



HAL
open science

Le juge administratif auteur de/du droit. Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le juge administratif auteur de/du droit. Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation . Lauréline Fontaine. Droit et légitimité, 96, Bruylant, pp. 161-189, 2009, Droit et Justice, 978-2-8027-3077-4. <hal-01713891>

HAL Id: hal-01713891

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01713891v1>

Submitted on 21 Feb 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.



HAL Authorization

**Le juge administratif auteur de/du droit.
Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation**

Danièle Lochak

Professeur émérite de l'université Paris Ouest Nanterre La Défense (CREDOF)

Colloque « Droit et légitimité » organisé par le Centre de recherches sur les droits fondamentaux de l'université de Caen en novembre 2009,
in Lauréline Fontaine (dir.), *Droit et légitimité, Bruylant*, coll. Droit et justice n° 96, 2011, pp. 161-189

Il y a plusieurs façons d'aborder la question de la légitimité du juge¹. Certains des intervenants précédents sont partis à la recherche du *fondement* de cette légitimité. D'autres se sont demandé si les juristes étaient bien... légitimes à parler de légitimité, autrement dit si la question de la légitimité pouvait être analysée et *a fortiori* tranchée du point de vue du droit.

On a opté ici pour une approche délibérément métajuridique et donc « impure » – entendons par là : à mille lieues de toute théorie pure du droit, en appréhendant la légitimité comme une croyance, donc comme un phénomène social relevant de modes d'analyse extrinsèques au droit.

Si la légitimité est de l'ordre de la croyance, elle est par essence subjective, même si elle prend appui sur des éléments objectifs. De là découlent un certain nombre de conséquences.

– D'abord, le caractère relatif de la légitimité : on ne peut parler de la légitimité d'un organe, quel qu'il soit, dans l'absolu, car il peut être légitime aux yeux des uns sans l'être aux yeux des autres. S'agissant du juge administratif, le point de vue du pouvoir ne sera pas nécessairement le même que celui des citoyens ou que celui de la « classe » des juristes, sans même parler du regard extérieur porté par la Cour européenne des droits de l'homme. Pensons à cet égard aux réactions contrastées suscitées par l'affaire Canal : un Conseil d'État voué aux gémonies par l'exécutif, encensé et défendu par la doctrine. Reste que la légitimité sera d'autant plus solidement acquise qu'elle est reconnue par un plus grand nombre d'acteurs.

– Ensuite, comme toute croyance, la légitimité n'est pas acquise une fois pour toutes, elle peut s'effriter, s'effondrer, réapparaître, elle est éminemment variable en fonction des circonstances et des époques. Elle demande donc à être constamment réactivée : le « capital » de légitimité, les soutiens dont on dispose doivent être entretenus ; il faut accepter de donner des gages, de soigner son image.

– Enfin, la légitimité est susceptible d'être appréciée différemment selon le moment où on la saisit : le jugement de la postérité peut différer de celui des contemporains. L'exemple emblématique est, bien sûr, l'évolution de l'appréciation portée sur l'attitude du Conseil d'État sous Vichy, mais il n'est pas le seul.

¹ Il ne nous a pas échappé que la question posée était : la légitimité du juge *comme auteur de/du droit*. On s'abstiendra de rappeler systématiquement cette précision dans les développements qui suivent, en partie dans le souci de ne pas en alourdir la rédaction mais aussi parce qu'elle nous semble aller de soi. On ne conteste pas, par hypothèse, la légitimité du juge à trancher des litiges ; et même lorsque la contestation porte sur *une seule* décision, c'est bien la façon dont le juge a en l'espèce *dit le droit*, l'interprétation qu'il a donnée d'un texte ou d'un principe, qu'on prétend mettre en cause, et non, sauf si l'on est personnellement concerné, le fait qu'il ait tranché en faveur de telle ou telle partie.

Sur la base de ces postulats, l'analyse proposée sera plus sociopolitique que strictement juridique. Et dans la mesure où la légitimité n'est questionnée que lorsqu'elle est contestée, partir de cette contestation paraît un bon levier pour en appréhender les ressorts. Ce qui suppose un rapide retour en arrière mettant en lumière la permanence de la contestation dont la justice administrative a été traditionnellement l'objet mais aussi l'évolution des cibles de cette contestation².

Permanence de la contestation, évolution de ses cibles

L'histoire de la justice administrative peut se lire comme l'histoire de sa contestation permanente et de la remise en cause récurrente de son existence même. Au point qu'on pourrait s'étonner que, malgré les attaques qu'elle a subies, l'institution ait traversé toutes les révolutions, survécu à tous les changements de régime et résisté victorieusement aux crises qui ont émaillé son existence.

De fait, cette contestation n'a pas empêché sa consolidation progressive, marquée par les progrès du contrôle juridictionnel de l'administration, une séparation plus claire des fonctions consultative et contentieuse, une indépendance mieux assurée – en fait, sinon en droit – vis-à-vis de l'exécutif. Pendant un temps les détracteurs se sont tus. Le juge administratif était même présenté non seulement par ses membres, comme il se doit, mais aussi par une grande partie de la doctrine, comme le plus sûr gardien des libertés publiques. Comme le dit très justement Marie-Christine Kessler, le Conseil d'État a bénéficié d'un « phénomène de cour », son entourage, constitué principalement de professeurs de droit, observant à l'égard de son œuvre une attitude révérencielle et ne formulant ses critiques qu'en termes mesurés et déférents.

L'affaire Canal marque paradoxalement le point culminant de cette période de grâce, si l'on se réfère aux réactions qu'elle a suscitées en faveur d'une institution qui semblait alors menacée. À preuve cet article paru dans *Le Monde*, sous la plume de Jean Rivero, présentant le Conseil d'État comme le symbole et la pièce maîtresse de l'État libéral parce qu'il a réussi depuis plus de cent cinquante ans « ce singulier tour de force » de « servir à la fois l'autorité vraie du pouvoir, en le gardant contre sa naturelle propension à l'arbitraire, et la liberté des citoyens ».

Mais la légitimité de l'institution s'est à nouveau érodée par la suite. La justice administrative a d'abord été victime de l'offensive néolibérale du milieu des années 1980. Cette contestation de nature idéologique a visé le Conseil d'État en tant que symbole d'une administration trop puissante et la justice administrative en tant que vestige d'une conception dépassée, voire rétrograde de l'administration, placée au-dessus des particuliers, soumise à un droit exorbitant du droit commun et dotée du privilège de juridiction.

La justice administrative a également été stigmatisée, sur un terrain plus concret, pour son incapacité à répondre aux attentes des justiciables et à protéger correctement les droits des individus : on a dénoncé notamment la durée excessive des instances, aggravée par l'absence de procédures d'urgence dignes de ce nom, qui constitue un encouragement pour l'administration à ne pas respecter le droit, de même que les difficultés rencontrées par les justiciables pour faire exécuter les décisions rendues à son encontre.

