



HAL
open science

Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?. Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 1988, Droit administratif. Bilan critique, 46, pp.43-55. hal-01684036

HAL Id: hal-01684036

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01684036>

Submitted on 15 Jan 2018

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

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

Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?

Danièle Lochak

Des générations de juristes ont encensé notre système de protection des libertés contre l'arbitraire, articulé pour l'essentiel autour d'un droit administratif réputé apte à concilier les exigences de l'action administrative avec la garantie des droits individuels. Et le Conseil d'État, clef de voûte et principal artisan de ce système, est devenu progressivement, malgré son origine incontestablement autoritaire, le symbole de l'État de droit.

Le regard porté sur l'administration incite plutôt, c'est vrai, à l'optimisme. Le principe de légalité, expression de la soumission de l'administration au droit, apparaît comme une réalité tangible, dans la mesure où le droit, omniprésent, en attribuant des compétences, en fixant des procédures, en déterminant plus ou moins étroitement le contenu des décisions, impose une série de contraintes qui viennent restreindre la latitude d'action de l'administration et limiter par conséquent les risques d'arbitraire.

Le juge administratif, de son côté, garantit l'effectivité de ce dispositif d'encadrement de l'activité administrative par le droit, en annulant les actes illégaux qui lui sont déférés par le biais du recours pour excès de pouvoir, largement ouvert et gratuit. Surtout, il a su imposer à l'administration, au-delà d'une légalité étroite, le respect des principes de liberté et d'égalité, contribuant ainsi à préserver les fondements d'une société démocratique.

On conçoit, dans ces conditions, qu'un sentiment d'autosatisfaction ait pu naître dans l'esprit des membres de la juridiction administrative, et plus largement parmi les publicistes français, qui n'ont guère eu de mal à se persuader que notre système de protection des libertés était l'un des plus remarquables qui soit. Mais à force de s'extasier sur le « miracle » que constitue la soumission de l'administration au droit, alors qu'aucune force ne peut matériellement l'y contraindre, n'a-t-on pas sous-estimé les failles de ce système ? A l'heure où la thématique (la rhétorique ?) de l'État de droit revient en force, on ne peut pas simplement s'estimer satisfait de ce qu'en France la légalité soit « en gros et en général » respectée, non plus qu'on ne peut continuer à se donner indéfiniment bonne conscience en constatant que les choses vont souvent plus mal ailleurs.

Que le droit administratif représente un rempart contre l'arbitraire, cela n'est guère douteux; mais l'évidence du constat ne saurait conduire à minimiser ou dissimuler les fissures, et parfois même les brèches, par lesquelles l'arbitraire se réintroduit subrepticement dans le fonctionnement de l'administration. Car le droit applicable à l'administration apparaît dans un nombre trop élevé d'hypothèses comme un droit sans obligation ni sanction, tandis que le spectre du déni de justice est loin d'avoir été totalement banni des relations entre l'administration et les citoyens. C'est ce que s'attachent à démontrer les lignes qui suivent. Elles paraîtront bien unilatérales, et elles le sont. Contrainte de place, mais aussi contrainte logique : à quoi servirait de détailler une n-ième fois, pour les seuls besoins de la symétrie, les mérites du système, qui ne sont contestés par personne ?

La part du droit sans obligation ni sanction

Que le droit ne représente pour l'administration qu'une contrainte relative, cela est bien connu. D'abord parce que ce droit est, pour une part importante, l'œuvre de l'administration elle-même : la soumission de l'administration au droit s'analyse dès lors au mieux en une

sorte d'autolimitation provisoire, l'administration ayant toute latitude pour changer les règles qu'elle a elle-même posées. Ensuite, parce que la règle laisse toujours subsister au profit de l'administration une marge plus ou moins importante de pouvoir discrétionnaire, qui a été en s'accroissant au fur et à mesure qu'elle était amenée à intervenir dans des domaines où des règles trop précises et trop rigides auraient risqué d'entraver l'efficacité de son action. Cette évanescence des contraintes juridiques était sans doute inéluctable, et elle a déjà été amplement analysée. Il ne s'agit donc pas, ici, de faire le procès de l'inflation des normes d'origine administrative ou du pouvoir discrétionnaire, mais plutôt de mettre l'accent sur des phénomènes moins souvent évoqués et qui apparaissent comme d'authentiques entorses au principe de légalité.

