

C'est bien volontiers que j'ai accepté l'invitation de mes amis les présidents Bachelier et Cau de participer à cette belle manifestation.

Participer à une audience me donne le sentiment de remonter le cours de mes années...

Par ailleurs, qu'un ancien membre du Conseil d'Etat participe à une manifestation commune à une CAA et à un TA est une belle illustration de la « refondation de la juridiction administrative » issue de la loi du 31 décembre 1987.

Ce goût pour la perspective historique m'a incité à choisir le thème de ce propos : évoquer quelques étapes marquantes de la jurisprudence administrative, choisies sans recours à une clé logique et plutôt avec quelque fantaisie ; puisque nous sommes en 2014, allons revisiter quelques décisions dont la date s'achève aussi en « 4 ».

I 1914. J'aurais aimé éviter cette date, que je n'aime pas... Mais dans les années en 4 l'arrêt Gomel est « incontournable ».

Quand, en effet, saisi d'un recours contre le refus d'un permis de construire fondé sur ce que la construction envisagée porterait atteinte à une perspective monumentale, le Conseil d'Etat énonce, le 4 avril 1914 : « ..*qu'il appartient au Conseil d'Etat de vérifier si l'emplacement de la construction projetée est compris dans une perspective monumentale existante et , dans le cas de l'affirmative, si cette construction, telle qu'elle est proposée, serait de nature à y porter atteinte ; que la place Beauvau ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale ; qu'ainsi en refusant ...au requérant l'autorisation de construire, le préfet a fait une fausse application de la loi* », il ouvre la voie à l'exercice par le juge de l'excès de pouvoir d'un contrôle sur la façon dont l'administration apprécie une situation de fait pour lui appliquer une règle de droit. En d'autres termes il admet que pour statuer en droit le juge de l'excès de pouvoir doit examiner le fait.

C'est une innovation considérable. Jusque-là en effet la jurisprudence considérait que l'erreur de fait « ne saurait constituer un excès de pouvoir » ; et d'ailleurs, si l'arrêt Gomel admet l'existence d'un contrôle sur *l'appréciation* des faits, ce n'est que deux ans plus tard, avec l'arrêt Camino que ce contrôle

sera étendu à celui de *l'exactitude matérielle* des faits. Selon la belle formulation de l'arrêt Camino : « *si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits (...) et, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application de (...) la disposition précitée* ».

Au moins à première vue il est surprenant que le contrôle de la qualification des faits- apparu avec l'arrêt Gomel et dont il a fallu ensuite des décennies de jurisprudence pour préciser la portée- ait précédé celui de la simple exactitude matérielle, alors pourtant qu'il s'immisce plus avant et plus intimement dans le raisonnement de l'administration.

C'est qu'initialement le contrôle de légalité du juge de l'excès de pouvoir portait exclusivement sur des questions de droit et que le contrôle de qualification, qui est en quelque sorte mélangé de droit et de fait, pouvait paraître moins éloigné de cette conception initiale que le contrôle de matérialité.

Objectera-t-on qu'à la même époque le juge de l'élection, le juge du contrat ou le juge des travaux publics ne s'embarrassaient d'aucun tabou pour connaître du fait ? Mais c'est que dans la conception d'alors le juge de l'excès de pouvoir n'appréhendait la situation à l'origine du litige qu'au travers de l'écran de la décision administrative attaquée, tout comme le juge de cassation ne saisit le fond du litige qu'au travers de la décision juridictionnelle qui lui est déférée. N'oublions pas que dans la classification des contentieux issue de Laferrière, l'excès de pouvoir n'est qu'une branche du contentieux de l'annulation, aux côtés précisément du recours en cassation. N'oublions pas non plus qu'en se référant à ces origines des auteurs ont pu qualifier l'excès de pouvoir de « *contentieux de moindre juridiction* »...

II 1944. Quittons 1914 et enjambons trois décennies. Quittons aussi la place Beauvau pour le kiosque du boulevard St Denis où madame Trompier-Gravier vendait des journaux avant que l'autorisation dont elle disposait lui fût retirée au motif d'une faute qu'elle aurait commise.

Le Conseil d'Etat juge, le 5 mai 1944, « *qu'en égard au caractère que présentait(...) le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que la dame veuve Trompier-Gravier eût été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle* ».

C'est l'arrêt fondateur de la théorie des droits de la défense.

C'est aussi, c'est surtout, l'une des premières illustrations de la théorie des principes généraux du droit.

Même si la réponse à cette question est incertaine, il est toujours intéressant de se demander pourquoi telle jurisprudence, ou telle réforme, est apparue à tel moment, et non pas plus tôt. Selon le cardinal de Retz « Il n'est rien dans le monde qui n'ait son moment décisif, et le chef d'œuvre de la bonne conduite est de connaître et de prendre ce moment »...

Je hasarderai ici l'interprétation suivante.

