonction risquait en effet de porter atteinte au crédit de ses grandes constructions jurisprudentielles et de réduire leur portée à celle d'un « jeu intellectuel »³ et, plus largement, de déprécier la juridiction administrative dans son ensemble.

Le soupçon de déférence du juge administratif à l'égard de l'Administration justiciable et la complexité des situations créées par certaines décisions juridictionnelles étaient, en effet, les deux grands axes de la vive critique nourrie à l'encontre de l'ordre juridictionnel administratif jusqu'aux années 1990⁴.

¹ - Circulaire du 23 juin 1987, adressée par le ministère de l'Intérieur aux préfets, visant les cas de retards et de refus d'exécution de la chose jugée par les autorités décentralisées (circulaire relative à « l'exécution des décisions de justice par les collectivités locales et leurs établissements publics », D. 1987, législation, p.p. 462- 464, J.O. 2 décembre 1987, p. 14026). Circulaire du 13 octobre 1988 adressée par le Premier ministre M. Rocard aux membres du gouvernement, demandant à ses destinataires de rappeler aux fonctionnaires dont ils sont les supérieurs « le caractère impératif d'une exécution correcte et rapide de la chose jugée » (circulaire « relative au respect des décisions du juge administratif », R.F.D.A. 1988, p. 932-933.

² - F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *R.F.D.A.* 1996, p.p. 43-57, spé. p. 47.

³ - M. WALINE, sous C.E., 2 mai 1962, *Caucheteux et Desmonts*, R.D.P. 1963, p.p. 279-285, cit. p. 280.

⁴ - J.-M. WOEHLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Ed. de l'Université et de l'Enseignement Moderne, Paris, 1981, p.p. 341-368 et A. MARION, « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p.p. 21-34, spé. p. 26 : « A la fois juge de litiges et donneur de leçons à l'Administration, le Conseil d'Etat privilégie incontestablement le second rôle. [...] Il est plus intéressé aux questions de principe qu'aux litiges concrets. Il sacrifie des trésors d'énergie et de compétence au dogme de l'infailibilité jurisprudentielle, alors que la foule des justiciables attend des solutions ».

Etant donné le poids de ces arguments et la véritable nature des difficultés d'exécution des décisions du juge administratif, la pratique de l'injonction semblait bien davantage devoir être appréhendée comme une technique précieuse au service du juge et des parties que comme une effrayante déclaration de guerre à l'Administration¹.

B – Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le fut-elle?

Les arrêts par lesquels, sous le second Empire (à une époque de justice retenue) le Conseil d'Etat avait commencé à s'engager dans la voie des injonctions de fond à l'Administration ne connurent pas de postérité².

Cette tendance émergente prit fin avec l'instauration de la justice déléguée. S'efforçant de préserver l'autonomie de l'Administration active, le juge choisit de renoncer à se montrer détenteur d'un pouvoir de commandement qui aurait pu continuer à lui donner les traits d'un administrateur³.

Depuis, réserve faite des injonctions d'instruction⁴, le juge administratif s'était toujours refusé à adresser de tels ordres à l'Administration¹.

¹ - C. GUETTIER, « L'administration et l'exécution des décisions de justice », *A.J.D.A.* 1999, hors-série (n° spécial 20 juillet/20 août 1999), p.p. 66-76, not. p. 76.

² - Le lecteur reconnaîtra ici la référence faite à l'étude de F. MODERNE, « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *R.F.D.A.* 1990, p.p. 798-821. Sur le principe de prohibition des injonctions, outre les références citées dans les développements qui vont suivre, voir notamment R. LOTH, *De l'autorité de la chose jugée en matière administrative*, Imprimerie et Librairie Camille Robbe, Lille, 1911, 252 p., spé. p.p. 76-77 ; H. GRACH, « *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'Administration* », Sirey, Paris, 1912, p.p. 69-80 ; P. LAURENT, *L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'Etat. Etude de principes et de jurisprudence*, Imprimerie universitaire, Aix-en-Provence, 1941, p.p. 61 ; C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, L.G.D.J., Paris, 1961, p.p. 406-408 ; F. BENOIT-ROHMER, « *La recevabilité dans le droit du contentieux administratif français* », dactyl., Strasbourg, 1984, p.p. 345-357.

³ - J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *A.J.D.A.* 1972, p.p. 67-89, spé. p. 76, et Y. GAUDEMET, « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », *Op. cit.*, spé. p. 807.

⁴ - De la sorte, le juge oblige l'Administration à lui fournir l'ensemble des documents nécessaires pour juger. En vertu de la formule jurisprudentielle relative à ces injonctions, devenue classique, il appartient au juge « d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa

Il s'agissait, bel et bien, en la matière d'une autolimitation. Comme le soulignait M. Chapus avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 février 1995, « on est pris de perplexité devant une jurisprudence aussi mystérieuse qu'elle est imperturbable et massive »².

Les formules relevées sur ce point dans les arrêts sont des plus lapidaires, et le ton, notablement péremptoire³, « comme si le Conseil d'Etat entendait compenser la faiblesse du raisonnement par la fermeté de l'affirmation »⁴.

Passablement mythifiée dès le départ, la règle était devenue une sorte de tabou tirant apparemment sa légitimité de sa répétition rituelle. Le manque de justification théorique de cette solution jurisprudentielle avait pourtant été relevé à maintes reprises⁵.

Les arguments théoriques au soutien d'un tel principe prenaient appui pour l'essentiel sur les fameux articles de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III interdisant aux juges de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ».

=conviction et de permettre la vérification des allégations du requérant ». C.E., Sect., 1^{er} mai 1936, *Couespel du Mesnil*, Rec. p. 485.

¹ - Le juge administratif refusait donc de prononcer des injonctions à titre principal, c'est-à-dire des injonctions dont le prononcé était l'objet même de la saisine de la juridiction. Ont ainsi été déclarées irrecevables les demandes tendant, par exemple, à faire ordonner une admission dans un établissement d'enseignement. C.E., 25 novembre 1953, *Collado*, Rec. p. 515, ou bien la réintégration dans le logement de fonction dont le requérant avait été expulsé. C.E., 22 novembre 1968, *Ville de Toulouse*, Rec. p. 587, à faire inviter un ministre à réexaminer une décision. C.E., Sect., 22 avril 1955, *Com. de Saint-Martin-en-Vercors*, Rec. p. 203, ou bien à modifier une réglementation. C.E., 23 avril 1980, *Camlong*, Rec. p. 194 ; A.J.D.A. 1981, p. 51, ou encore à faire prescrire à l'Administration de soumettre le requérant à un examen médical. C.E., 9 juillet 1958, *Dame Dhamelin-court*, Rec. p. 424.

² - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1990, p. 546.

³ - « Il n'entre pas dans les pouvoirs du juge administratif d'adresser des injonctions à une autorité administrative ». C.E., 4 février 1976, *Elissonde*, Rec. T. p. 1069, « le juge administratif n'a pas qualité pour adresser des injonctions à l'Administration ». C.E., 3 avril 1987, *Consorts Heugel*, Rec. p. 119, Pour une liste fournie de décisions affichant des formules de ce type, F. MODERNE, « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *Op. cit.*, spé. p. 804, notes 40 et 41. La formule englobait aussi bien les organes publics que les organes de droit privé chargés d'une mission de service public et dotés de prérogatives de puissance publique. C.E., 4 novembre 1983, *Noulard*, n° 31184, Rec. p. 451.

⁴ - F. MODERNE, *Op. cit.*, p. 803.

⁵ - R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif*, 10^e édition, *Op. cit.*, p.p. 884 ; C.E., 24 octobre 1969, *Gougeon* et C.E., 12 novembre 1969, *Pasquier*, R.D.P. 1970, p.p. 394-402 ; C.E., Section, 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros et autres*, R.D.P. 1970, p.p. 1035-1042, F. MODERNE (« Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *Op. cit.*).

Cette explication ne pouvait pas séduire : non seulement les textes révolutionnaires n'ont pas expressément condamné le pouvoir d'injonction du juge à l'égard de l'Administration, mais surtout, ces dispositions ne pouvaient concerner les juridictions administratives, qui n'existaient pas à l'époque où ces textes ont été écrits.

De plus, même à recevoir cet argument, et comme l'écrivait M. Waline en 1970, « si la séparation de la juridiction, même administrative, et de l'Administration est un principe de notre droit, la soumission de l'Administration au Droit en est un autre, et sans doute plus important pour les droits des citoyens.

[...] Si la soumission de l'Administration au Droit ne peut être obtenue effectivement qu'au moyen d'injonctions (au besoin assorties d'astreintes) prononcées par le juge administratif, il n'y a pas de principe qui puisse être valablement opposé à la reconnaissance de ce pouvoir du juge »¹.

En réalité, les considérations qui furent déterminantes dans l'attitude du Conseil d'Etat étaient de pure opportunité. M. Hauriou notait ainsi que l'Administration n'aurait pas aimé, en toute hypothèse, recevoir d'injonctions, fût-ce du Conseil d'Etat².

A quoi cela aurait-il servi d'adresser des injonctions à des autorités administratives non disposées à les exécuter sachant que le juge aurait engagé dans l'aventure son prestige et son autorité?

Le juge administratif semblait donc décidé à se montrer d'une prudence infinie. M. Rivero n'avait pourtant pas tort de considérer que c'était là un bien

¹ - M. WALINE, note sous C.E., Sect., 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros et autres*, *Op. cit.*, p. 1040.

² - C.E., 30 novembre 1906, *Denis et Rage Roblot*, S. 1907, III, p.p. 17-19.

«piètre argument» et qu'en avouant son impuissance, le juge administratif n'avait pas choisi la meilleure façon de faire progresser le droit¹.

En effet, il n'existait dès lors aucun moyen de faire cesser immédiatement un agissement illégal de l'Administration, quand bien même eût-il porté atteinte à une liberté fondamentale, d'autant plus que la décision du juge des référés s'aventurant à constater l'illégalité de l'agissement administratif aurait été immanquablement annulée en appel comme faisant préjudice au principal.

C'est vraisemblablement parce qu'il semblait inespéré d'attendre un revirement de la jurisprudence en matière d'injonction que la voie législative fut utilisée².

L'environnement juridique était de moins en moins favorable au maintien du principe, qu'il s'agisse du contexte de droit comparé³, de

¹ - J. RIVERO : « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Sirey, Paris, 1963, p.p. 813-836, p. 830, et l'auteur d'ajouter : « mesurer l'autorité du juge à ce que le justiciable est disposé à accepter de lui, ce serait avouer l'impuissance du Droit » (*ibid.*). Et, du même auteur, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexion naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, p.p. 37-40. J. Rivero y soulignait également la nature plus pragmatique des difficultés d'exécution de la chose jugée par le juge administratif : « l'obéissance n'est-elle pas plus facile lorsque l'ordre est plus précis ? » (*ibid.*).

² - La loi des 16-24 août 1790, invoquée au soutien du principe de prohibition des injonctions du juge administratif à l'Administration, n'a pas valeur constitutionnelle. C.C., 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC, G.D.C.C. 17^e éd., 2013, n° 6. De ce fait, aucun obstacle de valeur supra-législative n'était de nature à s'opposer à l'attribution par le législateur au juge administratif d'un pouvoir que celui-ci se refusait traditionnellement à exercer.

³ - Le principe de prohibition des injonctions à l'égard de l'Administration, dans les quelques pays où il a été adopté, connaissait déjà un déclin significatif. Dans les pays anglo-saxons (où règne le principe de l'unité de juridiction), il n'est guère pratiqué : en Grande-Bretagne, si l'on met à part le cas de la Couronne, les pouvoirs du juge à l'égard de l'Administration sont de même nature que ceux dont il dispose à l'égard de n'importe quel justiciable. Dans les pays de la famille romano-germanique, nombreux sont les droits nationaux qui ont doté les juges du pouvoir d'adresser des injonctions aux personnes publiques (qu'il y ait unité ou dualité de juridiction) : tel est le cas de l'Allemagne, des Pays-Bas, de l'Italie (où le juge administratif peut même se substituer à l'Administration pour prendre l'acte auquel cette dernière était tenue en application d'un jugement), de la Suisse (où le juge dispose de pouvoirs comparables) ou encore de l'Espagne. M. FROMONT, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », *R.F.D.A.* 2002, p.p. 551- 560 ; G. MARCOU, « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *R.F.D.A.* 2006, p.p. 84-95 (préc.) ; Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), *La justice administrative en Europe*, P.U.F., Paris, 2007, ainsi que F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *Op. cit.*, spé. p.p. 50-51. De la même manière, le droit communautaire C.J.C.E., 19 juin 1990, *Secretary of State for Transport v. Factortame Ltd*, Aff. C-213/89, G.A.J.U.E., 1^{ère} éd., 2010, n° 36 et, de manière alors plus incidente, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, ont exercé une certaine pression en faveur de la reconnaissance par les droits nationaux d'un pouvoir d'injonction des juges à l'égard de l'Administration.

l'attitude des tribunaux judiciaires¹ ou de l'attribution de ce pouvoir d'injonction à de nombreuses autorités administratives indépendantes². Plus tôt. En France le Conseil d'Etat lui-même avait semblé admettre le bien-fondé de l'injonction juridictionnelle puisqu'il n'avait pas hésité à énoncer, dans un arrêt d'Assemblée du 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, que le pouvoir d'injonction dont disposent les juges, éventuellement conforté par une mesure d'astreinte, découlait de l'application d'un principe général du droit³.

Les temps semblaient donc mûrs pour la disparition d'un vieux tabou de la juridiction administrative. De fait, les dispositions de la loi du 8 février 1995 relative au pouvoir d'injonction du juge administratif furent adoptées «sans davantage d'étonnement que n'en susciterait l'effondrement d'un immeuble vermoulu»⁴.

¹ - Le juge judiciaire s'est attribué, de longue date et dans de nombreuses hypothèses – on pense surtout aux hypothèses de voie de fait administrative – le pouvoir de donner des ordres à l'Administration, sans qu'il ne semble que les textes de 1790 et de l'An III aient nécessité une exégèse. T.C., 17 juin 1948, *Manufacture de velours et peluches et Société Velvétia*, Rec. p. 513. Le juge judiciaire enjoint cependant également à l'Administration, le cas échéant sous astreinte, en cas de condamnation de cette dernière à payer une somme d'argent. T.C., 19 mars 2007, *Mme Madi*, Rec. p. 594. (Que le juge judiciaire utilise le pouvoir d'injonction à l'égard des personnes publiques dans le cadre des litiges de droit privé auxquelles elles sont parties paraît cependant parfaitement logique : il eût été en effet difficile d'exiger de lui qu'il se comportât envers l'Administration, lorsqu'elle utilise volontairement des procédés de droit privé, d'une manière spécifique). La Cour d'appel de Paris n'a par la suite pas hésité à adresser des injonctions à l'Administration dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. C.A. Paris, 1^{ère} chambre, section concurrence, *Société du Journal Téléphoné*, 18 mars 1993, R.F.D.A. 1994, p. 80. Le juge judiciaire ne s'est pas davantage senti limité par le principe rappelé par l'article 1142 du Code civil selon lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

² - La possibilité d'adresser des injonctions aux personnes de droit public avait été reconnue plusieurs autorités de ce type : par exemple, le Médiateur de la République (en cas d'inexécution d'une décision passée en force de chose jugée), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (en cas de manquement grave, par les sociétés nationales de programmes ou par l'Institut national de l'audiovisuel, aux dispositions des cahiers des charges ou aux décrets en Conseil d'Etat pris en vertu de la loi du 17 janvier 1989), ou encore le Conseil de la concurrence.

³ - C.E., Ass., 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, Rec. p. 276. Le litige portait sur la légalité d'un décret qui conférait au juge judiciaire le pouvoir d'ordonner aux parties, sous peine d'astreinte, la production des éléments de preuve qu'elles détenaient. Les juges du Palais-Royal ont alors reconnu dans une telle faculté l'expression d'un principe général du droit, sans restriction quant à la nature de la juridiction saisie du litige.

⁴ - B. PACTEAU, « *Manuel de contentieux administratif* », 2^e éd., P.U.F., Paris, 2010, p. 249. La loi de 1995 n'est d'ailleurs pas un grand texte sur la juridiction administrative, et son titre IV, qui concerne l'injonction juridictionnelle administrative, contient des dispositions assez disparates. Sur cette dimension de l'évolution étudiée, v. D LABETOULLE, « L'octroi d'un pouvoir d'injonction d'exécution au juge administratif : de la préparation de la loi de 1995 à son application actuelle » (et questions), in *L'exécution des décisions de justice administrative*, Première journée d'étude Tribunal administratif de Pau / Faculté de Droit de Pau, 23 septembre 2008, J. GOURDOU, O. LECUCQ et J.-Y. MADEC, dir., Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2008, p.p. 15-37. Les dispositions en cause ne furent en outre=

C – L'intensification des pouvoirs de garantie de la chose jugée :

Si l'élan décisif et ultime est venu du législateur, le juge administratif ne s'était en réalité pas totalement dépourvu de ses pouvoirs de commandement.

Celui-ci ne concevait en effet aucun obstacle de principe qui vint s'opposer à ce qu'il adressât des injonctions à des personnes privées ordinaires¹.

Le Conseil d'Etat avait également reconnu, indépendamment de tout appui textuel, la faculté pour les juridictions administratives d'adresser des injonctions à l'Administration dans le cadre de l'instruction d'une affaire².

M. Perrin estime d'ailleurs que la principale fonction de la distinction entre injonctions de fond et injonctions de procédure est de souligner que le juge administratif n'avait pas complètement renoncé à exercer ses pouvoirs de commandement à l'égard de l'Administration³.

S'agissant de la part la plus politiquement délicate de son pouvoir de prescription à l'égard de l'Administration et de l'exécution de la chose jugée, le juge administratif disposait tout de même d'un certain nombre d'outils qu'il s'était pour la plupart forgés lui-même⁴.

=pas contestées devant le Conseil constitutionnel saisi de la loi (ni relevées d'office en tant qu'elles auraient été contraires à un principe constitutionnel). C.C., 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, n° 95-360 DC ; P.A. 20 octobre 1995, n° 126, p. 4.

¹ - Le juge administratif a ainsi pu ordonner l'évacuation de personnes privées occupant indûment le domaine public. C.E., 8 janvier 1960, *Lafon*, Rec. p. 15 ; C.E., Sect., 25 mai 1960, *Dame Barbey*, Rec. p. 222, voire le domaine privé. C.E., Ass., 26 février 1965, *Soc. du Vélodrome du Parc des Princes*, n° 65549, Rec. p. 133, ainsi que l'interruption de travaux entrepris sans titre sur le domaine public. C.E., Sect., 25 janvier 1980, *Société des terrassements mécaniques et Mariani*, Rec. p. 49. Il a encore pu prescrire au titulaire d'un marché public de remettre à la disposition de la personne publique contractante des matériels ou engins de travaux publics, C.E., 13 juillet 1956, *Office HLM de la Seine*, Rec. p. 343.

² - C.E., 28 mai 1954, *Barel*, G.A.J.A. 19^e éd., 2013, n° 68.

³ - A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, thèse, Panthéon-Assas, Paris, 2009, 917 p., spé. p.384.

⁴ - Faute de pouvoir aisément les qualifier d'« injonctions » eu égard au contexte jurisprudentiel de l'époque, la doctrine les a qualifiés de pratiques « proches » de l'injonction. Y. GAUDEMET, «Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », *Op. cit.*, p. 820. Pour J. Chevallier, «l'analogie avec un véritable pouvoir d'injonction est frappante » in « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *Op. cit.*, p. 82, de « conseils à l'Administration active », Y. GAUDEMET, *Op. cit.*, =

Il est à noter que ces méthodes, essentiellement utilisées dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, ne sont au demeurant pas périmées. Le juge administratif a ainsi pu énoncer dans la motivation de ses décisions les mesures que comportait l'exécution de la chose jugée¹.

Si ce procédé a parfois été utilisé à titre préventif², ses manifestations les plus fréquentes se sont exprimées à l'appui d'un second recours, suite à la méconnaissance par l'Administration de la chose jugée³.

Dans le même cas de figure et de façon plus remarquable, certains jugements sont venus prononcer, dans leur dispositif même, le renvoi du requérant devant l'Administration afin que cette dernière statue de nouveau sur la demande qu'elle avait illégalement rejetée⁴.

=p. 819 et *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972, spé. p. 112, de « techniques douces » d'incitation, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, *Op. cit.*, p. 988, de procédés indirects », A. DE LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, et Y. GAUDEMET, *Droit du contentieux administratif*, 17^e éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 72, de « palliatifs », F. MODERNE, « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *Op. cit.*, 808 et D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 350 ou encore de succédanés » d'injonction, J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *Op. cit.*, p. 82.

¹ - C.E., 26 décembre 1925, *Rodière*, n° 88369, Rec. p. 1065, R.D.P. 1926, Cet arrêt caractéristique indiquait les conséquences devant être tirées de l'annulation d'une éviction irrégulière de la fonction publique ; C.E., Sect., 13 juillet 1965, *Merkling*, Rec. p. 424.

² - C.E., 19 juin 1903, *Colonel Ledochowski*, Rec. p. 452, arrêt dans lequel le Conseil d'Etat, tout en annulant une décision de mise à la retraite d'office, constate dans les motifs de son jugement que « le rétablissement demandé est la conséquence de droit de l'annulation qui va être prononcée ». Ou encore C.E., Sect., 24 février 1961, *Sieur Zimmet*, Rec. p. 144.

³ - H. OBERDORFF, « *L'exécution par l'Administration des décisions du juge administratif* », thèse, Paris II, dactyl., 1981, Tome II, p.p. 498- 499. V. C.E., 9 juin 1899, *Sieur Toutain*, Rec. p. 421 ; C.E., 17 juin 1921, *Sieur Robert*, Rec. p. 603 ; C.E., Sect., 13 juillet 1965, *Ministre des Postes et Télécommunications c/ Sieur Merkling*, n° 54083, Rec. p. 424. Pour des exemples plus récents : C.E., Sect., 14 février 1997, *Colonna*, n° 111648, Rec. p. 38 ; C.E., 3 avril 1998, *Ministre de l'Education nationale et de la culture, P. Pierre Brunet*, n° 133410 Pour une liste très fournie d'exemples ponctuant tout le XX^e siècle, v. F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, thèse, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, dactyl., 2006, p. 547, note 913.

⁴ - C.E., Sect., 8 juin 1956, *Pevet*, Rec. p. 236 (pour une demande d'emploi réservé) ; T.A. Grenoble, 19 septembre 1973, *Ardonceanu*, Rec. p. 810 et C.E., 1^{er} octobre 1975, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 93331, Rec. p. 487 (pour une demande de bourse d'enseignement supérieur) ; C.E., Sect., 30 avril 1976, *Lacorne*, n° 95995, Rec. p. 224 (pour une demande d'obtention de pension).

Cette technique est souvent désignée comme étant celle du « renvoi pour faire ce que de droit »¹. Un autre moyen de pression sur l'Administration fut développé par le juge administratif, dans le plein contentieux.

La technique des condamnations alternatives ou « si mieux n'aime » permettait ainsi au juge, d'offrir à l'autorité condamnée au versement de dommages-intérêts la possibilité de se soustraire à l'obligation pécuniaire mise à sa charge en adoptant un comportement déterminé².

Cette formule, qui se rencontre essentiellement dans le contentieux des travaux publics³, peut s'analyser en une forme d'injonction déguisée : l'Administration, qui dispose souvent des moyens matériels de faire exécuter les travaux à moindre coût, a avantage à procéder à la réparation en nature⁴.

Saisi en vue de la répression des contraventions de grande voirie, le juge pouvait également prescrire à l'Administration (comme aux personnes privées) tout comportement de nature à assurer le rétablissement de l'intégrité du domaine public ou le respect de son affectation⁵.

¹ - C.E., 30 novembre 1900, *Sieur Viaud dit Pierre Lotti*, Rec. p. 681, (renvoi devant l'Administration d'un officier de marine « pour qu'il soit réinscrit sur la liste des capitaines de frégate à la date du 22 avril 1898 et classé immédiatement » avant un autre officier) ; C.E., Sect., 7 février 1903, *Sieur Antoine*, Rec. p. 149 ; C.E., 30 novembre 1906, *Denis et Rage Roblot*, préc. (renvoi du requérant devant l'Administration, après annulation du rejet de sa demande, « pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit ») ; C.E., 4 janvier 1960, *Sieur Guillot*, Rec. p. 4 ; C.E., Sect., 19 octobre 1962, *Demonchaux*, Rec. p. 557 (renvoi du justiciable devant le ministre « pour être procédé à la liquidation de sa pension en conformité des dispositions contenues dans la présente décision »).

² - Suppression ou déplacement d'un ouvrage source de dommages. C.E., 10 mars 1905, *Berry et Chevallard*, Rec. p. 255 ; C.E., 21 janvier 1976, *Commune de Margon*, n° 95484, Rec. T. p. 1166, restitution de matériaux. C.E., 9 février 1955, *Arteil*, n° 9757, Rec. p. 75 ou encore remise des lieux en l'état, C.E., 20 janvier 1956, *Dame Oger*, n° 14914, Rec. p. 26 ; C.E., 19 octobre 1966, *Commune de Clermont*, Rec. p. 551 : commune condamnée au versement d'une indemnité au titulaire d'une concession funéraire, à moins qu'elle ne remplace à ses frais le monument funéraire détruit).

³ - Elle peut néanmoins trouver à s'appliquer dans d'autres contentieux. Le professeur Chapus en relève d'ailleurs un exemple en contentieux fiscal : C.E., 30 mai 1988, *Bidault*, n° 69765, Rec. T. p. 963 (supplément d'instruction, « si mieux n'aime » le ministre accorder au contribuable les dégrèvements impliqués par l'arrêt et en informer le Conseil d'Etat).

⁴ - *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, Journée d'étude Centre de Recherches Administratives - Cour administrative d'appel de Marseille, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, *Op. cit.*, débats, p. 25. L'intérêt de cette méthode peut être double, le requérant attendant en effet souvent une exécution de nature à mettre fin au désordre davantage qu'une indemnité.

⁵ - C.E., 22 mars 1961, *Ville de Charleville*, Rec. p. 204 (injonction à une commune de mettre fin au déversement de résidus industriels dans un cours d'eau).

Le procédé des « dommages-intérêts moratoires » permettait également d'exercer une pression incontestable sur l'Administration¹. Plus récemment (depuis 1992).

S'agissant d'assurer l'effectivité du respect de la chose jugée, les solutions classiques demeuraient cependant prudentes. Sur le plan de la répression, elles se résumaient, d'une part, à la faculté pour le juge d'annuler les décisions de l'Administration méconnaissant ouvertement ou implicitement des jugements précédemment rendus et d'autre part, à l'octroi de dommages-intérêts fondés sur la responsabilité pour faute de la personne publique².

En France, la première astreinte ne fut en effet accordée par le Conseil d'Etat, contre une commune, qu'en 1985³.

Les multiples techniques jusqu'alors utilisées ne sauraient être tenues pour négligeables⁴, mais le tournant décisif fut clairement celui opéré par la loi du 8 février 1995.

Selon les termes de M. Pacteau, celle-ci apportait en effet trois innovations : une déconcentration de la compétence de surveillance de l'exécution de la chose jugée, une intensification des pouvoirs de garantie de cette dernière et une diversification des moments d'intervention du juge administratif⁵.

¹ - Cette pratique rappelait étrangement celle de l'astreinte, puisque consistant à fixer une indemnité périodique jusqu'à la cessation du dommage afin d'inciter l'Administration à accomplir certains actes positifs en exécution de la chose jugée. V. C.E., 23 novembre 1906, *Sieur Bichambis contre ville de Narbonne*, Rec. p. 854, S. 1907, III, p.p. 65-66.

² - S'agissant du refus d'exécuter une condamnation pécuniaire, la somme due s'augmente des intérêts moratoires dont elle est productrice, même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement (art. 1153-1 Cciv.).

³ - C.E., Sect., 17 mai 1985, *Mme Menneret*, n° 51592, Rec. p. 149. Le Conseil d'Etat condamnait une commune à 200 F d'astreinte par jour jusqu'à ce qu'elle ait exécuté le jugement du tribunal administratif annulant une décision de ne pas inscrire le nom d'un « mort pour la France » sur le monument aux morts de la commune.

⁴ - Il y a lieu de citer le sursis à exécution, dont la mise en œuvre impliquait que des injonctions de ne pas faire soient adressées à l'Administration, ou le prononcé d'amendes, non dépourvu d'utilité, dans la mesure où la pratique a montré qu'il remplissait essentiellement une fonction de prévention.

⁵ - B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, 2^e éd., Op. cit., spé. p.p. 255-257.

Un véritable pouvoir d'*injonction* est en effet expressément reconnu au profit du juge administratif et son maniement n'est pas réservé, comme l'était l'astreinte, au juge suprême¹.

La grande nouveauté est que l'injonction, comme l'astreinte qui la soutient, peut désormais être concomitante de la décision qu'elle vise à garantir : elle peut être prononcée à titre préventif.

Alors que la question de l'exécution de la chose jugée ne se posait jusque là qu'une fois la décision rendue. Rappelons que la loi du 8 février 1995 a expressément autorisé le juge à ordonner à l'Administration les mesures d'exécution de la chose jugée, dans le jugement même qu'il rend, dans deux cas :

En premier lieu, lorsque sa décision implique nécessairement qu'une mesure d'exécution soit prise dans un sens déterminé. Saisi de conclusions en ce sens, le juge prescrit alors par la même décision cette mesure, assortie le cas échéant d'un délai d'exécution². L'Administration n'a, alors, aucune liberté de choix quant à la décision à prendre en conséquence du jugement rendu.

En second lieu, lorsque le jugement implique nécessairement qu'une décision soit de nouveau prise après une nouvelle instruction, le juge, qui doit également être saisi de conclusions en ce sens, prescrit que la nouvelle décision soit prise dans un délai déterminé³.

Dans les deux cas, si des conclusions ont été formulées à cette fin, le juge peut assortir l'injonction d'une astreinte⁴. Lorsque les résistances à exécuter n'ont pas été prévenues par les injonctions et astreintes prononcées par le jugement lui-même, la contrainte à exécution peut toujours être

¹ - Confirmé par C.E., Sect., avis, 13 mars 1998, *Mme Vindevogel*, n° 190751, Rec. p. 78.

² - L 911-1 CJA.

³ - L 911-2 CJA.

⁴ - L 911-3 CJA.

recherchée *a posteriori*, par un retour devant le juge (qui statuera alors en qualité de « juge de l'exécution ») auquel il appartiendra d'exercer les contraintes nécessaires¹.

Ce dispositif appelle quelques observations : les conclusions à fin d'injonction doivent, pour être recevables, être l'accessoire d'un recours au fond formé devant le juge administratif, c'est-à-dire, dans la plupart des cas d'un recours pour excès de pouvoir. Les juridictions ont régulièrement l'occasion de le rappeler².