La règle de droit, revue et corrigée

Il arrive que l'administration viole la loi : c'est, si l'on ose dire, dans l'ordre des choses, puisque sans cela la juridiction administrative et plus spécifiquement le recours pour excès de pouvoir, n'auraient pas de raison d'être. Il existe également des circonstances dans lesquelles le respect strict de la légalité aurait pour effet de paralyser l'action administrative à un moment et dans un domaine où celle-ci est indispensable : la transgression du droit est alors excusée au nom des « circonstances exceptionnelles » - notion forgée par le juge pour absoudre l'administration.

Mais on préfère insister ici sur les hypothèses où l'administration, sans violer directement les textes, en aménage ou interprète les dispositions à sa façon. Souvent, les lois votées par le Parlement supposent, pour entrer en vigueur, l'édiction de textes d'application. Grâce à cette compétence qui lui est constitutionnellement reconnue, l'administration, chargée d'exécuter la loi, est d'abord en situation de l'interpréter, de la compléter, donc de l'infléchir. Mais elle va parfois plus loin en utilisant cette compétence pour tenir en échec la volonté du Parlement, par exemple en retardant plus ou moins longtemps, voire indéfiniment, l'édiction des règlements nécessaires. Et l'attitude du juge ne peut que la conforter dans ces errements : celui-ci ne censure en effet, sur le terrain de la légalité, que le refus ou l'ajournement délibéré de l'application de la loi, autrement dit la récalcitance ouverte de l'administration; à l'inverse, l'administration ne commet pas, à ses yeux, d'illégalité lorsqu'elle tarde à prendre un règlement, et cela même si elle ne respecte pas les délais fixés par le législateur, que le juge considère comme simplement indicatif. Tout au plus s'expose-t-elle à voir sa responsabilité mise en jeu si le retard dépasse les délais que le juge estime comme raisonnables en fonction des circonstances. Absoute d'avance par un juge trop indulgent, pourquoi l'administration s'appliquerait-elle à faire diligence pour que les textes votés par le Parlement entrent effectivement en vigueur à l'heure dite, surtout lorsque ces textes sont mal acceptés par les services chargés de les mettre en œuvre ?

Il existe une autre façon, moins visible et plus insidieuse, de moduler et d'infléchir les règles, par le biais des circulaires. Que les circulaires occupent dans l'administration française une place excessive, que les ministres aient tendance à en faire une utilisation abusive, chacun en convient. Il est bien connu, par exemple, que les dispositions d'une loi ou d'un décret n'entrent jamais effectivement en application avant d'avoir été commentées et converties en instructions concrètes à l'intention des services par le ministre compétent. Les agents ignorent la loi et le décret ; ils ne connaissent et ne veulent connaître que la circulaire dite, de façon significative mais ô combien contestable car de nature à entretenir la confusion, d'application. Souvent, trop souvent encore, les circulaires ne sont pas publiées, malgré la loi du 17 juillet 1978 qui fait obligation à l'administration de publier celles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description de procédures administratives. Enfin, il n'est pas rare que, sous couvert d'interpréter la loi, le ministre y ajoute en réalité des dispositions nouvelles, en modifie le sens, ou soumette à des conditions supplémentaires non prévues par la loi l'octroi des avantages qu'elle prévoit. Sans doute le ministre commet-il alors un excès de pouvoir, que le juge ne manquera pas de censurer... s'il est saisi: encore faut-il que les éventuels requérants aient pu avoir connaissance de l'existence et du contenu de la circulaire - ce qui nous ramène au problème précédent.