De la fin du XIXe siècle jusqu'à la deuxième guerre mondiale la jurisprudence administrative s'était développée dans un contexte dominé par un attachement aux principes du libéralisme et aux valeurs affirmées par la Déclaration de 1789. Mais cette vision de la société politique n'avait pas de traduction juridique ; notamment, la Déclaration ne faisait pas partie du droit positif. Jusqu'à la fin de la IIIe République, cette carence ne portait pas trop à conséquence. Il en allait tout différemment dans le contexte du printemps de 1944 : de façon rétrospective, pour les années qui venaient de s'écouler ; mais aussi avec la pensée des difficultés à venir.

Et c'est, je crois, de cette conscience et de cette pensée qu'est née l'idée qu'il convenait de faire émerger une sorte de légalité non écrite, s'imposant au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative, et que le législateur est présumé respecter puisque seule une disposition législative expressément contraire est réputée l'écarter.

Même si, sans doute, sa perception demeurait encore confuse pour beaucoup, l'idée était proche de la maturité au début de 1944. Le hasard des dossiers mais aussi l'intuition et l'habileté de tel ou tel, firent qu'elle vint prendre forme avec le kiosque de la « dame veuve Tromprier-Gravier », modeste instrument d'un dessein qui le dépasse.

L'habitude a été prise ensuite de parler de la « théorie » des principes généraux du droit : pourtant rien n'est moins abstrait et moins théorique que cette démarche, que le président Bouffandeau, qui en fut le grand inspirateur, a définie comme « ...une œuvre constructive de la jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens » , ce qui est un autre façon de dire qu'elle fut , au sens le plus élevé du terme , une œuvre politique.

III 1954. Restons précisément dans la sphère du politique, avec le 28 mai 1954, l'arrêt Barel, qui, toutes époques confondues, occupe une des toutes premières places dans mon classement personnel.

Non pas pour sa signification jurisprudentielle : sur aucun point il n'innove vraiment ; tout au plus précise-t-il ou approfondit-il, notamment sur le pouvoir d'instruction du juge et la charge de la preuve. Mais pour son illustration de la façon dont le juge administratif doit, le cas échéant, savoir décider à contre-courant de l'opinion.

L'appartenance au parti communiste fait-elle obstacle à l'exercice des fonctions auxquelles donne accès l'Ecole nationale d'administration et, par suite, à l'entrée dans cette école ? Si en 1953-1954 les français avaient été consultés, il n'est guère douteux qu'ils auraient répondu par l'affirmative. L'armistice en Corée n'a pas mis fin à la guerre froide. La France est confrontée à la guerre d'Indochine : Dien Bien Phu tombe le 7 mai 1954. Dans le jeu politique interne, le parti communiste est à l'écart de tous les autres : le 18 juin 1954 Pierre Mendès-France déclare devant l'Assemblée nationale qu'il refusera son investiture comme président du conseil si la majorité requise n'est atteinte qu'avec les voix de députés communistes. Aux Etats Unis, c'est le temps du maccarthysme ; de leur côté l'Angleterre, la Suisse, la République fédérale allemande écartent ouvertement les communistes de certaines fonctions publiques.

Sans doute l'article 6 de la Déclaration énonce-t-il que « ...tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » et l'article 10 que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions ». Mais l'opinion communiste est-elle une opinion comme une autre et l'Ecole nationale d'administration un emploi public comme un autre ?

Le Conseil d'Etat ne va pourtant céder à aucun entraînement. C'est de façon très générale qu'il pose que le Gouvernement ne saurait écarter un candidat à la fonction publique « ...en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques ». Et quant au cas d'espèce, si le ministre avait affirmé, devant l'Assemblée nationale puis au cours de l'instruction, qu'il ne s'était pas fondé sur des motifs politiques, le Conseil va d'abord lui enjoindre, à deux reprises, de produire les pièces, rapports et documents qui établiraient ces autres motifs au vu desquels la décision aurait été prise puis va déduire de son abstention que le motif allégué

par les requérants devait être regardé comme établi : en termes moins crus, que le ministre avait menti...

Le juge ici remplit exactement son rôle. Il ne l'outrepasse pas - à supposer qu'une règle analogue à celle qui valait dans des pays voisins dût être posée, elle eût relevé de la loi - et l'assume sans chercher aucun faux-fuyant, sans biaiser, avec la tranquille assurance que reflètent d'admirables considérants.

IV. 2004 Association AC.

J'ai un grand attachement pour cette décision. Sur le fond elle correspond à une évolution que je souhaitais depuis longtemps, dont, longtemps aussi, je pensais qu'elle n'était pas mûre mais qui, finalement, a abouti plus tôt que je ne l'espérais. Ajoutez à cela que c'est l'une des dernières décisions à l'élaboration desquelles j'ai pris une part directe et vous comprendrez que je craigne d'abuser de votre patience... Aussi m'en tiendrai je à quelques mots sur la signification que je lui attribue avant de vous conter une anecdote.