Les mesures de contrainte *a posteriori* sont, désormais, vouées à ne plus être utilisées que marginalement en raison du fonctionnement du système d'injonctions et astreintes *a priori*³ (ce que confirment les magistrats⁴).

Libéré par la loi d'une réticence étonnamment érigée en principe intangible, le juge administratif dispose donc officiellement du pouvoir d'ordonner à l'Administration afin d'assurer le respect de la chose jugée.

Comme le pressentait M. Moderne, le nouveau rapport juge-justiciables ainsi introduit ne comporte pourtant que des contraintes supportables pour

¹ - L 911-4 et 5 CJA.

² - C.E., 27 juillet 2009, *Giard*, n° 302110, Rec. p. 310, à propos de l'injonction *a posteriori*, rappelant que le juge administratif ne peut être saisi d'une demande d'exécution que de ses propres décisions : ni les dispositions de l'article L 911-4 du Code de justice administrative, « ni aucune autre disposition ne permettent à une personne, partie à une instance devant l'autorité judiciaire, de saisir le tribunal administratif d'une demande tendant à l'exécution de la décision rendue par cette autorité ». Une demande tendant à ce que le juge administratif ordonne à l'Administration d'exécuter une décision d'une juridiction judiciaire est donc irrecevable. (En l'espèce, le juge judiciaire avait reconnu la violation par la commune du cahier des charges d'un lotissement à l'occasion de la réalisation d'aménagements. La requérante avait saisi le tribunal administratif de conclusions tendant à ce qu'il enjoigne à la commune, sur le fondement des articles L 911-1 et suivants du code de justice administrative, de démolir les ouvrages en cause et de remettre les lieux en l'état). A.J.D.A. 2009, p. 1525.

³ - Cette opinion est également celle de R. Chapus « *Droit du contentieux administratif* » 13^e édition, *Op. cit.*, spé. p. 1178 et 1181 et C. CHARLES, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *Op. cit.*, spé. p. 13. Ceci est confirmé par les magistrats eux-mêmes :

⁴ - Ainsi, R. Moussaron : « je veux préciser que la plupart des demandes d'annulation dont nous sommes saisis sont, en général, lorsqu'il s'agit de refus d'autorisation, assorties dès la requête initiale, d'une demande d'injonction. Donc c'est en général à ce stade là que l'injonction est traitée, et le cas échéant prononcée. Et l'injonction L 911-4 ne se fait que dans les cas particuliers où l'avocat a omis ou négligé de demander l'injonction à titre préventif » (*L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, Journée d'étude Centre de Recherches Administratives - Cour administrative d'appel de Marseille, *Op. cit.*, spé. Débats, p. 31).

l'Administration justiciable¹. Le juge administratif en a fait la preuve par la façon dont il a manié depuis lors les nouveaux outils dont il s'est trouvé doté.

§2 – Une pratique ferme et dynamique de l'injonction légale

La cour de cassation rendant ses arrêts au nom du Roi, il n'est pas tolérable que l'administration ne s'y plie pas. C'est ce que la haute juridiction marocaine n'a pas manqué d'affirmer dans l'arrêt de 1967, Aboukacem Alaoui :

« La méconnaissance pour l'administration des jugements passés en force de chose jugée constitue, sauf circonstances exceptionnelles, une violation des fondamentales d'organisation et de procédure judiciaire dont l'ordre public impose le respect... ». La même formule est retrouvée notamment dans un arrêt du 12 juillet 1990².

Il faut surtout citer la décision rendue en référé par le président du Tribunal de première instance de Rabat, remarquable par sa rigueur et son bon sens :

« Attendu... qu'aucun texte ne dispense l'Etat d'exécuter les décisions de justice ; que bien plus, le principe de légalité considéré comme l'un des principes fondamentaux consacrés par la constitution marocaine, soumet les agissements de l'Etat au contrôle de la loi ; qu'en conséquence l'Etat peut être jugé conformément au droit ; qu'il en résulte que l'Etat est tenu d'exécuter les arrêts et les jugements rendus à son encontre ; que soutenir le contraire aurait pour conséquence de vider le principe de légalité de son sens... » Par voie de conséquence, le juge ordonnait la saisie des « facultés mobilières » de la COMAGRI³.

¹ - F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *Op. cit.*, p. 45.

² - C.S.A. du 12 juillet 1990, n° 220, Hadj M'barek Al Yacoubi.

³ - Ordonnance de référé, du 16 décembre 1985, R.M.D, p.234, Comagri c/ Henri Bonin et la note : Ouazzani Chahdi (H.), R.M.D. , 1986, n°4, p.183.

Le tribunal administratif de Rabat, à son tour, a saisi les ressources que le code de procédure civile lui offrait pour tenter de mettre fin à « l'inexécution des décisions de justice, cette atteinte intolérable aux droits de l'Homme¹ ».

C'est ainsi qu'il prononce la saisie arrêt d'une somme d'argent représentative d'une indemnité provisionnelle à la laquelle avait été condamné un office et que ce dernier refusait de verser².

Les juridictions utilisent également le procédé de l'astreinte en se fondant sur l'article 448 du CPC, parfaitement applicable devant elles. Le TA de Rabat prononce une astreinte dans une décision El Achari du 6 mars 1997, confirmée par la Cour suprême³.

Elle affirme à ce propos : « Attendu qu'il n'existe aucun texte juridique qui exempte l'administration de la condamnation à l'astreinte dans le cas de son refus d'exécuter un jugement prononcé à son encontre... »

Le TA de Meknès est allé plus loin ; il n'hésite pas à prononcer une astreinte à titre personnel contre l'agent public responsable de l'inexécution⁴

Mais l'expérience montre que le législateur devrait intervenir pour renforcer l'autorité du juge dans ces diverses situations.

La meilleure preuve en est la regrettable décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire commune de Tounfit c/Attaoui⁵ infirmant en appelle la décision du TA de Meknès.

La Cour estime que le recours à l'astreinte n'est pas possible car le juge n'est saisi que d'un recours en annulation. Le requérant ne peut en cas

¹ - M.El Yaâgoubi, REMALD, n°28, 1999, p.67

² - Ord.182 du 24/9/1977, El Ansri c/ OMVA du Loukos, REMALD, n°23, 1998, p.171.

³ - CSA 25/9/1997, Agent judiciaire c/héritiers El Achari, REMALD, n° 23, 1998, p.139, en arabe)

⁴ -Ord. de référé du 23/6/1998, Ismaïli Alaoui, 3/4/1998, Attaoui, M.A. Benaballah, « L'astreinte contre l'administration », REMALD, n° 20-21, 1997, p.234, M. Rousset, « Le juge administratif marocain et l'exécution des décisions de justice », RIPIC, n° 2, 1999, p.197.

⁵ - CSA 11/3/1999, Commune de Tounfit c/Attaoui.

d'inexécution, qu'intenter un recours en indemnité pour le préjudice qui lui cause le refus d'exécuter.

Mais, elle méconnaît en outre l'article 7 de la loi 41-90 qui dispose expressément que les dispositions du CPC sont applicables devant les nouvelles juridictions ; l'article 448 qui permet le prononcé des astreintes est donc parfaitement utilisable contre l'administration.

Une réforme du CPC en ce sens est désormais nécessaire si l'on veut qu'à tous les niveaux de la hiérarchie administrative et juridictionnelle on se pénètre de cette vérité fondamentale.

La méconnaissance du principe de légalité dont le respect de l'autorité de la chose jugée est un élément essentiel, constitue un comportement subversif de l'Etat de droit¹.

En France, la loi de 1995 a, en effet, été pleinement mise en œuvre et les injonctions préventives en vue de l'exécution de la chose jugée sont désormais chose courante.

Le juge administratif semble avoir admis sans restrictions que « juger l'Administration », c'est aussi « dire précisément quoi faire »². Il a, également, surmonté la difficulté résultant de la confrontation entre ses méthodes lorsqu'il statue dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir et la règle selon laquelle l'Administration, lorsqu'elle statue à nouveau suite une annulation, doit tenir compte de la situation de droit et de fait existant la date à laquelle elle se prononce et non à celle de la décision annulée.

¹- M. ROUSSET et MA BENABDALLAH, « Du privilège de l'administration de ne pas respecter 'autorité de la chose jugée », REMALD, n° 31, 2000, p.127.

²- B. PACTEAU, « Vicissitudes (et vérification ?) de l'adage « Juger l'Administration, c'est encore administrer », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, p.p. 317-326.

Par sa pratique, le juge administratif a enfin contribué à faire de l'injonction « une mesure efficace qui se caractérise par son aptitude à obtenir les effets recherchés, c'est-à-dire l'effectivité de la règle de droit »¹.

¹ - A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, thèse préc., p. 389.

Chapitre II : Le juge administratif : un juge à part entière

M. Hauriou déplorait l'infirmité du recours pour excès de pouvoir qui permettait seulement d'annuler un acte illégal et M. Laferrière réclamait dès la fin du XIX^e siècle, à propos des recours contre les silences administratifs, l'entrée d'une part d'impulsion et d'action administratives dans le domaine de la juridiction¹. La fin du millénaire les aura exaucés.

Si un tel aboutissement de la fonction juridictionnelle administrative était vivement souhaitable et vraisemblablement inscrit depuis longtemps dans l'évolution profonde du contentieux administratif, les manifestations de la pleine appréhension par le juge de ses pouvoirs n'ont pas manqué de raviver les inquiétudes inhérentes à la limite des prérogatives de celui-ci **(Section I)**.

Une seconde question, plus délicate, naît du renforcement des pouvoirs de commandement du juge administratif : ayant vaincu une nouvelle fois l'immobilisme qui le menaçait, le recours pour excès de pouvoir aurait-il atteint un degré d'efficacité comparable à celui du contentieux de pleine juridiction au point de se confondre avec lui ? **(Section II)**.

Section I : L'imperium : une composante de la fonction de juger

En développant ses pouvoirs de contrainte, le juge administratif a-t-il rompu l'équilibre nécessaire des relations entre le juge et l'administrateur qui repose sur le principe interdisant au premier de ne pas empiéter sur les pouvoirs du second² ?

¹ - E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, 2^e éd., Berger-Levrault, Paris, 1896, spé. p. 429.

² - Il ne sera donc pas ici question des fonctions purement administratives que la tradition et l'histoire française ont confiées au juge administratif : ces dernières ne sont en aucun cas le complément de la juridiction et ne s'inscrivent pas dans un processus juridictionnel. Pour un résumé des fonctions extra-juridictionnelles exercées par le juge administratif, Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? », in *Le juge à l'aube du XXI^e siècle*, G. GARDAVAUD et H. OBERDORFF dir., P.U.G., Grenoble, 1995, p.p. 179-195, spé. p.p. 191-195 (l'auteur les regroupe en trois catégories : conciliation, fonctions consultatives et fonctions d'administration proprement dite (des dernières consistant par exemple, pour les juridictions territoriales, en la présidence de commissions locales, et pour leurs chefs, en la gestion de la juridiction)).

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Hallal*, Isabelle de Silva estimait le principe de prohibition du « juge-administrateur » quelque peu dépassé¹. Cette fameuse formule apparaît plus exactement ambiguë (§1) car la juridiction administrative ne fait aujourd'hui qu'exercer la plénitude de son office, ce qui contraste avec la discrétion qui sous-tendit pendant longtemps ses interventions et lui dicta certaines de ses formes et de ses limites (§2).

§1- La prohibition du juge-administrateur : principe intangible ou survivance ?

Considérant les nombreuses atteintes que l'interdiction en cause avait déjà de toutes parts subies, Isabelle de Silva penchait en 2004² pour la seconde proposition.

Le principe de prohibition du juge-administrateur fait en effet partie de ces « dogmes contentieux que l'on révère par la force de l'habitude mais au(x) quel(s) on ne croit plus »³.

Que le commandement soit une composante de la juridiction relève presque aujourd'hui de l'évidence **(A)**. Pourtant, même lorsqu'il exerce les plus directifs de ses nouveaux pouvoirs, le juge administratif n'est pas à proprement parler chargé d'«administrer » : il reste « juge » **(B)**.

A – Le commandement, partie intégrante de la juridiction :

Même sans la solliciter de manière très approfondie, l'histoire indique que *jurisdictio* et pouvoir d'ordonner entretiennent des liens plus qu'étroits. La fonction de juger fut une fonction première dans la genèse de l'Etat moderne.

C'est par son intermédiaire que les seigneurs prétendirent puis parvinrent à exercer leur pouvoir sur leurs sujets. A tel point, que M. Rials, indique que «la puissance au sens juridique finit par se résumer dans la justice et

¹ - I. DE SILVA, sur C.E. Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, R.F.D.A. 2004, p.p. 740-749, spé. p. 746.

² - Concl. préc., spé. p. 745.

³ - C.A.A. Douai, 25 mai 2004, *Commune de Vred*, A.J.D.A. 2004, p.p. 2342-2349.

qu'inversement tout acte de puissance fut imputé à la *justicia*, qu'il fût acte de juridiction ou beaucoup plus généralement acte de commandement »¹.

Ce n'est que très lentement que les trois grandes fonctions classiques se détachèrent de l'« envahissante fonction juridictionnelle primitive »². C'est la raison pour laquelle, dans son étude consacrée à l'*imperium*, M. Jarrosson examine l'*imperium* de l'Etat avant de s'intéresser à celui du juge³.

L'*imperium*, indique l'auteur, est avant toute chose un pouvoir de commandement⁴, prérogative essentielle de l'Etat, déléguée par ce dernier afin de connaître un exercice effectif.

Le juge en est un des dépositaires (aux côtés de l'huissier, des agents de la force publique et plus largement de l'Administration, du ministère public, du notaire et du consul).

Dans sa réalisation concrète, l'*imperium* est un pouvoir fractionné. A partir de l'analyse des travaux des romanistes, M. Jarrosson montre que, bien que la distinction ait par la suite été troublée, *imperium* et *jurisdictio* sont fondamentalement inopposables⁵.

La *jurisdictio* serait, en effet, une des prérogatives contenues dans l'*imperium*, et dont le juge est le seul bénéficiaire. L'auteur résume ainsi la question : le juge n'est pas le seul dépositaire de l'*imperium* (s'il peut apposer la formule exécutoire sur le jugement qu'il rend, il ne peut par exemple requérir lui-même la force publique), mais dans la part d'*imperium* qui lui

¹ - S. RIALS, « L'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p.p. 3-20.

² - *Ibid.*

³ - C. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, p.p. 245-279

⁴ - Sur les évolutions du sens du mot, y compris pendant la période romaine, v. A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Panthéon-Assas, Paris, 2009, spé. p.p. 449.

⁵ - Les deux termes ont en effet été largement confondus et parfois employés l'un pour l'autre.

revient, le juge dispose d'un domaine dont il est l'unique titulaire et qui est la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit¹.

C'est ainsi que l'on peut comprendre la phrase de M. Rials, «La fonction juridictionnelle se borne au dire (*juris-dictio*) obligatoire (*imperium*) du droit »².

La formule de M. de Pansey, selon laquelle «l'autorité judiciaire se compose de deux éléments, la juridiction et le commandement »³, le mettait déjà en évidence. L'*imperium* est donc intrinsèque à la fonction de juger, «(il) n'est pas l'accessoire du jugement, il en est la marque »⁴.

En revenant à la période contemporaine, il serait vain de rechercher une quelconque incompatibilité entre le pouvoir d'enjoindre et le statut du juge. L'injonction prononcée en exécution de la chose jugée s'inscrit pleinement dans la mission juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges⁵. Ce qui n'est pas le cas au Maroc.

L'apparente absence de pouvoir de commandement du juge administratif une période de son histoire fut imputable, on le sait, à des circonstances de fait, non de droit.

Il s'est alors agi, de la part du juge administratif à un moment de son existence, d'une option politique sans rapport réel avec la séparation des pouvoirs.

Comme le souligne M. Pacteau, un paradoxe historique voulut que l'Administration soit protégée en France non seulement contre le juge

¹ - Le juge est en effet le seul à pouvoir le faire, une exception étant cependant consentie au profit d'une personne privée : l'arbitre.

² - *Op. cit.*, p. 6

³ - P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois père, Paris, 1818, 587 p., spé. p. 139 (et p. 143).

⁴ - M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Leges tulit, jura docuit. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, P.U.F., Paris, 1997, p.p. 463-476, cit. p. 467.

⁵ - D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, L.G.D.J., Paris, Paris, 1994, 339 p. Sur un plan plus technique, A. Perrin montre que l'injonction, qui fut la technique la plus controversée en la matière, répond aux différents critères matériels proposés par la doctrine en vue de l'identification de l'acte juridictionnel. A. PERRIN, thèse précitée, spé. p.p. 478-481.

judiciaire extérieur, mais encore contre son juge particulier doté « comme si une seule précaution ne suffisait pas » de pouvoirs moindres¹.

Le paradoxe est explicable², mais cette surenchère de précautions conduisit à faire de la séparation entre l'administratif et le judiciaire une «dissociation radicale »³ entre l'administratif et le juridictionnel.

En clair, si le juge administratif de droit commun n'a longtemps pu faire qu'annuler, c'est parce qu'il était *conçu* comme une voie de droit exclusive de toute autre demande⁴.

Il ne s'agissait là, dans un état donné de la « constellation du droit », que d'une «conséquence provisoirement acceptable du fond du droit applicable » et non d'un « gène propre au juge administratif »⁵. Un tel état de fait ne saurait ainsi passer pour un principe juridique.

A l'évidence, un juge épuisant l'intégralité de ses pouvoirs est aujourd'hui nécessaire à la satisfaction de la demande sociale contemporaine autant qu'à la préservation de l'Etat de droit.

¹ - B. PACTEAU, « Vicissitudes (et vérification ?) de l'adage « Juger l'Administration, c'est encore administrer », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, p.p. 317-326.

² - La prise en charge par les pouvoirs publics de l'exercice de la fonction contentieuse est liée, on l'a vu, au monopole étatique de la contrainte. C'est la raison pour laquelle la formation des Etats modernes s'est accompagnée de l'élimination des justices privées. Mais comme l'a montré J. Chevallier, cette même idée a également « rendu très difficile et très aléatoire la spécialisation des fonctions administrative et judiciaire au sein de l'appareil d'Etat ». En France, les empiètements du pouvoir royal sur les attributions des autorités judiciaires furent fréquents tout au long de l'Ancien Régime, de même que les réserves d'exercice direct de prérogatives contentieuses. C'est aussi ce qui explique que dans la grande majorité des pays, le soin de trancher les litiges mettant en cause l'action administrative ait été initialement confiée aux administrateurs eux-mêmes. J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p.p. 275-290, spé. p. 282).

³ - B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, P.U.F., Paris, 2008, p. 19.

⁴ - Pour preuve, les pouvoirs de substitution et de réformation firent un temps partie des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir : C.E., 12 mai 1869, *Dame Clément*, Rec. p. 457 ; C.E., 29 juin 1869, *Commune d'Aix-en-Othe*, Rec. p. 644 ; C.E., 9 mars 1870, *Ville de Nemours*, Rec. p. 252.

⁵ - Pour reprendre les images employées par S. DAEL, « Les métamorphoses de la distinction des contentieux : essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 209-217.

Une position telle que celle adoptée par la jurisprudence *Amoros* (qui refusait le prononcé de suspensions de décisions de refus) serait, désormais, intenable.

Le Conseil constitutionnel est, également, venu conforter la juridiction administrative dans son existence et l'inciter ainsi à exercer pleinement ses attributions¹.

Le juge administratif, longtemps limité dans ses prérogatives, a achevé sa métamorphose en devenant un juge à part entière. Il est aujourd'hui craint et obéi.

Le temps de « l'insurrection des bureaux contre le Conseil d'Etat, qui est le gêneur »² est heureusement et incontestablement révolu. Ceci ne signifie par pour autant qu'il soit chargé de prendre leur place.

B – Juger l'Administration, c'est encore « juger » :

C'est à M. de Pansey qu'il est attribuée classiquement la paternité de l'expression, largement reprise par la suite, « juger l'Administration, c'est encore administrer ».

Ses lignes sont restées célèbres : « Pourvoir, par des ordonnances, à l'exécution des lois, à la sûreté de l'Etat, au maintien de l'ordre public, aux différents besoins de la société, c'est administrer.

Statuer, par des décisions, sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur des oppositions que des particuliers se croiraient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer³ ».

¹ - C.C., 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*, décision n° 80-119 DC, G.D.C.C. 17^e éd., 2013, n°7, préc. V. dans le même sens P. VALADOU, « Le pouvoir de commandement du juge à l'Administration », *P.A.* 29 mai 1995, n° 64, p. 4, 13 p. en pagination Internet.

² - C.E., 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Fabrègues*, S. 1911, III, p.p. 121-122.

³ - Et l'auteur de résumer : « On administre donc de deux manières : par des ordonnances en forme de loi, et par des décisions en forme de jugements ». P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, *Op. cit.*, p. 458. Autour de l'adage « juger l'Administration, c'est encore administrer ». P. SANDEVOIR, « *Etudes sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative* » L.G.D.J., Paris, 1964, 459 p., et plus spécialement, sur son emploi historique, ses détracteurs et ses variantes, p.p. 337.

La figure du «juge-administrateur» a de nouveau la faveur des auteurs¹. Un certain nombre de jurisprudences ultérieures a conduit à réitérer l'interrogation récurrente relative aux limites qu'il convient légitimement d'impartir à l'office du juge. Pour avoir à une époque été davantage qu'une image, la formule en question pâtit d'une assez mauvaise réputation (1).

Si elle peut sembler aujourd'hui porteuse d'une part de pragmatisme et de bon sens, il faut cependant se garder de toute confusion des genres (2).

1- Réminiscences et craintes inspirées d'une époque révolue :

La proposition « juger l'Administration, c'est encore administrer » a servi à justifier le système de l'administrateur-juge, d'où sa mauvaise réputation.

Elle est « datée d'un temps où le procès à l'Administration n'était accepté que du bout des lèvres, à la condition que celle-ci conserve la pleine maîtrise de son règlement tant le jugement apparaissait comme une part de l'action elle-même »².

Ainsi, elle préjudicie à l'image de ce que doit être la justice : une institution détachée des intérêts des parties en litige, à commencer par l'Administration dont le particulier réclame d'être protégé»³.

Celle-ci apparaît comme une juridiction « exorbitante », « dérogatoire », n'offrant pas de garanties d'objectivité ni d'impartialité. Le système de

¹ - Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? », préc., C. GABOLDE, « Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? », *Dr. Adm.*, novembre 1995, Fasc. 1112 (spé. p. 2 : « la réforme du 8 février 1995 [...] ouvre avec hardiesse une ère nouvelle dans le droit public : celle du juge administrateur »), B. PACTEAU, « Vicissitudes (et vérification ?) de l'adage « Juger l'Administration, c'est encore administrer », préc., et plus récemment H. ROGEMONT, *L'office du juge administratif et l'exécution de ses décisions*, dactyl., Paris XI, 2009, 471 p., spé. p. 418. CHAPUS, dans ses développements consacrés à l'injonction prétorienne : « le juge administratif est ce qu'il doit être : un juge-administrateur » (*Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, Montchrestien, Paris, 2008, p. 986).

² - B. PACTEAU, « Vicissitudes (et vérification ?) de l'adage « Juger l'Administration, c'est encore administrer », *Op. cit.*, spé. p. 317.

³ - G. BIGOT, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. BIGOT et M. BOUVET dir., Litec, Paris, 2006, p.p. 229-255, spé. p. 229.

l'administrateur-juge était inacceptable dans la mesure où il privait la légalité et les droits individuels d'un véritable garant en organisant, au nom de la séparation des pouvoirs, leur confusion.

Ces clarifications ne furent possibles qu'au prix d'un nouvel approfondissement de la notion de juridiction. La définition purement matérielle de la fonction juridictionnelle qui prévalait sous la justice retenue (la juridiction consiste à trancher des difficultés contentieuses) s'est alors enrichie d'un élément d'ordre formel, relatif à ses modalités d'exercice : l'intervention en la forme juridictionnelle.

C'est, par conséquent, avec l'abandon de la justice retenue que se trouvèrent effectivement différenciées les fonctions contentieuses et juridictionnelles¹.

L'assertion héritée de M. de Pansey, « juger l'Administration, c'est encore administrer », demeure néanmoins ambiguë dans la mesure où elle a également justifié l'attribution du contentieux administratif à des juges à la fois spécialisés et spéciaux².

Comme le rappelle M. Pacteau, c'est « en surmontant et en faisant pardonner ses attaches originelles » que la juridiction administrative a historiquement acquis sa légitimité³.

¹- Différenciation ainsi illustrée par Jacques Chevallier : « quand un administrateur exerce une fonction contentieuse hors des formes et de l'organisation juridictionnelle, ou quand une juridiction remplit par exception une fonction non contentieuse, ils font acte d'administration, et non de juridiction ». J.CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p.p. 275-290, cit. p. 289.

²- Sur la dimension paradoxale, au plan historique, du principe « juger l'Administration, c'est encore administrer », voir D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2000, p.p. 468-469 : « alors qu'il est une conséquence de l'incompétence des tribunaux judiciaires en matière de contentieux administratif, il est présenté comme la justification de l'impossibilité d'élever au rang de juridiction l'Administration statuant sur un tel contentieux au moment même où tente d'émerger la juridiction administrative », op. cit. p. 469. Et l'auteur de conclure : « La formule selon laquelle « juger l'Administration, c'est encore administrer » constitue ainsi un élément de la réalité juridique ayant pour finalité de structurer cette réalité autour du principe dogmatique, nécessairement remodelé, de la séparation des pouvoirs : il s'agit, en définitive, d'une fiction juridique exogène ».

³ - B. PACTEAU, *Op. cit.*, p. 318.

Rappeler le prestige passé et l'importance de la théorie du Ministre-juge conserve donc un intérêt plus que doctrinal puisqu'elle fut un maillon capital de l'évolution de la justice administrative.

Pour M. Bigot, elle renvoie à un moment historique : celui de la « prise en considération des droits par un exécutif moderne, qui navigue à l'origine hors du détroit judiciaire »¹.

C'est parce qu'il était administrateur que le juge administratif a pu asseoir son autorité et développer son contrôle sur l'Administration active. Le juge « ancien administrateur » est donc une des principales clés d'intelligence de tout le système de la juridiction administrative française².

Les termes du rapprochement opéré par la plupart des auteurs qui proposent aujourd'hui l'emploi de la formule du « juge-administrateur » ne sont cependant pas identiques.

2- La formule du « juge-administrateur » : entre pragmatisme et faux-semblant :

L'inversion de la figure de l'administrateur-juge pour en faire un «juge-administrateur » semble aller à rebours de l'Histoire. Il ne saurait, en réalité, être question d'envisager aujourd'hui un quelconque gouvernement des juges ou accaparement du pouvoir discrétionnaire de l'Administration par ces derniers. Tout mouvement, en ce sens, ne pourrait qu'être condamné.

Le juge administratif doit assurément être un juge « à part entière », exerçant un complet pouvoir juridictionnel. Pourtant, la formule « juger l'Administration, c'est encore administrer » peut sembler comporter une part de pragmatisme voire de bon sens. L'assertion relève pour certains de

¹ - Art. préc., p. 230.

² - Dans ce sens également, Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? », op. cit, p. 179.

l'évidence¹, mais encore faut-il s'entendre sur sa signification et ses limites exactes.

Bien avant le renouveau contemporain des pouvoirs du juge administratif, M. Hauriou reprenait à son compte la formule de M. de Pansey, écrivant qu'elle révélait en fin de compte l'enjeu profond du contentieux administratif : « Prononcer en matière de contentieux administratif, c'est encore administrer ; cela ne s'aperçoit pas, envisage que l'acte abstrait de dire le droit, mais cela crève les yeux, si l'on envisage la réalité concrète et la répercussion réelle des arrêts »².

Aujourd'hui, la même formule, M. Pacteau, révèle une « double vérité profonde »³. Juger l'Administration, nous rappelle-t-il, c'est d'abord « forcément s'immiscer dans les rouages, les exigences, les préoccupations de l'action administrative ».

Cette première façon d'« administrer » du juge doit, de ce fait, se comprendre ainsi : avoir le souci de la *bonne* administration au travers de sa fonction de juger.

D'autre part, et de manière manifeste depuis la chute de l'interdit du recours à l'injonction, « juger l'Administration, c'est bien aussi devoir non pas seulement censurer et réparer, mais aussi faire, et à tout le moins dire précisément quoi faire »⁴.

Effectivement, juger l'Administration, c'est « juger », mais ce n'est pas juger « un simple particulier »⁵. C'est juger « selon d'autres intérêts et avec

¹ - Ainsi, A. CLAEYS, note sous C.E., Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna SA*, P.A. 14 mai 2007, n° 96, chronique p. 6, III, 4^e p. en pagination Internet.

² - M. HAURIOU, sous C.E., 6 février 1903, *Terrier c/ Département de Saône-et-Loire*, S. 1903, III, p.p. 25-27, spé. p. 27. Et, reprenant cette idée près de soixante ans plus tard, P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, préc., spé. p.331.

³ - *Op. cit.*, p. 324.

⁴ - *Ibid.* (p.p. 324-325).

⁵ - Pour reprendre l'expression des conclusions David rendues sur l'arrêt *Blanco* (T.C., 8 février 1873, Rec. p. 61), D. 1873, III, p.p. 20-22, cit. p. 21

d'autres implications », précise M. Pacteau. Il faut admettre avec lui que l'on n'« empêchera pas que le contentieux public fait approcher et toucher de bien près à la substance du commandement »¹.

C'est précisément ce dont le juge administratif, cherchant à faire oublier ses origines pouvant prêter à suspicion, parut pendant longtemps embarrassé.

Mû par une préoccupation de bonne administration, c'est pourtant en s'immisçant dans les rouages de l'Administration que ce juge a approfondi et progressivement sophistiqué ses techniques de contrôle².

Une telle proximité est donc non seulement inévitable mais aussi tout à fait nécessaire³. Certes, par la fonction de contrôle qu'il exerce sur l'action publique, le juge administratif en précise les contours, les limites et les obligations.

Il y a effectivement là une forme de partage du pouvoir administratif⁴. Le juge administratif détermine également ses propres limites par rapport à l'administration active puisqu'il définit en grande partie lui-même l'étendue de ses pouvoirs.

Selon les époques, les « accommodements » au principe de séparation des pouvoirs évoluent⁵. Ainsi, le contentieux de pleine juridiction, dans lequel

¹ - M. BALLUTEAU, F. DE BAECQUE, D. LOCHAK, B. TRICOT et V. WRIGHT, table ronde « La politisation du Conseil d'Etat : mythe ou réalité ? », *Pouvoirs* 1987, n° 40, p.p. 95-119.

² - Et l'on retrouve là les avantages que présente un juge qui ne soit pas totalement étranger à son puissant justiciable, armé pour en pénétrer la psychologie avec acuité. M.GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse*, L.G.D.J., Paris, 1972, spé. p.p. 38-39.