L'image de la justice administrative comme défenseur des libertés a été écornée par la mise en lumière de ces insuffisances. Mais elle a aussi pâti de la concurrence d'autres institutions : le Conseil constitutionnel qui, avec l'appui efficace des représentants de la doctrine constitu-

² Nous reprenons ici une partie des éléments d'analyse que nous proposons en 1993 : « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in *Droit et politique*, CURAPP-PUF, 1993, pp. 141-151. Cette analyse a été complétée et mise à jour en 1998 dans *La justice administrative*, Clefs Montchrestien, 3^e éd., notamment pp. 30-34 et p. 41-45.

tionnaliste, a peu à peu supplanté le Conseil d'État dans le rôle de gardien de l'État de droit ; le juge judiciaire, qui a bénéficié de la redécouverte du principe constitutionnel faisant de l'autorité judiciaire le garant de la liberté individuelle ; la Cour européenne des droits de l'homme, surtout, qui a mis fin au statut d'incontestabilité des décisions rendues par le Conseil d'État.

Le tableau s'est à nouveau fortement transformé depuis la fin des années 1980. En butte à une contestation exprimée ou latente le juge administratif a été conduit, pour consolider ou rétablir une légitimité qu'on lui déniait, à justifier en actes sa propre existence en fournissant des preuves de son indépendance, en reprenant l'initiative sur le terrain des droits de l'homme pour prévenir les désaveux de la Cour de Strasbourg, en se préoccupant de l'efficacité de la justice qu'il rend. C'est ce qui explique une série d'évolutions jurisprudentielles marquantes et le mouvement de réformes accéléré qu'a connu la justice administrative dans le sens d'une meilleure adaptation aux attentes des justiciables et aux exigences de l'État de droit. L'existence de la juridiction administrative n'est au demeurant plus sérieusement remise en cause, d'autant qu'en 1987 le Conseil constitutionnel est venu lui donner l'assise constitutionnelle qui garantit sa pérennité.

Quant à la polémique sur le thème de la politisation, marquée par les accusations de partialité formulées contre le Conseil d'État après 1981, dans le contexte de l'alternance, elle s'est elle aussi progressivement tarie.

*

Parmi les critiques qui ont visé ou visent encore aujourd'hui le juge administratif, toutes ne remettent pas en cause directement ni au même degré sa légitimité comme créateur de droit. Ainsi, celles qui portent sur la lenteur des procès ou les dysfonctionnements de la justice administrative sont *a priori* étrangères à la problématique de la légitimité. Reste qu'elles contribuent à saper son image de défenseur efficace des libertés, d'autant plus que ces dysfonctionnements jouent en faveur de l'administration. Or l'image a incontestablement quelque chose à voir avec la légitimité si l'on admet – et c'est le postulat que nous avons posé au départ – que la légitimité est de l'ordre de la croyance et fait intervenir la subjectivité des acteurs sociaux.

On peut, à la lumière de ce tableau historique et empirique des critiques de différente nature qui ont été adressées au juge administratif, tenter de formaliser les facteurs qui conditionnent, de façon positive cette fois, sa légitimité à créer du droit. La légitimité dépend d'abord, en amont, des conditions d'énonciation ou de production du droit : du statut institutionnel du juge, qui conditionne la croyance dans son indépendance ; des formes et procédures selon lesquelles les décisions sont prises, qui conditionnent la croyance dans son impartialité (I). Mais la légitimité trouve aussi sa source en aval, dans le contenu des décisions rendues et le raisonnement qui y a conduit. Théoriquement, certes, la légitimité d'une institution ne devrait pas être affectée par l'approbation ou la désapprobation que suscitent ses décisions ; dans la réalité, pourtant, cet élément interfère avec le jugement de légitimité et le juge, qui en est conscient, en tient compte dans sa politique jurisprudentielle, en faisant un usage raisonné de son pouvoir de décision (II). Les deux séries de facteurs que l'on a distingués sont solidaires : le droit « dit » par le juge est d'autant mieux accepté comme légitime qu'il a été produit par un organe reconnu comme indépendant et impartial ; en sens inverse, la propension à questionner les conditions de production des décisions est moindre lorsqu'on ne conteste pas leur teneur. Reste que les attentes sont à cet égard potentiellement contradictoires : d'un côté, la légitimité du juge peut être contestée parce qu'on met en doute son indépendance ou son impartialité – ce qui revient, s'agissant du juge administratif, à lui reprocher sa trop grande proximité avec l'exécutif ; de l'autre, on l'accuse de faire prévaloir ses propres vues sur celles des autorités habilitées à produire du droit et de vouloir gouverner – d'excéder ses prérogatives « légitimes » et d'être trop indépendant en somme.

L'analyse doit enfin prendre en compte la part essentielle prise par le juge à sa propre légitimation. Ces stratégies, conscientes ou inconscientes, visant à maximiser ses soutiens dans la classe politique, chez les juristes ou auprès des justiciables, ont pris un tour nouveau depuis que le Conseil d'État, découvrant l'importance de la communication, s'attache à soigner son image médiatique (III).

I. L'indépendance et l'impartialité : dissiper les soupçons

En amont, c'est-à-dire avant toute prise en considération du contenu ou du sens des décisions juridictionnelles, ce sont leurs conditions de production qui concourent à asseoir la conviction que le droit dit par le juge est légitime. Ces conditions ne sont autres que celles d'un « procès équitable » : l'indépendance et l'impartialité, le respect du contradictoire. Autant de questions qui se posent avec une acuité particulière s'agissant d'un juge qui doit juger l'exécutif alors qu'il entretient des relations organiques avec lui. Même si l'indépendance des membres de la juridiction administrative n'est pas, globalement, moins bien assurée que celle des magistrats aux échelons les plus élevés de la hiérarchie judiciaire, un certain nombre de facteurs sont néanmoins de nature à entretenir dans l'opinion le sentiment que la justice administrative, c'est encore l'administration qui se juge et à faire peser sur elle le soupçon de complaisance : le caractère hybride de la juridiction administrative, l'interpénétration des fonctions politico-administrative et juridictionnelle ou encore l'osmose entre la haute fonction publique et le personnel politique qui touche le Conseil d'État comme l'ensemble des grands corps. Ces constats ne concernent, il est vrai, que très marginalement les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel qui jugent désormais l'essentiel du contentieux administratif ; mais l'emprise organique que le Conseil d'État conserve sur les juridictions dites non sans raison subordonnées et son rôle de juridiction suprême font que la légitimité du juge administratif comme créateur de droit continue à s'apprécier en priorité et assez naturellement par rapport à lui.

Pour s'en tenir à la période récente, au moment même où le débat sur la politisation des membres du Conseil d'État, et donc indirectement sur l'indépendance de l'institution, semblait s'être essoufflé, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a réactivé la controverse sur le terrain de l'impartialité et fait surgir une préoccupation inédite pour la déontologie.

L'indépendance face à l'accusation de politisation

Le soupçon de politisation³ trouve à s'alimenter dans l'emprise du gouvernement sur certaines nominations et plus encore dans les attaches des membres du Conseil d'État avec le milieu politico-administratif qui les incite à fréquenter les allées du pouvoir. Même si le but des nominations au tour extérieur est d'abord de récompenser les services rendus et non d'influencer les décisions du Conseil, même si leur impact est limité en pratique par le fait que les membres nommés au tour extérieur accèdent rarement à des fonctions importantes au sein de l'institution, quand ils ne s'empressent pas de retourner à la vie politique, il reste que ces nominations ne sont pas politiquement neutres. L'alternance a mécaniquement accentué le phénomène, poussant à une utilisation plus systématique du tour extérieur et rendant plus visible la politisation des choix.