En permettant de moduler les effets dans le temps de l'annulation d'un acte, elle prend acte de ce qu'avait de trop absolu l'idée qu'une décision annulée est réputée n'être jamais intervenue.

Elle est aussi un nouveau maillon de l'évolution amorcée par la loi du 8 février 1995, prolongée par une ligne jurisprudentielle déjà bien fournie – les arrêts Titran, Vassilikiotis...- dans le sens d'une transformation du rôle du juge de l'excès de pouvoir, qui ne se limite plus à la question – abstraite- de la légalité d'un acte mais s'attache à prendre en compte la situation –concrète- de la situation née tant de cet acte que de son annulation.

On est loin alors de l'idée d'un contentieux de « moindre juridiction » et ce n'est sans doute pas aujourd'hui qu'on inventerait la distinction entre deux contentieux de l'annulation, présentés comme relevant l'un de l'excès de pouvoir, l'autre de l'excès de pouvoir....

L'anecdote porte sur les conditions dans lesquelles la « minute » de la décision a été signée.

L'assemblée du contentieux avait délibéré le vendredi après-midi. Le risque d'un désistement ou d'un non-lieu militait pour une « lecture » rapide que nous avions prévue pour le mercredi suivant. Mais le samedi matin le vice-président, qui devait signer la décision, quittait Paris pour un déplacement à Moscou qui ne prendrait fin que le jeudi... Le samedi le rapporteur et moi avons ensemble

passé quelques heures dans mon bureau à procéder à la mise au net du texte. Celui-ci fut alors transmis en version électronique au Quai d'Orsay puis, après cryptage, à l'ambassade à Moscou où il fut « signé » - en « terre française » !- le lundi et d'où il nous revint le mardi. Entre-temps, le rapporteur et la secrétaire du contentieux avaient signé une « version-papier » usuelle et c'est la prise en compte conjointe de ces deux documents qui permit de procéder à la lecture le mercredi à 14h. Des considérations relatives à la tenue des archives conduisirent ensuite à demander au vice-président de signer aussi la « version-papier »...

Quels enseignements retenir de ces quatre décisions ?

L'arrêt Barel nous enseigne que plus une affaire est sensible, plus il faut prendre du recul et chercher la solution dans la fidélité à la tradition.

Les trois autres suggèrent que la nécessaire stabilité de la jurisprudence a comme corollaire le souci de son adaptation au temps qui passe et au monde qui change.

Je viens ainsi de me laisser aller à philosopher...Je prends la liberté de continuer en m'adressant désormais plus particulièrement à ceux des magistrats du tribunal et de la cour qui sont au début de leur carrière et en évoquant pour eux deux mots : l'indépendance ; le droit.

L'indépendance.

Nul ne viendra menacer votre indépendance : ni à l'extérieur de la juridiction, ni, bien sûr, à l'intérieur.

Mais vous ne serez vraiment indépendants que si vous vous gardez de vous-mêmes. L'indépendance n'est pas pour le magistrat un privilège. Elle ne lui est conférée que pour le profit du justiciable, ou, selon la belle langue du XVIIIe siècle, « pour le service des fonctions »...Au moment de juger, sachez vous déprendre des opinions, des préjugés, des préventions, des passions que chacun de nous porte en lui-même. Sachez aussi – et c'est sans doute plus difficile - à l'issue d'un débat, d'un délibéré, renoncer à votre position initiale et ne pas avoir peur de dire que vous avez été convaincu. « Le débat change parfois mon opinion, jamais mon vote » : cette formule cynique d'un président du conseil de la IIIe République nous heurte ; mais qui de nous est certain d'être à l'abri de cet entraînement ? C'est à cette double vigilance à l'égard de vous-même que je vous invite : elle passe par un effort constant.

Le droit : le droit et son bon usage.

Le juge est le serviteur du droit. D'un droit qu'il ne choisit pas, qui est celui qu'il trouve dans ses codes et ses recueils de jurisprudence. Ce droit, il ne doit pas le pratiquer comme un jeu intellectuel abstrait, quelles qu'en puissent être les séductions. Le droit est fait pour s'appliquer à un monde réel. Il est suffisamment complexe pour qu'on ne multiplie pas à l'excès subtilités et distinctions. Au tout début de ma carrière j'ai eu la chance de m'entendre dire par un de mes anciens : « le droit ne doit pas humilier le bon sens ». Je n'ai sans doute pas réussi à toujours appliquer ce précepte, mais il n'a cessé de m'accompagner. A mon tour, je vous le propose.

Je m'en suis ensuite forgé un autre, qui m'a prémuni de quelques erreurs : avant d'arrêter ma position sur une affaire complexe, me demander si, parlant à un tiers, non juriste, de bonne foi et normalement intelligent, je pourrais, je ne dis pas le convaincre du bien-fondé de la solution, mais lui rendre intelligible le raisonnement qui y conduit ; et, dans la négative, chercher une autre solution.

Pratiquez le droit avec humilité : vous serez alors de bons juges.

D. Labetoulle