³ - N'est-ce pas en se mettant ainsi « à la place » de l'auteur d'un acte administratif que le juge est par exemple en mesure d'en rechercher le motif réel ?, C.E., Ass., 28 mai 1954, *Barel*, n° 28238, Rec. p. 308.

⁴ - J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'Etat, au cœur de l'Etat », *Pouvoirs* 2007, n° 123, p.p. 5-17 et, plus loin, D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1972, 349 p. et, du même auteur, « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs* 2007, n° 123, p.p. 19-32.

⁵ - Alors qu'elle examinait les éventuels obstacles à la solution qu'elle proposait à la Section du contentieux dans ses conclusions sur la décision *Hallal*, Isabelle de Silva faisait ainsi remarquer que l'interdiction faite au juge de se substituer à l'auteur d'un acte n'était respectée qu'en excès de pouvoir. C.E. Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, spé. p. 744. M. Chapus soulignait quant à lui que le principe interdisant au juge de se comporter en administrateur, expression de la distinction normale entre fonctions juridictionnelle et administrative, était moins intéressant en lui-même que par les limites qu'il présente. *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, *Op. cit.*, spé. p. 999.

lequel le juge dispose du pouvoir de modifier ou de remplacer la décision dont il est saisi, progresse.

Ce que le juge administratif cependant ne fait pas, c'est l'acte lui-même, c'est « établir l'*instrumentum*, exécuter les opérations matérielles, faire véritablement œuvre d'administrateur »¹.

C'est à juste titre que M. Cappelletti appelle – à propos de la fonction normative du juge – les « vertus passives » de la justice². Même lorsque, dans le cadre d'un recours de plein contentieux, il substitue son appréciation à celle de l'auteur de l'acte litigieux, le juge ne fait pas complètement acte d'administrateur : il est *saisi*, dans le cadre d'un *recours contentieux* et n'intervient qu'afin de vider un *litige*.

En outre, si juge et administrateur peuvent effectivement être amenés à mener des raisonnements similaires, ils ne poursuivent pas strictement les mêmes objectifs.

Contrairement au juge, guidé par le seul principe de légalité, l'Administration doit en pratique combiner plusieurs valeurs : elle décide parfois aussi en opportunité³.

L'administrateur peut, parfois, faire le choix ou prendre le risque d'« entorses » à la légalité, ce que ne saurait faire le juge. M. Chabanol prenait, ainsi, l'exemple du relogement en urgence d'un sans-logis par grand froid, faite sans respecter la procédure adéquate ou incomplètement.

¹ - D. GILTARD, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, B. LUKASZEWICZ et H. OBERDORFF dir., P.U.G., Grenoble, 2004, p.p. 205-233.

² - M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, trad. R. DAVID, Economica P.U.A.M., 1990, 397 p.

³ - M. Laurent le mettait ainsi en évidence : « Administrateur et juge font parfois matériellement la même opération, consistant à résoudre une question de droit. Mais dans d'autres cas, l'administrateur prend des décisions dictées par l'opportunité pure, et là le juge ne peut le suivre à cause de la puissance propre à la décision qu'il va prendre. Ainsi, bien que l'autorité administrative et l'autorité juridictionnelle ne se distinguent pas nettement du point de vue matériel, elles ne sauraient s'identifier : décidant sur les points qui lui sont soumis avec la force propre de la chose jugée, le juge ne peut statuer qu'en s'appuyant sur le droit, alors que l'administrateur, s'il lui arrive de résoudre des points de droit, peut en outre s'attacher à des considérations d'opportunité parce qu'il sera toujours à temps pour réformer sa décision ». P. LAURENT, « *L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'Etat. Etude de principes et de jurisprudence* », Imprimerie universitaire, Aix-en-Provence, 1941. p. 21.

Pour lui, le juge ne pourra que condamner la violation de la règle de droit, tout en admettant, une fois ses habits de juge ôtés, que l'administrateur a bien fait en mettant une personne à l'abri par tout moyen¹.

Faire des *choix* d'administration implique une responsabilité politique des chefs d'administrations qui ne doit pas être transférée au juge. Face à un droit complexe et technique, les magistrats administratifs sont conscients que, si elles devaient toujours s'y substituer, leurs décisions ne seraient pas nécessairement meilleures que celles de services administratifs disposant de services spécialisés².

Bien qu'elle corresponde sur de nombreux points à une réalité pratique contemporaine, la formule du « juge administrateur » est donc à employer avec précaution.

Que la distinction soit fragile, mouvante et des plus délicates à appréhender est incontestable. Il n'en demeure pas moins que ce que l'on attend du juge administratif aujourd'hui est moins qu'il soit un administrateur à proprement parler qu'un juge qui assure et assume la complétude de l'acte de justice qui lui est demandé³.

Les évolutions récentes montrent que c'est précisément ce à quoi il s'attache. La conquête de l'efficacité n'aura pas conduit le juge administratif à outrepasser son office de juge, elle l'aura seulement rendu plus visible.

¹ - D. CHABANOL, Débats, in *Le juge à l'aube du XXI^e siècle*, préc., spé. p. 272-273.

² - Plus pragmatiquement en outre, au regard de l'ampleur de la tâche qui est la leur – on songe notamment à l'encombrement de leurs prétoires et aux efforts en termes de « chiffre » qui leur sont demandés –, les juridictions administratives ont davantage intérêt à aspirer à un exercice entier de leurs fonctions juridictionnelles qu'à l'acquisition de fonctions nouvelles de nature administrative.

³ - C. BOITEAU, « Les trois figures du juge administratif », synthèse, *Conférence nationale des présidents des juridictions administratives*, Bordeaux, 9-11 septembre 2010, disponible sur le site Internet du tribunal administratif de Bordeaux, spé. p. 2 ; B. PACTEAU, « Quelle place pour la juridiction administrative aujourd'hui ? », *Conférence nationale des présidents des juridictions administratives*, Bordeaux, 9-11 septembre 2010, disponible sur le site Internet du tribunal administratif de Bordeaux, spé. p. 5 : « Le juge administratif était naguère proche de l'Administration par son statut ; il devient proche d'un administrateur par ses pouvoirs et ses moyens. Il doit tout de même plus que jamais n'être proche que de lui-même ».

§2 – L'avènement d'un juge administratif au pouvoir décisoire apparent

M. Gabolde interrogeait: «le juge administratif va-t-il nous gouverner?»¹. Si le pouvoir de commandement est partie intégrante de la fonction de juger, le spectacle de sa mise en œuvre pouvait légitimement interroger quant au respect de ses limites, d'autant que le pouvoir consacré par la loi connut une postérité jurisprudentielle féconde.

La pratique juridictionnelle administrative confirme néanmoins qu'enjoindre à l'Administration ne signifie aucunement prendre sa place **(A)**.

Outre le fait qu'ils ont apporté une contribution substantielle à la réalisation de l'effectivité du droit, les nouveaux pouvoirs développés par le juge administratif ont contribué à faire apparaître l'ampleur réelle de son office **(B)**.

A – Enjoindre n'est pas administrer :

Objecter au pouvoir d'injonction juridictionnelle la séparation de la juridiction administrative et de l'Administration active relevait du prétexte et du tabou.

En effet, à suivre jusqu'au bout un tel raisonnement, tout le mécanisme du sursis à exécution des décisions administratives eût été condamné. A l'extrême, le principe même de l'annulation pouvait de la sorte être contesté.

L'attitude des tribunaux judiciaires fut de ce point de vue éclairante : en enjoignant à des personnes publiques, ils montraient que l'indépendance de l'Administration ne pouvait faire obstacle à l'exercice de pouvoirs qu'ils considéraient comme faisant partie des prérogatives *normales* d'un juge².

¹ - Dr. Adm., novembre 1995, Fasc. 1112, 2 p.

² - Le temps d'une décision, le juge administratif sembla d'ailleurs le reconnaître de lui-même. C.E., Ass., 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, Rec. p. 276.

L'injonction n'est qu'une manifestation parmi d'autres de l'*imperium* du juge. L'ordre d'exécuter ne fait en réalité que renforcer une obligation préexistante, inhérente au jugement¹.

Par l'explicitation des conséquences de la chose jugée, le juge ne fait donc que continuer à s'acquitter de sa fonction juridictionnelle. *A contrario*, en l'abstenant de le faire, en réduisant anormalement ses pouvoirs, il permettrait qu'une protection imparfaite et insuffisante soit offerte aux justiciables².

Sans qu'il soit au demeurant besoin d'invoquer la doctrine romaine qui fait du juge le dépositaire d'une part du pouvoir de commandement, il est de l'essence même de la fonction de juger de rechercher la concrétisation de la règle de droit.

L'intervention juridictionnelle n'est pas une fin en soi : elle n'atteint son but que si la légalité bafouée est rétablie. Sous cet angle, l'office du juge est double : « d'une part, il est chargé de juger, de dire le droit, [...] d'autre part, il est chargé de rétablir le droit »³.

C'est d'ailleurs ce qui conduisit Romieu⁴ ou, plus tard, M. Rivero à admettre le principe d'une forme d'injonction prétorienne. Le second affirmait, ainsi, pouvoir fort bien concevoir que le juge, « adaptant le moyen au but, n'hésitât pas à énoncer clairement ce qui n'est, en définitive, que le contenu de l'annulation : l'ensemble des conséquences juridiquement nécessaires qu'elle emporte ».

¹ - D. BAILLEUL, « *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français* », L.G.D.J., Paris, 2002, spé. p.p. 357-359.

² - Pour une dénonciation vigoureuse de la responsabilité supportée par juge administratif sur ce point : D.LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p.p. 43-55, spé. p.54.

³ - M. Marie, ajoute : « c'est en accomplissant jusqu'au bout cette seconde mission qui lui est confiée, qu'il fait sentir toute l'efficacité de son intervention pour assurer l'application de la loi ». L. MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.* 1901, p.p. 265-296 et 476-524, cit. p. 277-278. M. Rivero insiste sur ce qu'il appelle la « fonction restitutive » du juge : « lorsque le juge a été saisi, lorsqu'il a dit le droit, tout n'est pas réglé pour autant ». J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Pages de doctrine*, Tome I, L.G.D.J., Paris, 1980, p.p. 265-276.

⁴ - Conclusions sur *Sieur Jacquin* du 30 novembre 1906, Rec. p. 862 (conclusions p.p. 863-880).

Et l'auteur d'ajouter : «on peut même penser que, ce faisant, le juge ne statuerait pas *ultra petita* : car l'annulation, pour qui la sollicite, ne vaut que par ses conséquences »¹. L'injonction participe, en théorie comme en pratique, de la complétude de l'acte de juger.

La pratique du juge administratif ne dément nullement cette assertion. Comme M. Chevallier s'est en particulier attaché à le démontrer, « la substitution fait passer le pouvoir de décision de l'administrateur au juge, tandis que l'injonction laisse intact le pouvoir de l'administrateur »².

Faire un acte est une chose, le prescrire en est une autre. Lorsqu'il met en œuvre ses pouvoirs d'injonction, que ce soit pour assurer l'exécution de ses décisions ou à titre provisoire pour sauvegarder en urgence les intérêts des justiciables avant que le droit n'ait été dit, le juge administratif ne fait pas acte d'administrateur.

Si administration il y a, il s'agit d'administration de la justice. En s'adressant directement à l'Administration et non directement à l'administré, le juge ne se substitue pas à elle. L'injonction, c'est donc bien *l'ordre*, pas *l'acte*.

L'injonction ne donne pas en elle-même, par son seul prononcé, satisfaction au requérant. M. le Bot soutient qu'elle restitue partiellement à l'Administration la maîtrise de son destin³.

¹ - J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Sirey, Paris, 1963, p.p. 813-836, spé. p.p. 830-831. La même vision finaliste du recours au juge (en général) est promue par d'autres éminents auteurs. Ainsi, entre autres, G. BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations en excès de pouvoir », *E.D.C.E.* 1961, n° 15, p.p. 53-65 ou encore R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, *Op. cit.*, p. 1084 : « la chose jugée a et doit avoir autorité, c'est-à-dire s'imposer : pour la raison simple qu'il ne servirait à rien de juger, si ce qui a été jugé pouvait ne pas être respecté ». A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, thèse précitée, pour qui « la fonction de concrétisation du droit peut [...] être analysée comme un élément de la *jurisdictio* » (p. 483).

² - J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *A.J.D.A.* 1972, p.p. 67-89.

³ - Puisque celle-ci peut encore choisir de ne pas s'exécuter. O. LE BOT, « La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté » *Etude de l'article L 521-2 du Code de justice administrative*, L.G.D.J., Paris, 2007, 672 p., spé. p. 531.

Il est à noter, en outre, que le juge n'ordonne à l'Administration l'observation d'un comportement précisément défini que lorsque sa décision au fond implique nécessairement qu'une mesure d'exécution soit prise dans un sens déterminé.

Autrement dit, lorsque les exigences de la légalité ne laissent pas à l'Administration d'autre voie ouverte¹. Et lorsque le juge fait application de l'article L 911-2 du Code de justice administrative parce qu'il estime qu'une décision doit de nouveau être prise après une nouvelle instruction, il invite l'Administration à exercer de nouveau, pleinement, son pouvoir de décision.

Hors ces cas, aucun juge administratif n'accepte d'enjoindre «à titre principal »² ni ne décide d'édicter des actes administratifs nouveaux sans rapport avec la contestation d'une mesure existante.

Les remarques qui précèdent valent pour la pratique de l'injonction prétorienne. Ce pouvoir qui prolonge celui que le juge tient de la loi s'exerce, comme lui, au service de la chose jugée, sans davantage remettre en cause le principe de la prohibition des injonctions à titre principal³.

Les commentateurs de la décision *Vassilikiotis*⁴ ont ainsi pu montrer sans difficulté que la solution retenue aurait sans doute été identique si le requérant avait formé une demande d'injonction⁵.

¹ - Article L 911-1 du CJA. C.E., 28 avril 2006, *Dellas et autres*, n° 242727, se contentant d'enjoindre la prise dans un délai de trois mois du décret en Conseil d'Etat « nécessaire au regard des motifs » de la décision, sans en préciser le sens : l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat était sans aucun doute possible nécessaire, mais deux choix de contenu étaient en revanche permis.

² - C'est-à-dire d'enjoindre dans le cadre d'une saisine ayant pour objet même le prononcé d'une injonction, en dehors de toute exécution de la chose jugée. La jurisprudence en fournit de nombreux exemples. V. les exemples relevés par C. BRAHIC-LAMBREY, *L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2003, tome II, spé. p. 187 (le juge a ainsi refusé d'ordonner un examen médical, la deuxième correction d'une copie d'examen ou encore l'ouverture d'enquête).

³ - C. MAUGUE, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 591-613.

⁴ - C.E., Ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, n° 213229, Rec. p. 303.

⁵ - G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 66. Rappelons que dans cette décision, le Conseil d'Etat prononce une annulation partielle « en tant que ne pas », qu'il enjoint de lui-même à l'Administration de prendre « dans un délai raisonnable » les mesures réglementaires qui permettront de mettre en conformité le droit interne avec le droit communautaire et qu'il lui indique par la même occasion les obligations qui s'imposent à elle lorsqu'elle sera entre-temps appelée à édicter des mesures individuelles en la matière. La solution =

Le juge s'abstient en revanche de mettre en œuvre cette jurisprudence lorsque l'annulation « en tant que ne pas » qu'il prononce laisse une large marge d'appréciation à l'autorité administrative quant aux mesures transitoires individuelles qu'il convient d'adopter¹. Il refuse également de compléter de lui-même des dispositions lacunaires².

S'agissant des techniques directives proches développées dans la période récente par le juge administratif français, aucune ne le conduit à faire acte d'administrateur à proprement parler, pas même les solutions les plus novatrices.

Une position telle que celle adoptée par le Conseil d'Etat dans la décision de 2005 *Barbier* – vue précédemment³ – n'a ainsi rien de scandaleux. Ensermée dans des limites étroites, elle ne comporte aucun élément discrétionnaire⁴.

La solution de l'arrêt *Titran*, par laquelle le juge recourt à une annulation différée et aux effets conditionnels, permet à ce dernier de peser

=peut sembler audacieuse, mais le juge s'est en réalité contenté de tirer les conséquences des obligations communautaires dans le domaine concerné et a laissé intact le pouvoir administratif s'agissant de l'appréciation des situations individuelles dans la période transitoire. Le plus souvent néanmoins, les requérants pensent à demander au juge qu'il use des pouvoirs d'injonction qu'il tient de la loi afin que soient précisées les conséquences à tirer de l'annulation d'une carence (c'est-à-dire de l'obligation pesant sur l'Administration de ne pas faire application d'une carence).

¹ - C.E., 4 février 2005, *Syndicat national des praticiens hospitaliers anesthésistes réanimateurs*, n° 258201, inédit au Rec. : annulation partielle des dispositions d'un arrêté ministériel lacunaire, injonction au ministre (dans les motifs et dans le dispositif de la décision) de compléter l'arrêté illégal par omission, mais absence de prescription relative aux conséquences transitoires de l'annulation sur les situations individuelles en cours dans l'attente de la modification de la réglementation. L'Administration bénéficiait en effet d'une grande latitude pour mettre en œuvre les objectifs de la directive méconnue en l'espèce.

² - C.E., 10 avril 2002, *SARL Institut supérieur d'informatique et de management de l'informatique*, n°219715, Rec. T. p. 665. Le comblement des lacunes relevait de la libre appréciation de l'Administration.

³ - C.E., Sect., 25 février 2005, *Mme Barbier*, n° 253593, Rec. p. 81.

⁴ - Le Conseil d'Etat palliait en l'espèce le défaut d'actualisation d'un texte réglementaire en étendant une réglementation déjà existante. La solution fut néanmoins rendue possible uniquement parce qu'il aurait été illicite qu'il en aille autrement. La loi ne laissait en effet aucune marge de manœuvre au pouvoir réglementaire : le juge n'a fait qu'anticiper une réforme réglementaire en retard de plusieurs années et au contenu des plus certains.

sur l'action administrative sans toutefois lui conférer de véritable pouvoir de réformation¹.

Le Conseil d'Etat y décline en effet avec précision les différentes options envisageables, mais l'Administration reste souveraine quant au choix qu'elle opère².

Lorsqu'encore, dans sa décision *Techna* du 27 octobre 2006 précité, le juge choisit de moduler dans le temps les effets de la décision de rejet qu'il prononce, il « ressuscite » certes une période transitoire d'adaptation pour l'exercice du pouvoir réglementaire (le dispositif en question avait été privé d'utilité du fait d'une suspension en référé du texte qui l'avait aménagé).

Pourtant, excède-t-il ce faisant les limites de son office juridictionnel ? Ici aussi, il semble plutôt que ce soit simplement la justice que le juge administre alors.

En effet, il est à considérer avec le commissaire du gouvernement François Sénors qu'il « entre dans l'office du juge administratif de rétablir, au nom de la sécurité juridique, un dispositif transitoire que seule la procédure juridictionnelle a empêché de fonctionner »³ ?

La décision *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin et autres*, sans doute la plus hétérodoxe de toutes celles jusqu'ici rencontrées, montre elle aussi à quel point bonne administration et justice peuvent parfois tendre l'une vers l'autre à la manière des asymptotes en géométrie : intimement sans toutefois se confondre.

¹ - C.E., 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509, Rec. p. 411. J.-L. SAURON, « L'exécution de la chose jugée », in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, B. LUKASZEWICZ et H. OBERDORFF dir., P.U.G., Grenoble, 2004, p.p. 241-255.

² - C.E., Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna*, n° 260767, Rec. p. 451. F. CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et l'office du juge (A propos de l'arrêt *Société Techna* du 27 octobre 2006) », R.F.D.A. 2007, p.p. 265-274.

³ - C.E., 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin et autres*, n° 224055, Rec. p. 110.

Le Conseil d'Etat procédait alors directement à la rectification d'une erreur matérielle de codification, après avoir traité le recours en excès de pouvoir dont il était saisi en recours en interprétation¹.

La solution, très étroitement circonscrite aux «circonstances de l'espèce», fut motivée par « l'absence de tout doute » sur la façon dont le renvoi aurait dû être opéré lors de la codification et par l'impossibilité dans laquelle se trouvait en l'occurrence le gouvernement de prendre une ordonnance rectificative.

Sans faire preuve de complaisance, cette position, certes très novatrice, permettait effectivement au juge – selon ses propres termes – de « donner le meilleur effet à sa décision » : en corrigeant une erreur matérielle évidente, il évitait une annulation inutile et aux conséquences embarrassantes sans exercer pour autant aucun pouvoir administratif de décision ou d'appréciation.

Il est à signaler, aussi, que le juge administratif pouvait se montrer notablement directif dans l'exercice des pouvoirs qu'il exerce comme juge de l'urgence. Les mesures qu'il ordonne en tant que juge des référés révèlent en effet l'exercice d'une mission particulière d'« administrateur provisoire »².

Le juge du référé-suspension s'est, ainsi, reconnu un pouvoir d'injonction d'office lorsqu'il suspend des décisions de rejet, pouvoir dont il semble en outre se servir non seulement pour rappeler les effets mécaniques de la suspension, mais aussi pour les renforcer ou inversement pour en atténuer la brutalité.

Ce faisant, il se contente pourtant de remplir la mission juridictionnelle - certes spécifique dans le cadre de l'urgence - qui est la sienne et qui consiste

¹ - La durée de l'habilitation législative était en effet expirée.

² - C. BROYELLE, « Les mesures ordonnées en référé », *R.F.D.A.* 2007, p.p. 73-76, cit. p.73.

à prendre en charge une situation déterminée et à la préserver jusqu'à l'intervention, le cas échéant, des juges du fond¹.

La procédure la plus remarquable sur ce plan reste une fois encore celle du référé-liberté. Il a été souligné que les mesures, en principe provisoire, ordonnées par le juge administratif dans ce cadre présentaient souvent la réalité du « définitif ».

Mais, pas d'avantage que dans les autres domaines examinés, le juge ne s'approprie le pouvoir de l'Administration. Le juge du référé-liberté est en effet moins chargé de se livrer à un contrôle objectif de la régularité de l'action administrative que de défendre concrètement les libertés fondamentales des justiciables.

Il est un juge qui décide et qui agit. Pourtant, même définis de manière particulièrement large, les pouvoirs du juge du référé-liberté ne sauraient le conduire à se substituer à l'Administration². Celui-ci choisit en effet la mesure qu'il *ordonne*, dans le cadre d'un contentieux et suite à une illégalité manifeste commise par cette dernière ou en son nom, mais là non plus, il ne décide pas *à la place* de l'Administration.

Ce renouvellement des pouvoirs du juge paraît des plus opportuns. En effet, mal ce qui pourrait s'opposer à ce que le juge guide l'Administration, à ce qu'il module et aménage les effets de ses décisions en les assortissant le cas échéant d'une certaine dose de contrainte, dès lors que cela reste la condition nécessaire de l'efficacité de ses interventions.

Qu'il cherche lorsqu'il le peut à prévenir des contentieux futurs ou à faciliter l'action administrative ne nous semble pas davantage violer les

¹ - M. Broyelle fait en effet remarquer que le juge des référés est moins chargé de « dire le droit » que le juge du fond dans la mesure où l'on attend de lui qu'il se contente d'exprimer un « doute sérieux » sur la légalité d'une décision qui lui est soumise. C. BROYELLE, art. préc., spé. p. 76.

² - O. LE BOT, thèse préc., spé. p. 476. E. GUERIN- LAPOTRE, « *Le commandement dans l'office du juge administratif* », dactyl., Montpellier I, 2002, p. 429 (l'auteur estime que les dispositions de l'article L 521-2 du CJA confèrent au juge du référé- liberté des pouvoirs de pleine juridiction).

limites de sa mission de juge de l'Administration. Une chose est en tout cas certaine: le juge administratif français assume aujourd'hui ouvertement l'étendue de ses pouvoirs.

B – La fin d'un juge de la légalité modeste :

Censeur des illégalités « débarrassé de ses scrupules »¹, le juge administratif semble avoir cessé de vouloir s'excuser de son origine en se montrant modeste.

Une telle attitude est le produit d'une politique jurisprudentielle ayant toujours soigneusement pris en compte les époques et contextes dans lesquels la juridiction administrative française officie **(1)**.

La position aujourd'hui adoptée par cette dernière reste néanmoins respectueuse de la spécialisation des tâches : la pleine maîtrise par le juge administratif de ses pouvoirs les aura simplement rendus davantage visibles**(2)**.

1- Une modestie et des audaces calculées :

Le système de l'administrateur-juge a en France permis au juge administratif d'asseoir son autorité. Lors du passage de la justice retenue à la justice déléguée, ce dernier s'est attaché à signifier qu'il était bien juge et non administrateur en se montrant résolument modeste².

Il s'agissait néanmoins là d'une timidité calculée³. Cette réserve dissimulait en réalité une audace: l'éclosion du recours pour excès de pouvoir fut ainsi favorisée par la justice retenue et la limitation des pouvoirs du juge

¹ - C. LANDAIS et F. LENICA, note sous C.E. Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, A.J.D.A. 2004, p.p. 1183-1192..

² - B. NOYER, « Quelques réflexions sur l'évolution des pouvoirs du juge », Conférence nationale des présidents des juridictions administratives, Bordeaux, 9-11 septembre 2010, disponible sur le site Internet du tribunal administratif de Bordeaux, 9 p.

³ - D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Op. cit., spé. p.p. 277-279.

dans ce cadre fut « comme un péage à acquitter pour le déploiement de son domaine et de ses contrôles »¹.

L'aspiration du juge administratif français à l'exercice d'une fonction juridictionnelle effective et complète n'est donc pas, en réalité, chose récente. Celui-ci a seulement attendu que les circonstances lui permettent d'adapter son office aux exigences croissantes des justiciables et de l'Etat de droit contemporain.

Deux évolutions peuvent étayer cette proposition : Une première confirmation de la tendance du juge administratif à assumer une position de plus en plus apparente et s'adaptant au « seuil de tolérance »² de l'Administration au contrôle juridictionnel peut se lire dans l'évolution des rapports du juge à la règle de droit.

De *modèle*, cette dernière est également devenue *objectif* du jugement. La pratique de l'injonction légale et prétorienne est un révélateur de ce mouvement en même tant qu'elle l'alimente.

Longtemps, en effet, les motifs du jugement ont essentiellement porté sur les considérations ayant permis au juge de résoudre le litige qui lui était soumis.

Avec la mise en œuvre du pouvoir d'injonction juridictionnelle, les motifs servent également à déterminer les effets de la chose jugée. La règle de droit n'est donc plus seulement la norme de référence qui justifie la solution apportée par le juge au litige, elle est aussi ce que le jugement cherche à concrétiser.

¹ - B. PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Rev. Adm.* 1999, n° spécial, p.p. 51- 65 ; J.-P. NEGRIN, « *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français* », Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-en -Provence, 1976, spé. p. 154 ; B. BALDOUS, « *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction* », P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2000, p.p. 182.

² - Y. GAUDEMET, « *méthodes du juge administratif* », L.G.D.J., Paris, 1972, p. 189.

Plus loin, la règle de droit est également devenue *objet* du contrôle juridictionnel. Les nouvelles exigences relatives à la qualité du droit écrit ont de ce point de vue joué un rôle important. Sous l'influence des cours de Strasbourg et de Luxembourg, ce mouvement fut nourri par le juge constitutionnel grâce à l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois¹.

Une telle évolution valorise incontestablement la fonction juridictionnelle et le juge administratif a su y prendre place². Prolongeant un mouvement qui atténue les marques de déférences de sa part vis-à-vis de la loi - et dont l'arrêt *Nicolo* fut une étape - il a ainsi consacré un nouveau cas d'engagement de la responsabilité de l'Etat législateur.

Dans sa décision *Gardedieu* du 8 février 2007³, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat n'a certes pas été jusqu'à reconnaître une responsabilité pour faute du fait des lois, mais elle a néanmoins levé tout doute quant à la possibilité de voir la responsabilité de l'Etat législateur engagée pour méconnaissance d'un engagement international de la France.

La charge symbolique de cette décision n'est pas négligeable. Elle apporte un éclairage supplémentaire sur le juge administratif et le révèle à la fois comme témoin et acteur d'une forme de désacralisation de la règle de droit. Elle montre également que ce phénomène est le fruit d'une audace calculée – autant que nécessaire – de sa part qui aboutit accessoirement à renforcer la visibilité de ses interventions.

¹ - CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD dir., Economica, Paris, 2006, p.p. 267-280. Et sur le rôle joué par le développement du contrôle de constitutionnalité dans la réévaluation de la place de la loi dans l'ordre juridique : J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *R.D.P.* 1990, p.p. 1651-1677, spé. p. 1671.

² - Le standard d'intelligibilité de la norme permet en effet de légitimer à la fois le pouvoir d'interprétation de dispositions normatives peu claires et l'extension du contrôle opéré par les juges. V. en ce sens la démonstration de A. JENNEQUIN, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Plaidoyer pour une déjuridicisation de l'intelligibilité de la norme », *R.F.D.A.* 2009, p.p. 913-927, not. p. 917.

³ - C.E., Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522, Rec. p. 78 (concl. L. DEREPAIS, Rec. p.p. 80-91).

Un autre indice est à relever du recul organisé de la «modestie juridictionnelle administrative» dans le renforcement de l'*effectivité* du contrôle du juge :

D'une part, le *champ* de son contrôle s'est étendu, par exemple, la réduction du domaine des « mesures d'ordre intérieur »).

D'autre part, et de manière plus caractéristique encore, le juge administratif a progressivement renforcé l'*intensité* de son contrôle. Depuis la réception de «l'erreur manifeste d'appréciation » dans les années 1960¹ - et parallèlement à l'affirmation du contrôle de proportionnalité et à la consécration de la théorie du bilan - Il s'agit d'un déclin du contrôle restreint semblant aller jusqu'à la « mise en pièces »² du pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

La période récente confirme et poursuit l'évolution. Le mouvement est ainsi particulièrement spectaculaire en matière de contrôle des sanctions³.

Depuis la décision *Le Cun* de 1991⁴, la jurisprudence administrative n'a eu de cesse d'intensifier le contrôle du juge en la matière. Bien qu'ayant un temps continué à exercer un contrôle restreint sur les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics⁵, la haute juridiction choisissait, en effet, en 2007 de soumettre à un contrôle entier les sanctions infligées par l'Administration

¹ - Sur la formation historique de ce degré de contrôle, B. PACTEAU, « *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif* », Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, Clermont-Ferrand, diffusion L.G.D.J., 1977, spé. p.p. 235 et s.

² - B. PACTEAU, « Quelle place pour la juridiction administrative aujourd'hui ? », *Op. cit.*, p. 5.

³ - L'organisation par les deux juridictions suprêmes françaises d'un colloque commun le 13 décembre 2013 autour de la question témoigne de son ampleur ainsi que de la contextualisation des évolutions de la jurisprudence administrative (« La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », vendredi 13 décembre 2013, Grand'chambre de la Cour de cassation, actes à paraître, La Documentation française, collection *Droit et débats*).