Ce sont là autant d'illustrations du mauvais usage des circulaires. Mais il existe, parallèlement, un « bon » usage des circulaires, qui n'est pas moins pernicieux, mais qui permet d'échapper à la censure du juge grâce à une formulation suffisamment habile des instructions adressées aux services. Ce que condamne la jurisprudence, en effet, c'est

l'édiction de normes impératives, le ministre s'arrogeant alors un pouvoir réglementaire qu'il n'a pas ; en revanche, aussi longtemps qu'il se borne à donner des indications non contraignantes aux agents chargés du traitement des affaires, qu'ils appliqueront de façon souple en fonction de l'examen individuel des dossiers, il reste dans le cadre de ses compétences légales. L'administration a donc appris à rédiger ses circulaires en des termes qui laissent formellement subsister, au profit des services, un minimum de pouvoir d'appréciation, mais qui ne peuvent faire naître aucun doute dans l'esprit des fonctionnaires quant à la façon dont la hiérarchie entend que les textes soient appliqués. Des formules comme « en règle générale » ou « dans la plupart des hypothèses » seront interprétées par eux comme signifiant « toujours » ; mais le Conseil d'État, lui, se fondera sur la présence de ces clauses de style pour écarter le grief d'incompétence. Grâce à ce subterfuge, les ministres arrivent à faire pré-valoir, à l'abri de toute censure, leur propre interprétation des textes - une interprétation généralement restrictive des droits des administrés. L'application de la législation sur les étrangers - terrain d'élection, on le sait, de la réglementation par circulaires - fournit d'innombrables exemples qui illustrent jusqu'à la caricature ce type de comportement administratif.

Que la volonté du ministre puisse l'emporter sur celle du législateur, voilà qui représente une sérieuse entorse au principe de la hiérarchie des normes. Encore ne s'avoue-t-elle pas comme telle. Mais que dire de cette autre entorse - énorme, grossière - à la hiérarchie des normes qui se manifeste lorsque l'administration refuse d'appliquer les conventions internationales ou le droit communautaire en s'appuyant sur l'autorité du législateur et viole ainsi ouvertement l'article 55 de la Constitution qui confère aux traités une force supérieure à celle des lois ? La responsabilité du juge administratif est ici écrasante, qui a décidé une fois pour toutes non pas, certes, que l'administration avait juridiquement raison d'agir ainsi, mais que lui, juge, ne pouvait se permettre de censurer un acte administratif contraire à un traité mais conforme à une loi postérieure, car cela l'entraînerait à porter un jugement, au moins implicite, sur la loi elle-même. La thèse est si peu défendable qu'on s'étonne qu'elle n'ait pas provoqué plus de remous dans la doctrine : on s'est généralement borné à y voir une manifestation supplémentaire du « nationalisme juridique » du Conseil d'État, comme s'il y avait là quelque fatalité dont il fallait bien s'accommoder.

Les zones de non-droit

Plus grave encore que cette « flexibilisation » du droit applicable apparaît l'existence de véritables zones de non-droit, qui tiennent soit à l'absence d'encadrement juridique des pouvoirs conférés à l'Exécutif, soit au refus du juge d'en contrôler l'exercice, soit enfin à la conjonction des deux.

Il faut en premier lieu mentionner les abus et les risques auxquels expose l'utilisation non contrôlée des prérogatives discrétionnaires. Risque de discrimination arbitraire, tout d'abord. Car le principe d'égalité, censé gouverner les relations de l'administration avec les administrés, est dans certains cas littéralement miné et privé d'effet par le pouvoir d'appréciation dont elle dispose et qu'elle exerce hors de toute contrainte. L'administration, lorsqu'elle est habilitée à statuer au cas par cas et en opportunité, au vu de chaque dossier (ce qui est la définition même du pouvoir discrétionnaire), est parfaitement libre d'accorder à l'un ce qu'elle refuse à l'autre : un permis de construire, une exonération ou un avantage fiscal, une dérogation... Pour le juge, en effet, l'administration n'est pas liée par ses précédents, et le fait qu'un traitement plus favorable ait été antérieurement accordé à un administré se trouvant dans une situation analogue ne constitue pas - sauf détournement de pouvoir manifeste - un motif d'annulation. L'inégale distribution des avantages dont l'octroi ne constitue pas strictement un droit n'est pas considérée par le juge comme une discrimination illicite. Et pourtant, n'est-ce pas là une forme de l'arbitraire ?