De même, si l'engagement politique de membres du Conseil d'État est une donnée constante et ancienne, la propension à s'engager s'est renforcée à partir du moment où, sous la V^e République, la haute fonction publique est devenue une voie d'accès privilégiée à la politique. L'alternance, en accentuant la polarisation du champ politique, a aussi poussé en ce sens.

³ Voir aussi sur ce point D. Lochak, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, pp. 19-32.

Tout aussi classique était le phénomène du retour dans le corps après un détachement pour occuper des fonctions politiques. Mais on n'a commencé à s'en émouvoir et à dénoncer la politisation de l'institution qu'à partir du moment où l'alternance, là encore, en attisant l'intensité des affrontements partisans, a donné une visibilité accrue aux engagements des uns et des autres.

Le Conseil d'État a ainsi été accusé à plusieurs reprises, pendant ces années-là, de se prononcer en fonction de critères partisans. En 1981, l'avis réservé donné sur les nationalisations a fait passer le Conseil d'État pour un adversaire déclaré de la nouvelle majorité. En sens inverse, en 1986, le gouvernement, mécontent des réserves émises par le Conseil à propos des ordonnances sur les privatisations et du projet de loi sur le code de la nationalité, a incriminé l'influence des membres du Conseil d'État réintégrés dans le corps après avoir servi le précédent gouvernement. La polémique a atteint un pic en 1988, la dénonciation visant à la fois les recrutements au tour extérieur, l'appartenance affichée de membres du Conseil d'État aux organes dirigeants de formations politiques, la violation de l'obligation de réserve ou encore l'utilisation de l'institution comme tremplin pour une carrière politique.

Depuis lors, et sans que la situation ait fondamentalement changé en ce qui concerne les engagements politiques des membres du Conseil, les tensions se sont apaisées. On a pu croire un moment que le souci des conséquences néfastes de la politisation s'était déplacé du Conseil d'État vers les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, en raison de la mise en circulation, au début de l'année 2007, d'un document intitulé « Réflexions sur la déontologie et les bonnes pratiques ». Ce document, rédigé par un groupe de travail du Conseil d'État, évoquait, parmi les situations « de nature à compromettre l'indépendance et l'impartialité du juge », l'appartenance à un mouvement politique ou « à une association menant des actions militantes (par exemple : association de soutien aux immigrés, association de défense dans le domaine de l'environnement...) » pouvant induire « la participation à des manifestations diverses [...] dont certaines peuvent, parfois, prendre des formes en marge de la légalité ». Les protestations suscitées par ce texte qui, concernant exclusivement les membres des tribunaux et des cours, semblait instituer « deux poids, deux mesures », ont conduit le vice-président du Conseil d'État à le retirer de l'ordre du jour du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui devait l'examiner.

La déontologie, vademecum du juge indépendant et impartial

Au-delà de cet incident, force est de constater que le Conseil d'État, sous l'impulsion de son nouveau vice-président, a décidé de prendre à bras le corps les questions de déontologie, dans le cadre d'une réflexion globale sur tous les aspects de l'activité de la justice administrative. Deux groupes de travail ont été mis en place avec pour mission de définir, pour les membres des cours et tribunaux, d'un côté, pour ceux du Conseil d'État, de l'autre⁴, des règles ou références déontologiques précises.

On peut, sans grand risque de se tromper, avancer l'hypothèse que le Conseil d'État, désormais placé sous l'œil vigilant de Strasbourg, se sent contraint de réexaminer ses propres pratiques à la lumière des exigences d'indépendance et d'impartialité. La lettre de mission adressée au groupe de travail chargé d'examiner les questions de déontologie pour les membres du Conseil d'État le laisse entendre de façon à peine voilée en évoquant la nécessité de « mieux anticiper sur les défis qui nous attendent dans les prochaines années » et de « de-

⁴ Dans sa lettre de mission du 24 mai 2007 au groupe de travail présidé par le président du tribunal administratif de Bordeaux, le vice-président, tout en se portant garant de « l'égalité de traitement » entre les deux corps, justifie la mise en place parallèle de deux groupes, par les différences concernant les missions des uns et des autres, les fonctions exercées, et notamment les fonctions consultatives extérieures, le cadre territorial dans lequel elles sont exercées.

vancer d'éventuelles critiques ». L'allusion est plus limpide encore dans l'introduction du rapport du groupe de travail, dans lequel on lit : « La tradition d'indépendance et d'impartialité du Conseil d'État [...] constitue un acquis précieux que le groupe a pris comme point de départ de ses travaux et comme socle de ses préconisations. Il n'a toutefois pas tenu cet acquis pour intangible ou indépassable, compte tenu des exigences nouvelles qui se sont fait jour à l'égard de l'institution (et dont la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne constitue qu'une manifestation parmi d'autres) ».

À plusieurs reprises, le rapport fait référence à la jurisprudence de la Cour, tirant notamment les conséquences de l'arrêt *Sacilor-Lormines* de 2006 en ce qui concerne les allers-retours entre le Conseil d'État et l'administration active. Dans cet arrêt, la Cour avait considéré que la nomination ultérieure au poste de secrétaire général du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie de l'un des conseillers d'État qui avait participé au délibéré d'une affaire était de nature à jeter un doute sérieux, dans l'esprit de la requérante, sur l'indépendance et l'impartialité de la formation de jugement. Le rapport en prend acte et préconise que, dans le cas de l'exercice successif de fonctions dans l'administration et au Conseil d'État, aussi bien après un retour que dans la perspective d'un départ, il soit prévu une « période de précaution »⁵.

Les conclusions du rapport ont été consignées et résumées dans un guide de onze pages intitulé « Déontologie des membres du Conseil d'État. Rappel des principes et bonnes pratiques », comportant quatre rubriques : impartialité et indépendance dans l'exercice des fonctions ; exclusivité des fonctions et interdiction des activités privées lucratives ; devoir de réserve dans l'expression publique et les activités politiques ; secret et discrétion professionnels. Ces règles, au-delà de leur fonction première, qui est « d'asseoir sur des bases claires la responsabilité des membres de la juridiction administrative », ont vocation à être publiées, car elles doivent aussi permettre « de renforcer la confiance des citoyens et des justiciables dans la justice rendue »⁶. Le rapport précité, faisant écho à un entretien avec les représentants de l'ordre des avocats aux Conseils qui constatent qu'ils sont de plus en plus souvent saisis par leurs clients de questions portant sur les liens particuliers entretenus par les membres du Conseil d'État avec l'administration ou sur les activités antérieures exercées dans l'administration active, en tire la conséquence que « la déontologie des membres du Conseil d'État doit se donner à voir ».