⁴ - Décision par laquelle le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une sanction pécuniaire prononcée par le Conseil des bourses de valeur, renonçait au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au profit d'un contrôle normal. C.E., Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, n° 112820, Rec. p. 70.

⁵ - C.E., Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, n° 05911, Rec. p. 245 confirmé par C.E., Sect., 1^{er} février 2006, *Touzard*, n° 271676, Rec. p. 38. Décision dans laquelle le Conseil d'Etat recherche l'*absence de disproportion manifeste* entre le choix de la sanction disciplinaire infligée à un agent public et les faits qui l'ont motivée).

aux professionnels¹ ainsi que, en 2009, celles prononcées contre un magistrat du parquet², puis en 2010, celles infligées aux élus³ comme celles infligées aux sportifs par leurs fédérations⁴.

En 2013, elle revenait sur sa jurisprudence *Lebon* en décidant que le juge administratif exercerait dorénavant un contrôle normal sur la proportionnalité des sanctions infligées aux agents publics par rapport à la gravité des fautes retenues contre eux⁵.

Dans de nombreux domaines⁶, le contrôle normal tend ainsi à devenir la norme et le contrôle restreint, l'exception⁷. Le mouvement est, d'ailleurs, tel qu'il conduit à alimenter une controverse doctrinale relative à la distinction opérée entre qualification juridique et appréciation des faits, qu'il pourrait devenir pertinent de rénover en lui insufflant un sens nouveau⁸.

¹ - C.E., Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, n° 272650, Rec. p. 263.

² - C.E., 27 mai 2009, *Hontang*, n° 310493, Rec. p. 207.

³ - C.E., 2 mars 2010, *Dalongeville*, n° 328843, Rec. p. 65 ; A.J.D.A. 2010, p. 468.

⁴ - C.E., 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme*, n° 324439, Rec. T. p. 894.

⁵ - C.E., Ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704, publié au Rec., R.F.D.A. 2013, p.p. 1175-1182. S'inscrivant dans ce mouvement de progression du contrôle normal dans le domaine disciplinaire, C.E., Ass., 30 décembre 2014, *M. Bonnemaïson*, n° 381245, publié au Rec. avec les concl., et R.F.D.A. 2015, p. 67 (décision qui approfondit le contrôle du juge de cassation sur le choix de la sanction).

⁶ - Le juge administratif a par exemple encore choisi d'exercer un contrôle normal sur les mesures relatives à la mise en œuvre par les agents publics de leur droit de retrait. C.E., 16 décembre 2009, *Ministre de la Défense*, n° 320840, Rec. T. p. 804.

⁷ - Avant d'être remise en cause dans son domaine d'origine, la jurisprudence *Lebon* paraissait de ce fait bien isolée et vouée à l'abandon au nom notamment d'un légitime souci d'harmonisation et de simplification. M. CANEDO-PARIS, « Feu l'arrêt *Lebon* ? », A.J.D.A. 2010, p. 921 ; S. ETOA, « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », A.J.D.A. 2012, p.p. 358-365. Dans le sens du déclin du contrôle restreint en général, signalons encore une décision du 27 juin 2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien*, n° 292855, Rec. p. 278, opérant directement la consécration du contrôle entier dans un domaine – la détermination du nombre de taxis autorisés – dans lequel il considérait classiquement n'avoir à exercer aucun contrôle sur l'appréciation portée par l'Administration.

⁸ - Après avoir relevé, d'une part, que dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'erreur de qualification juridique des faits est classée parmi les erreurs de fait alors que le contrôle de cassation y voit une erreur de droit, et, d'autre part, que l'intensification du contrôle du juge de l'excès de pouvoir conduit de plus en plus souvent à censurer des erreurs d'appréciations commises par l'Administration qui ne sont pas manifestes, M. Deguerge propose de reclasser l'erreur de qualification juridique des faits au sein des erreurs de droit et de considérer l'erreur simple d'appréciation (on non manifeste) comme une erreur de fait renouvelée. M. DEGUERGUE, « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », in *Le droit administratif, Permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007, p.p. 377-397 et D. LABETOUILLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits* 1993, n° 18, p.p. 31-43.

En outre, lorsque le contrôle exercé demeure celui de l'erreur manifeste d'appréciation (ce qui continue d'être justifié par la nécessité de préserver le pouvoir d'appréciation administratif¹), la jurisprudence administrative rappelle que contrôle « restreint » n'équivaut pas à contrôle « sommaire »².

Toutes les dimensions de l'activité juridictionnelle administrative sont donc touchées. Qu'il s'agisse de l'effectivité des contrôles du juge ou de l'efficacité de ses interventions, ses méthodes de jugement sont désormais caractérisées par une visibilité et une présence affirmées.

Si des changements dans les rapports de contrôleur à contrôlé sont incontestables, cela ne signifie pas pour autant que la spécialisation des tâches s'en trouve nécessairement affectée.

2- La spécialisation des tâches préservée :

Les interventions du juge administratif sont davantage visibles dès lors que, au nom des impératifs d'efficacité et de pragmatisme contemporains, il s'emploie également à venir à bout de difficultés de fait, qu'il s'agisse de celles ayant justifié qu'une situation soit portée à sa connaissance ou de difficultés générées par sa propre intervention.

¹ - Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration – qu'il ne saurait être question de tenir pour *arbitraire* – reste en effet un « élément fondamental et irréductible de l'action administrative », selon une expression empruntée à J. Chevallier « Le droit administratif, droit de privilèges ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p.p. 57-70, cit. p. 62. M. Burdeau recense comme étant l'un des éléments permanents de complexité du droit administratif. Le pouvoir administratif est en effet appelé à demeurer enserré entre deux forces contraires : sa liberté nécessaire et un enchaînement légitime : « il est probable [...] que la cohabitation d'un noyau irréductible de compétences discrétionnaires et d'une volonté de contrôle toujours plus exigeant de la légalité condamne ce droit, sous cet aspect, à ne pouvoir parvenir à la simplicité ». F. BURDEAU, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2000, p.p. 417-435, spé. p.p. 427-429.

² - C.E., 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales*, n° 346629, publié au Rec., annulant pour erreur manifeste d'appréciation la nomination par le gouvernement de Dominique Tibéri (fils de M. Jean Tibéri, ancien maire de la ville de Paris et député) en qualité de contrôleur général économique et financier de première classe. H. PAULIAT, R.D.P. 2012, chron. p.p. 496-498 (qui propose de qualifier de « renforcé » le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les nominations dans les corps d'inspection et de contrôle) ainsi que B. PACTEAU, R.F.D.A. 2012, p.p. 115- 118 ; F. MELLERAY, Dr. Adm. mars 2012, n° 3, comm. n° 32, p.p. 52-53, qui qualifie quant à lui les données de l'affaire de « caricaturales » et appelle à la poursuite et au renforcement de l'encadrement légal des recrutements au tour extérieur.

La rétroactivité systématique - jusqu'à la décision *Association AC !* de 2004 - des annulations prononcées dans le cadre du recours pour excès de pouvoir seyait ainsi parfaitement à l'image d'un juge de l'Administration « modeste ».

Celui-ci pouvait paraître endosser un rôle exclusivement déclaratif : son intervention aboutissait à faire disparaître l'acte illégal comme s'il n'était jamais intervenu et la date de cette disparition ne dépendait pas de la date à laquelle elle était déclarée.

La capacité qui est aujourd'hui reconnue au juge administratif de moduler les effets dans le temps des annulations qu'il prononce ne va pas sans s'accompagner d'une exposition très apparente de son pouvoir de décision, avec ce que celui-ci peut alors comporter de discrétionnaire et de politique au sens large.

Et ainsi que le fait remarquer M. De Béchillon, « le fait que ce soit dans « l'office du juge » que cette arme ait été forgée ne change rien à l'affaire »¹ : son maniement est à la limite de la répartition des rôles entre juge et Administration. Il ne semble pourtant pas qu'il faille craindre un exercice abusif de ses pouvoirs par le juge administratif.

En effet, une réserve semblable à celle précitée pouvait être conçue à propos du maniement de la jurisprudence *Hallal*². Celle-ci, admettant la substitution de motifs hors cas de compétence liée de l'Administration, est sans doute la solution la plus délicate à mettre en œuvre parmi toutes celles adoptées dans le but d'accroître l'efficacité des interventions juridictionnelles administratives.

¹ -D. DE BECHILLON, « Le juge et son œuvre. Un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Op. cit., p.p. 359-371.

² - C.E., Sect., 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560, Rec. p. 48.

Ses conditions d'exercice conduisent le juge à pénétrer la subjectivité de l'Administration et à corriger éventuellement ses erreurs d'appréciation. La décision de principe confie en effet au juge le soin de vérifier si le motif qu'il serait question de substituer serait de nature à fonder légalement la décision contestée, et considère que relève également de son office l'appréciation de la question de savoir si l'Administration aurait pris la même décision si elle s'était initialement fondée sur ce motif.

Pourtant, le juge se garde ce faisant de se comporter en supérieur hiérarchique. L'initiative de l'action administrative et le choix de ses moyens d'action sont en effet préservés.

Le juge reste dans son rôle de contrôleur de la légalité : au terme de la balance qu'il opère entre l'intérêt de vider le litige en confirmant une décision justifiée au fond et la nécessité de moraliser le cas échéant l'action administrative et de ne pas déplacer son lieu d'exercice devant lui, il peut refuser de procéder à la substitution demandée même si les conditions en sont réunies.

Si l'arbitrage entre ces deux pôles laisse place à une dose de subjectivité du juge, celui-ci ne prendra cependant jamais lui-même l'initiative d'une nouvelle décision (ni d'ailleurs de la substitution) et n'usurpe à aucun moment la liberté de l'Administration quant au choix de ses moyens d'action.

Il faut noter que le juge se montre souvent attentif à la répartition des rôles et sait décliner les invitations à empiéter sur le pouvoir de décision de l'administrateur.

Dans une décision du 23 décembre 2010, le Conseil d'Etat a ainsi refusé d'étendre au bénéfice du juge des contraventions de grande voirie le courant jurisprudentiel permettant au juge de l'excès de pouvoir d'éviter de prononcer une annulation lorsqu'une régularisation est possible ou lorsqu'il

apparaît que l'annulation entraînerait une atteinte excessive à l'intérêt général¹.

Admettre en la matière une neutralisation par le juge de la sanction au nom de l'intérêt général aurait en effet équivalu à lui transférer une compétence appartenant au préfet et donc à empiéter largement sur les pouvoirs de ce dernier².

La juridiction administrative française ne semble donc pas vouloir instaurer un « gouvernement des juges ». Une chose en revanche est certaine : elle a clairement pris en compte l'évolution des attentes des justiciables et de l'Administration.

Dans un système juridique davantage pragmatique, les qualités attendues des juges ne sont plus exactement les mêmes que par le passé. Le juge adéquat est désormais celui qui sait appréhender la situation de droit qui lui est soumise en choisissant parmi les multiples outils juridiques à sa disposition celui qui aboutira à la solution préférable³.

Ceci s'accompagne certes d'un gain de sujétion et de puissance. Mais peut-on à la fois reprocher au juge de ne pas tenir compte des conséquences concrètes de ses décisions, et s'il le fait, regretter de le voir accroître son pouvoir d'appréciation ?

Ce recours-phare du droit administratif français satisfait désormais à une large part de ces exigences. Faut-il cependant aller plus loin encore ? Autrement dit, l'avenir du recours pour excès de pouvoir serait-il dans la pleine juridiction ?

¹ - C.E., 23 décembre 2010, *Ministre d'Etat, ministre de l'Ecologie, du développement et de l'aménagement durables*, n° 306544, Rec. p. 528.

² - En matière de contraventions de grande voirie, le contentieux qui est ouvert vise à la fois à réprimer et à réparer l'atteinte portée au domaine public. C'est au préfet qu'il revient d'engager les poursuites. Le Conseil d'Etat a ici pris soin de préserver sa compétence en rappelant que « c'est au seul préfet qu'il appartient d'apprécier si une régularisation de la situation de l'ouvrage public demeure possible et si sa démolition entraînerait, au regard de la balance des intérêts en présence, une atteinte excessive à l'intérêt général, soit avant d'engager la procédure de contravention de grande voirie en transmettant au juge le procès-verbal, soit après l'engagement de la procédure dont il peut se désister ».

³ - W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chron., p.p. 301-303.

Section II : Le recours pour excès de pouvoir : un recours de pleine juridiction comme les autres ?

La formulation de cette question est tirée d'une affirmation volontairement provocatrice de M. Melleray¹. L'ampleur et la variété des nouveaux pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir laissent, en effet, songeur.

Le clivage traditionnel du contentieux administratif français serait-il aujourd'hui vidé de toute signification ? Question délicate s'il en est : M. Hauriou annonçait en 1913 l'effacement du recours pour excès de pouvoir devant le recours de pleine juridiction², M. Alibert pronostiquait d'une autre manière sa disparition par la fusion des deux grands types de contentieux³...

Tandis que M. Jèze le saluait en 1929 comme «la plus merveilleuse création des juristes», «l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés»⁴.

Un siècle après l'arrêt censé lui avoir porté le coup de grâce⁵, le recours pour excès de pouvoir fait encore et toujours parler de lui. Les mêmes interrogations quant à son avenir refont vigoureusement surface⁶.

¹ - F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif » (article co-écrit avec O. DUBOS), *Dr. Adm.* août-septembre 2004, p.p. 8-16 ; C.E., Sect., 6 février 2004, *Hallal*, P.A. 18 octobre 2004, n° 208, chronique de contentieux administratif n° III et F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *J.C.P. A* 25 juillet 2005, n° 30, 1296.

² - On connaît son affirmation célèbre : « Il y a vingt-cinq ans que le recours pour excès de pouvoir est frappé à mort » (M. HAURIUO, note sous C.E., 29 novembre 1912, *Boussuge*, S. 1914, III, p.p. 33-35.

³ - R. ALIBERT, « *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir* », Payot, Paris, 1926, 391 p., spé. p. 45.

⁴ - G. JEZE, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p.p. 162-186, cit. p. 180, préc.

⁵ - L'arrêt *Boussuge* du 29 novembre 1912 admettait la tierce opposition en excès de pouvoir. Cette voie de recours ouverte aux particuliers absents de l'instance initiale en était jusqu'alors exclue : un arrêt *Ville d'Avignon* du 8 décembre 1899 avait ainsi rappelé combien la nature objective du recours pour excès de pouvoir s'opposait à sa recevabilité en la matière. J.-F. BRISSON, « *Le recours pour excès de pouvoir. Tendances récentes du contentieux administratif* », Ellipses, Paris, 2004, spé. p.p. 72-74 et G.A.J.A. 19^e éd., 2013, n°26.

⁶ - M. BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *A.J.D.A.* hors-série 1995, p.p. 190-199 ; J.-M. WOEHRLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.p. 777-791 ; B. PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Op. cit.* ; D. GILTARD, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, *Op. cit.* ; F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *Op. cit.* ; R. CHAPUS, « Vers l'éclipse du recours pour excès de pouvoir ? », *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *Op. cit.*, p.247.

Plus précisément, le recours pour excès de pouvoir serait contaminé par la pleine juridiction et en voie de se fondre complètement en elle.

M. Gabolde estimait, ainsi, en 1995 que la dernière étape à franchir dans le sens de l'unité des pouvoirs du juge de la légalité et de ceux du juge du fond en plein contentieux, qui se situait au niveau de l'exécution des décisions, avait été franchie par la loi du 8 février de la même année.

Pourtant, M. Pacteau lui-même considère qu'« après tant de pronostics et diagnostics contraires ou démentis, on ne saurait aborder pareille question qu'avec des doigts tremblants »¹.

Même après le renouvellement notable des méthodes du juge de l'excès de pouvoir opéré au cours de la décennie 2000, la prudence s'impose. La physionomie du recours pour excès de pouvoir s'est modifiée, c'est certain, contribuant ainsi à faire planer de nouvelles incertitudes sur la distinction des contentieux (§1).

Pourtant, le recours pour excès de pouvoir résiste. Ses rénovations contemporaines ne pourraient-elles d'ailleurs pas être prises comme un gage à la fois de sa nécessité et de sa vigueur ?² (§2).

§1 – Les nouvelles incertitudes sur la distinction des contentieux

La question se pose de nouveau de savoir si la dualité des contentieux doit être considérée comme un état transitoire près de prendre fin ou si elle correspond à une nécessité permanente. Les interrogations sur son avenir sont presque aussi anciennes que la distinction elle-même (A).

¹ - B. PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Op. cit.*, cit. p. 56.

² - Les thèses de doctorat consacrées au recours pour excès de pouvoir et abordant la question de sa pérennité se comptent par dizaines. Florent Blanco en relève près de soixante (*Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, thèse, dactyl., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006, 901 p., spé. p.p. 21-22 ; thèse publiée, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2010, 693 p.). Il ne sera pas ici question de faire une nouvelle fois un tour complet de la question, mais de tenter de montrer que nonobstant les légitimes questions qui peuvent se poser au sujet du maintien effectif de la dualité des contentieux, le recours pour excès de pouvoir demeure, pour le bien de la soumission de la décision publique au principe de légalité, au prix d'une véritable « régénération ».

Cette histoire connue mérite néanmoins d'être mise en perspective avec l'évolution contemporaine qui semble faire emprunter au contentieux administratif français un chemin inverse de celui qu'elle lui avait progressivement tracé (B).

A – Des incertitudes consubstantielles à l'histoire de la dualité des contentieux :

Le clivage classique et essentiel entre pleine juridiction et excès de pouvoir fut formulé à la fin du XIX^e siècle par M. Laferrière¹, qui approfondissait alors la doctrine d'Aucoc².

Sa célèbre classification repose sur le critère de l'étendue des pouvoirs du juge. L'auteur concevait, notamment, une opposition entre le contentieux *ordinaire* (semblable au judiciaire) ou *de pleine juridiction*, dans lequel le juge intervient en « arbitre des droits » et celui de l'excès de pouvoir, plus original dans son objet, mais dans lequel le juge voit ses moyens limités.

Dotés d'attributs juridictionnels étendus, le juge de plein contentieux peut, en effet, statuer sur les obligations positives à la charge de l'Administration et consacrer efficacement les droits des requérants³ tandis que le juge de l'excès de pouvoir, limité à l'annulation de l'acte illégal, n'aurait que le pouvoir de supprimer ce qui excède les bornes de la légalité.

Cette séparation était particulièrement apparente avant la création des tribunaux administratifs en 1953 puisque seul le Conseil d'Etat était juge de l'excès de pouvoir alors que des litiges en plein contentieux étaient confiés

¹ - Dans les premières pages de son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc.

² - En matière de classification des contentieux, P. LAMPUE, « La distinction des contentieux », in *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, L.G.D.J., Paris, 1950, tome I, p.p. 285-313 ; F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, L.G.D.J., Paris, 2001, spé. p.p. 36-46 et F. BLANCO, thèse précitée, spé. p.p. 136-139. René Chapus proposait de régler la querelle de paternité entre les deux auteurs en considérant que « Laferrière a couvé et fait éclore l'œuf d'Aucoc », in « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *Op. cit.*, p. 947.

³ - Sur les pouvoirs du juge de plein contentieux, B. BALDOUS, « *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction* », P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2000, p. 383.

aux conseils de préfecture. Pareille organisation alimenta l'idée longtemps répandue selon laquelle le contentieux de l'excès de pouvoir serait un contentieux noble, soumettant au juge de grandes questions de légalité et le plein contentieux, un contentieux largement factuel, sans grand intérêt sur le plan juridique.

L'embarras est mesuré dans lequel se trouve celui ou celle appelé(e) à exposer ce clivage essentiel du contentieux administratif français à qui le découvre¹.

Comment, en effet, enseigner que le recours pour excès de pouvoir, traditionnellement regardé comme le fleuron du droit administratif français, coexiste avec un autre type de recours au nom bien plus prometteur de « pleine juridiction » ?

Le joyau historique de notre contentieux serait donc un recours de « moindre juridiction »², l'« orgueil » de notre droit administratif³, un recours dans le cadre duquel le juge n'aurait « pas [...] tous les pouvoirs habituels d'un juge »⁴ ...

Comment expliquer également que ce contentieux n'a cessé de progresser mais que le recours de « pleine juridiction » fut pourtant le premier à exister⁵ ? Comment encore consacrer tant de temps à justifier pourquoi le juge ne peut par tradition s'immiscer dans l'action administrative »⁶ alors que

¹ - Embarras exprimé par M. Pacteau lui-même et dont nous reprenons ici des éléments, B. PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Op. cit.*, spé. p.p. 53.

² - Pour reprendre la formule souvent citée de P. Sandevor, « *Etudes sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administratif* », *Op. cit.*, spé. p.p. 351.

³ - A. DE LAUBADERE, « Crise du droit administratif », in *Pages de doctrine*, Tome II, L.G.D.J., Paris, 1980, p.p. 177-186, spé. p. 178.

⁴ - M. P. CORBEL, « L'annulation partielle des actes administratifs », *A.J.D.A.* 1972, p.p. 138-151.

⁵ - Sur le cheminement historique qu'il faut parcourir pour se le rappeler, v. entre autres S. DAEL, « Les métamorphoses de la distinction des contentieux : essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *Op. cit.*, p.p. 209-217. Et sur l'« envol » historique du recours pour excès de pouvoir sous l'Empire libéral des années 1860, v. les rappels délivrés par F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *Op. cit.*, spé. p.p. 2-4.

⁶ - B. PACTEAU, *Op. Cit.*, p. 54.

dans le contentieux de pleine juridiction, le plus ancien, il dispose des pouvoirs les plus étendus ?

La classification fondée sur les pouvoirs du juge a elle-même rapidement prêté à discussion. Elle regroupe, en effet, sous une notion commode mais flottante »¹- le plein contentieux - des contentieux très divers. Il lui est en outre classiquement reproché de n'être pas exactement représentative de la réalité.

L'usage répété de la technique du renvoi « pour faire ce que de droit » au début du siècle dernier montrait que le juge de l'excès de pouvoir pouvait faire davantage qu'annuler.

Plus tard, il a également fallu reconnaître que, du fait du resserrement du contrôle du juge et de la mise en œuvre de techniques telles que celle issue de la jurisprudence *Perrot*², les contours de la décision légale et par suite nécessaire pour ne pas dire inévitable »³ ont commencé à se dessiner parfois très clairement voire à se concrétiser en une réfaction discrète de l'acte attaqué.

Inversement, certains contentieux relevant incontestablement de la pleine juridiction, tel que le contentieux des pensions souvent pris en exemple⁴, voient le juge administratif cantonner classiquement ses pouvoirs à l'annulation⁵.

¹ - D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *A.J.D.A.* 2011, p.p. 156-161, cit. p. 56.

² - C.E., Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'Economie et des finances c/ Dame Perrot*, n° 70951, Rec. p. 39.

³ - S. DAEL, « Les métamorphoses de la distinction des contentieux : essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif », *Op. cit.*, spé. p. 214.

⁴ - Ainsi, notamment, G. JEZE, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction », *R.D.P.* 1908, p.p. 671-690 ou encore P. LAMPUE, « La distinction des contentieux », *Op. cit.*, spé. p. 299.

⁵ - L'actualité jurisprudentielle plus récente peut cependant sembler donner raison à Laferrière dans la mesure mesure où le Conseil d'Etat a choisi de fonder son pouvoir d'injonction en la matière non sur la loi du 8 février 1995 mais sur ses attributs de juge de plein contentieux. C.E., 26 février 2003, *Llorca*, n° 187401, Rec. p. 55 et F. BLANCO, thèse précitée, spé. p. 191.

Il a également été reproché à cette classification la faiblesse de ses soubassements théoriques et sa pauvreté explicative¹. Une classification des recours contentieux selon les pouvoirs du juge risque en effet de faire prendre l'effet pour la cause en ne tenant aucun compte de la nature du litige porté devant le juge².

La nouvelle classification des recours juridictionnels qui fut élaborée par la doctrine au début du XX^e siècle pour répondre aux insuffisances de la classification formelle se fonde ainsi sur la nature de la question posée au juge³.

Cette classification matérielle, construite autour de la distinction des contentieux objectifs et subjectifs, devait dans l'esprit de Duguit supplanter celle de M. Laferrière et s'y substituer.

Une partie de la doctrine publiciste s'employa néanmoins à les superposer. Cette œuvre de conciliation- dont M. Waline fut un des principaux artisans⁴ - a permis d'offrir une clé de lecture de la classification formelle, le contentieux de l'excès de pouvoir pouvant être présenté comme un contentieux d'essence objective⁵ et le contentieux de pleine juridiction comme un contentieux essentiellement subjectif.

¹ - L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Collin, Paris, 1913, 285 ; C.E., 30 novembre 1906, *Denis et Rage Roblot*, S. 1907, III, p.p. 17-19 pour qui « la distinction du recours contentieux de pleine juridiction et du recours pour excès de pouvoir n'a pas seulement besoin d'être appliquée avec discernement » mais a également « besoin d'être justifiée », p. 17 et Gaston Jèze, qui comparait la classification en cause à une classification des impôts « qui s'attacherait à la couleur des cheveux de l'agent chargé de la perception ». G. JEZE, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction », *Op. cit.*, p. 682 ; « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, p.p. 667-695). Sur les critiques traditionnelles et contemporaines de la classification formelle, axées sur sa faible valeur scientifique, v. F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, L.G.D.J., Paris, 2001., p.p. 61-78.

² - F. MELLERAY, thèse préc., spé. p.p. 62-63.

³ - Pour une présentation approfondie et une critique, F. MELLERAY, *Op. cit.*, spé. p.p. 105.

⁴ - R. CHAPUS, « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *R.D.P.* 2002, p.p. 947-953.

⁵ - La présentation de Laferrière du recours pour excès de pouvoir comme un « procès fait à un acte » faisait d'ailleurs déjà bien apparaître le caractère objectif du recours. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, *Op. cit.*, spé. p. 561.

La distinction de l'objectif et du subjectif élaborée au début du XX^e siècle doit néanmoins être à son tour nuancée dans la mesure où elle conduit parfois à des regroupements artificiels¹ et où elle masque des réalités ne correspondant pas à un clivage étanche².

En outre, même si cela est moins fréquemment rappelé, la thèse d'une nature *subjective* du recours pour excès de pouvoir connu également des partisans³.

La distinction des contentieux est donc incontestablement « un domaine où l'esprit de système est à la peine »⁴. Néanmoins, celle opérée formellement entre plein contentieux et recours pour excès de pouvoir a prospéré jusqu'à devenir un des « piliers »⁵ du contentieux administratif français.

¹ - La présentation de M. Laferrière du recours pour excès de pouvoir comme un « procès fait à un acte » faisait d'ailleurs déjà bien apparaître le caractère objectif du recours. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, *Op. cit.*, spé. p. 561.

² - Des éléments subjectifs se retrouvent dans le recours pour excès de pouvoir, ne serait-ce que par le biais de la condition d'intérêt à agir. Voir également, et ce dès les années 1950, M. LETOURNEUR, « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *E.D.C.E.* 1953, n° 7, p.p. 66-70.

³ - La thèse de la nature objective du recours pour excès de pouvoir n'a en effet été formulée clairement qu'au début du XX^e siècle, époque à laquelle l'approche subjectiviste recevait encore un certain écho. Celle-ci correspondait notamment à la fonction défensive que remplissait clairement le recours ainsi qu'à la physionomie de ce dernier, qui ne développera réellement ses traits modernes que sous le second Empire. V. sur la question P. LANDON, *Le recours pour excès de pouvoir sous le Régime de la Justice retenue*, Sirey, Paris, 1942, spé. p.p. 83-87. Si l'approche objectiviste l'emporta ensuite largement, la thèse d'un droit subjectif à la légalité connut néanmoins des défenseurs : J. BARTHELEMY, « *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français* », Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1899, p. 204, ainsi que R. BONNARD, « *Précis de droit administratif* », Sirey, Paris, 1935, p.598. Pour une synthèse sur la question, F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, *Op. cit.*, spé. p.p. 52.

⁴ - D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *Op. cit.*, p. 156.

⁵ - B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, 2^e éd., P.U.F., Paris, 2010, p. 31.

C'est, d'ailleurs, parce qu'elle a contribué à le structurer jusqu'à aujourd'hui en produisant des effets de droit (que ce soit au travers des textes ou de la jurisprudence¹) qu'elle continue à être enseignée² et maniée, par la doctrine³ comme par les praticiens⁴.

Si cette dualité du contentieux administratif est forte, les interrogations quant à la préséance d'une de ses deux branches sur l'autre – et quant à son avenir même – font donc quasiment corps avec son histoire même. Les évolutions survenues dans la période récente (spécialement depuis 1995) renforcent inévitablement ces questionnements.

B – La multiplication contemporaine des facteurs de trouble :

La progression du plein contentieux dans les esprits comme dans la pratique semble donner la confirmation que l'avenir du contentieux administratif serait dans la pleine juridiction plutôt que dans le recours pour excès de pouvoir (1).

A ce facteur de trouble s'ajoutent le fait que le juge de l'excès de pouvoir fasse désormais souvent plus qu'annuler purement et simplement les

¹ - Ce qui ne signifie pas pour autant que la jurisprudence n'ait pas été inspirée par la classification doctrinale portée, notamment, par Duguit, Jèze et Waline (on pense ainsi au régime des renonciations et des demandes reconventionnelles ou encore à l'admissibilité de la tierce opposition).

² - C. DEFFIGIER, « *Les grands thèmes du droit administratif dans les traités et manuels de droit administratif de premier cycle* », dactyl., Limoges, 1998, spé. p.p. 1236.

³ - F. BLANCO, *Op. cit.*, spé. p. 185 : « Toute analyse portant sur l'étude et la disparité des pouvoirs détenus par le juge administratif doit prendre en compte la distinction formelle des contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction. Ne pas intégrer cet élément conduit en effet à une représentation tronquée et déformée du droit et de son évolution ».

⁴ - Parmi les innombrables illustrations possibles : conclusions d'un rapporteur public devant le tribunal administratif de Limoges, D. LABOUYSSE, sur T.A. Limoges, 23 septembre 2010, *M. H. c/ Préfet de la Haute-Vienne*, n° 100011, A.J.D.A. 2011, p.p. 235-238 (s'interrogeant sur la nature du contentieux de la délivrance de cartes de stationnement pour personnes handicapées). M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, « *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* », 18^e édition, Dalloz, Paris, 2011, commentaire sous la décision *Lafage* (n° 23) : « la distinction du recours de plein contentieux et du recours pour excès de pouvoir passe par un critère principal, qui est fondé sur les pouvoirs du juge, et ne fait intervenir qu'à titre subsidiaire le critère fondé sur l'objet des recours » (p. 136). Cette *summa divisio* semble en outre se retrouver dans la plupart des Etats. H. PAULIAT, « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratif », *R.F.D.A.* 2008, p.p. 225-233, spé. p. 230.

actes illégaux (2) et le constat que le contentieux en général se soit perceptiblement « subjectivisé » (3).