Plus lourde de conséquences encore apparaît l'abstention du juge dans des domaines où sont directement en jeu les libertés fondamentales, et où le contrôle de l'action gouvernementale serait précisément le plus nécessaire. Est-il besoin de rappeler comment, tout au long de la guerre d'Algérie, le Conseil d'État a laissé les mains entièrement libres au gouvernement, renonçant à exercer autre chose qu'un contrôle parfaitement théorique sur les mesures qui lui étaient soumises et dont bon nombre étaient gravement attentatoires à la liberté individuelle ? Prenant le contrepied de sa jurisprudence habituelle en matière de police, il a estimé en effet qu'il ne lui appartenait pas de discuter l'appréciation faite par les

autorités quant à l'existence et à la gravité de la menace pour l'ordre public invoquée à l'appui des décisions attaquées. L'arrêt Rubin de Servens (1962) est particulièrement significatif de cette attitude de retrait : si on peut à la rigueur comprendre que le juge ait qualifié d'acte de gouvernement, insusceptible de recours contentieux, la décision de mettre en vigueur l'article 16, il y avait pour le moins quelque hypocrisie à inclure dans le contrôle du juge les seules décisions présidentielles prises hors du domaine de l'article 34, et d'y faire échapper celles qui, précisément et par hypothèse, comportaient le maximum de risques pour les libertés !

Histoire ancienne, objectera-t-on (mais est-on absolument sûr que la France n'aura plus jamais à affronter de crise grave... y compris sur le front de ses colonies ?). Et raison d'État. Soit. Mais la raison d'État justifie-t-elle aussi la réserve observée par le juge en matière de police des étrangers? Car à l'heure qu'il est, celui-ci ne s'est toujours pas résolu à exercer sur les mesures d'expulsion ou d'interdiction des publications étrangères autre chose qu'un contrôle dit « minimum ». Or la question de savoir si la présence sur le territoire français d'un étranger qui a commis des délits, ou encore la diffusion en France d'une publication étrangère contraire aux bonnes mœurs, constitue ou non une menace pour l'ordre public, n'est pas, que l'on sache, une question mettant en jeu des intérêts vitaux du pays ou la sécurité nationale. Là encore, on objectera que dans les quinze dernières années la jurisprudence du Conseil d'État a beaucoup évolué sur ce point, et c'est exact. Le juge accepte, en particulier, depuis un arrêt Maspero de 1973, de censurer les mesures entachées d'une « erreur manifeste d'appréciation ». Mais lorsqu'on se félicite de ce renforcement du contrôle, on oublie de rappeler l'anomalie juridique que représentait et représente encore le refus d'exercer un contrôle entier - ou « normal » - de la qualification des faits dans un domaine où l'administration ne dispose pas, au regard des textes, d'un pouvoir discrétionnaire : elle ne peut agir, en effet, que si l'ordre public est effectivement menacé; et c'est le juge qui, en s'abstenant de vérifier la réalisation de cette condition, transforme un pouvoir lié en compétence discrétionnaire.

Puisqu'on a évoqué la raison d'État, force est ici de rappeler au passage la jurisprudence sur les actes de gouvernement. Toutes les tentatives pour expliquer l'immunité juridictionnelle dont ils jouissent par le jeu normal des règles de compétence viennent buter sur cette vérité d'évidence que c'est le juge qui fixe ces règles, et qu'on a donc bien ici un nouvel exemple d'autolimitation volontaire de sa part. Que le juge hésite à gêner le gouvernement français dans ses relations avec les États étrangers, ou à risquer de se mettre en contradiction avec le Parlement, cela se conçoit. Mais à condition de reconnaître qu'il y a là, dans un nombre appréciable de cas, une résurgence de la raison d'État; et à condition, également, qu'on ne puisse interpréter l'abstention du juge comme un simple prétexte pour éviter d'avoir à annuler des actes manifestement illégaux.