L'impartialité à l'aune de l'égalité des armes

S'agissant du respect du contradictoire, le Conseil d'État avait anticipé sur une probable condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en mettant fin, dès 1990, par l'arrêt *Gisti*, au monopole du ministre des Affaires étrangères pour interpréter les conventions internationales. La suite a été plus laborieuse et on ne peut pas dire qu'à la suite de l'arrêt

⁵ Le rapport est extrêmement détaillé sur ces questions. Dans le cas d'un retour, prévoit-il, l'abstention devrait au minimum, à toute époque, concerner les décisions prises par l'ancien employeur ainsi que, le cas échéant, les affaires nées dans son champ de compétence ou d'intervention pendant la période au cours de laquelle le membre concerné était à son service. En outre, devrait être délimitée une « période de précaution », dont la durée, que l'on peut évaluer en règle générale de six mois à un an, pourrait être modulée en fonction de l'importance et de la visibilité des fonctions exercées. Pendant cette période, la zone de vigilance s'étendrait aux décisions prises par l'ancien employeur, ainsi que, le cas échéant, aux affaires relevant de son champ de compétence, même postérieurement au départ du membre concerné [...]. Dans le cas d'un départ, la période de précaution ne peut être déterminée *a priori*, et pourrait, selon le cas, s'étendre de quelques jours à plusieurs mois ; elle devrait prendre effet dès que l'intéressé, au-delà des simples contacts exploratoires, entre en « pourparlers » avec son futur employeur, notamment au sujet des conditions d'exercice des fonctions pour lesquelles il est pressenti.

⁶ Document daté du 13 septembre 2007, intitulé « Projet pour le Conseil d'État et la juridiction administrative ».

Kress du 7 juin 2001 condamnant la présence du commissaire du gouvernement au délibéré le Conseil d'État ait manifesté beaucoup d'empressement ni de bonne volonté pour en tirer toutes les conséquences.

Il y a d'abord eu une simple directive du président de la Section du contentieux demandant aux commissaires de faire connaître avant l'audience le sens général de leurs conclusions à tout partie, même non représentée. Puis la note en délibéré, simple usage permettant aux avocats postérieurement à l'audience de compléter leurs observations orales et de répondre aux conclusions du commissaire du gouvernement, a vu son statut officialisé : d'abord par un arrêt du Conseil d'État *M. et Mme Leniau* du 12 juillet 2002, puis par le décret du 19 décembre 2005 – lequel a également précisé que le commissaire du gouvernement assistait au délibéré sans y prendre part.

Cette interprétation très minimaliste de l'arrêt *Kress*, comme il était prévisible, n'a pas satisfait la Cour, qui l'a dit dans son arrêt du 12 avril 2006, *Martinie c/ France*. Une première modification du Code de justice administrative est intervenue avec le décret du 1^{er} août 2006, qui prévoit que, devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les commissaires n'assistent pas au délibéré, tandis que, devant le Conseil d'État, « sauf demande contraire d'une partie le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part ». Cette faculté laissée aux parties, qui s'apparente à une forme de récusation, est un peu étrange. Elle risque au demeurant de n'être guère utilisée (mais n'est-ce pas le but recherché ?) dans la mesure où elle pourra difficilement s'interpréter autrement que comme une marque de défiance. La Cour de Strasbourg a néanmoins admis la conformité du dispositif aux exigences du procès équitable dans l'arrêt *Yvonne Etienne c/ France*, du 15 septembre 2009. Dans l'intervalle est intervenu le décret du 7 janvier 2009 qui a débaptisé le commissaire du gouvernement, devenu « rapporteur public », officialisé la possibilité d'avoir connaissance avant l'audience du sens général des conclusions et ouvert aux parties ou à leurs mandataires et aux avocats aux Conseils la faculté de présenter « de brèves observations orales » après le prononcé des conclusions du rapporteur public.

*

Les principaux griefs adressés à la justice administrative sur le terrain de l'indépendance et de l'impartialité et qui fragilisent sa légitimité se sont donc dans l'ensemble atténués. Dans cette évolution, le Conseil d'État a joué un rôle capital : il détient en effet, grâce à sa position stratégique, un privilège qu'aucune institution et *a fortiori* aucun autre juge ne possède. Car il a, en fait sinon en droit, une très large maîtrise de son propre statut, ayant à la fois la faculté d'initier les réformes et le pouvoir d'en déterminer le contenu. De ce pouvoir, il a su faire un usage stratégique – qu'on retrouve également dans les orientations imprimées à la jurisprudence administrative.

II. Le pouvoir de décision : un usage raisonné

Le juge statue « en droit ». Sa légitimité devrait donc dépendre exclusivement de la rigueur avec laquelle, dans ses décisions, il s'attache à vérifier la conformité aux règles en vigueur des actes ou agissements qui lui sont déférés et le cas échéant à les censurer, du soin qu'il prend à respecter et faire respecter la hiérarchie des normes. Le contenu contingent de ses décisions devrait normalement être indifférent, puisque découlant de l'application des règles et principes de valeur supérieure et du raisonnement qui va des prémisses à la solution retenue.

Mais bien entendu les choses ne sont pas aussi simples. D'abord parce que plus personne aujourd'hui ne s'aventure à prétendre que les décisions de justice sont ou devraient être construites sur le modèle du syllogisme : le pouvoir d'interprétation est reconnu comme faisant partie intégrante de la fonction de juger. Et, dès lors qu'il y a plusieurs façons d'interpréter une même règle, il y a plusieurs façons de l'appliquer. Le juge retrouve donc ici une marge de liberté et de pouvoir qui l'expose, en contrepartie, à voir ses décisions... jugées, et le cas échéant critiquées. Or l'accumulation des critiques portant sur les décisions rendues peut finir par entamer sa légitimité à dire le droit.

Ensuite, la hiérarchie des normes n'est pas elle-même une donnée intangible et évidente : elle est – ô combien – sujette à interprétation. En témoigne l'attitude du Conseil d'État face au droit communautaire : après avoir mené un long combat d'arrière garde contre sa prééminence qui lui a valu d'être dénoncé comme le représentant d'un nationalisme juridique suranné, il s'est finalement décidé à jouer pleinement le jeu du droit communautaire, au point que certains lui reprochent aujourd'hui d'être allé trop loin dans ce sens. Et lorsque le Conseil d'État, dans les arrêts *Koné*⁷ ou *Sarran et Levacher*⁸, défend bec et ongles la suprématie de la constitution et des principes de valeur constitutionnelle sur les conventions internationales, c'est bien encore *son* interprétation de la hiérarchie des normes qu'il fait prévaloir : une interprétation parmi d'autres, qu'on peut certes justifier mais tout aussi bien réfuter, car il n'existe pas de réponse « purement » juridique à la question posée.

Et donc, si le juge administratif puise sa légitimité dans son rôle de gardien de la légalité, l'impossibilité de délimiter de façon précise et certaine les contours de cette légalité fait que sa légitimité dépend pour une large part du contenu de ses décisions, de l'adhésion qu'elles suscitent. Et ceci est vrai même aux yeux des juristes, le plus souvent divisés sur ce qu'est ou aurait dû être la « bonne » décision. La légitimité du juge, liée au capital de soutiens dont il dispose, est donc tributaire de la conformité de ses décisions – du moins de celles qui « feront jurisprudence » – aux attentes de son public : le pouvoir, l'opinion, les juristes, les justiciables... Sachant que, comme on l'a relevé plus haut, ces attentes sont contradictoires, puisque les uns se féliciteront d'une jurisprudence « constructive », notamment si elle permet de mieux défendre les libertés, tandis que les autres l'accuseront de vouloir gouverner en se substituant aux autorités constitutionnellement investies du pouvoir de créer du droit.