1- Les progrès effectifs de la pleine juridiction :

La pleine juridiction a progressé dans le contentieux des actes, domaine dont elle était, sauf cas très particuliers, jusqu'alors refoulée. Mis à part en effet des cas tels que ceux du contentieux des établissements classés ou des bâtiments menaçant ruine, le recours pour excès de pouvoir est longtemps demeuré la voie de droit commun pour soulever une question de légalité.

Les « recours objectifs de plein contentieux » ont aujourd'hui enregistré une spectaculaire progression. Un premier groupe de ces contentieux également dits « spéciaux » a été de longue date attiré dans le domaine de la pleine juridiction en dépit du caractère objectif de ceux-ci *parce que* ou *pour que* le juge y détienne des pouvoirs étendus (de modification et de substitution notamment).

Font partie de ces contentieux spéciaux « historiques », outre ceux précités, les contentieux fiscal, électoral, des pensions civiles et militaires de retraite, du partage et de la jouissance des biens communaux et des immeubles insalubres¹.

Depuis les années 1980 et 1990, de nouveaux contentieux spéciaux ont été ajoutés aux premiers. Des textes sont ainsi venus instituer au profit du juge administratif des pouvoirs de pleine juridiction à l'encontre de décisions qui auraient pu relever du recours pour excès de pouvoir².

D'autres fois, c'est la jurisprudence qui a classé en pleine juridiction, dans l'esprit de la loi, des contentieux tels que ceux de la reconnaissance de la

¹ - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, *Op. cit.*, spé. p.p.241-242 et p.p. 1000-1002.

² - Il en a été ainsi du contentieux de la tarification sanitaire et sociale dans lequel les juridictions spéciales compétentes ont été investies par décret du pouvoir de substituer leurs propres décisions à celles annulées (décret n° 90-359 du 11 avril 1990 relatif au contentieux de la tarification sanitaire et sociale et au Conseil supérieur de l'aide sociale, article 35).

qualité de réfugié et de celle de la qualité de travailleur handicapé, celui de l'aide sociale, ou encore ceux des comptes de campagne électorale ou des autorisations de plaider¹.

L'évolution s'est poursuivie au long de la décennie 2000². L'influence exercée en la matière par le droit européen ainsi que l'ampleur prise par le phénomène conduisent à regrouper dans une troisième famille de recours objectifs de plein contentieux le contentieux des sanctions³.

Depuis l'appel fait en ce sens à la fin des années 1980 par la législation de la liberté des prix et de la concurrence⁴, les textes se sont en effet succédés et multipliés pour attirer dans le domaine du plein contentieux des recours contre divers types de sanctions que le droit commun n'aurait pas exclu de l'excès de pouvoir⁵.

La jurisprudence a prolongé cette tendance. Nonobstant cette tendance législative quasiment systématique, la question de la nature du recours contre les décisions infligeant des sanctions n'était, en effet, pas stabilisée.

¹ - R. CHAPUS, *Op. cit.*, p. 236.

² - Confirmation de l'appartenance au plein contentieux des litiges relatifs au revenu de solidarité active. C.E., avis, 23 mai 2011, *Mme Popin et M. El Moummy*, n° 344970. Ont également été rattachés au contentieux de pleine juridiction le recours formé par un propriétaire à l'encontre d'un arrêté de péril. C.E., 18 décembre 2009, *SCI Ramig*, n° 315537, Rec. p. 663. Les recours dirigés contre une décision d'autorisation d'une installation nucléaire de base, C.E., 23 avril 2009, *France nature environnement*, n°306242, ou encore les contestations de décisions relatives à la mise en œuvre du droit au logement, C.E., avis, 21 juillet 2009, *Mme Idjihadi*, n° 324809, Rec. p. 288.

³ - Sur la problématique particulière des sanctions administratives, *A.J.D.A.* 2001, numéro spécial (et plus particulièrement p.p. 13-15, « Actualité de la problématique de la sanction administrative », J.- M. DELARUE ; p.p. 27-33, « L'ambiguïté de la sanction administrative », M. DEGOFFE ; p.p. 99-105, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », E. MIGNON ; p.p. 141-147, « La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration? », J.QUASTANA), ainsi que M. DREIFUSS, « Contributions récentes du contentieux des sanctions des autorités de régulation au contentieux administratif général », *J.C.P. A.* 2006, p.p. 1154-1159.

⁴ - Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, visant en son article 17 les sanctions prononcées par le Ministre de l'Economie après avis de la Commission de la concurrence. Pour la liste des textes en cause qui ont succédé à cette loi, M. BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort? », *Op. cit.*, spé. p. 192, note n° 15, ou encore J.-M. WOEHRLING, « La redécouverte du plein contentieux », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, P.U.G., Grenoble, 1995, p.p. 247-267.

⁵ - C'est ainsi qu'ont pu être contestées par un recours de pleine juridiction les sanctions infligées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité des marchés financiers, la Commission nationale de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance, la Commission de régulation de l'énergie, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, ... R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », 13^e éd., *Op. cit.*, spé. p.p. 244-247.

En l'absence de texte, un recours contre une sanction administrative continuait d'être réputé relever de l'excès de pouvoir¹. En 2009 cependant, le Conseil d'Etat consacra le basculement d'une partie des sanctions administratives au plein contentieux.

Par sa décision *Société Atom*, il posait en effet que le juge des sanctions infligées aux administrés était un juge de pleine juridiction, doté de ce fait de la faculté de substituer sa décision à celle de l'Administration².

Le contentieux des sanctions est cependant loin de s'en trouver unifié puisque coexistent encore en la matière recours de plein contentieux (dans l'hypothèse dernièrement citée), recours pour excès de pouvoir avec contrôle normal (pour les sanctions infligées aux professionnels et aux agents publics notamment³) et recours pour excès de pouvoir avec contrôle restreint (puisque la discipline des détenus continue pour l'instant de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel restreint⁴).

Cette progression de la pleine juridiction est d'autant plus troublante qu'elle excède en réalité assez largement les exigences de la Cour de Strasbourg.

La Cour européenne des droits de l'homme pose, en effet, que pour que soient respectées les exigences du droit à un procès équitable, le litige doit être réglé par un « tribunal établi par la loi », indépendant et impartial, suivant une procédure équitable (c'est-à-dire, notamment, contradictoire), au cours

¹ - C'est une des portées généralement attribuées à la décision d'Assemblée *Le Cun* du 1^{er} mars 1991 précitée.

² - C.E., Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, n° 274000, Rec. p. 26. Il a, ensuite, été précisé que la notion de « sanction infligée à un administré » au sens de la jurisprudence *Atom* incluait également les retraits de points du permis de conduire. C.E., avis, 9 juillet 2010, *M. Jean-Luc Berthaud*, n° 336556, Rec. p. 287.

³ - C.E., Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, préc. ; C.E., Ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan*, préc.

⁴ - En vertu de C.E., 20 mai 2011, *Letona Biteri*, n° 326084, Rec. p. 246 ; GRAND ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « *Custodire ipsos custodes* : le juge administratif face à la prison », *A.J.D.A.* 2011, p.p. 1364-1369 ; M. MOLINER-DUBOST, « A propos d'une autre « jurisprudence immobile » : le contentieux des sanctions disciplinaires infligées aux détenus », *A.J.D.A.* 2013, p. 1380. l'appartenance de ce contentieux au domaine du recours pour excès de pouvoir est réaffirmée et non à celui du plein contentieux, C.E., 4 février 2013, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 344266, mentionné aux Tables du Rec., *A.J.D.A.* 2013, p. 321.

d'une audience en principe publique et au terme d'une instance ayant duré un temps raisonnable.

Elle ajoute à ces prescriptions la condition que le tribunal en question détienne une compétence de « pleine juridiction ». Au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, il faut cependant comprendre cette dernière exigence comme signifiant que le juge doive pouvoir se prononcer sur l'ensemble des éléments de fait et de droit d'une affaire sans avoir à décliner sa compétence.

Lorsqu'il s'agit, toujours au sens de la Convention, de la matière administrative ou du « cœur de la matière civile », la simple annulation de la mesure contestée est considérée comme satisfaisante par la Cour de Strasbourg. Le contrôle du juge doit simplement inclure celui de la proportionnalité de la mesure par rapport aux faits lorsque les intérêts en cause sont exclusivement civils.

Ce n'est qu'en matière « pénale » au sens de l'article 6 § 1 (donc s'agissant des sanctions) que le juge doit en outre pouvoir réformer la mesure attaquée.

Cette notion de « pouvoir de réformation » n'est elle-même pas exempte d'incertitudes, s'agissant notamment de la question de savoir si elle implique un pouvoir de *modulation* des sanctions infligées par l'Administration.

D'après les enseignements de la jurisprudence européenne, il semblerait que si le texte prévoyant la sanction comporte une modulation de cette sanction en fonction de la gravité de l'infraction, il ne soit pas nécessaire que le juge dispose d'un tel pouvoir de modulation¹.

¹ - R. TINIERE, « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *R.F.D.A.* 2009, p.p. 729 -740. L'arrêt de chambre de la Cour, non définitif, rendu à ce jour dans l'affaire *Segame Sa c/ France* (req. n° 4837/06) ne semble pas devoir remettre en cause cette ligne jurisprudentielle.

La jurisprudence européenne s'exprime en la matière essentiellement au sujet de l'*intensité* du contrôle du juge et non de ses *pouvoirs*¹ et que le juge de l'excès de pouvoir remplit la plupart du temps les exigences posées par la Cour dès lors qu'il exerce sur les éléments de fait un contrôle d'une intensité suffisante².

L'extension du recours de plein contentieux au nom du respect des exigences européennes sans davantage de nuances peut paraître quelque peu étonnante. Il demeure que cette tendance répond aux attentes exprimées par les justiciables.

La décision d'ouvrir aux concurrents évincés un recours en plein contentieux contre un contrat administratif s'inscrit dans ce mouvement. Et dans un souci d'assurer l'unification de ce type de contentieux, la Haute juridiction administrative a en 2011 choisi de ranger le déféré préfectoral contre un contrat dans la catégorie des recours de plein contentieux objectif³.

Elle revenait ainsi sur sa jurisprudence *Commune de Sainte-Marie* qui assimilait depuis 1991 le déféré préfectoral à un véritable recours pour excès de pouvoir, y compris lorsqu'il était dirigé contre un contrat⁴.

Cette dernière jurisprudence confirme l'affirmation du Président Genevois qui expliquait dans ses conclusions sur la décision *Aldana Barrena* de 1982 que lorsqu'aucun texte ne le fixe, le choix entre l'excès de pouvoir

¹ - Ce que M. Chapus notait dès le début des années 1990 : « ce qui importe, au regard de ce que peuvent être les exigences du droit européen, intéresse plus le degré du contrôle exercé que la façon dont le juge tire la conséquence de l'illégalité censurée », R. CHAPUS, « L'administration et son juge. Ce qui change », *E.D.C.E.* 1991, n° 43, p.p. 259-276.

² - Confirmant la compatibilité du recours pour excès de pouvoir avec l'interprétation de l'article 6 § 1 pour peu que la juridiction saisie soit en mesure de contrôler l'ensemble des questions posées par l'affaire : C.E.D.H., 29 octobre 2009, *Chaudet c/ France*, req. n° 49037/06, décision citée aux G.A.C.E.D.H., 6^e éd., 2011, p. 301.

³ - C.E., 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, n° 348647, publié au Rec. ; A.J.D.A. 2012, p. 5.

⁴ - C.E., Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, n° 117717, Rec. p. 302.

et le plein contentieux « sans être arbitraire n'est que rarement le fruit d'une théorie juridique »¹.

Il citait alors M. Heilbronner qui rappelait : « Le juge appréhende les faits avec le souci d'apporter une solution pratique [...]. La mission qui lui est dévolue ou qu'il estime lui être dévolue, mission plus ou moins importante selon les matières, voilà ce qui est la clé des solutions jurisprudentielles »².

Dans les solutions précitées, les raisons ayant amené le Conseil d'Etat à choisir la voie du plein contentieux sont claires : il s'agit d'opportunité jurisprudentielle³. Son but a été la plupart du temps de permettre au juge de prendre une décision qui mette définitivement fin au litige⁴.

Dès lors, il est légitimement de se demander si cette tendance ne risque pas d'attirer dans le domaine de la pleine juridiction tout le contentieux de l'excès de pouvoir afin de mieux répondre aux caractéristiques de la «demande» de justice contemporaine...

D'autant que, précisément, le juge de l'excès de pouvoir ne voit plus ses prérogatives cantonnées à l'anéantissement de l'acte contesté : il se préoccupe en quelque sorte aussi, non plus seulement de défaire, mais parfois aussi de faire.

¹ - C.E., 8 janvier 1982, *Aldana Barrena*, n° 24948, Rec. p.p. 9-17, spé. p. 15, G.A.C.A. 4^e éd., 2014, n° 6.

² - A. HEILBRONNER, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », D. 1953, chron., p.p. 183-188, cit. p. 183.

³ - D. GILTARD, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », *Op. cit.*, spé. p. 218 ; C.E. Sect., 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, C.J.E.G. avril 2002, n° 586, p.p. 230-245.

⁴ - Et c'est également pour des raisons d'opportunité ou de conception de son office que le Conseil d'Etat a récemment décidé que le juge saisi d'un recours direct en interprétation devait statuer en tenant compte des circonstances de droit et de fait à la date de sa décision. C.E., 9 juillet 2010, *Lembezat*, n° 313989, Rec. p. 290, ou inversement que le juge administratif peut, dans certains cas, opter pour un contrôle restreint alors qu'il statue en tant que juge de plein contentieux. C.E., avis, 7 juillet 2010, *Mme Lavie*, n° 337411, Rec. p. 247, D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *Op. cit.*, spé. p. 158). Dans le cadre de la décision *Atom* enfin, le choix de la pleine juridiction a permis l'application d'une loi répressive plus douce en évitant de se livrer à des « contorsions » juridiques tenant la nature du recours : le Conseil d'Etat a alors choisi « d'adapter le contrôle à la garantie » et non de « faire dépendre la garantie du contrôle ». S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, note préc., cit. p. 585 ; voir également les avantages de la solution préconisée par Claire Legras, exposés dans ses conclusions sur la décision, préc., spé. p.p. 447-448.

2-Un juge de l'excès de pouvoir libéré de son carcan décisionnel binaire :

Certaines évolutions récentes de l'office du juge de l'excès de pouvoir semblent inspirées par l'esprit de la pleine juridiction. En contradiction flagrante avec la doctrine de M. Laferrière, les décisions rendues par le juge de la légalité ne se bornent en effet plus à prononcer une annulation pour excès de pouvoir mais indiquent, également, dans leur dispositif, les obligations qui en découlent pour l'Administration.

Alors que l'éminent auteur de la classification matérielle des recours estimait que la prescription des mesures d'exécution d'une annulation constituait des actes d'administration étrangers à la fonction juridictionnelle¹.

Depuis une dizaine d'années vu le juge de l'excès de pouvoir obliger le gouvernement à compléter la réglementation relative à la délivrance des cartes professionnelles des guides dans les musées et monuments historiques² ou le Code français des marchés publics³, contraindre le Garde des Sceaux à modifier la réglementation applicable au traitement automatisé d'informations nominatives devant les tribunaux judiciaires⁴ ou encore imposer à la Ligue nationale de football de réviser le classement final d'un championnat⁵.

L'annulation comme le rejet d'un recours pour excès de pouvoir peuvent encore être prononcés « selon des modalités telles qu'il n'est pas impossible de considérer que le jugement du recours a abouti à une modification, par le juge, de la décision »⁶.

¹ - E. LAFERRIERE, « *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* », Tome II, 2^e éd., *Op. cit.*, spé. p. 572.

² - C.E., Ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, n° 213229, Rec. p. 303, préc.

³ - C.E., 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurance*, n° 233343, Rec. T. p. 704, préc.

⁴ - C.E., 27 juillet 2001, *Titran*, n° 222509, Rec. p. 411, préc.

⁵ - C.E., Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse Football Club »*, n° 234363, Rec. p. 281, préc.

⁶ - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *Op. cit.*, cit. p. 1003.

Il en va ainsi de l'annulation partielle comme de la substitution de base légale, expressément rattachée à l'office du juge¹. Il en va également de même en cas de neutralisation des motifs illégaux d'une décision ou encore lorsque le juge décide de procéder à une substitution de motifs. L'acte continue alors, en effet, d'évoluer devant le juge².

C'est dire à quel point, en le libérant du carcan logique qui lui était attribué, les évolutions contemporaines du recours pour excès de pouvoir ont ébranlé la conception classique de celui-ci.

La possibilité de moduler les effets temporels des annulations qu'il prononce a achevé d'extraire le juge de l'excès de pouvoir de la logique formaliste binaire dans laquelle il s'était trouvé circonscrit.

Elle a aussi touché à l'un des éléments distinguant le recours pour excès de pouvoir du recours de plein contentieux dans la mesure notamment où le juge prend alors en compte des événements postérieurs à la date de l'édiction de l'acte contesté devant lui.

Les observateurs de la jurisprudence issue de la décision *Association AC !* de 2004 ont ainsi été nombreux à noter que ce pouvoir de modulation pouvait s'apparenter à un pouvoir de réformation si l'on considère que « maintenir certains des effets d'un acte revient en fait à le réformer »³.

L'attribution de pouvoirs d'injonction au juge administratif semble avoir achevé de brouiller la distinction classique entre recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction.

¹ - C.E., Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahi*, n° 240267, Rec. p. 419, préc.

² - Les régimes de la substitution de motifs devant le juge de l'excès de pouvoir et devant le juge du plein contentieux ayant été alignés. CE., Sect., 6 février 2004, *Hallal*, n° 240560, Rec. p. 48.

³ - Du moins dans sa dimension temporelle. F. DIEU, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *A.J.D.A.* 2006, p.p. 2428-2436 ; C.E., Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, R.D.P. 2005, p.p. 536-542 et C.E. Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, *A.J.D.A.* 2004, p.p. 1183-1192, spé. p. 1187.

Selon certains auteurs, elle l'aurait même rendue tout à fait obsolète¹. Le juge de l'exécution se place, en effet, comme en plein contentieux, à la date de la décision juridictionnelle².

Il a le pouvoir de vider le litige et se trouve être, au-delà de celui de l'acte, un juge de la situation litigieuse³. Sous cet angle, la loi du 8 février 1995 a également alimenté le phénomène contemporain de « subjectivisation » du droit et de la justice qui contribue à brouiller les frontières⁴.

3- La progression du « subjectif » :

Le contentieux administratif français se met en effet de plus en plus « au service des droits individuels »⁵. La procédure du référé-liberté a de ce point de vue joué un rôle important : elle a confié au juge administratif une fonction de défenseur des droits fondamentaux que celui-ci a pleinement endossée.

La procédure régie par l'article L 521-2 du Code de justice administrative confère, en effet, au juge un pouvoir de décision destiné à protéger les situations individuelles et les intérêts des justiciables.

Mettant en scène un juge qui décide et qui agit, elle est ainsi devenue un symbole de l'appréhension nouvelle de son office par le juge administratif.

¹ - F. MELLERAY, « *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale* », *Op. cit.*, spé. p.p. 79 ; F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *Op. Cit.* Dans le même sens : C. GABOLDE, « Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? », *Op. cit.* ou encore J.-F. BRISSON, « *Le recours pour excès de pouvoir. Tendances récentes du contentieux administratif* », *Op. cit.*, not. p. 11 et F. BLANCO, thèse précitée, spé. p. 526.

² - C.E. 4 juillet 1997, *M. Bourezak*, n° 156298, Rec. p. 278.

³ - C. CHARLES, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *Op. cit.*, spé. p. 12.

⁴ - Sur la « subjectivisation » du recours pour excès de pouvoir découlant de l'application de la loi de 1995, N. FOULQUIER, « *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle* », Dalloz, Paris, 2003, 805 p., spé. p.p. 633-638. Plus précisément, ceci s'observe essentiellement s'agissant du contentieux des mesures individuelles et F. BLANCO, *Op. cit.*, spé. p.p. 643-649.

⁵ - E. GUERIN-LAPOTRE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, *Op. cit.*, p.p. 371 et s.

Pourtant, comme l'a montré M. Le Bot, le référé-liberté peut sous certains angles s'apparenter au recours pour excès de pouvoir dans la mesure où il conduit le juge à rechercher une illégalité.

Son caractère est mixte: « il statue sur une question de légalité objective mais en relation avec un droit objectif »¹. Preuve supplémentaire qu'il est un juge des situations davantage que des actes, le juge du référé-liberté « prend en considération l'ensemble des effets juridiques issus de la volonté de l'Administration sans s'arrêter nécessairement à un acte déterminé »².

Cette subjectivisation n'atteint cependant pas le contentieux administratif uniquement lorsque sont en cause des droits subjectifs. Chaque fois qu'il recourt à une forme de technique de bilan ou que lui sont soumis des « contentieux triangulaires » - situations de plus en plus fréquentes -, le juge prend en compte des situations et intérêts particuliers. Pareille évolution touche d'ailleurs nombre de pays en Europe³.

Les progrès du principe de sécurité juridique et de ses diverses déclinaisons concrètes⁴ sont à signaler à ce niveau. Ces phénomènes sont à mettre en relation avec la subjectivisation du fond du droit lui-même⁵.

¹ - Et le juge du référé-liberté ne se voit pas pour autant reconnaître de pouvoir de substitution... (pas plus qu'il ne se place au jour où il statue pour apprécier la légalité d'une décision administrative). O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Etude de l'article L 521-2 du Code de justice administrative*, Op.cit., spé. p.p. 476-477, cit. p. 477.

² - Dans l'ordonnance *Tibéri* (C.E., 24 février 2001, n° 230611, Rec. p. 85, précitée), le juge des référés du Conseil d'Etat a ainsi examiné le dossier qui lui était soumis à la lumière des « recommandations », « communiqués » et autres prises de position du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui caractérisaient « la situation soumise en l'espèce au juge des référés ».

³ - M. Fromont indique, en effet, qu'« en l'espace de cinquante ans, la mission de la juridiction administrative a complètement changé en Europe : le juge administratif n'est plus seulement le contrôleur de l'Administration et le gardien du respect du droit objectif ; il est aussi devenu le protecteur de l'individu et le défenseur des situations juridiques subjectives ». M. FROMONT, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », *R.F.D.A.* 2002, p.p. 551-560, cit. p. 552).

⁴ - Que sont, entre autres, les standards de qualité et de lisibilité du droit ou encore l'élargissement de la catégorie des actes considérés comme créateurs de droits.

⁵ - A laquelle se rattachent notamment la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public, celle du 11 juillet 1979 (n° 79-587) relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public et celle du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (n° 2000-321). Ce mouvement profond et général de subjectivisation du droit peut =

Ceci explique d'ailleurs que le contentieux de pleine juridiction lui-même soit touché (comme le montre par exemple l'essor de la notion de « perte de chance » dans le cadre des concours administratifs ou en matière d'information médicale)¹.

Si cette montée en puissance de « l'individuel » est un des moteurs des évolutions contemporaines de la mission et des méthodes du juge administratif, elle est aussi un facteur de trouble.

Elle peut de nouveau donner l'impression d'annoncer la fin du recours pour excès de pouvoir comme instrument privilégié du contrôle de légalité. Mais faut-il pour autant lier l'individualisation des contentieux et la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir en particulier à sa disparition ?

S'il est vrai que la délimitation des domaines respectifs du recours pour excès de pouvoir et de la pleine juridiction - qui n'a pas toujours été exempte d'incertitudes - est aujourd'hui troublée au point que certains ont cru la voir se dissoudre et que le recours pour excès de pouvoir n'a plus grand-chose à voir avec la définition qu'en donnait M. Laferrière, il semble aussi peu prudent que souhaitable d'annoncer sa disparition.

§2 - La spécificité maintenue d'un recours pour excès de pouvoir rénové :

Si la frontière s'atténue et si elle est susceptible d'être en partie réaménagée, la distinction fondamentale entre le contentieux de l'excès de pouvoir et le contentieux de pleine juridiction demeure.

=aujourd'hui permettre de soutenir que le droit administratif français offrirait un environnement favorable à la réception de l'esprit (à défaut de la théorie) des droits publics subjectifs. F. HOURQUEBIE, « Les droits publics subjectifs : échec de l'importation d'une théorie allemande en droit administratif français ? », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, F. MELLERAY dir., Bruylant, Bruxelles, 2007, p.p. 203-228.

¹ - P. FRAISSEIX, « La « subjectivisation » du droit administratif », *P.A.* 15 octobre 2004, n° 207, p. 12.

Le recours pour excès de pouvoir possède, en effet, un champ d'application au noyau irréductible, auquel la pleine juridiction n'est pas exactement adaptée (A).

Le renouvellement des pouvoirs du juge de la légalité, qui n'a pas pour autant modifié la nature de ce recours de droit commun qu'est le recours pour excès de pouvoir, fournit par ailleurs un gage de sa vitalité et de son maintien contemporain (B).

A–La singularité du contentieux des actes de puissance publique :

La distinction des contentieux de l'annulation et de pleine juridiction continue de répondre à un besoin et à une nécessité profonde. Elle est, en effet, liée à la diversité des rapports qu'entretiennent l'Administration et les administrés (1).

Il existe en outre des vertus à ce que le juge de l'excès de pouvoir ne puisse remplacer par sa propre décision les actes illégaux de l'Administration et qu'il continue ce faisant d'exercer un office distinct de celui qu'il remplit dans le cadre de la pleine juridiction (2).

1- Réclamer n'est pas défendre :

M. Hauriou exprimait avec force cette conviction il y a maintenant plus d'un siècle : « la distinction du contentieux de la pleine juridiction et du contentieux de l'annulation correspond à une réalité des choses très profonde, il ne faut pas se lasser de la défendre et d'en expliquer les raisons »¹.

Si cette dualité contentieuse est au cœur du droit positif et de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui lui a fait produire des effets de droit, c'est en effet parce qu'elle est dotée d'une finalité fonctionnelle.

¹ - C.E., 30 novembre 1906, *Denis et Rage Roblot*, *Op. cit.*, spé. p. 17.

Il n'est d'ailleurs pas fortuit que de nombreux pays en Europe et dans le monde, par delà la diversité des choix ayant pu être opérés en matière d'organisation du contrôle juridictionnel des Administrations, connaissent semblable distinction¹.

Tous les procès n'ont en effet pas la même nature. M. Pacteau résume ainsi cette différence essentielle : « la mise en cause d'un acte administratif, négatif ou positif, ne sera jamais la même chose que la prétention à une somme d'argent [...] il demeure bien deux pôles très différents, celui du contentieux où l'administré réclame (fut -ce au travers du prisme de la décision administrative préalable) et celui où il se défend (fut-ce contre le rejet de ce qu'il a sollicité) »².

Dès lors qu'existent des finalités et des besoins différents, maintenir la distinction de voies de droits qui sont respectivement dédiées à leur traitement demeure pertinent.

Dans chacun de ces contentieux, le juge administratif ne joue pas un rôle identique. A la logique « prestatoire »³ du plein contentieux s'oppose en effet la fonction destructrice et « sanitaire » de l'excès de pouvoir qui permet de maintenir l'Administration dans les bornes de la légalité.

M. Pacteau le souligne également, les efforts fournis de longue date par la doctrine pour offrir un fondement et des justifications à l'existence d'un contentieux dual dont le juge avait intuitivement ressenti l'utilité sont eux aussi significatifs.

¹ - Ceci montre en effet qu'elle correspond à un besoin réel en matière de contrôle juridictionnel de l'Administration. On retrouve ainsi semblable distinction en Belgique, au Portugal, en Grèce, en Turquie, en Amérique latine, ... et lorsque l'architecture contentieuse n'emploie pas formellement la distinction recours pour excès de pouvoir / plein contentieux, on la retrouve sous des formes proches. F. BLANCO, « Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *Op. Cit.*, spé. p.p. 737-739.

² - B. PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Op. cit.*, p. 62.

³ - F. BLANCO, thèse préc., p. 194.

La distinction entre l'objectif et le subjectif héritée de M. Duguit a certes affaibli la classification de M. Laferrière centrée sur les pouvoirs du juge et la contredit parfois lorsqu'elle ne se superpose pas exactement à elle, mais il est exact qu'elle lui a également conféré « une très forte assise »¹.

La limitation des pouvoirs du juge de la légalité n'est en effet pas arbitraire. Elle correspond à la nature de « procès fait à un acte » du recours pour excès de pouvoir. « Elle n'est pas la manifestation, regrettable, d'une justice qui s'arrêterait en chemin », écrivait René Chapus².

Lorsqu'une décision administrative est annulée en conséquence de l'illégalité dont elle était entachée et qu'elle disparaît avec les effets qu'elle a pu produire, justice est faite.

Ceci explique, également, que le juge de l'excès de pouvoir se place à la date à laquelle l'acte contesté devant lui a été pris pour apprécier sa légalité³.

La protection de la légalité n'exige pas qu'il en aille autrement. Il est à cet égard bon de rappeler que, contrairement à ce que l'on pourrait être amené à croire, le juge de plein contentieux appelé à contrôler la légalité d'un acte raisonne lui aussi en se plaçant à la date à laquelle la décision en cause a été prise.

¹ - B. PACTEAU, *Op. cit.*, spé. p. 62. Par contre M. BRISSON qui estime que « c'est désormais moins une différence de nature que des différences de degré qui séparent les contentieux de l'excès de pouvoir et de l'annulation » J.-F. BRISSON, « *Le recours pour excès de pouvoir. Tendances récentes du contentieux administratif*, *Op. cit.*

² - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *Op. cit.*, p. 225.

³ - Ainsi se comprennent également les particularités classiques du régime du recours pour excès de pouvoir et de ses effets : facilité d'accès pour les justiciables, impossibilité de renoncer à l'exercice du recours comme au bénéfice de la chose jugée dans ce cadre, possibilité pour le requérant de revenir sur son désistement et fait que le moyen de l'annulation d'une décision prononcée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir soit d'ordre public. Les juridictions administratives ont régulièrement l'occasion de rappeler certains de ces effets attachés à la distinction des contentieux : le tribunal administratif d'Amiens a ainsi pu refuser d'homologuer une transaction comportant une renonciation à exercer le recours pour excès de pouvoir, « lequel n'a pas pour objet la défense de droits subjectifs ». T.A. Amiens, 14 avril 2007, *Mme R.*, n° 0400871, Dr. Adm. janvier 2008.

Ce n'est que lorsqu'il est chargé de définir le contenu de la décision qui sera substituée à celle de l'Administration défailante qu'il se place à la date à laquelle il statue¹.

La fonction défensive du recours pour excès de pouvoir s'exprime enfin au travers de l'autorité attachée à la chose jugée dans ce cadre : absolue et opposable à tous.