Enfin, on ne saurait terminer cet inventaire des zones de non- droit sans mentionner l'entorse trop souvent méconnue au principe de légalité que représente l'immunité juridictionnelle accordée aux mesures d'ordre intérieur. Ces mesures sont réputées DP pas produire d'effets juridiques, ne pas « faire grief » - et c'est la raison pour laquelle on ne peut les attaquer au contentieux. Mais peut-on sérieusement prétendre que les punitions infligées aux militaires - y compris les punitions privatives de liberté -, ou la décision de placer un détenu dans un quartier de plus grande sécurité ou en cellule de punition, ne font pas grief? La vraie raison de l'abstention du juge n'est-elle pas de préserver les prérogatives de la hiérarchie dans des institutions - la caserne, la prison - où les contraintes de la discipline sont particulièrement rigoureuses ? Comme l'écrit un auteur qu'on ne peut soupçonner de parti pris à l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'État, puisqu'il s'agit d'un ancien président de la section du contentieux, la plupart des mesures d'ordre intérieur « représentent le vestige d'une vieille tradition qui (...) conserve aux autorités responsables une marge de pouvoir dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement, même, sans aucun contrôle juridictionnel »¹. Disons-le tout net : l'immunité juridictionnelle de ces prétendues mesures d'ordre intérieur représente l'une des atteintes les moins justifiables aux fondements de l'État de droit, un véritable déni de justice² ».

¹ Raymond Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, p. 982.

² En ce sens, voir J.-M. Auby, *Le contentieux administratif du service public pénitentiaire*, RDP, 1987, 547; B. Genevois, conclusions sur CE 27 janvier 1984, Caillai, RDP, 1984, 483.

Le spectre du déni de justice

Cette forme de déni de justice, où le justiciable se voit refuser l'accès du prétoire pour contester les décisions de l'Exécutif, est la plus spectaculaire. Mais il est d'autres formes, plus subtiles et moins voyantes, de déni de justice, qui sont tout aussi choquantes que les précédentes, et finalement plus irritantes car bien plus fréquentes. Il en est ainsi à chaque fois que le justiciable a l'impression de lutter en vain contre plus fort que lui, l'administration étant finalement assurée d'une impunité de fait. Les rapports entre l'administration et les administrés illustrent encore trop souvent la fable du pot de terre et du pot de fer, tandis que le privilège du préalable, combiné avec la longueur des procédures d'un côté, les difficultés de faire exécuter la chose jugée de l'autre, aboutissent à signer la capitulation du droit devant le fait accompli.

Le pot de terre et le pot de fer

Tout commence avec le privilège du préalable. Parce que les décisions de l'administration sont immédiatement exécutoires, parce que les intéressés doivent s'y soumettre avant même que de pouvoir les contester, les garanties les plus efficaces contre l'arbitraire se situent en amont du processus d'édition des actes administratifs, au niveau des procédures précontentieuses.

Or, même si les progrès accomplis au cours des dix dernières années dans ce domaine sont loin d'être négligeables, le dispositif de protection contre l'arbitraire administratif comporte encore de trop nombreuses failles. Les lois sur la motivation et sur l'accès aux documents administratifs et aux fichiers, utilement complétées par le décret du 28 novembre 1983, ont contribué à atténuer la situation d'infériorité dans laquelle se trouvent placés les administrés face à l'administration; mais ces textes n'ont en aucune façon institué cette fameuse « transparence » tant vantée.

Lorsqu'on considère le nombre de mesures qui échappent encore à l'obligation de motiver³, ou le nombre de documents soustraits à l'obligation de communication⁴, lorsqu'on voit l'énergie qu'il faut dépenser face à une administration attentiste, récalcitrante, ou de mauvaise foi, pour mettre en œuvre les droits que ces textes confèrent, lorsqu'on sait qu'une interprétation exagérément large des notions de secret et de sécurité publique, entérinées par le juge, interdit l'accès à toute une série d'informations, et notamment à la quasi-totalité des informations détenues par la police, qui sont précisément les plus dangereuses pour les libertés, lorsque, enfin, on voit se mettre en place, avec la bénédiction de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, tous les éléments d'un fichage généralisé de la population, par le biais de la carte d'identité informatisée, on a bien du mal à souscrire à l'optimisme affiché par certains quant à une modification radicale des relations entre l'administration et les administrés.

L'inégalité se prolonge au stade de la procédure contentieuse. En vertu du privilège du préalable, c'est toujours l'administré qui se présente comme demandeur en première instance, c'est donc toujours à lui de faire la preuve de ce qu'il avance. Or cette preuve se trouve le plus souvent dans les dossiers détenus par l'administration. Cette dissymétrie a priori choquante est atténuée, fait-on valoir, par le caractère inquisitoire de la procédure contentieuse, qui permet au juge d'utiliser ses pouvoirs d'instruction pour alléger le fardeau de la preuve. Peut-être. Il reste que le juge décide librement de ce qu'il convient de réclamer ou non à l'administration, qu'il n'utilise pas toujours pleinement ses pouvoirs d'instruction, notamment lorsque le litige met en jeu des questions sensibles telles que la sécurité publique : il aura alors tendance à croire le ministre sur parole.