Il y a longtemps, il est vrai, qu'on n'a plus entendu dénoncer les audaces du Conseil d'État et le gouvernement des juges. L'une des raisons en est que, compte tenu de la densité croissante des sources écrites et notamment du développement du droit communautaire sur lequel il n'a pas prise, le juge administratif a été dépossédé d'une large part du pouvoir normatif qu'il exerçait traditionnellement et dont la théorie des « principes généraux du droit » était l'expression la plus éclatante. Il n'est plus, au même degré que jadis, créateur, auteur « du » droit. Mais il continue à dire le droit, à être créateur « de » droit.

Et à dire le droit sur des sujets dont les enjeux dépassent la résolution de conflits entre intérêts privés, sur des questions qui ont des implications politiques. Contraint de prendre parti, le juge se détermine certes par rapport à des principes et à des règles juridiques, mais qu'il interprète en tenant compte du contexte dans lequel il statue, de l'état de l'opinion, des répercussions potentielles, immédiates ou à plus long terme, des choix qu'il va faire. Ce qui fait la part belle aux considérations téléologiques dans l'élaboration des décisions. En fonction des circonstances, il sera enclin à se montrer compréhensif à l'égard du pouvoir, notamment s'il doit faire face à une situation grave, ou au contraire à jouer un rôle d'arbitre, à exercer une fonc-

⁷ CE, Ass. 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, AJDA 1996.722, RFDA 1996 p. 870, concl. Delarue.

⁸ CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, AJDA 1998, p. 962, RFDA 1998, p. 1081, concl. Maugué.

tion pacificatrice⁹. Il peut aussi hésiter à briser un consensus qui semble largement partagé et s'aligner sur l'opinion dominante. On ne prétend pas que, ce faisant, le juge est mu par le seul souci de préserver ou de renforcer sa légitimité ; mais son attitude – sa politique jurisprudentielle – est certainement guidée, sinon dictée, par l'*idée qu'il se fait* de sa propre légitimité, en tant que juge, à utiliser pleinement ou au contraire à brider son pouvoir d'interprétation, à dire le droit dans tel ou tel sens.

Un juge compréhensif à l'égard du pouvoir

Le souci des exigences gouvernementales est particulièrement sensible en cas de crise grave mettant en danger les institutions (ou ressentie comme telle). Il s'agit alors de seconder les autorités politiques dans une tâche difficile en s'abstenant de les enfermer dans un légalisme trop rigide, mais aussi de se tenir à l'écart d'un conflit dans lequel le juge ne s'estime pas suffisamment armé ni légitime pour intervenir. Il a conscience aussi qu'en de telles circonstances, la censure des mesures édictées au plus haut niveau risquerait soit de rester sans effet¹⁰, soit d'entraîner de la part de l'exécutif une réaction dangereuse pour son propre avenir : un risque dont l'affaire Canal a montré qu'il n'était pas complètement illusoire. On compte, de fait, sur les doigts d'une main les coups d'éclat contentieux comme l'arrêt *Barel* ou l'arrêt *Canal*.

On trouve un écho de ces considérations à plusieurs moments de l'histoire politique française. Elles expliquent l'attitude compréhensive du juge face aux mesures prises en violation des formes légales pour réprimer ou briser les grèves révolutionnaires de 1909 et de 1910 mais aussi, en sens inverse, face au refus du gouvernement, à l'été 1936, de prêter le concours de la force publique pour faire évacuer les usines occupées par les grévistes. Le même souci de ne pas paraître s'opposer à des mesures inspirées par la défense du régime républicain ou l'intégrité du territoire national explique l'interprétation extensive de la loi de 1936 autorisant le gouvernement à dissoudre par décret les ligues d'extrême-droite et, plus tard, des lois accordant les pleins pouvoirs au gouvernement pendant la guerre d'Algérie. Enfin, le climat de tension interne et internationale provoqué par la guerre froide l'a incité à reconnaître plus facilement qu'en temps ordinaire la légalité des sanctions sévères prises à l'encontre de fonctionnaires coupables de s'être livrés à des manifestations d'opposition à la politique du gouvernement¹¹.

Plus récemment l'affaire de l'imam de Vénissieux est venue illustrer la propension du Conseil d'État à appuyer sans réserve le gouvernement dans les affaires présentées comme mettant en jeu la sécurité nationale. En l'espèce, le ministre de l'intérieur avait pris un arrêté d'expulsion contre un imam installé en France de très longue date avec sa famille, à qui il était reproché, sur la base de « notes blanches » des Renseignements généraux, d'appeler dans ses prêches à la violence et à la haine, de propager l'idéologie salafiste et d'entretenir des contacts avec des milieux intégristes en relation avec des organisations prônant le terrorisme. Le

⁹ Là encore, nous nous référons à l'analyse que nous proposons il y a... quarante ans, et qui reste encore – pour partie – valable. Voir *Le rôle politique du juge administratif*, LGDJ, 1972.

¹⁰ Les conclusions du commissaire du gouvernement Henry sur l'affaire Rubin de Servens sont sur ce point on ne peut plus éclairantes : « Dans ce huis clos à trois personnages [le Chef de l'État, le Parlement, le peuple], vous n'avez pas, Messieurs, votre place, et tout contrôle intervenant *a posteriori* serait de votre part ou inutile - ou dérisoire ».

¹¹ À la même époque, il est vrai, dans l'une de ses décisions les plus fameuses, l'arrêt *Barel*, le juge a réaffirmé avec force le principe selon lequel l'accès de la haute fonction publique ne saurait être interdit à quiconque en raison de ses opinions politiques, fût-il membre du parti communiste : le Conseil d'État, sans doute en partie parce qu'il se sentait directement concerné, n'a pas accepté de voir sacrifier les fondements de l'administration républicaine à la psychose anticommuniste.

tribunal administratif avait suspendu la mesure, estimant que les pièces du dossier n'étaient pas probantes, et le commissaire du gouvernement avait lui-même souligné la « très faible consistance » du dossier fourni par le gouvernement. Ceci n'a pas empêché le Conseil d'État de valider la mesure d'expulsion¹² : la seule allusion au terrorisme et à l'islamisme ressuscite les réflexes d'une époque qu'on croyait révolue où le juge ne s'aventurait qu'avec une prudence extrême dans les domaines relevant de la « haute police », préférant y laisser le champ libre au gouvernement.

Le Conseil d'État est également venu au secours de l'exécutif lorsque celui-ci, confronté aux émeutes dans les banlieues, en octobre 2005, a décidé de déclarer l'état d'urgence sur le fondement de la loi de 1955. Il a d'abord rejeté une première demande de suspension du décret attaqué en faisant notamment valoir, dans des termes très proches de ceux qu'il avait utilisés pendant la guerre d'Algérie, que « le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial » et que la mesure pouvait se justifier par l'aggravation continue des violences urbaines, leur propagation sur une partie importante du territoire et la gravité des atteintes portées à la sécurité publique¹³. Saisi ensuite d'un référé-liberté demandant d'enjoindre au président de la République de suspendre l'état d'urgence, compte tenu du retour au calme depuis plus de deux semaines, il a rejeté la demande en invoquant les risques de troubles liés aux fêtes de fin d'année, tout en reconnaissant implicitement l'obligation pour l'exécutif de mettre fin de façon anticipée à l'état d'urgence dès que l'ordre public serait durablement rétabli¹⁴ : le Conseil d'État indiquait ainsi au gouvernement une porte de sortie commode qu'il s'est empressé d'emprunter. Statuant ultérieurement sur la demande d'annulation des décrets instituant l'état d'urgence, le Conseil d'État s'est défaussé habilement en jugeant que la loi de prorogation avait emporté ratification de ces textes et interdisait donc d'en discuter la légalité au contentieux¹⁵.