Des déplacements de frontière au sein du contentieux objectif entre ce qui relève de l'excès de pouvoir et ce qui relève du plein contentieux peuvent certes se produire.

Cependant, la nature de la question posée au juge (objective ou subjective), elle, ne saurait se transformer. Il y a là une impossibilité ontologique².

L'état du contentieux actuel (c'est-à-dire sa structure et l'incertitude relative qui pèse sur certains de ses éléments) résulte de deux paramètres d'inégale valeur.

D'une part, la superposition de la frontière tracée entre recours pour excès de pouvoir et plein contentieux et de celle que dessine la dialectique contentieux objectif / contentieux subjectif a donné naissance à un contentieux tripartite, dans la mesure où elles ne se superposent pas totalement³.

D'autre part, la mobilité de la frontière entre recours pour excès de pouvoir et plein contentieux a été facteur de trouble du fait précisément de ses

¹ - D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *A.J.D.A.* 2011, spé. p.p. 157-158. La légalité d'un acte s'apprécie donc en général et quel que soit le juge saisi en fonction des éléments de fait et de droit qui s'imposaient à l'Administration à la date à laquelle elle a pris sa décision (ou, s'agissant du contentieux fiscal ou de celui des pensions, à la date du fait générateur). Ce n'est que dans les cas spécifiques où le juge s'est vu confier une mission « administrativo-juridictionnelle » (*Ibid.* p. 158), comme en matière d'édifices menaçant ruine ou d'installations classées, que le juge contrôlera la légalité de l'acte qui lui est soumis en faisant application de dispositions ou de faits postérieurs.

² - Pour les mêmes raisons, il convient de prendre garde à ne pas tenir pour synonymes « plein contentieux » et « contentieux subjectif ».

³ - Il s'agit de l'association entre la classification formelle et la classification matérielle à laquelle a œuvré notamment M. Waline.

déplacements récents. Dès lors aujourd'hui, il est à distinguer trois principales familles de contentieux avec, d'un côté, le recours pour excès de pouvoir avec ses traits caractéristiques et classiques de recours objectif.

D'un autre côté se trouve ce que MM. Botteghi et Lallet proposent d'appeler le « plein contentieux intégral »¹, plus couramment connu sous le nom de « plein contentieux subjectif » ou, ce qui est sans doute préférable, de plein contentieux « ordinaire »².

La légalité d'un acte administratif unilatéral n'y est pas en cause (il y est question essentiellement d'apprécier des droits à réparation ou une situation contractuelle).

Entre les deux se situe le « plein contentieux objectif » pour lequel les auteurs précités proposent l'appellation de « plein contentieux de légalité » et qui connaît encore actuellement une « difficulté d'être »³.

Cette dernière famille contentieuse est en effet extrêmement composite et la conception de l'office du juge du plein contentieux de légalité y est fluctuante.

Deux grandes tendances jurisprudentielles paraissent en effet se détacher. Un premier courant semble tenir le recours de plein contentieux de la légalité pour un recours pour excès de pouvoir « augmenté » au stade des conséquences à tirer d'une illégalité.

C'est le cas en particulier des contentieux qui relevaient classiquement de l'excès de pouvoir et qui ont basculé en plein contentieux, comme celui des sanctions⁴.

¹ - D. BOTTEGHI et A. LALLET, *Op. cit.*, spé. p. 157.

² - La qualification est proposée par M. Chapus, « *Droit du contentieux administratif* », *Op. cit.*, p. 236. Le contentieux qualifié d'« objectif » pour signifier qu'il est dirigé contre un acte peut en effet porter sur des droits subjectifs.

³ - R. CHAPUS, « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *Op. cit.*, p. 952.

⁴ - C.E., Ass., 16 février 2009, *Société Atom* et C.E., avis, 9 juillet 2010, *M. Jean-Luc Berthaud*, précitées.

Dans ce cadre, le juge contrôle dans un premier temps la légalité de la mesure contestée comme il le ferait à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir. Si la décision est jugée légale, il s'arrêtera là.

Dans le cas contraire, il pourra encore choisir de s'en tenir à l'annulation simple, sans substituer sa propre décision à celle annulée¹. C'est dire si dans ce cas, la distinction est mince entre plein contentieux de légalité et recours pour excès de pouvoir assorti de conclusions à fin d'injonction sous astreinte (ces dernières accompagnant aujourd'hui la plupart des demandes lorsqu'il est question, par exemple, de demandes d'annulation de décisions de retraits de points de permis de conduire)².

L'appellation de « nouveau recours pour excès de pouvoir » proposée par le M. Chapus pour désigner le plein contentieux objectif³. Le second courant en matière de plein contentieux de la légalité retient une conception plus ambitieuse de l'office du juge, lui faisant obligation de vider le litige sans se cantonner à un constat d'illégalité.

Dans certains contentieux, tel que celui de la reconnaissance de la qualité de réfugié, le juge se trouve directement saisi de la *situation* juridique du requérant.

La formulation de la décision *Aldana Barrena* de 1982 est à cet égard explicite : « il appartient [à la juridiction], non d'apprécier la légalité de la décision qui lui est déférée [...], mais de se prononcer elle-même sur le droit des intéressés à la qualité de réfugié ».

¹ - M.M. Botteghi et Lallet citent à ce propos les conclusions de Jean-Philippe Thiellay sur l'avis *Berthaud*, pour qui le basculement du contentieux des retraits de points de permis de conduire de l'excès de pouvoir au plein contentieux n'appelait pas de modification de la pratique du juge : « le fait qu'un domaine relève du plein contentieux n'implique pas *ipso facto* que le juge doive par sa décision réformer la décision » (étude précitée, cit. p. 160). L'avis du Conseil d'Etat confirme cette position : « saisi de conclusions dirigées contre la décision du Ministre de l'Intérieur procédant à un retrait de points, le juge peut soit les rejeter, soit prononcer l'annulation demandée, soit réformer la décision en réduisant le nombre de points retirés ».

² - L'intérêt du basculement se trouve néanmoins dans la faculté pour le juge de faire application, le cas échéant, d'une loi nouvelle plus douce. Mais c'est un cas particulier qui ne remet pas en cause la solution selon laquelle en cas de rejet, il n'y a pas en règle générale à opérer de substitution.

³ - R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », 13^e éd., *Op. cit.*, spé. p. 239 et 248.

D'autres fois, comme dans le contentieux des pensions ou de l'aide sociale, le juge est tenu de vider le litige en statuant sur les droits dont l'intéressé bénéficie à la date à laquelle il se prononce, qu'il ait ou non conclu à la légalité de la décision contestée.

Le plein contentieux objectif, ou plein contentieux de la légalité, n'est actuellement guère homogène et il demeure dans une situation difficilement déterminable qui appelle certaines clarifications et d'éventuelles unifications¹.

Quoi qu'il en soit, l'esprit du recours pour excès de pouvoir ne semble pas condamné². Même si son champ d'application se trouve réduit, son utilité demeure.

Dans la mesure où son objet reste différent de celui du plein contentieux, le recours pour excès de pouvoir doit continuer d'être la voie normale du contrôle de légalité exercé sur l'Administration³.

2- Les vertus d'un recours « sanitaire » :

L'apport essentiel du recours pour excès de pouvoir réside dans la fonction disciplinaire qu'il assure à l'égard de l'Administration. Il faut en effet défendre l'esprit de cette voie de droit, dont l'histoire est celle d'« un

¹ - D. BOTTEGHI et A. LALLET et portant sur obligations variables du juge de plein contentieux de la légalité et sur leurs implications divergentes, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *Op. cit.*, spé. p.p. 159-161.

² - En témoigne la proximité qu'entretient avec lui une part du plein contentieux de la légalité, pour laquelle sa nature de contentieux objectif l'a emporté, dictant des solutions telles que l'exclusion de la renonciation au recours ou au bénéfice de la chose jugée. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », 13^e éd., *Op. cit.*, spé. p. 239 et « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *Op. cit.*, spé. p.p. 952-953.

³ - Mmes Lepetit-Collin et Perrin, qui rejettent toute classification des contentieux au profit d'un inventaire, conviennent elles aussi que l'idée d'un « guichet unique » devant le juge administratif doit être repoussée avec force. Elles rattachent pour leur part ce rejet à la diversification même du contentieux administratif mais considèrent également que « la spécificité du recours pour excès de pouvoir au sein du contentieux administratif demeure inchangée » et qu'elle s'illustre par « la nature de la question posée au juge, la nature de l'acte dont il est saisi ainsi que les pouvoirs mis en œuvre pour y répondre ». H. LEPETIT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *R.F.D.A.* 2011, p.p. 813-829. Cette position est également partagée par F. BLANCO, thèse précitée (not. p. 187 et p. 733. La proposition inverse rencontre cependant la faveur de certains auteurs. Ainsi, pour le Président Jean-Marie Woehrling, « le moment paraît [...] venu de créer un « recours contentieux administratif » unique ». J.-M. WOEHRLING, « Trancher le nœud gordien de la distinction des contentieux », *A.J.D.A.* 2007, p. 1777.

recours hiérarchique juché à l'équation de la juridiction par le génie propre du juge administratif »¹.

Ce dernier lui a, en effet, conféré sa fonction de « tutelle contentieuse » en développant le contrôle des motifs et en la limitant par le critère de la liberté laissée à l'auteur de l'acte contrôlé². C'est précisément cette fonction spécifique, « cassatoriale »³, qu'il convient de préserver.

La rudesse et la rigueur de l'annulation rétroactive, largement dénoncées, peuvent également s'avérer bénéfiques. Rappeler l'Administration au respect dû à la légalité est une vertu qu'il convient de ne pas sacrifier sur l'autel de la satisfaction des attentes parfois impatientes des justiciables.

Le recours pour excès de pouvoir, cette « guillotine puissante et sévère qui rejette, renvoie, repousse tout ce qui n'a pas été fait convenablement »⁴ n'a pas en effet que des défauts.

Il présente même un avantage précieux dans la mesure où il permet de sanctionner visiblement une exigence de responsabilité de la puissance publique envers ses propres décisions.

Au nom de quoi enfin faudrait-il se passer de ce recours qui protège le droit de chacun à la légalité et qui concrétise « l'idée qu'un acte qui n'est pas pleinement légal ne l'est pas du tout »⁵ ?

¹ - P. SANDEVOIR, « *Etudes sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative* », *Op. cit.*, cit. p. 288.

² - S. BOUSSARD, « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. BIGOT et M. BOUVET dir., Litec, Paris, 2006, p.p. 305-331 et du même auteur, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, Paris, 2002, 470. M. Burdeau montre comment l'arrêt *Bizet* du 13 mars 1867 a conforté la prétention du Conseil d'Etat français à s'ériger en juge de la bonne application de la loi par l'Administration. F. BURDEAU, « Quand juger l'application de la loi n'est plus administrer », (l'arrêt *Bizet*) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, *Op. cit.*, p.p. 257-264.

³ - J.-M. WOEHRLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Op. cit.*, spé. p. 782. C.E., 13 mars 1867, *Bizet*, Rec. p.p. 272-276, qui écrivait, à propos du recours pour excès de pouvoir : « Ici, la juridiction administrative ne statue plus dans les mêmes conditions que sur les matières du contentieux administratif ; elle ne peut plus substituer sa décision à celle de l'Administration ; elle joue le rôle d'une cour de cassation ».

⁴ - B. PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Op. cit.*, p. 64.

⁵ - *Ibid.*, p. 65.

Comme le montre encore M. Pacteau, la problématique de la limitation des pouvoirs du juge à la seule annulation n'est pas aussi simple qu'elle pourrait le sembler.

Un juge qui ne dispose en principe que de cette possibilité est, en effet, susceptible de se montrer plus audacieux que lorsqu'il dispose d'une palette de pouvoirs plus étendus¹.

En présence d'une sanction illégale par exemple, le juge de plein contentieux, doté d'un large éventail de pouvoirs, pourra se contenter de la réduire.

Les interventions du juge de pleine juridiction peuvent ainsi être dépourvues du caractère « exemplaire » que revêtent celles du juge de l'excès de pouvoir².

Preuve également que le juge administratif n'a pas perdu de vue cette fonction, il a fait de ses pouvoirs de modulation de l'annulation (ou des procédés correctifs tels que la substitution de base légale ou de motifs) une *faculté*.

Cette liberté est intrinsèquement liée à l'office du juge de l'excès de pouvoir: elle renforce le caractère pédagogique et disciplinaire de l'annulation lorsqu'elle est prononcée sous sa forme classique malgré la réunion des conditions exigées pour sa modulation ou pour la préservation de l'acte contesté.

Le plein contentieux n'est par ailleurs pas toujours le *summum* juridictionnel au rang duquel les aspirations contemporaines l'élèvent. Sur un plan matériel tout d'abord, il serait illusoire de penser que la pleine juridiction puisse devenir le mode général d'examen des contentieux portant sur des

¹ - Sous réserve de la mise en œuvre des techniques particulières venant adoucir lorsqu'elle s'avère réellement excessive la rigueur de la mécanique de l'excès de pouvoir.

² - R. SCHWARTZ et C. MAUGUE sous la décision *Le Cun* (C.E., Ass., 1^{er} mars 1991), précitée.

actes administratifs, sous peine de déborder le juge et de muer sa juridiction en « bureau administratif »¹.

La technique négative du recours pour excès de pouvoir est, elle, adaptée à la répartition des rôles entre pouvoir administratif et juridiction administrative :

Le premier décide tandis que la seconde contrôle. Une fusion des contentieux ne permettrait plus l'exercice de cet office spécifique que remplit le juge de l'excès de pouvoir et la relation de contrôleur à contrôlé qu'il instaure.

C'est incontestablement ce rapport, limité à l'annulation, éventuellement aménagée mais sans pouvoir de remplacement et rétroagissant à la date de leur édicton, qui est le plus adapté au contentieux des actes administratifs unilatéraux².

A ne pas omettre que le recours pour excès de pouvoir - qui conserve par ailleurs un vaste domaine³ - reste également le seul recours qui permette à des tiers n'ayant aucun intérêt subjectif dans une affaire de faire valoir des considérations de légalité objective.

¹ - B. PACTEAU, *Op. cit.*, cit. p. 63 ; D. LABOUYSSE à propos du contentieux de la délivrance de cartes de stationnement pour personnes handicapées (conclusions sur T.A. Limoges, 23 septembre 2010, *M. H. c/ Préfet de la Haute- Vienne*, préc. : « accorder une carte de stationnement n'épuise pas la compétence de l'autorité devant se prononcer. [...] (L)es éléments que produirait le requérant pour faire valoir qu'il remplit, à la date à laquelle vous statuez, les conditions pour se voir délivrer une carte de stationnement ne vous permettraient pas, le plus souvent, de déterminer la période d'attribution de la carte. Il vous faudrait, afin d'épuiser votre office, recourir le plus souvent à une expertise médicale. C'est pourquoi, il nous semble que les pouvoirs d'un juge qui sont les plus adaptés à la matière sont ceux consistant, d'une part, à annuler une décision et, d'autre part, s'il est saisi de conclusions en ce sens, à enjoindre la délivrance de la carte de stationnement en laissant à l'Administration le soin de déterminer, en s'appuyant à cet effet sur les compétences du médecin de l'équipe pluridisciplinaire de la maison départementale des personnes handicapées, la durée de validité de cette carte », A.J.D.A. 2011, cit. p. 237.

² - S. BOUSSARD, « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », *Op. cit.*, spé. p. 328.

³ -Le contentieux de l'annulation des actes réglementaires notamment, ainsi que celui des mesures d'éloignement ou encore de certaines mesures de police. La question peut enfin sembler caricaturale, mais comme s'interroge Florent Blanco, imaginerait-on le Conseil d'Etat réécrire un jour un décret du Président de la République ou un plan d'urbanisme après l'avoir censuré ?, thèse préc., spé. p. 740.

Si la circonstance que le juge de l'excès de pouvoir vise le rétablissement de la légalité lorsqu'il prononce une annulation peut conduire à présenter le requérant comme un « auxiliaire » du juge dans sa fonction de contrôle de l'Administration¹, ce n'est pas pour autant qu'il faille considérer qu'il n'y ait pas de « parties » dans les litiges d'excès de pouvoir. Ni surtout que le juge de l'excès de pouvoir soit impuissant à satisfaire l'intérêt personnel du requérant et à défendre ses droits².

Par sa structure, le recours pour excès de pouvoir est, en effet, à même de permettre une aussi bonne défense des droits individuels que de la légalité en général, particulièrement lorsque le juge y exerce la plénitude de ses compétences (par le biais d'un contrôle entier). S'agissant de la protection offerte aux administrés, le recours pour excès de pouvoir n'est nullement inférieur à un recours de plein contentieux.

Comme l'écrit M. Bonichot, « que le juge puisse lui-même réformer la décision attaquée [...] est peut-être opportun, mais ne peut être présenté en soi comme une garantie et encore moins comme une garantie nécessaire »³.

Il convient également de « bémoliser »⁴ l'opposition entre contentieux objectif et contentieux subjectif portée par la classification matérielle des recours contentieux chère à l'école de Bordeaux.

¹ - Ou comme jouant le rôle « d'un ministère public poursuivant la répression d'une contravention » ; C.E., 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon* et C.E., 15 décembre 1899, *Adda*, S. 1900, 3, p.p. 73-75, cit. p. 74.

² - Rappelons à ce propos que le contentieux ordinaire en annulation fondé sur la méconnaissance d'un droit subjectif fut attiré par le Conseil d'Etat dans le domaine du recours pour excès de pouvoir afin que le plus grand nombre possible de requérants puissent bénéficier de la dispense de ministère d'avocat instituée par le décret impérial du 2 novembre 1864. Pour un rappel historique sur ce point, v. par ex. J.-F. BRISSON, « *Le recours pour excès de pouvoir. Tendances récentes du contentieux administratif* », *Op. cit.*, spé. p.p. 7 -8 ; D. GILTARD, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », *Op. cit.*, spé. p.p. 208-211 ; J.-M. WOEHRLING, « La redécouverte du plein contentieux », *Op. cit.*, spé. p. 260 et, du même auteur, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Op. cit.*, spé. p. 779 ; ou encore B. PACTEAU, « *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle* », P.U.F., Paris, 2003, 264 p., spé. p.p. 157-160.

³ - J.-C. BONICHOT, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.* 2001, p. 73, 12 p. en pagination Internet, cit. p. 6. On a en effet vu plus haut que les progrès de la pleine juridiction en droit positif excédaient en réalité les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de respect du droit à un procès équitable.

⁴ - S. RIALS, « L'office du juge », *Op. cit.*, cit. p. 18.

Il s'agit d'une modélisation doctrinale utile mais qui ne s'impose pas au juge. Elle ne saurait occulter la part de subjectif incluse dans le contentieux de la légalité¹ ni, le phénomène de « subjectivisation » des contentieux objectifs². Le rétablissement de la légalité n'exclut ainsi nullement la prise en compte des intérêts des requérants.

Rien ne s'oppose au maintien de ce recours à la vertu disciplinaire spécifique qu'est le recours pour excès de pouvoir. Son existence n'a peut-être même jamais été aussi souhaitable.

Certes il est à considérer que cette voie de droit a « achevé sa mission historique » en ayant permis la soumission de l'Administration aux règles de l'Etat de droit³.

La protection de la légalité et la surveillance de la rectitude de l'action de la puissance publique ne sont cependant jamais des victoires définitivement acquises : il s'agit d'un combat permanent.

Comme le professait M. Rivero, le phénomène continu de socialisation entraîne un « nécessaire et bienfaisant accroissement d'autorité »⁴. Il faut dès lors maintenir les systèmes de protection « à l'échelle du pouvoir »⁵. Ceci nécessitait notamment la recherche d'un recours pour excès de pouvoir renouvelé. Voilà qui est chose faite.

¹ - La jurisprudence n'a en effet jamais opéré de distinction selon que l'acte administratif unilatéral contesté devant le juge créait ou non des droits au profit de son bénéficiaire et nombreux sont les litiges portés devant le juge de l'excès de pouvoir qui intéressent la situation personnelle des administrés. On peut citer ainsi la décision *Lafage* qui admettait en 1912 la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les décisions refusant des avantages pécuniaires aux agents publics. C.E., 8 mars 1912, *Lafage*, Rec. p. 348, G.A.J.A. 19^e éd., 2013, n° 23 ou encore l'admission, la même année, de la tierce opposition en excès de pouvoir. C.E., 29 novembre 1912, *Boussuge*, Rec. p. 1128. D. BAILLEUL, « *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français* », *Op. cit.*, spé. p.p. 324-328. L'existence de l'appel et de la cassation dans ce contentieux sont une autre manifestation de la part « subjective » - commune à toutes les actions en justice - que comporte le recours pour excès de pouvoir.

² - Il est d'ailleurs admis par l'ensemble des auteurs qu'il ne saurait exister de cas de contentieux « purs », exclusivement subjectifs ou objectifs. D. BAILLEUL, thèse précitée, spé. p.p.15-17.

³ - J.-M. WOEHRLING, « La redécouverte du plein contentieux », *Op. cit.*, cit. p. 259.

⁴ - J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Sirey, Paris, 1963, p.p. 813-836, cit. p.835.

⁵ - *Ibid.*, p. 836.

B – Le recours pour excès de pouvoir, recours revitalisé et évolutif :

Quinze ans se sont maintenant écoulés depuis le renouveau des interrogations portant sur l'avenir du recours pour excès de pouvoir, et ce dernier est toujours bien vivant.

Il doit précisément son maintien aux évolutions qui l'ont affecté. Ayant réussi le pari de sa rénovation **(1)**, l'objet sacré du contentieux administratif n'en est nullement sorti dénaturé **(2)**. Son adaptation au contentieux et aux attentes contemporains rend dès lors inutile la transposition en droit français du modèle allemand de l'« action en déclaration de droits » **(3)**.

1-Un seul ennemi : l'immobilisme :

A l'aube du XX^e siècle, Maurice Hauriou mettait en garde contre ce risque: « il y aurait danger à laisser s'immobiliser et se figer une institution qui doit rester souple et vivante »¹.

Longtemps loué comme le chef-d'œuvre de la juridiction administrative au point que la critique pouvait facilement prendre « allure de blasphème »² le recours pour excès de pouvoir a pourtant bien failli périr de l'immobilisme dans lequel ce concert de louanges l'avait plongé³.

L'erreur qui aurait pu lui être fatale a été de penser que toute retouche apportée au monument du contentieux administratif français ne pouvait que le défigurer.

L'admiration que lui ont longtemps vouée ses auteurs et observateurs n'a en effet pas empêché le monde autour de lui d'évoluer. Le syndrome de «

¹ - C.E., 29 juin 1900, *Merlin*, S. 1900, III, p.p. 65-68, cit. p. 68.

² - J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *Op. cit.*, cit. p. 824

³ - Admiration provenant non seulement des membres du Conseil d'Etat, son créateur, mais également de la doctrine et de nombre d'Etats étrangers ayant adopté le modèle.

prévalence du moyen sur la fin »¹ a en outre atteint le recours pour excès de pouvoir, le faisant ainsi se rapprocher d'un «mécanisme destiné à dire le droit pour l'agrément du juriste, non à réaliser le droit pour la sécurité de l'administré »².

Comme les précédentes, le recours pour excès de pouvoir a pourtant surmonté cette crise. Il en est même sorti renforcé : son objet et son but sont aujourd'hui réunifiés.

Etant donnée sa sophistication actuelle, il est dès lors difficile de craindre pour la survie de cette voie de droit, du moins à moyen terme. Les principaux reproches faisant augurer de sa disparition portaient sur son déficit d'efficacité et sur sa rigidité excessive.

Le juge de l'excès de pouvoir dispose aujourd'hui de pouvoirs enrichis. Il conçoit son office sous un jour moins réducteur, rationalise ses méthodes de travail et a valorisé la dimension constructive de ses interventions.

Il a mis fin à l'apparent paradoxe qui le faisait se montrer très sévère à l'encontre des décisions illégales prises par l'Administration et indifférent aux conséquences concrètes de ses propres décisions et des effets qu'elles étaient susceptibles de produire.

La «capitulation devant le fait accompli »³ est enfin beaucoup moins une réalité que par le passé dans la mesure où des procédures d'urgence dignes de ce nom fonctionnent effectivement et que des principes tels que celui d'intangibilité des ouvrages publics commencent à être ébranlés.

Il n'est pas question de prétendre que le recours pour excès de pouvoir ne soit pas appelé à évoluer encore dans le futur - bien au contraire - ni

¹ - Que Jean Rivero estime être la déviance la plus courante de toutes celles qui menacent un ordre juridique, *Op. cit.*, spé. p.834.

² - *Ibid.*, p. 833.

³ - D. LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs* 1988 (préc.), cit. p. 52.

évidemment qu'il soit éternel, mais simplement de constater que la rénovation dont il avait un besoin vital a été opérée avec succès.

Le recours pour excès de pouvoir a certes perdu du terrain au profit du plein contentieux de la légalité notamment. Il n'a finalement pas investi le contentieux des contrats comme on put un temps l'envisager¹.

Mais faut-il le regretter ? N'est-il pas au contraire préférable que le recours pour excès de pouvoir soit recentré sur les domaines où l'on a montré que son action radicale et sanitaire était aussi adaptée qu'indispensable ? Parallèlement d'ailleurs, même si le phénomène est plus marginal, il a su investir de nouveaux domaines dans lesquels l'Administration a engagé son action tels que ceux nécessitant une régulation concurrentielle².

Dans d'autres cas encore, comme en matière d'urbanisme, les conditions d'intervention du juge de l'excès de pouvoir ont été spécialement aménagées afin qu'il puisse efficacement remplir son office.

Peut-être le recours pour excès de pouvoir sera-t-il amené à évoluer dans le sens d'une hybridation avec le plein contentieux objectif comme semblait le penser M. Chapus³.

¹ - En particulier au lendemain de la décision *Association AC !* de 2004. J. GOURDOU et P. TERNEYRE « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », *C.J.E.G.* 1999, p.p. 249-263, pour qui une telle perspective passait par certains aménagements : les auteurs invitaient à s'interroger notamment sur le caractère *nécessairement* rétroactif de l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir et proposaient que ce dernier puisse nuancer son approche traditionnelle de l'illégalité en procédant à une *mise en balance* de la gravité de l'irrégularité entachant le contrat attaqué et des éléments pouvant le sauver de la nullité et qu'il dispose d'une palette de pouvoirs nuancés afin de pouvoir choisir la solution la mieux adaptée à la situation litigieuse. C.E. Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, A.J.D.A. 2004, p.p. 1189-1190 ; O. DUBOS et F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. Adm.* août-septembre 2004, spé. p. 15 ; C.E., Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, R.D.P. 2005, spé. p. 542. P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt *Martin* », *R.F.D.A.* 2006, p.p. 24-31.

² - Voir en ce sens l'appréciation de Mme Nicinsky : « Le contentieux de l'excès de pouvoir n'est pas inadapté au droit de la concurrence, car il est calibré sur l'action de la personne publique, qu'elle soit opérateur sur un marché ou simple administration. Ce n'est pas le contentieux de la concurrence qui envahit le droit administratif, mais l'Administration (et ses spécificités) qui intervient sur le marché concurrentiel ». C.E., 29 juillet 2002, *Cegedim*, préc., A.J.D.A. 2002, spé. p. 1076.

³ - R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *Op. cit.*, spé. p. 239 (« On pourrait même commencer à croire que ce que j'appellerai « le nouveau recours pour excès de pouvoir » naîtra un jour de la fusion entre le recours pour excès de pouvoir actuel et les recours objectifs de plein contentieux »).

Pour sa part préconiser la voie d'une rénovation permanente et le maintien de pouvoirs de juridiction « tout court », c'est-à-dire de juridiction à part entière, au profit du juge de la légalité.

La différence semble d'ailleurs demeurer nette dans l'esprit du juge lui-même. Mme Boussard fait ainsi justement remarquer que la rédaction de la décision *Llorca*, rendue dans le contentieux des pensions, indique que l'Administration est soumise à l'« autorité » du juge tandis que l'arrêt *Vassilikiotis* rappelle la soumission de celle-ci au « contrôle » du juge de l'excès de pouvoir¹.

Le fait que le juge chargé du contrôle de la légalité de l'action administrative ne soit plus systématiquement rivé à l'anéantissement pur et simple d'un acte illégal n'a, en effet, pas altéré la nature profonde de son intervention.

Le plein exercice par le juge administratif de ses pouvoirs de commandement renforce le caractère objectif de sa fonction de juge de la légalité.

2- L'injonction au soutien du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir :

L'exercice de ses pouvoirs de contrainte par le juge de l'excès de pouvoir participe de son office spécifique. Qu'il mette en œuvre tous les

=L'auteur restait cependant prudent : « Quant à savoir si le recours pour excès de pouvoir (tel qu'il est encore actuellement conçu) est menacé d'être purement et simplement supplanté par le recours objectif de plein contentieux, il ne faut pas, assurément, anticiper et croire, comme autrefois Hauriou l'a cru (pour des motifs d'ailleurs erronés) que le recours pour excès de pouvoir ne fait que se survivre » (*Ibid*, p.p. 248). Ce qui est davantage probable sans doute est que la part la plus « objective » dans sa conception du plein contentieux de la légalité rejoigne à terme le régime de l'excès de pouvoir, s'agissant de l'autorité des décisions rendues par le juge par exemple . R. CHAPUS également, « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *Op. cit.*, spé. p.p. 952-953. Dans l'attente d'une éventuelle clarification en la matière, la coexistence de divers types de recours aux régimes particuliers est sans doute inscrite à court et moyen terme dans l'avenir du contentieux administratif français. M. BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *Op. cit.*, spé. p. 199 ou encore, proposant un inventaire, H. LEPETIT-COLLIN et A. PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *Op. cit.*, spé. p.p. 826.

¹ - S. BOUSSARD, « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », *Op. cit.*, spé. p. 330.

éléments classiques de son contrôle sur l'action administrative ou qu'il précise désormais également à l'Administration les conséquences de ses décisions d'annulation, le juge administratif continue de remplir sa fonction de tutelle contentieuse.

L'absence officielle de pouvoir d'injonction au sein des prérogatives du juge de la légalité desservait le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir.

Le renforcement des prérogatives du juge de la légalité n'a en effet nullement fait basculer l'ensemble de son office dans le plein contentieux¹. La consécration du pouvoir d'injonction du juge administratif était à l'origine d'un dédoublement méthodologique du juge de l'excès de pouvoir saisi, à titre *accessoire* (le terme est révélateur), de conclusions à fin d'injonction.

La porosité relative observée dans le maniement de ces deux offices ne dément pas cette assertion² : la reconnaissance et la pratique de l'injonction n'ont pas modifié la nature des interventions du juge de la légalité³.