Il suffit d'ailleurs à l'administration d'invoquer le secret-défense pour se mettre à l'abri de toute investigation indiscrète, puisque le juge s'interdit d'ordonner la production de pièces

³ Citons : les décisions implicites (ce qui incite l'administration à ne pas répondre aux demandes et à laisser simplement s'écouler le délai qui fera naître une décision implicite), les décisions favorables à leur destinataire mais défavorables aux tiers (ainsi de l'autorisation administrative de licenciement au temps où elle existait encore), les refus de visa, les rejets de demande de naturalisation, la suspension d'un fonctionnaire, le refus de titularisation d'un stagiaire, le refus d'une subvention...

⁴ Ainsi des documents inachevés : ce qui signifie qu'ils ne deviennent communicables, le plus souvent, qu'une fois la décision virtuellement prise, en tous cas à un stade où il ne sera plus possible d'en arrêter le cours.

couvertes par le secret de la défense nationale. Et l'expérience récente a montré comment l'utilisation abusive et non contrôlée de cette notion pouvait bloquer le cours de la justice (il est vrai qu'il s'agissait en l'occurrence de la justice judiciaire...). Mais le juge s'abstient aussi de réclamer des documents dont rien ne s'opposerait à ce que lui-même en reçoive communication et qui lui permettraient de forger sa conviction, lorsque ces documents ne sont pas communicables aux administrés ; car il devrait alors, par application du principe du contradictoire, porter le document en cause à la connaissance de l'autre partie, c'est-à-dire du requérant. Avec un tel système, ni le juge, ni le requérant ne seront jamais en mesure de savoir si le document existe réellement, ni ce qu'il contient, ni si les informations qu'il comporte devaient effectivement échapper à la communication : étrange conception, ou étranges conséquences du contradictoire ! Mais si le juge est si réservé, c'est peut-être parce qu'il a conscience de sa propre impuissance : pas plus que l'administré il ne pourra jamais être absolument sûr de l'authenticité des documents et de l'exactitude des informations que l'administration accepte de lui communiquer.

La capitulation du droit devant le fait accompli

Outre la détention quasi monopolistique de l'information, le temps joue en faveur de l'administration. Aussi longtemps que le juge n'a pas statué, la décision administrative même illégale, voire affectée d'une irrégularité grossière, reste en vigueur, et les administrés doivent s'y soumettre. Et cela peut durer, dure souvent des années. A défaut de pouvoir agir sur la longueur des procès (et l'on peut douter que la réforme actuellement en cours la réduise de façon significative, en tous cas suffisamment pour supprimer les inconvénients résultant du maintien en vigueur des décisions illégales), il faudrait au moins qu'existent des procédures d'urgence dignes de ce nom. Or on sait bien que ce n'est pas le cas. Le référé existe dans les textes, mais il n'est d'aucune utilité réelle puisqu'il ne permet pas de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Hors l'hypothèse de la voie de fait, où la victime a (on serait tenté de dire : heureusement pour elle, ce qui est l'aveu de l'infériorité manifeste de la justice administrative sur ce terrain) la possibilité de se tourner vers les tribunaux judiciaires, il n'existe aucun moyen de faire cesser immédiatement un agissement illégal de l'administration, alors même qu'il porterait atteinte à une liberté fondamentale : le juge administratif n'adresse pas d'injonctions à l'administration, et la décision du juge des référés qui s'aventurerait à constater que l'agissement est illégal serait immanquablement annulée en appel comme faisant préjudice au principal...