Dans toutes ces affaires, on sent bien que le juge n'ose pas, soit parce qu'il ne se sent pas « légitime » à le faire, soit parce qu'il en redoute les conséquences, s'opposer frontalement au pouvoir en censurant des décisions éminemment politiques, quels que soient les doutes qu'on peut avoir sur leur légalité. C'est ce qui s'était également produit de façon encore plus éclatante, au moment de la guerre du Golfe, lorsque le Conseil d'État, saisi d'une circulaire manifestement illégale du ministre de l'Éducation nationale qui enjoignait aux présidents d'université de n'inscrire aucun étudiant irakien dans leurs établissements pour l'année universitaire 1990-91, avait fait revivre la théorie des actes de gouvernement en se réfugiant derrière l'affirmation à l'évidence fautive que cette circulaire n'était pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France, pour se déclarer incompétent et éviter ainsi d'avoir à l'annuler¹⁶.

Un juge arbitre ou pacificateur

Confronté à des querelles politiques majeures qui divisent profondément l'opinion, le juge a eu tendance à jouer un rôle modérateur et d'apaisement, en s'efforçant de faire prévaloir une position médiane entre les points de vue opposés. L'exemple le plus manifeste de cette attitude est celle qu'il a adoptée dans la querelle religieuse. Le Conseil d'État a veillé à ce que la liberté du culte ne soit pas sacrifiée aux exigences de l'ordre public que les maires avaient tendance à apprécier de façon excessivement rigoureuse (en faisant preuve, il est vrai, d'une

¹² CE, 4 octobre 2004, *M. de l'Intérieur c/ Bouziane*, AJDA 2005, p. 98.

¹³ CE, référé, 14 novembre 2005, *Rollin*, n° 286835, AJDA 2006, p. 501.

¹⁴ CE, référé, 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777.

¹⁵ CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, AJDA 2006, p. 1033, chr. Landais et Lenica.

¹⁶ CE, 23 septembre 1992, *Gisti et MRAP*, R. p. 346 ; AJDA 1992, p. 752, concl. Kessler.

sévérité croissante à l'égard des autorités municipales à mesure que le courant anticlérical perdait du terrain...). Il a censuré les discriminations fondées sur les convictions religieuses des candidats à des emplois dans l'enseignement public que ne justifiait pas le principe de laïcité, tout en reconnaissant à l'État la faculté de refuser à un ecclésiastique le droit de se présenter à l'agrégation. Estimant que l'existence des aumôneries dans les établissements d'enseignement public, d'ailleurs prévue par la loi de séparation, était dans certains cas une condition de la liberté du culte, il a jugé que l'administration ne pouvait en décider la suppression par une mesure générale, tout en admettant la légalité de cette suppression dans les établissements ne comportant pas d'internat.

Le même esprit de compromis a présidé au règlement de l'épineuse question des subventions aux écoles privées. Le Conseil d'État a maintenu, malgré l'intervention de la loi Debré, le principe de l'interdiction des subventions publiques aux écoles primaires privées à chaque fois que les textes ne les autorisaient pas expressément mais il a estimé, en revanche, que l'administration avait compétence liée pour accorder le bénéfice du contrat simple lorsque les conditions limitativement énumérées par la loi étaient réunies. S'agissant des établissements privés secondaires, il interprétait traditionnellement les dispositions de la loi Falloux de 1850 comme autorisant dans certaines limites les subventions de fonctionnement mais non les subventions d'investissement. Il a modifié dans les années 1990 les termes de ce compromis, en déduisant de la combinaison de ces dispositions avec celles des lois Debré et Guermeur la faculté pour les collectivités locales d'accorder à certaines conditions à ces établissements des subventions tant d'investissement que de fonctionnement ainsi que des garanties d'emprunt¹⁷. Mais c'est dans un contexte où la contestation de la légitimité des subventions aux écoles privées n'était plus aussi virulente.

Saisi en 1989 de l'affaire dite du foulard islamique, le Conseil d'État s'est une fois encore efforcé, dans l'exercice de sa fonction consultative puis de sa fonction contentieuse, de dégager une solution de compromis entre une conception stricte de la laïcité conduisant à interdire toute manifestation d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires et une conception donnant le primat absolu à la liberté religieuse avec toutes ses implications.

L'alignement sur l'opinion dominante

Mais lorsque, sur des questions controversées comme l'étaient naguère encore la laïcité ou l'immigration, un consensus s'installe, au point de rendre inaudibles les points de vue discordants, le juge a tendance à s'aligner lui aussi sur ce consensus. Sous Vichy, lorsqu'il a eu à interpréter les lois d'exclusion, le Conseil d'État s'est coulé sans difficulté dans la logique de l'antisémitisme d'État. Il a fait une application littérale des lois antisémites dont il a accepté la logique et les implications : s'il n'en a pas aggravé les effets, on ne saurait non plus prétendre, conformément à la thèse longtemps dominante, qu'il a assuré « dans toute la mesure de ses moyens le maintien des principes de notre droit public [et] la protection des libertés individuelles »¹⁸. À l'époque de la guerre d'Algérie, déjà évoquée plus haut, le Conseil d'État a été d'autant plus enclin à laisser toute latitude à l'exécutif pour « rétablir l'ordre », fût-ce au prix de graves atteintes aux libertés publiques, qu'il bénéficiait d'un large soutien de l'opinion et de la classe politique.

Un processus identique se répète aujourd'hui, dans un contexte moins troublé. Alors qu'en 1989, confronté, à l'affaire du foulard, le Conseil d'État avait réussi, comme on vient de le

¹⁷ V. notamment : CE, Ass., 6 avril 1990, *Département d'Ille-et-Vilaine*, AJDA 1990. 563, chron. Honorat et Baptiste, RFDA 1990, p. 603, concl. Frydman ; CE, Ass. 25 octobre 1991, *Syndicat national de l'enseignement chrétien, CFTC et autres*, AJDA 1991, p. 885, chron. Maugué et Schwartz, RFDA 1992. 997, note Durand-Prinborgne.