Lorsqu'il prononce une injonction et qu'il dicte les mesures d'exécution d'une décision d'annulation, le juge de l'excès de pouvoir ne fait

¹ - Pour une analyse divergente, voir notamment les travaux du professeur Melleray, qui estime que la distinction entre excès de pouvoir et pleine juridiction a aujourd'hui quasiment disparu : F. MELLERAY, « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.* 1998, p.p. 1089-1129, spé. p.p. 1125-1129, ainsi que *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *Op. cit.*, spé. p.p. 79-103, ou encore « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *Op. cit.*, spé. p.p. 6-7 en pagination Internet. Dans le même sens également, C. GABOLDE, « Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? », *Op. cit.* (estimant que la loi du 8 février 1995 a permis de gravir la dernière marche qui menait à la confusion des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir et du juge du fond en plein contentieux), E. GUERIN-LAPOTRE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, *Op. cit.*, p.p. 398 et s. ou encore P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 6^e éd., 2010, n° 772, p. 474, qui estime de manière plus nuancée que le recours pour excès de pouvoir, s'il est encore distinct de la pleine juridiction, a perdu « une grande partie de son originalité ».

² - Dans la mesure où le juge de la légalité et celui de l'injonction préventive ne font qu'un, des interactions entre leurs deux offices étaient en effet inévitables et même, pour des raisons de cohérence et d'efficacité, souhaitables. Sur ce point, voir *supra*, p.p. 535 et s.

³ - Clairement en ce sens également, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *Op. cit.*, spé. p. 226 : « l'existence de ce pouvoir d'injonction (pour remarquable et important qu'il soit) n'affecte pas la conception et la nature du recours pour excès de pouvoir » ou encore S. BOUSSARD, « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », *Op. cit.*, spé. p. 330.

que prolonger l'exercice de sa fonction de tutelle contentieuse. Il évite simplement de s'arrêter à mi-chemin dans l'exercice de sa mission.

De plus, les résultats obtenus par le truchement d'une injonction (qu'elle soit prétorienne ou prononcée sur le fondement des dispositions du Code de justice administrative) ne sont que de loin assimilables à ceux qu'il est possible d'escompter dans le cadre d'un recours de pleine juridiction.

Il est, certes, à soutenir que sur un plan pratique, une affaire est susceptible de connaître un dénouement identique, que le juge la règle lui-même comme le permettent ses pouvoirs de pleine juridiction ou que l'Administration se soumette à une injonction prononcée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

Mais, il en va encore de même lorsque l'Administration tire spontanément les conséquences d'une simple annulation. Il n'est pas possible d'en déduire qu'injonction et substitution seraient des pouvoirs équivalents.

De surcroît, nous l'avons vu, le prononcé d'une injonction de faire préserve la conduite du processus décisionnel par l'Administration¹. La possibilité de substituer sa propre décision à celle de l'Administration défaillante demeure bel et bien l'apanage du juge de pleine juridiction².

Celui-ci dispose, en outre, d'une marge de manœuvre supérieure à celle du juge de l'exécution intervenant dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, puisqu'il peut aller au-delà des « conséquences nécessaires » de l'annulation.

Lorsque, dans le cadre d'un contentieux de pleine juridiction, le juge exerce un pouvoir de réformation, il substitue son appréciation à celle de

¹ - Voir développements *supra*, ce chapitre, p. 597 et s.

² - F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Op. cit., spé. p.p. 527-529 et p.p. 731-732.

l'Administration : les effets de sa décision peuvent excéder ceux qui découleraient inévitablement d'une simple décision d'annulation.

Il n'y a pas davantage de basculement que de fusion du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux de pleine juridiction. Au contraire, la consécration du pouvoir d'injonction du juge administratif renforce le caractère objectif de ses interventions lorsqu'il est saisi dans ce premier cadre.

Lorsqu'elle est sollicitée, une telle faculté apporte certes une coloration subjective au contentieux, dans la mesure où elle est de nature à apporter satisfaction au requérant.

Néanmoins, il est à considérer que la pratique de l'injonction par le juge de la légalité fait ressortir ce qui constitue le cœur du recours pour excès de pouvoir: la défense du principe de légalité et la soumission de l'Administration au droit.

En effet, le juge n'ayant plus à contourner un interdit contre-nature, il est d'une part devenu plus facile de distinguer ce qui relève du pur examen de la légalité et ce qui se rattache aux conséquences de la chose jugée.

D'autre part, le juge de l'excès de pouvoir bénéficie d'une vitalité nouvelle pour accomplir sa mission traditionnelle : «assurer le bon fonctionnement de la machine administrative »¹.

Sur un plan plus technique, l'injonction n'est pas aussi « subjective » qu'elle le paraît :elle permet certes au requérant d'obtenir que l'Administration tire les conséquences d'une illégalité qu'il soulève, mais elle lui échappe également en partie.

¹ - A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration (Etudes sur le recours pour excès de pouvoir)*, L.G.D.J., Paris, 1974, 312 p., cit. p. 260.

Dans sa thèse de doctorat consacrée à la question, M. Perrin souligne, ainsi, que l'obligation pour le juge de statuer sur une demande d'injonction demeure nonobstant le désistement de son auteur.

De la même manière, elle relève que le juge, lorsqu'il détermine les mesures d'exécution d'une décision d'annulation, refuse de prendre en compte la volonté du requérant qui s'opposerait à celles-ci¹.

Le prolongement par l'injonction des pouvoirs du juge de la légalité a donc eu un impact paradoxal : il a semblé faire perdre au recours pour excès de pouvoir l'allure de mécanique objective qui était censée le caractériser tout en revitalisant en réalité sa dimension objective².

En le modernisant, le juge administratif a sauvé le recours de droit commun affecté à la contestation de la légalité des actes administratifs unilatéraux.

Un « nouveau » recours pour excès de pouvoir existe bel et bien, qui reste distinct de celui de pleine juridiction. Les résultats obtenus par son association avec les pouvoirs d'injonction, dans l'ensemble réellement satisfaisants, dispensent également de chercher à acclimater en droit français l'action en déclaration de droits familière au juge allemand.

¹ - A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Op. cit., spé. p.p. 812-813.

² - Il en va de même pour d'autres innovations telles que la modulation des effets temporels des annulations contentieuses : le requérant est susceptible d'en tirer profit, mais à titre accessoire seulement. C.E., Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, R.D.P. 2005, spé. p. 1675). Cette nouvelle prérogative du juge de l'excès de pouvoir n'est cependant mise en avant qu'à titre secondaire pour arguer du rapprochement des contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction. C.E., Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, spé. p. 587.

3- Le modèle de l'action en déclaration de droits : une transposition actuellement inutile :

Le procédé de l'« action en déclaration de droits » que connaissent nos voisins d'outre-Rhin a suscité l'intérêt chez une partie de la doctrine contemporaine¹.

La procédure administrative contentieuse allemande organise de longue date une action tendant à l'émission d'un acte administratif dénommée *Verpflichtungsklage*².

Une telle action présente, en effet, des attraits dans la mesure notamment où elle permet au juge de statuer directement sur la question du droit à l'obtention d'un acte administratif individuel illégalement refusé au demandeur par l'Administration.

Elle peut correspondre aux attentes des justiciables actuels. Les pouvoirs d'injonction dont dispose actuellement le juge administratif français

¹ - C.E., 8 juin 1988, *SARL ABC Engineering*, Gaz. Pal. 28 septembre 1989, jur., p.p. 723-732 ; « Procédure et pouvoirs du juge en contentieux administratif », in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, actes du colloque tenu à Grenoble les 15 et 16 mars 1984, Ed. du Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1986, p.p. 73-88 ; « La redécouverte du plein contentieux », *Op. cit.*, spé. p.p. 266-267 ; « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Op. cit.*, spé. p.p. 785 -789, ainsi qu'à M. RICARD, « Plaidoyer pour la reconnaissance d'un recours en déclaration de droits », *Gaz. Pal.*, 28 juillet 1984, doct., p.p. 345-348. J. GOURDOU, « Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif », Pau, dactyl., 1996, 781 p., spé. p.p. 671-673 et 685-689 ; D. BAILLEUL, « L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français », *Op. cit.*, spé. p.p. 370-373 ; F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. : Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, *Op. cit.*, spé. p.p. 649-659.

² - La traduction d'« action tendant à l'émission d'un acte administratif » est proposée par Christian Autexier. Sur cette action en droit allemand, C. AUTEXIER, « Introduction au droit public allemand », P.U.F., Paris, 1997, spé. p.p. 320-325 ; M. FROMONT et A. RIEG dir., « Introduction au droit allemand », (*République fédérale*), tome II, *Droit public, Droit pénal*, Cujas, Paris, 1984, spé. p.p. 178-179 (les auteurs proposent la traduction, proche, d'« action en émission d'un acte administratif ») ; G.-H. KEMPER, « Le pouvoir du juge dans le contentieux administratif allemand, les effets du jugement et l'exécution de sa décision », *E.D.C.E.* 1991, n° 43, p.p. 329-340 ; P. MOUZOURAKI, « L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand », L.G.D.J., Paris, 1999, spé. p.p. 341-357 ou encore, également dans le cadre d'une approche comparatiste, J.-F. BRISSON, « Le recours pour excès de pouvoir. Tendances récentes du contentieux administratif », spé. p.p. 131-133.

suggèrent également un rapprochement, en raison du résultat concret et constructif auxquels ils permettent souvent d'aboutir¹.

Il faut ajouter à ceci la coloration subjective qu'ils confèrent aux interventions du juge de la légalité². Certaines analogies méthodologiques existent également : comme le juge de l'action en déclaration de droits allemand, le juge de l'injonction statue dans le présent et prend en compte d'éventuels changements affectant la situation du requérant et le contexte juridique applicable³.

La mise en œuvre du pouvoir d'injonction conséquemment à l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte négatif peut enfin conduire à des effets identiques à ceux d'une authentique action en déclaration de droits.

Les similitudes entre les deux voies de droit s'arrêtent néanmoins ici. Dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir assorti de conclusions à fin d'injonction, le juge prend en effet en compte la *situation* du requérant.

Cette considération ne signifie pas pour autant qu'il soit nécessairement question dans le contentieux en cause d'un *droit* subjectif comme c'est le cas dans le cadre d'une action en déclaration de droits.

Ce qui distingue les deux voies de droit. D'abord, lorsque le résultat obtenu est identique, le cheminement est en réalité différent. L'application de l'injonction dans le contentieux de l'excès de pouvoir est à l'origine d'un dédoublement méthodologique de la part du juge.

¹ - Rapprochement anticipé dès 1984 par le professeur Chapus, in Rapport de synthèse du colloque national du trentième anniversaire des tribunaux administratifs, Grenoble, 15-16 mars 1984, *E.D.C.E.* 1983-1984, n°35, p.p. 342-348 : « la préoccupation légitime dont (l'action en déclaration de droits) procède [...] pourrait [...] être satisfaite, plus simplement, par une rédaction plus explicite des jugements » (également in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, actes du colloque tenu à Grenoble les 15 et 16 mars 1984, C.N.R.S., Paris, 1986, p.p. 331-341, cit. p. 335).

² -K. ABDERAMANE, «L'action en déclaration de droit comme argument de droit comparé », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, F. MELLERAY dir., Bruylant, Bruxelles, 2007, p.p. 253-282, spé. p.p. 262-271.

³ - C.E. 4 juillet 1997, *M. Leveau* et C.E. 4 juillet 1997, *M. Bourezak*, préc.

Celui-ci constate dans un premier temps que les motifs de l'annulation qu'il prononce placent l'Administration en situation de compétence liée avant de vérifier, dans un second temps et en se plaçant cette fois à la date à laquelle il statue, que l'évolution des circonstances de droit et de fait n'a pas délié l'Administration de son obligation d'exécuter¹.

Le juge de l'action en déclaration de droits, quant à lui, statue en principe directement sur la question du droit à l'attribution de l'avantage sollicité².

Son intervention a, en effet, « pour objet direct la constatation de l'existence ou de l'absence d'un droit »³. Pour cette raison ensuite, le juge de l'action en déclaration de droits est conduit à instruire le recours d'une manière extrêmement complète.

En d'autres termes, il doit envisager l'ensemble des motifs possibles de refus pouvant être opposés au requérant et relever au besoin d'office des moyens non soulevés dans la requête.

Le Conseil d'Etat avait clairement refusé, avant 1995, de consacrer sur le terrain jurisprudentiel une voie de recours proche de l'action en déclaration de droits allemande⁴.

¹ - Démarche analysée *supra*, spé. p.p. 531 et s.

² - F. Melleray expose très clairement cette différence de raisonnement entre les deux voies de droit dans son étude consacrée à la question : F. MELLERAY, « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *Op. cit.*, spé. p.p. 1115-1121.

³ - J.-M. WOEHRLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Op. cit.*, cit. p.786.

⁴ - C.E., 8 juin 1988, *SARL ABC Engineering*, A.J.D.A. 1988, p.p. 473-474. L'utilisation de ce type de procédure fut également écartée par les formations administratives du Conseil d'Etat, la Section du rapport et des études ayant souligné les difficultés théoriques et pratiques auxquelles se heurterait l'action en déclaration de droits dans le domaine pouvant constituer un terrain propice : celui de l'urbanisme. Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Section des travaux publics, *L'urbanisme, pour un droit plus efficace*, La Documentation française, Paris, 1992, spé. p.p. 103-104 ; H. SAVOIE et L. TOUVET, « L'urbanisme : pour un droit plus efficace. Commentaire libre du rapport du Conseil d'Etat », *R.F.D.A.* 1992, p.p. 709-720, spé. p. 719. D'autres projets et propositions de loi reprirent cette idée dans le même domaine, sans succès jusqu'à présent (l'article 33 du Projet de loi portant réforme du Code de l'urbanisme, projet de loi dit Bianco, Assemblée nationale, n° 3077, 25 novembre 1992, *R.F.D.A.* 1993, p.p. 315-323 ainsi que le *Rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 décembre 1991*, n° 400, Sénat, seconde session ordinaire 1991-1992, spé. p.p. 170-171, accessible sur le site Internet du Sénat).

La situation postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 8 février 1995 s'en approche seulement. Les progrès que constituent le maniement de ses pouvoirs de commandement par le juge de la légalité et l'assouplissement de la mécanique du recours pour excès de pouvoir dispensent néanmoins de rechercher désormais une telle transposition.

Actuellement, le juge administratif français démontre en effet de manière quotidienne son aptitude à répondre aux aspirations des justiciables avec la souplesse et les adaptations nécessaires.

Demander aux juridictions administratives de définir le droit dont dispose l'administré à l'égard de l'Administration conduirait en outre à une modification substantielle de leur office.

Le procès devrait en effet changer de dimension dans le sens d'un alourdissement notable de la charge de travail du juge, l'instruction devant dès lors être aménagée de manière à ce que le juge soit en mesure de « déclarer » le droit sollicité.

Le risque serait alors de nouveau celui de transformer le juge en « bureau administratif »¹. Les exigences faites aux parties différeraient également.

Dans le cadre d'une action en déclaration de droits, l'Administration n'est notamment pas campée dans une attitude purement défensive, ce qui n'est d'ailleurs pas dépourvu d'intérêt.

Elle doit, en effet, justifier que son refus d'autorisation d'un acte est fondé. La procédure contentieuse administrative française permet cependant

¹ - S'agissant de l'opportunité de chercher à transposer le modèle de l'action en déclaration de droits dans le contentieux de la légalité assorti de conclusions à fin d'injonction, v. F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *R.F.D.A.* 1996, p.p. 43-57. La lourdeur de la tâche ainsi confiée aux tribunaux a d'ailleurs prêté à critique en Allemagne, notamment dans le contentieux des demandes d'asile, particulièrement abondant. Ces critiques ont en outre souligné que la spécialisation de l'Administration dans de tels domaines pouvait constituer une garantie pour l'administré que celui-ci ne retrouvait pas nécessairement devant les juges. P. MOUZOURAKI, « *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand* », *Op. cit.*, spé. p.p. 348-352.

désormais que soient évités, par le biais précisément d'un comportement actif de la part de l'Administration, les litiges « à rebondissement » qui sont aussi nocifs pour l'administration de la justice que pour les rapports entre Administration et administrés.

Les substitutions de motifs et de base légale permettent, en effet, que soit abrégée l'histoire contentieuse de refus illégalement opposés au requérant mais néanmoins fondés ou susceptibles d'être légalement réitérés.

La transformation du contentieux de l'excès de pouvoir assorti de conclusions à fin d'injonction en action en déclaration de droits - pour la part qui y est éligible car il faut encore que le requérant soit en mesure de se prévaloir d'un droit particulier - aurait enfin un inconvénient notable.

Elle conduirait à concentrer l'instruction et le débat sur la légalité interne de l'acte et donc à écarter délibérément les moyens de légalité externe (ce qui est conforme à la finalité même de l'action en déclaration de droits puisque son objet n'est pas la sanction de la violation de la règle de droit mais la consécration des droits des administrés).

Une telle solution compliquerait donc inutilement l'état du droit¹. Elle apporterait en pratique peu d'avantages supplémentaires au requérant et conduirait à un appauvrissement de la protection de la légalité objective par rapport à celle offerte par le recours pour excès de pouvoir².

Un progrès supplémentaire dans le sens de la satisfaction des requérants comme dans celui du renforcement du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir pourrait, cependant, être facilement obtenu grâce à l'abandon généralisé de la technique de l'économie de moyens lorsque des

¹ - D. BAILLEUL, « *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français* », *Op. cit.*, spé. p.p. 372-373. Estimant également que les résultats produits par l'utilisation effective du pouvoir d'injonction dans le contentieux de l'excès de pouvoir rendent inutile la consécration d'une telle voie de recours en droit français : F. MELLERAY et F. BLANCO, thèses précitées, p.p. 378 et p. 659.

² - L'action en déclaration de droits répond en effet aux principaux critères de la pleine juridiction. Voir en ce sens J.-M. WOEHLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Op. cit.*, spé. p.p. 787-788.

conclusions à fin d'annulation ont été jointes à celles tendant à l'annulation de l'acte attaqué¹.

Après autant de pronostics et de démentis relatifs à la distinction des contentieux, sans doute le temps est-il venu de raisonner davantage en termes de complémentarité que d'opposition.

Le juge administratif a réussi un rééquilibrage de ses méthodes et de ses pouvoirs, ce dont il faut se réjouir. Ceci implique une responsabilité accrue, qu'il assume pleinement.

En outre, pluralité n'est pas nécessairement synonyme de désordre : en l'occurrence, la variété des voies de recours existant devant le juge administratif français est précisément révélatrice de la richesse de son office.

¹ -Sur le décalage qu'accuse la théorie de l'économie des moyens avec les tendances et aspirations contemporaines et pour un argumentaire en faveur de son abandon dans le domaine en cause, et J. GOURDOU, « *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif* », *Op. cit.*, spé. p.p. 689-690, ainsi que C.E., avis, 9 juillet 2010, *Berthaud*, préc., spé. p.p. 42 -43. S'agissant de la contribution qu'apporterait une telle évolution au renforcement de la dimension subjective du recours pour excès de pouvoir, on citera Jean-François Flauss : « la règle de l'économie des moyens freine « l'objectivisation » du contentieux de l'annulation. Le qualificatif de recours « objectif » attribué au recours pour excès de pouvoir ne sera pleinement mérité que lorsque le juge administratif se livrera à un examen exhaustif des griefs d'illégalité ». T.A. Strasbourg, 3 août 1989, *Province de Hollande septentrionale*, D. 1991, p. 49.

Conclusion du titre II :

Le recours à l'injonction juridictionnelle participe de la dimension pacificatrice de l'office du juge. Cette technique sert bien sûr à contraindre, mais dans l'usage qu'en fait aujourd'hui la juridiction administrative française.

Elle permet également et peut-être surtout de guider, éclairer et convaincre. Cette dernière qualité apporte une contribution importante à l'efficacité de ses interventions.

La question de savoir comment il convient d'assurer l'effectivité de la chose jugée est au cœur d'un débat ancien, pratique et théorique. La jurisprudence administrative des quinze dernières années a, néanmoins, mis en évidence combien « rendre la justice » ne saurait se limiter à « dire le droit».

Conclusion Générale

La fonction juridictionnelle administrative s'est entièrement renouvelée depuis la création des tribunaux administratifs.

La mission fondamentale du juge administratif reste de « dire le droit et de trancher les litiges ». La régénération de sa fonction résulte des nouvelles priorités qu'il lui a insufflée, Toutes puisent leurs racines dans la teneur et les caractéristiques de la demande de la justice contemporaine.

Les requérants actuels, mieux informés et sollicités dans le cadre des politiques de réforme de l'Administration, expriment des attentes claires en termes de lisibilité et d'efficacité des décisions juridictionnelles, de prise en compte et de défense de leurs intérêts.

De ce fait, le juge administratif Marocain et son homologue Français doit le renouvellement de sa légitimité et la vigueur retrouvée de son office au fait d'avoir su mesurer ce que ces attentes avaient d'impérieux et de déterminant pour les systèmes contemporains, non pas que ce juge ait jamais affiché une complète indifférence à l'égard des requérants, mais il déploie aujourd'hui une politique d'ouverture, d'écoute et d'adaptation remarquables.

La réflexion sur l'efficacité du contentieux administratif Marocain et Français révèle des écarts significatifs dans les méthodes juridictionnelles mais aussi des convergences indéniables dans la politique jurisprudentielle.

Le traitement des requêtes des juges administratifs Français est nettement plus évolué et approfondie que celui de son homologue Marocain.

En revanche, En France le règlement des litiges offre un scénario inverse avec des mécanismes d'exécution des décisions de justice condamnant l'administration, nettement plus affiné et élaboré qu'au Maroc.

De manière générale, malgré les efforts multipliés par le juge administratif marocain afin d'améliorer la qualité de son office, l'exécution de ces décisions reste un défi.

L'un des enjeux des prochaines années, en ce qui concerne le contentieux administratif Marocain, sera de faire évoluer la jurisprudence relativement à l'exclusion de l'annulation.

Un remodelage de la procédure administrative contentieuse marocaine s'avère, désormais, nécessaire pour la bonne administration de la justice administrative.

L'Etat de droit qui en est la notion fédératrice révèle à la vérité, plus du potentiel que du réel car sa réalisation effective dépend d'une pratique quotidienne toujours en quête d'amélioration.

C'est à juste titre que la doctrine prédit, « pour que le miracle dure, diverses conditions doivent être remplies qui tiennent au prestige du droit et des juges, puis à l'esprit du temps » le temps de l'Etat de droit administratif.

Au terme de cette thèse, il est possible d'affirmer que le juge administratif Marocain a intégré l'absolue nécessité d'être « de son temps », en répondant aux attentes des citoyens de pouvoir disposer d'un système de contrôle juridictionnel efficace de l'administration.

La recherche de l'efficacité dans l'exécution de ses décisions a incité le juge à guider l'administration en éclairant au mieux sur ce qu'elle doit faire.

Tandis qu'en France, l'évolution suivie confirme le souci du Conseil d'Etat de placer l'intervention de la juridiction administrative sous le signe de l'utilité, non seulement pour les particuliers mais, aussi pour l'administration.

Alors qu'autrefois le juge se contente d'affirmer le droit, il a été conduit d'abord à chercher, à expliquer et à convaincre dans le souci de pédagogie.

Si le législateur a permis de franchir un pas décisif avec la loi du 16 juillet 1980 sur l'astreinte, c'est le travail de réflexion et d'exploration effectué au cours des ans par la section du Rapport et des Etudes qui a permis de franchir une autre étape avec la loi du 8 février 1995.

Cette montée en puissance s'est accentuée avec la réforme des procédures d'urgences opérées par la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et grâce à certaines avancées jurisprudentielles comme la modulation par le juge des effets de l'annulation pour excès de pouvoir.

Sans perdre son originalité, le recours pour excès de pouvoir s'est rapproché du recours de pleine juridiction et ces recours ont gagné en efficacité.

Les nouveautés procédurales successives, à caractère plus incitatif, et constituant un aide à l'exécution, ont été complétées par des mécanismes visant à exercer une pression plus forte sur l'administration, à travers l'injonction, et l'astreinte en France (seulement l'astreinte au Maroc), prononcées, soit a priori soit a posteriori dans le cadre de procédures juridictionnelles d'exécution.

En cas d'inexécution persistante, des dispositifs de nature plus répressive peuvent encore jouer pour sanctionner personnellement les responsables d'inexécution.

Les pouvoirs juridictionnels, considérablement étendus et modernisés, ont désormais ancré au sein de la juridiction administrative « une culture de

l'exécution généralisé », l'administration a aussi du intégré cette nouvelle attribution dans sa manière d'agir.

Il ne fait pas de doute qu'en France, c'est l'existence d'un juge spécialisé proche de l'administration et ayant une bonne connaissance de ses méthodes, de ses missions et de ses difficultés, qui permis l'extension des pouvoirs de ce juge dans un contexte national spécifique,

C'est à cette juridiction spécialisée que les justiciables doivent de pouvoir compter sur des moyens énergiques permettant d'assurer le respect du droit à l'exécution des décisions juridictionnelles, reconnu par ceux « droit des droits ».

Le droit a une bonne administration consacrée par les textes qui ont pour fondement l'Etat de droit.

Tout cela vient conforter et légitimer la mission et les pouvoirs du juge administratif, bien armé selon les termes du président M. Sauvé, « pour opérer la conciliation entre des intérêts contradictoires (l'intérêt général, l'ordre public d'un côté et les droits individuels de l'autre côté) et pour sanctionner les défaillances sans paralyser son fonctionnement ».

Au Maroc, il est loin de parler d'efficacité des recours administratifs, tant qu'il n'y a pas une loi (autre que l'astreinte sur demande du requérant et en application de l'article 448 du Code de Procédure Civile) qui permettra expressément aux juridictions administratives de faire respecter les décisions de justice par l'administration au même titre que les juridictions civiles.

C'est pour cela que le législateur marocain, se devra d'instituer les structures et les mécanismes nécessaires pour que l'évolution de la justice administrative s'inscrive dans le cadre d'un développement durable et d'une dynamique irréversible où le justiciable face à l'administration se sente confiant et soit convaincu que sa protection ne dépend pas de l'indulgence ou

du bon vouloir de la puissance publique, mais de la supériorité des règles et des principes de l'Etat de droit.

Une autre limite dont souffre le système administratif marocain, c'est que l'office du juge administratif de la légalité suppose l'exercice de prérogatives adaptées aux finalités singulières de la fonction juridictionnelle qui lui incombe : trancher les litiges qui lui sont soumis et annuler les actes administratifs illégaux afin de garantir le respect des exigences propres à un Etat de droit.

Ainsi, lorsque le juge de l'excès de pouvoir ou du plein contentieux objectif rejette une requête en annulation recevable et dont il discerne le bien-fondé, le contrôle juridictionnel opéré manifeste une défectuosité persistante.

Faute de pouvoir se saisir d'office de conclusions, conformément à la règle non ultra petita, ou de tout moyen sous réserve des moyens d'ordre public, en application du principe dispositif, le juge de la légalité se trouve, parfois, dans l'impossibilité procédurale de prononcer l'annulation d'un acte assurément illégal ou de censurer totalement une décision intégralement viciée.

Alors qu'il est question de soumettre concrètement l'activité normative des personnes publiques au respect du principe de la hiérarchie des normes, l'expression formelle de la volonté des parties l'emporte sur les exigences fondamentales de toute société démocratique.

Non seulement le procès administratif de la légalité demeure essentiellement la «chose des parties», mais encore les réformes remarquables de ses dernières années ont manifestement enrichi les pouvoirs du juge tendant au rétablissement de la légalité plutôt qu'à la censure des illégalités.

Le pouvoir d'annulation dont il bénéficie et qui constitue l'essence de son office n'a pas fait l'objet de la même entreprise de sophistication, si ce n'est dans le sens d'une atténuation.

Le procès administratif de la légalité apparaît alors déséquilibré, tant du point de vue de la détermination de la matière litigieuse par les parties que de celui des pouvoirs dont dispose le juge dont le parachèvement de l'office reste inachevé.

En somme, obstacles techniques, institutionnels et humains, tels sont les trois écueils auxquels se heurte le développement du contentieux administratif. Dès lors, son maintien au niveau, qu'il a atteint est véritablement une tâche difficile, nécessite des réformes textuelles, beaucoup d'efforts de la part du juge. Le tout dépendra du temps.

Bibliographie

Ouvrages :

- ABDERAMANE (K), « L'action en déclaration de droit comme argument de droit comparé », in L'argument de droit comparé en droit administratif français, F. MELLERAY dir, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- AUBIN (E), Petit Lexique, Droit administratif, Paris, Gualino, 2015.
- AUBY (J.M), « L'ultra petita dans la procédure contentieuse administrative », in Mélanges M. Waline, 1974.
- BALDOUS (B), « Les pouvoirs du juge de pleine juridiction », P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2000.
- BALLEUL (D), « L'efficacité comparée du REP et de plein contentieux objectif en droit public français », LGDJ, 2002, n° 170.
- BENABDELLAH (M.A), « Les prérogatives de l'Etat dans le recours pour excès le pouvoir », le littoral, 1982.
- BENOIT-ROHMER (F), « La recevabilité dans le droit du contentieux administratif français », dactyl. Strasbourg, 1984.
- BIGOT (G), « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in Regards sur l'histoire de la justice administrative, G. BIGOT et M. BOUVET dir., Litec, Paris, 2006.
- BLANCO (F), Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité: Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir ».
- BOTTEGHI et A. LALLET (D), «Le plein contentieux et ses faux-semblants».

- BOUSSARD (S), « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. BIGOT et M. BOUVET dir., Litec, Paris, 2006.
- BOUSSARD (S), « La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir ».
- BRAIBANT (G), « Remarques sur l'efficacité des annulations en excès de pouvoir », *E.D.C.E.* 1961, n° 15.
- Braibant (G), « Remarque sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoirs », *EDCE* 1961.
- BRISSON (J.F), « Le recours pour excès de pouvoir. Tendances récentes du contentieux administratif.
- BROUELLE (C), « Contentieux administratif », 3^{ème} édition, LGDJ, 2015-2016.
- CAPPELLETTI (M), « Le pouvoir des juges », trad. R. DAVID, *Economica P.U.A.M.*, 1990.
- CHABANOL, « La pratique du contentieux administratif », Litec, 8^{ème} éd., 2009, n° 375.
- CHAPUS (R), « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008, n° 1058.
- CHAPUS (R), « Vers l'éclipse du recours pour excès de pouvoir ? », *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition.
- CHAPUS (R), *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, Montchrestien, Paris, 2008.
- CHAPUS (R), *Droit du contentieux administratif*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1990.