Quant au sursis à exécution, la politique extraordinairement restrictive suivie par le Conseil d'État l'a empêché de remplir le rôle qui aurait dû être le sien : celui d'un contrepoids indispensable, dans un État de droit, aux prérogatives de l'administration, permettant de concilier au mieux le privilège du préalable avec les exigences de la légalité⁵. En dehors du contentieux du permis de construire et de l'expulsion des étrangers, il est rarissime que le Conseil d'État prononce le sursis (les tribunaux administratifs, eux, sans doute parce qu'ils sont plus proches des justiciables, le prononcent plus volontiers, au risque de voir leurs jugements infirmés en appel) : ni la révocation d'un fonctionnaire qui peut se retrouver sans moyens d'existence pendant des années, ni l'interdiction d'une réunion dont l'annulation plusieurs années après n'aura plus aucun intérêt, pour ne prendre que ces deux exemples, ne sont, aux yeux du Conseil d'État, de nature à causer un préjudice irréparable aux requérants, justifiant le sursis à exécution.

La demande de sursis, du reste, n'est elle-même examinée que plusieurs mois après le dépôt de la requête. S'il y a vraiment urgence, le mal sera fait depuis longtemps. Et si, dans l'intervalle, la décision a déjà produit tous ses effets, il n'y aura plus lieu de prononcer le sursis, ce qui représente évidemment une forte incitation pour l'administration à pratiquer une politique du fait accompli en poursuivant rapidement l'exécution de ses décisions frappées d'un recours. Lorsque l'annulation survient enfin, la décision illégale a déjà produit ses effets pendant plusieurs années - et des effets parfois irréversibles : il n'est pas rare que la sentence juridictionnelle, à l'époque où elle intervient, ne procure plus à l'intéressé qu'une satisfaction purement morale. L'illustration la plus éloquente de cette «

⁵ Et c'est bien ainsi que le Conseil constitutionnel l'a compris dans sa décision des 22 et 23 janvier 1987 sur le Conseil de la concurrence.

capitulation du droit devant le fait accompli »⁶, on la trouve dans l'adage bien connu mais dont on ne souligne pas assez le caractère exorbitant : « Ouvrage public mal planté ne se détruit pas. »

Lorsque, malgré l'écoulement du temps, l'annulation obtenue présente encore un intérêt, et parfois un intérêt vital, pour le requérant, celui-ci n'est pas pour autant absolument assuré de voir - enfin - triompher son bon droit. Car il y a mille et une façons pour l'administration de faire obstacle à l'exécution de la chose jugée, depuis les manœuvres dilatoires (l'appel abusif, par exemple, accompagné d'une demande de sursis à exécution de la décision rendue en première instance), jusqu'à l'obstruction pure et simple : autant d'attitudes qui traduisent, selon les cas, l'inertie, la mauvaise volonté, ou la mauvaise foi de l'administration. Ces difficultés sont aujourd'hui bien connues, puisqu'elles font chaque année l'objet d'une description détaillée - qui est aussi une dénonciation - de la section du rapport et des études. Elles mettent en jeu au premier chef la responsabilité de l'administration, mais aussi celle du juge. Celui-ci a en effet décidé une fois pour toutes qu'il n'adresserait pas d'injonctions à l'administration - alors que l'injonction, en faisant mieux ressortir le caractère scandaleux de la désobéissance de l'administration, rendrait l'inexécution plus difficile. Et il s'est refusé à lui infliger des astreintes jusqu'à ce que la loi du 16 juillet 1980 en prévoie la possibilité ; mais l'interprétation très restrictive qu'il a donnée de ce texte fait que l'efficacité du remède reste bien en deçà de la gravité du mal⁷. Comment le justiciable qui a obtenu gain de cause devant le juge n'aurait-il pas le sentiment d'avoir été floué ?

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

⁶ La formule est de René Chapus, dans son *Droit administratif général*, t. II, 2e éd., 1987, p. 474.

⁷ On peut citer l'exemple de cet agent licencié par une commune et qui, ayant obtenu l'annulation de son licenciement, a demandé à être réintégré. La commune n'ayant pas répondu, de son silence est né une décision implicite que l'intéressé aurait dû attaquer. Comme il ne l'a pas fait, le refus est devenu définitif, dit le Conseil d'État, et il est impossible d'ordonner la réintégration sous astreinte : l'agent devra se contenter de dommages et intérêts! (CE, 11 juillet 1986, M. Wallyn c1 Commune de Bray-Dunes).