¹⁸ Tony Bouffandeau, « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français. Le juge de l'exercice de pouvoir jusqu'à la Libération », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1947, pp. 23-27.

rappeler, à faire prévaloir une voie médiane entre deux positions *a priori* inconciliables, le compromis a volé en éclats en 2004. Dans l'intervalle, le législateur avait, par un vote quasi unanime, décidé d'interdire « le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse ». Mais les conventions internationales sur lesquelles le Conseil d'État avait fondé son célèbre avis et sa jurisprudence ultérieure n'avaient pas changé. Saisi de la circulaire ministérielle indiquant le mode d'emploi de la loi, il aurait donc pu réaffirmer les principes qui l'avaient amené à juger qu'une interdiction totale du port du foulard serait contraire aux engagements internationaux de la France. Or il s'est borné à énoncer que l'atteinte à la liberté de conscience n'était pas excessive au regard du principe de laïcité sans qu'on sache pourquoi ce qui était compatible avec la laïcité en 1989 ne l'est plus en 2004 ni pourquoi une interdiction dont il avait jugée à l'époque qu'elle portait une atteinte excessive à la liberté religieuse n'est plus considérée quinze ans plus tard comme disproportionnée. En 1989, il avait entendu désamorcer un conflit par une solution de compromis. Quinze ans plus tard, le juge ne veut pas désavouer la représentation nationale appuyée sur une opinion publique majoritairement favorable. Cet alignement n'est sans doute pas purement opportuniste : selon toute probabilité le Conseil d'État s'est lui-même convaincu que le « modèle républicain » était menacé et qu'il convenait de le défendre.

On constate le même raidissement en matière d'immigration, à l'unisson du consensus qui règne dans la classe politique et l'opinion sur la nécessité de « maîtriser les flux migratoires ». Le juge administratif, au cours des trente dernières années, a considérablement accru la portée de son contrôle sur les mesures de police des étrangers, il a intégré les aspects protecteurs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il a fait prévaloir une conception plus exigeante du principe d'égalité en censurant les discriminations injustifiées fondées sur la nationalité. Mais le souci de garantir les droits des étrangers cède dès l'instant où est en cause la lutte contre l'immigration irrégulière.

*

Si l'accusation de gouvernement des juges n'est plus vraiment d'actualité, c'est en partie, on l'a dit, parce que le juge administratif a perdu une partie de son pouvoir normatif traditionnel, mais c'est aussi parce qu'il hésite à provoquer un conflit ouvert avec le pouvoir ou parce qu'il adhère lui-même au consensus dominant, non parce que ses choix seraient politiquement neutres et dictés par des considérations purement juridiques. Toujours est-il que, sur ce terrain, sa légitimité n'est plus guère contestée. Reste un déficit d'image que le Conseil d'État se préoccupe aujourd'hui de combler.

III. La légitimité, une question d'image ?

Puisque la légitimité, dans la perspective que nous avons adoptée, est une question de croyance, on comprend que la gestion de son image puisse être une préoccupation primordiale pour une institution soucieuse de renforcer ses soutiens, partant son capital de légitimité.

Déjà, en 1993, nous avons repéré les éléments d'une stratégie, consciente ou inconsciente, de relégitimation de la justice administrative¹⁹. Parmi ces éléments nous mentionnions le retour en force des « grands arrêts », les efforts pour intégrer et parfois anticiper, sur le terrain des droits de l'homme, les exigences de Strasbourg, l'élargissement des conditions d'admission de la responsabilité publique, et notamment de la responsabilité hospitalière, pour mettre fin à la différence de traitement choquante entre les malades selon qu'ils étaient soignés dans des cliniques privées et des hôpitaux publics, les réformes de la procédure contentieuse destinées à répondre à certaines des critiques les plus virulentes. Mais nous évo-

¹⁹ « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », *op. cit.*

quions aussi l'utilisation par le Conseil d'État de sa fonction consultative pour se faire mieux connaître par l'opinion, en choisissant pour thème de ses réflexions des « créneaux » porteurs comme la bioéthique ou les droits de l'enfant.

Nous constatons plus généralement une volonté marquée du Conseil d'État d'être en phase avec les préoccupations de l'ensemble de la société et non plus seulement de l'administration, une volonté de parvenir à la fois à une meilleure visibilité et à une plus grande transparence de son activité, notamment grâce à une politique plus active de relations publiques et une gestion plus efficace des rapports avec la presse. Les premiers efforts en ce sens remontent au début des années 1990 avec les modifications intervenues dans la présentation et le contenu du rapport annuel, rédigé de façon plus incisive et plus critique et désormais diffusé par la Documentation française.

Cette stratégie a été encore amplifiée et systématisée dans les années récentes. Lorsque, comme on l'a vu plus haut, le Conseil d'État décide d'explicitier les règles de déontologie qui doivent guider les membres de la juridiction administrative, lorsqu'il entame des réformes destinées à renforcer l'efficacité de la justice administrative ou à donner plus de visibilité au principe du contradictoire, il en escompte des retombées positives en termes de légitimité. Mais il s'agit de retombées indirectes. Or il n'hésite pas, désormais, à pratiquer une politique plus offensive qui vise cette fois directement et ouvertement à améliorer son image et à renforcer sa légitimité.

À preuve la constitution, au sein du Conseil d'État, en janvier 2007, d'un groupe de travail sur le thème « Rayonnement et responsabilité sociale ». La lettre de mission insiste sur la nécessité « de maintenir, avec les justiciables et plus largement avec la société dans son ensemble, un lien étroit indispensable au renforcement de la confiance placée en nous » et demande de faire des « propositions d'améliorations quantitatives et qualitatives » dans le domaine des relations publiques, « en particulier en direction de la presse et des médias ». Le rapport, de son côté, déplore que l'amélioration du service rendu ne se soit pas traduite par une amélioration, dans l'opinion, de la notoriété et de l'image de la juridiction administrative alors que, parallèlement, la haute administration et le personnel politique s'éloignent du Conseil d'État, « dans une certaine indifférence ou au travers de propos critiques à peine voilés ». Dans les cercles intellectuels, de même, y compris du côté des professionnels du droit, beaucoup demeurent prisonniers du lieu commun selon lequel la juridiction administrative resterait encore l'un des signes les plus visibles d'un régime de faveur ménagé, en France, à la puissance publique. Quant au grand public et aux professionnels des médias, l'absence à peu près complète d'image du Conseil d'État contraste avec la situation à cet égard du Conseil constitutionnel ou même de la Cour des comptes dans ses fonctions administratives.

D'où la nécessité de mettre en place un programme d'actions concrètes. Vis-à-vis du grand public et des médias, est-il suggéré, le Conseil d'État doit présenter à la société un message qui mette en avant sa double mission, à la fois le protecteur des citoyens et le garant de l'intérêt public, et qui insiste parallèlement sur le fait la justice administrative est indépendante, impartiale, peu coûteuse, rapide, de qualité et que ses décisions sont efficacement exécutées. Il faut aussi rendre compte, selon des modalités plus accessibles aux citoyens, grâce notamment à internet, des « décisions les plus fortes et les plus parlantes, en termes d'image, pour le grand public ».

Le rapport préconise aussi, pour remédier à « l'indifférence ou la relative désaffection des décideurs politiques et administratifs à l'égard du Conseil d'État », de renforcer les liens avec les hauts fonctionnaires et les élus nationaux et locaux, de façon à ce que les politiques, les cabinets et les administrations soient convaincus qu'il leur apporte « une plus-value certaine et régulière s'agissant de la sécurité des textes, sans pour autant ralentir ou bloquer la concrétisation juridique de la volonté politique ».