- CHARLES (C), «Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995?».
- CHAUDET (P), « Les principes généraux de la procédure administrative », LGDJ, 1967, n° 705.
- CHEVALLIER (J), «Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle», in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinipoulos, L.G.D.J., Paris, 1974.
- CHEVALLIER (J),«Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle», in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinipoulos, L.G.D.J., Paris, 1974,
- CLAUDO (A), « L'irrecevabilité en contentieux administratif français », L'Harmattan, 2009, n° 196.
- CRUCIS (H.M), Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, LGDJ, 1991.
- DAEL (S), « Les métamorphoses de la distinction des contentieux : essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif », in Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007.
- DAEL (S), « Les métamorphoses de la distinction des contentieux : essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif ».
- DAEL (S), « Contentieux administratif » PUF, 2^{ème} édition, 2006.
- DE BECHILLON (D), « Le juge et son œuvre. Un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper.
- DE LAUBADERE (A), « Crise du droit administratif », in Pages de doctrine, Tome II, L.G.D.J., Paris, 1980.
- DEBBSCH (C) et J.C. RICCI (J.C), « Contentieux administratif », Dalloz 7^{ème} édition, 1999, n° 616.

- DEBOUY (C), « Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », PUF, 1980.
- DEFFIGIER (C), « Les grands thèmes du droit administratif dans les traités et manuels de droit administratif de premier cycle », dactyl., Limoges, 1998.
- DORSNER-DOLIVET (A) et T. BONNEAU (T), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure ».
- DUGUIT(L), *Les transformations du droit public*, A. Collin, Paris, 1913.
- FRISON-ROCHE (M.A), « Les offices du juge », in *Leges tulit, jura docuit. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, P.U.F., Paris, 1997.
- GABOLDE (C), « Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », Dalloz, 6ème édition, 1997.
- GAUDEMET (Y), « Le juge administratif, futur administrateur ? ».
- GAUDEMET (Y), « Méthodes du juge administratif », L.G.D.J., Paris, 1972.
- GAUDEMET (Y), «Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in *Le Pouvoir : mélanges offerts à Georges Burdeau*, L.G.D.J.paris.
- GHESTIN (J), « L'ordre public, notion à contenu variable », in *les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.
- GILTARD (D), « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*.
- GILTARD (D), « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », in *Le juge administratif et l'Europe: le dialogue des juges*, B.LUKASZEWICZ et H. OBERDORFF dir., P.U.G., Grenoble, 2004.
- GILTARD (D), « L'avenir du recours pour excès de pouvoir ».

- GJIDARA (M), La fonction administrative contentieuse, L.G.D.J., Paris, 1972
- GUERIN-LAPOTRE (E), « Le commandement dans l'office du juge administratif ».
- Harsi (A), « La responsabilité administrative », in indépendance nationale et système juridique au Maroc, PUG et Ed, la porte, 2000.
- HENRION DE PANSEY (P.P.N), « De l'autorité judiciaire en France », Théophile Barrois père, Paris, 1818.
- HOUSTIOU (R), « Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français », LGDJ, 1975.
- J. GOURDOU, « Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif ».
- JACQUE (J.P), « les moyens d'ordres public dans le contentieux de plein juridiction en France », in Mélanges M.Stassinopoulos, LGDJ, 1974.
- JACQUE (J-P), « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in Mélanges M. Slassinopoulos, LGDJ, 1974.
- JARROSSON (C), « Réflexions sur l'imperium », in Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991.
- JEZE (G), « Les libertés individuelles », Annuaire de l'institut international de droit public, 1929.
- JOSSE (P.L), « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions et sur les ordres », in Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire. 4 nivôse an VIII – 24 décembre 1949, Sirey, 195.

- JOSSE (P.L), « L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public », *E.D.C.E.* 1953.
- LABETOULLE (D), «La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés - Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P. WACHSMANN dir., P.U.S., Strasbourg, 2002.
- LAFERRIERE (E), « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », Tome II, 2^e éd., Berger-Levrault, Paris, 1896.
- Laferrière (E), « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », 1887.
- LAURENT (P), « L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'Etat. Etude de principes et de jurisprudence », Imprimerie universitaire, Aix-en-Provence, 1941.
- LE BOT (O), « La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté » Etude de l'article L 521-2 du Code de justice administrative, L.G.D.J., Paris, 2007.
- LEFAS (A), « Notes sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *E.D.C.E.* 1949.
- LEPETIT-COLLIN (H), « Recherches sur le plein contentieux administratif », LGDJ, 2011.
- LETOURNEUR (L), « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *E.D.C.E.* 1953.
- LOCHAK (D), *Le rôle politique du juge administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1972, et, du même auteur,
- MAUGUE (C), « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in *Juger l'Administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007.

- MELLERAY (F), « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir ».
- MELLERAY (F), «La distinction des contentieux est-elle un archaïsme? ».
- MESTRE, « Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration (Etudes sur le recours pour excès de pouvoir) », L.G.D.J., Paris, 1974.
- MODERNE (F), « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? ».
- MOREAU (J), « La responsabilité administrative », Que sais-Je ? n°2292, PUF.
- MOUZOURAKI (P), « L'efficacité des décisions du juge de légalité administrative dans le droit français et allemand », LGDJ, 1999.
- NEGRIN (J.P), « Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français », Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-en -Provence, 1976.
- ODENT (R), « Le destin des fin de non-recevoir », Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974.
- PACTEAU (B), «Vicissitudes (et vérification ?) de l'adage «Juger l'Administration, c'est encore administrer »», in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, Paris, 2004,
- PACTEAU (B), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction », chronique 1999.

- PACTEAU (B), « Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle », P.U.F., Paris, 2003.
- PACTEAU (B), « Manuel de contentieux administratif », 2^e éd., P.U.F., Paris, 2010.
- PERRIN (P), L'injonction en droit public français.
- PEUCH (J), « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques, tome XXXIX, Université de Beyrouth, 1962.
- PONTIER (S), « L'exécution des décisions du juge et l'application des injonctions », in L'injonction et l'exécution des décisions de justice.
- POSNER (J), Economic analysis of law, Boston, Little Brow, 1973.
- PRAT (J), « La responsabilité de la puissance publique au Maroc », 1963.
- PRETOT (X), « Réflexions sur la justice administrative », D, 1986, chron. XLIV, spécial.
- RENARD –PAYEN (M), « L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux », L.G.D.J, Paris, 1964.
- RIALS (S), « L'office du juge ».
- RIVERO (J), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, tome II, Sirey, Paris, 1963.
- ROUQUETTE (R), « Petit traité du procès administratif », Dalloz, 4^{ème} édition, 2010, n° 322-21.
- ROUSSET (M), « L'interprétation des pouvoirs du Roi dans la nouvelle constitution », la constitution Marocaine de 2011, Analyses et commentaires, LGDJ, Paris, 2012.

- ROUSSET (M), Interprétation et progrès du droit, Mélanges M.J. Essaid, T.I, Rabat 2005.
- ROUSSET (R) et BENABDELLAH (M.A), « Contentieux administratif Marocain », REMALD, collection, Manuels et Travaux Universitaires, n° 118, 2018.
- SANDEVOIR (P), « Etudes sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative ».
- SANDEVOIR (P), Etudes sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative.
- SAUVEL (J), « La réforme de la justice au Maroc. La loi d'unification », Annuaire de l'Afrique du Nord, 1965.
- STAUB (M), « L'indivisibilité en droit administratif », LGDJ, 1999, n° 784.
- WALINE (W), « La théorie du contentieux administratif ».
- WOEHLING (J.M), « La redécouverte du plein contentieux », et, du même auteur,
- WOEHLING (J.M), « La redécouverte du plein contentieux », in Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle, P.U.G., Grenoble, 1995.
- WOEHLING (J.M), « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996.

Les thèses et les mémoires :

- BERTRAND (F.G), « La règle « non ultra petita » dans le contentieux administratif », Thèse, Paris, 1974.
- BLANCO (F), « Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de

pouvoir », thèse, dactyl., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006, publication, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2010.

- IRAQI(R), « La protection des administrés en droit public musulman : le cas du Maroc avant le Protectorat », mémoire de CES, Casablanca, 1983.
- KHAISSIDI (T), « Les juridictions communales et d'arrondissement », mémoire CES, Faculté de droit de Casablanca, 1989 (Dactyl).
- LE BOT (O) et GUERIN- LAPOTRE (E), « Le commandement dans l'office du juge administratif », dactyl., Montpellier I, 2002, p. 429.

Les articles :

- ANTARI (M), « Remarques sur quelques tendances récentes de la jurisprudence administrative », REMALD n°18, 1997.
- BALLUTEAU (M), DE BAECQUE (F), LOCHAK (D), TRICOT (B) et WRIGHT (V), table ronde « La politisation du Conseil d'Etat : mythe ou réalité ? », *Pouvoirs* 1987, n° 40.
- BARANES (W) et FRISON-ROCHE (M.A), « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996.
- BENABDELLAH (M.A), « Des droits acquis et de la non- rétroactivité des actes administratifs », REMALD, 2009, n° 86.
- BENABDELLAH (M.A), « L'apparition de la théorie du bilan dans la jurisprudence de la Cour suprême », REMALD, n° 22.
- BENABDELLAH (M.A), « L'astreinte contre l'administration », REMALD, n° 20-21, 1997.

- BENABDELLAH (M.A), « Le pouvoir discrétionnaire de nomination et l'obligation de motivation des décisions administratives », REMALD, n°65,2006.
- BENABDELLAH (M.A), La preuve du détournement de pouvoir, R.M.D. 1987, n° 12.
- BERNARD (M), « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », A.J.D.A. hors-série 1995.
- BOTTEGHI (D) et A. LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants», A.J.D.A. 2011.
- BOTTEGHI (D) et LALLET (A), « Le plein contentieux et ses faux-semblants », A.J.D.A. 2011.
- BROYELLE (C), « Les mesures ordonnées en référé », R.F.D.A. 2007.
- CHAPUS (R), « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », R.D.P. 2002.
- CHEVALLIER (J), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », A.J.D.A. 1972, p.p. 67-89.
- CHEVALLIER (J), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », A.J.D.A. 1972.
- CHEVALLIER (J), « Le Conseil d'Etat, au cœur de l'Etat », *Pouvoirs* 2007, n° 123.
- CLAUDO (A), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », LPA, 2009, n° 240.
- CORBEL (M. P), « L'annulation partielle des actes administratifs », A.J.D.A. 1972.
- DOMINO et BRETONNEAU (A), « *Custodire ipsos custodes* : le juge administratif face à la prison », A.J.D.A. 2011.

- DONNAT (F) et CESSAT (D), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », DA, mai, 2004
- DORSNER-DOLIVET (A) et BONNEAU (T), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », D, 1986.
- DUGUIT (L), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », RDP 1906.
- EL YAAGOUBI (M), « le détournement de pouvoir des la jurisprudence administrative au Maroc », in Quarante ans d'administration, 1956-1996, REMALD, thèmes actuels n°6, 1996.
- FRAISSEIX (P), « La « subjectivisation » du droit administratif », P.A. 15 octobre 2004, n° 207.
- FROMONT (M), « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », R.F.D.A. 2002.
- GABOLDE (C), « Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? », Dr. Adm., novembre 1995.
- GAUDEMET (Y), «Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », A.J.D.A. 1972, p.p. 67-89.
- GUETTIER (C), « L'administration et l'exécution des décisions de justice », A.J.D.A. 1999, hors-série (n° spécial 20 juillet/20 août 1999).
- HEILBRONNER (A), « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », D. 1953.
- HEURTE, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », RDP, 1953.
- JARROSSON (C), « la durée de validité de cette carte », A.J.D.A. 2011, p.p. 245-279.

- JEZE (G), « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction », *R.D.P.*
- JPISSALOUX (J.L), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999.
- LOCHAK (D), « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs* 2007, n° 123.
- LOCHAK (L), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs* 1988.
- MARCOU (G), « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *R.F.D.A.* 2006.
- MELLERAY (F), « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *J.C.P. A* 25 juillet 2005, n° 30, 1296.
- MELLERAY (F), «La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif » (article co-écrit avec O. DUBOS), *Dr. Adm.* août-septembre 2004.
- MODERNE (F), «Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif», *R.F.D.A.* 1996.
- MOLINER-DUBOST (M), « A propos d'une autre « jurisprudence immobile»: le contentieux des sanctions disciplinaires infligées aux détenus», *A.J.D.A.* 2013.
- NOYER (B), « Quelques réflexions sur l'évolution des pouvoirs du juge», Conférence nationale des présidents des juridictions administratives, Bordeaux, 9-11 septembre 2010.
- OUAZZANI CHAHDI (H), Les articles 79 et 80 du DOC et l'évolution de la jurisprudence, *REMEDI* n°7, 1984.

- PACTEAU (B), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Rev. Adm.* 1999, n° spécial.
- REY (J.L), « les moyens d'ordre public en appelle », *AJIDA*, 2003.
- RIVERO (J), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le la REP », *D.* 1962.
- ROUSSET (M) et BENABDELLAH (M.A), « Contrôle des motifs et détournement de pouvoir en matière de mutation de fonctionnaire », *REMALD* n°97-98, 2011.
- ROUSSET (M) et BENABDELLAH (M.A), « Du privilège de l'administration de ne pas respecter 'autorité de a chose jugée », *REMALD*, n° 31.
- ROUSSET (M), « Le juge administratif marocain et l'exécution des décisions de justice », *RIPIC*, n° 2, 1999.
- ROUSSET (M), « Les incidences du critère organique », in *Vingt-cinq ans de droits marocains*, *RJPEM*, n 10, 1981.
- ROUSSET (M.), « La protection des droits de l'Homme au Maroc : de nouveaux progrès », *Rev. JPIC*, n°2, 2002.
- ROUSSET (M.), « Les incidences du critère organique sur le traitement du contentieux administratif », *R.J.P.E.M* ,n° 10, 1981.
- STAHL (J.H) et CHAUVAUX (D), «Conditions relatives au pouvoir d'injonction conféré au juge administratif par la loi du 8 février 1995 », *A.J.D.A.* 1996.
- TINIERE (R), « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *R.F.D.A.* 2009.

- « La loi 95-125 du 8 février 1995 consacré a la juridiction administrative contient-il des dispositions révolutionnaire ? », LPA 17 mars 1995, n° 33.
- « Le fondement de la responsabilité des collectivités publiques : la faute ou le risque », Gazette des tribunaux du Maroc, 9 avril 1943.

Les Journées d'études :

- « L'obligation de motivation des décisions de l'administration », Actes de la journée d'études, REMALD, Thèmes actuels n° 43, 2003.
- FRANCOZ (P.G), « L'injonction et l'exécution des décisions de justice », Journée d'étude Centre de Recherches Administratives - Cour administrative d'appel de Marseille, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille II.

Les textes juridiques :

- Dahir portant loi du 15 juillet 1974, n°1-74-338,
- Dahir portant loi du 28/9/1974, B.O.1974.
- Dahirs du 15 juillet 1974 portant lois et les textes d'application, B.O. 1974.
- Loi n° 95 -125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O. n° 34 du 9 février 1995.
- La loi du 12 octobre 1971 sur la réglementation et le contrôle des prix a été abrogée et remplacée par la loi n° 06-99 promulguée par dahir du 5 juin 2000, B.O. 2000.

- La loi du 18 février 2009 relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements, Bull. Off. 2009.
- Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.
- La loi de 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, n° 95-360 DC.
- La loi du 17 août 2011, B.O.2011 relatif aux juridictions de proximité.
- La loi n°80-03 du 14 février 2006, B.O. 2 mars 2006, p.332, modifié par loi 46-08, du 18 février 2009.
- La loi n°42-10 du 17 août 201, modifiée par la loi du 19 février 2015 fixant l'organisation et la compétence des tribunaux.

La jurisprudence marocaine :

- C.A Rabat 21 janvier 1928, Sirey 1930- II-25.
- C.A., Rabat, Grasso, 15 mai 1951, RACAR, 1953-54.
- C.A.A., Rabat, 9 mars 2011, Agence Maghreb Presse c/Harrak, REMALD n°97-98, 2011.
- C.C.A, 12 février 2013, Agent judiciaire du Royaume c/ Chelkha, REMALD, 2013, n° 109-110.
- C.S.A 19 décembre 1956, moulay lyazid ELalaoui, R. 92.
- C.S.A 9 janvier 1960, loc, R. 95.
- C.S.A 21 Décembre 1961, ville de CASA BLANCA C /magro, R.225.
- C.S.A 16 JUIN 1962 Hamou david, R63.
- C.S.A 23 mars 1964, HADI LYOUNI, R.200.
- C.S.A.4 décembre 1958 Bertin, R. 171 ; 27 novembre 1964, R.E.I. c/El Kebir Abdesslam, RACAM, 1964.

- C.S.A., 3 juillet 1968, Aboubou, G.T.M. 1969.
- C.S.A., 8 juillet 1968, Veuve Abboud, G.T.M. 1968, n° 5.
- C.S.A., 17 novembre 1978, Héritiers Mohamed Ben Bajeddi c/ Hammadi Handoussi et Etat, JCS, n°30, p.121 (en langue arabe).
- C.S.A., 23 février 1979, Tayeb Ben Larbi c/Etat et A. Kasmi, (en langue arabe).
- C.S.A. 26 novembre 1979, Zouind Hamou.
- C.S.A 17 octobre 1985, k.m.c / gouverneur de fés, RMD 1986, n° 1.
- C.S.A., 10 juillet 1986, Mehdi Zaïdi c/Agoumi et Batut, JCS n°40.
- C.S.A., 18 mars 1993, Kasri, REMALD n°9, 1994, p.67 et T.A., Meknès, 22 juin 1995, Maria Tahiri, REMALD n° 12, 1995.
- C.S.A., Ismaïli Alaoui, 3/4/1998, Attaoui.
- Cour de Rabat, 24 juillet 1957.
- Cour de Rabat, 19 mai 1953, Benhamou, R.A.C.A.R.
- Cour suprême, 16 juillet 1959, ville de Tanger, R.
- Cour de Rabat, 8 décembre 1939, Marie, R.A.C.A.R.
- Cour de Rabat, 9 décembre 1947, Lanepaban.
- Cour de Rabat, 13 mars 1951, Succession Pichon, R.A.C.A.R.
- Cour suprême, 7 mai 1960, Etat marocain contre Dejoie, R.
- T.A., Rabat, 15 octobre 1998, REMALD n°26, 1999.

La jurisprudence française :

- C.A.A. Bordeaux, 8 novembre 2005, CCI de Bordeaux et Michaud, J.C.P. A 2006, 1041.
- C.C., 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC, G.D.C.C. 17^e éd., 2013, n° 6.

- C.E., Ass, 11 juillet 1984, Union des groupements des cadres supérieurs de la fonction publique.
- C.E., 26 mai 2010, Mafille c/ ville de Brest, n° 316292 ; R.F.D.A. 2012.
- C.E., Fabrègues du 22 juillet 1910, S. 1911, III.
- C.E., Dame Lamotte du 17 février 1950, R.D.P. 1951.
- C.E.Société des automobiles Berliet du 28 décembre 1949, S. 1951, III.
- C.E., 24 février 2001, n° 230611.
- C.E., 24 octobre 1969, Gougeon.
- C.E., 2 mai 1962, Caucheteux et Desmonts, R.D.P. 1963.
- C.E., 12 novembre 1969, Pasquier, R.D.P. 1970, p.p. 394-402.
- C.E., Sect., 23 janvier 1970, Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros et autres.
- C.E. Sect., 23 novembre 2001, Compagnie nationale Air France, C.J.E.G. avril 2002, n° 586.
- C.E., Section, 23 janvier 1970, Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros et autres, R.D.P. 1970, p.p. 1035-1042.
- C.E., avis, 9 juillet 2010. -C.E. Sect., 6 février 2004, Mme Hallal, R.F.D.A. 2004.
- C.E., 13 mars 1867, Bizet, Rec.
- C.E 28 mai 1971, ville nouvelle lille-EST , G.A.J.A.639.
- C.E 6 novembre 1970,A.J.D.A. 1980.
- CE Sieur Pardov,3 février 1975, A.J.D.A 1975.
- C.E., 4 février 2013, Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 344266.
- C.E., 6 février 1903, Terrier c/ Département de Saône-et-Loire, S. 1903, III.

- C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC !, A.J.D.A. 2004.
- C.E., Sect., 6 février 2004, Hallal, P.A. 18 octobre 2004, n° 208.
- C.E. 21 juin 1985, Cames, G.A.J.A. 12^e éd.
- C.E., 15 février 1984, Association industrielle du terroir de Belfort, p. 1985.
- C.E., 6 octobre 1995, Hassini, T.
- C.E., Sect., 5 novembre 1965, Société Henri Ducassou.
- C.E., 13 mai 1997, Ministre de l'agriculture ; JCP, 1978, II, 18918.
- C.E., 30 novembre 2007, Guitard, p. 1059, AJIDA, 2006.
- C.E., Sect., 2 mai 1969, Ourabah.
- C.E., Sect., 19 mai 1989, Société d'expansion hôtelière du Languedoc.
- CE, 9 février 2004, Préfet de police, AJIDA, 2004.
- C.E., 28 décembre 2007, Arsicaud Bewing, AJIDA, 2008.
- C.E., Sect., 28 décembre 2007, Arsicaud Bewing, no 282309.
- C.E., 13 février 1987, Morel, T. p. 883 ; RFDA 1988.
- C.E., 14 mars 2011, Commune d'Ajaccio, n° 308987.
- C.E., 5 novembre 1975, Société Pavita, p. 544.
- CE, 12 janvier 1951, Bompard ; D., 1952.
- C.E., Ass., 1^{er} mars 1991.

Table des matières

Introduction générale	1
------------------------------------	---

Première partie :

Les fondements juridiques des recours contentieux

Titre I : Le recours en annulation pour excès de pouvoir	28
---	----

Chapitre I : Les caractères généraux du recours en annulation

pour excès de pouvoir	30
-----------------------------	----

Section I : Le recours pour excès de pouvoir, un procès fait à un acte	30
--	----

§1- Le recours pour excès de pouvoir : un moyen de contrôle

de l'administration	35
---------------------------	----

§2 - L'application de la légalité de la décision à la date de

son édicton	36
-------------------	----

Section II : Le REP : Un recours d'utilité publique	40
---	----

Chapitre II : Les moyens d'annulation : Les cas d'ouverture du

recours pour excès de pouvoir	46
-------------------------------------	----

Section I : L'irrégularité externe de l'acte administratif	46
--	----

§1- L'incompétence	47
--------------------------	----

A- L'usurpation de pouvoir	47
----------------------------------	----

B- L'incompétence ratione matérie	48
---	----

C- L'incompétence ratione temporis	49
--	----

§2- Le vice de forme	50
----------------------------	----

A- Les irrégularités dans la procédure d'édiction de l'acte	50
---	----

B- Les formes de l'acte proprement dit	51
--	----

C- La sanction de la violation des formes	53
Section II : L'irrégularité interne l'acte administratif	54
§1- Le contrôle du but : Le détournement de pouvoir	54
A- Le détournement de pouvoir par recherche d'un intérêt personnel	55
B- Le détournement de pouvoir dans un intérêt général différent de celui que permet d'atteindre l'acte	56
C- Le détournement de procédure	56
§2- Le contrôle de l'objet ou violation de la loi	58
§3- Le contrôle des motifs	60
A- L'obligation de motiver selon la loi n° 03-01 du 23 juillet 2002	61
B- Les modalités du contrôle juridictionnel des motifs	64
a) L'erreur de fait	64
b) L'erreur de droit	66
c) L'erreur de qualification : l'adaptation de la décision au motif	67
Chapitre II : L'appréciation sur le recours pour excès de pouvoir	72
Section I : Un contrôle juridictionnel défectueux	73
§1- Les travers de la règle non ultra petita	74
A- La stricte délimitation de l'office du juge par les conclusions des parties	74
1- Un office rigoureusement encadré par la règle non ultra petita	75
2- Un succédané de tempérament: l'interprétation des conclusions	79
B- Les implications contentieuses de la règle non ultra petita	82
1- Des rejets au stade de la recevabilité	83

2- L'annulation partielle d'actes intégralement illégaux	86
Section II : Les vices de l'indisponibilité des moyens	90
§1 - L'indisponibilité constante des moyens ordinaires	90
A- Un contrôle de légalité substantiellement déterminé par les parties	91
1- L'interdiction de soulever d'office un moyen ordinaire	91
2- Le pouvoir marginal de requalification des moyens	94
B - Un examen de la légalité subsidiairement maîtrisé par le juge	99
1- Le régime dérogatoire des moyens d'ordre public	99
2- L'identification des moyens d'ordre public	105
a) L'absence de définition conceptuelle	106
b) Une identification jurisprudentielle	107
§2 - Une indisponibilité préjudiciable des moyens ordinaires	109
A- Les illégalités fondées sur un moyen ordinaire	110
B- Les illégalités fondées sur un moyen d'ordre public	112
1- L'insuffisance du moyen d'ordre public à fonder l'annulation	113
a) Un usage encadré par des conditions limitatives	113
b) Une tendance jurisprudentielle inflexible	116
2- Une efficacité contrainte	118
Conclusion du Titre 1	121

Titre II : Le contentieux de pleine juridiction :

Un recours en indemnité	123
Chapitre I : Le recours en indemnité	124
Section I : Les caractères généraux de la responsabilité en matière administrative	126
§1- La naissance de la responsabilité de la puissance publique.....	126
A - Le principe d'irresponsabilité	127
B- L'admission de la responsabilité	128
§2- L'interprétation des textes et le problème du régime de la responsabilité de la puissance publique	131
A - L'autonomie de la responsabilité administrative	131
B - La signification de l'article 79 du DOC.....	132
Section II : Le régime de la responsabilité administrative	136
§1- Les thèses en présence	136
§2- Les solutions jurisprudentielles.....	141
Section III : La réparation du préjudice	145
§1- L'action en indemnité	145
§2- L'imputabilité	147
A- L'existence du lien de causalité	147
1- La force majeure	148
2- Le fait d'un tiers peut être la cause exclusive du dommage	148
3- La faute de la victime	149
B- La détermination de la collectivité responsable	149
§3- L'indemnisation	150
A- Le préjudice indemnisable	150

B- Les modalités de la réparation	152
Chapitre II : Les pouvoirs du juge de plein contentieux	153
Section I : Une catégorie hétérogène	153
Section II : L'exercice par le juge des pouvoirs de pleine juridiction	155
§1 - La réflexion contemporaine sur l'office du juge administratif	155
§2 - La liberté du juge	156
A-La qualification des recours	156
B-La mise en œuvre des pouvoirs de pleine juridiction	157

Deuxième partie :

Deuxième Partie : L'efficacité des recours dans l'office du juge

Titre I : L'office du juge à l'aune des attentes du justiciable	162
Chapitre I : Un justiciable plus exigeant	164
Section I : L'administré contemporain, un citoyen émancipé	165
§1 – La citoyenneté sollicitée	166
§2 - Le citoyen informé	169
A – La fin du secret administratif	170
B – Une nouvelle génération de droits	173
C– L'information : un facteur d'émancipation des justiciables.....	177
Section II : Un usager au centre des préoccupations	185
§I - Le Poids des apparences et de communication	186
A – Le ressenti du justiciable doté d'un poids juridique	186
B- Le juge communique	192
§2- La montée en puissance des intérêts individuels	196

A – Le citoyen « créancier » du service public	197
B– L’intégration par le juge administratif des aspirations	
individualistes	201
1- L’intérêt général et les intérêts particuliers	202
2- L’évolution significative de la responsabilité	
administrative	204
§3 - La vigueur du principe de sécurité juridique	210
Chapitre II : La réceptivité accrue du juge administratif	219
Section I : L’entretien de contacts entre le juge et le corps social	219
§1- Le maintien de contacts classiques	220
§2 - Le bénéfice de nouveaux canaux de perception	222
A– Le profil des membres de la juridiction administrative	
renouvelé	222
B–L’impulsion de la nouvelle organisation de la juridiction	
administrative	225
§3- La réponse actuelle au « défi permanent »	228
Section II : Un nouveau rapport au temps	231
§1 - L’urgence facteur de proximité	231
A – Un dialogue réussi entre juge et justiciables	231
1-Le choix d’un modèle et l’invention d’un « style »	232
2- Le temps du justiciable	238
§2- La question de la transposition de la culture de l’urgence	
au contentieux général	243
A – L’acquis d’un traitement diversifié des affaires	24 3
1- Le sens des priorités	244

2- La diversification des efforts et des moyens	246
B- L'assimilation de l'exigence d'un délai raisonnable de jugement	252
C – L'écueil d'un amoindrissement de la qualité de la justice rendue.....	253
1- La sécurité élémentaire de l'écrit	254
2- Les vertus de l'irremplaçable collégialité	256
3- Un temps pour le juge	260
Conclusion du titre I	264
Titre II : Vers la conquête de l'efficacité du contentieux administratif	265
Chapitre I : La délivrance de « guides de l'exécution de la chose jugée »	267
Section I : Une pratique assumée de la technique injonctive	269
§1 – La fin du mythe de « l'impossible injonction »	269
A– La méconnaissance par l'Administration de la chose jugée un phénomène récurrent et minoritaire	270
B – Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le fut-elle?	275
C – L'intensification des pouvoirs de garantie de la chose jugée	280
§2 – Une pratique ferme et dynamique de l'injonction légale	286
Chapitre II : Le juge administratif : un juge à part entière	290
Section I : L'imperium : une composante de la fonction de juger	290

§1– La prohibition du juge-administrateur : principe intangible	
ou survivance ?	291
A – Le commandement, partie intégrante de la juridiction	291
B – Juger l’Administration, c’est encore « juger »	295
1- Réminiscences et craintes inspirées d’une époque révolue ...	296
2- La formule du « juge-administrateur » : entre pragmatisme	
et faux-semblant	298
§2 – L’avènement d’un juge administratif au pouvoir décisionnaire	
apparent	303
A – Enjoindre n’est pas administrer	303
B – La fin d’un juge de la légalité modeste	311
1- Une modestie et des audaces calculées	311
2- La spécialisation des tâches préservée.....	316
Section II : Le recours pour excès de pouvoir : un recours de pleine	
juridiction comme les autres ?	320
§1 – Les nouvelles incertitudes sur la distinction des contentieux	321
A– Des incertitudes consubstantielles à l’histoire de la dualité	
des contentieux.....	322
B – La multiplication contemporaine des facteurs de trouble	327
1- Les progrès effectifs de la pleine juridiction	328
2-Un juge de l’excès de pouvoir libéré de son carcan	
décisionnel binaire	334
3- La progression du « subjectif »	336
§2 - La spécificité maintenue d’un recours pour excès de	
pouvoir renouvelé	338

A – La singularité du contentieux des actes de puissance	
publique	339
1- Réclamer n'est pas défendre	339
2- Les vertus d'un recours « sanitaire »	345
B – Le recours pour excès de pouvoir, recours revitalisé	
et évolutif	351
1-Un seul ennemi : l'immobilisme	351
2- L'injonction au soutien du caractère objectif du recours	
pour excès de pouvoir	354
3- Le modèle de l'action en déclaration de droits :	
une transposition actuellement inutile	359
Conclusion du titre II	365
Conclusion générale	366
Bibliographie	372
Table des matières	391