Il est encore proposé de développer des actions spécifiques en direction des « publics spécialisés » : les praticiens du droit, le milieu universitaire, mais aussi les « faiseurs d'opinion » que sont les cercles de réflexion, les intellectuels ou les universitaires des disciplines non juridiques. Le rapport suggère par exemple d'ouvrir les travaux de la juridiction administrative aux observateurs extérieurs, de développer une stratégie de présence dans les rencontres ou les publications portant sur des thèmes « à fort impact sociétal » pour permettre de valoriser la jurisprudence administrative, ou encore... de lancer un cycle d'invitations par le vice-président « de personnalités éminentes ou prometteuses » choisies au sein de chacun des différents publics : professeurs de droit, responsables de cercles de réflexion, intellectuels d'horizons divers.

Ce programme ambitieux n'a pas tardé à être mis en œuvre, preuve supplémentaire de l'importance de l'enjeu et de l'impatience du Conseil d'État à combler un déficit d'image. Cette politique proactive s'affiche avec une visibilité particulière sur le nouveau site du Conseil d'État, qui fait ouvertement la promotion de l'institution.

Dès la page d'accueil, sous le titre : « Le Conseil d'État vous ouvre ses portes », on est invité à visiter l'exposition en ligne : « Les coulisses du Conseil d'État ». Cette exposition multimédia en vingt panneaux entend faire découvrir au visiteur, de façon très pédagogique et qui se veut démystifiante, le cadre, les missions et le fonctionnement de l'institution.

Sur le premier panneau il est indiqué que la visite va permettre de découvrir « les missions et les métiers du Conseil d'État » et de rencontrer « les hommes et les femmes qui composent le Conseil d'État et qui ont en commun le sens de l'intérêt général, l'indépendance d'esprit et un goût marqué pour le débat ». Dans la partie inférieure de l'écran apparaissent, en gros caractères, les incrustations suivantes : « Protéger les libertés et les droits fondamentaux des personnes » – « Défendre l'intérêt général » – « Veiller à la qualité de la gouvernance publique ».

Le panneau n° 6 a trait aux activités contentieuses. On y lit en exergue : « Protéger les citoyens contre les erreurs ou les errements de l'administration ». Le premier encadré cite une série d'hypothèses dans lesquelles les citoyens peuvent saisir le juge administratif pour en conclure que « l'intérêt général d'une part, les libertés et les droits fondamentaux des personnes, d'autre part, sont reconnus et protégés. Le second encadré répète son tour que : « Le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs n'ont cessé de renforcer la soumission de l'administration au droit et, par conséquent, la protection des citoyens » avant de rappeler le raccourcissement « spectaculaire » des délais de jugement depuis dix ans et l'existence des procédures d'urgence.

Le panneau n° 8 énumère « Quelques décisions récentes », chacune étant illustrée par une photo et faisant l'objet d'un encadré. Leur sélection témoigne d'un art consommé de l'autolégitimation, comme on peut en juger en lisant le texte de cette page, reproduite ici dans son intégralité²⁰.

²⁰ <http://www.conseil-etat.fr/cde/jep2009/> (consulté le 2 janvier 2010). Depuis la date à laquelle cette consultation du site du Conseil d'État a été effectuée, ce site s'est enrichi, dans un sens qui confirme notre diagnostic initial. On y trouve par exemple une page sur « La justice administrative en images » qui illustre par une série de quatre films courts l'activité de la justice administrative. On y trouve aussi, à l'intérieur d'une rubrique intitulée « Le Conseil d'État vous ouvre ses portes », un petit film sur « Les valeurs du Conseil d'État » annoncé en ces termes : « rencontrez les membres du Conseil d'État qui ont en commun le sens de l'intérêt général, l'indépendance d'esprit et un goût marqué pour le débat ». De fait, après le vice-président apparaissent tour à tour à l'écran des membres de tous âges et de tous niveaux hiérarchiques qui font en quelques mots l'éloge de l'institution à laquelle ils et elles appartiennent : esprit d'indépendance et de liberté, goût du service, l'honnêteté intellectuelle, garant de l'État de droit et de l'intérêt général, etc.

- **Scolarisation des enfants handicapés.** Le Conseil d'État juge qu'il revient à l'État de prendre les mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que le droit à l'éducation et l'obligation scolaire aient un caractère effectif pour les enfants handicapés
- **Responsabilité de l'État dans les déportations résultant des persécutions antisémites.** La plus haute formation du conseil d'État a reconnu en termes solennels la responsabilité de l'État dans les déportations résultant des persécutions antisémites pendant la Seconde Guerre mondiale.
- **Le Conseil d'État confirme la participation du PSG à la Coupe de la Ligue 2008-2009.** Le Conseil d'État rejette la demande de la FFF d'annuler la décision du juge des référés du tribunal administratif de Paris qui avait suspendu l'exclusion du PSG de la Coupe de la Ligue pour la saison 2008-2009.
- **Le Conseil d'État fait application de la Charte de l'environnement.** Trois mois après la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008 qui a consacré la valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, le Conseil d'État annule pour la première fois, le 3 octobre 2008, un décret qui méconnaît cette Charte.
- **Extension du réseau Vélib'.** Le CE autorise la Ville de Paris à étendre le réseau Vélib' au-delà des limites de la capitale par la voie d'un simple avenant au marché conclu avec la société Somupi, filiale de JC Decaux.
- **L'administration pénitentiaire doit protéger la vie des détenus en prenant toutes les mesures appropriées.** Le Conseil d'État rappelle que l'administration pénitentiaire est tenue, à chaque échelon pertinent, de prendre les mesures nécessaires pour protéger la vie des détenus.

Le message est clair : à travers ces exemples, le Conseil d'État cultive l'image d'un juge préoccupé de défendre les droits fondamentaux, notamment des plus faibles (les handicapés, les victimes de l'antisémitisme, les droits des détenus), d'un juge soucieux de défendre l'Environnement, mais d'un juge qui s'intéresse aussi à ce qui fait le quotidien des « gens » : le football ou le Vélib'.

*

Le Conseil d'État a donc effectué une véritable mue pour s'adapter à la société de communication. Mais si la méthode est nouvelle, ce travail sur sa propre image n'est que le prolongement d'une stratégie de légitimation à laquelle il a eu recours de façon plus ou moins continue et plus ou moins consciente tout au long de son existence. Toutes les institutions sont soucieuses d'asseoir leur légitimité et ont besoin de maximiser leur capital de soutiens, même lorsque leur existence n'est pas en cause. Ce qui est spécifique au Conseil d'État, c'est qu'il a non seulement, comme toute juridiction suprême, la maîtrise de sa jurisprudence, mais aussi celle de son propre statut, en raison de la place qu'il occupe au sein de l'appareil d'État : à la fois juge suprême de l'ordre administratif et désormais gestionnaire de la juridiction administrative dans son ensemble, conseiller juridique du gouvernement, réservoir de grands commis essayant dans la haute administration pour y occuper des postes de responsabilité. Cela explique que, cherchant à comprendre les ressorts de la légitimité du juge administratif comme auteur de droit, on se trouve sans cesse confronté à des processus de légitimation auxquels il prend une part active.

Car, pour en revenir à notre point de départ, la légitimité n'est pas une qualité objective, acquise une fois pour toute du simple fait d'un statut et d'un rôle préalablement assignés auxquels on se conforme. Une institution est légitime lorsque – et parce que – on *croit* en sa légitimité, et cette croyance elle-même n'est pas acquise *ne varietur* mais demande à être entretenue et réactivée : les processus de légitimation sont donc aussi importants à analyser que les ressorts de la légitimité.