

LA FONCTION CONSULTATIVE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

PAR

Yan LAIDIÉ

*Professeur à l'Université de Bourgogne
C.R.D.P.E.*

On peut gloser à l'envi sur les éléments qui déterminent la nature profonde du juge administratif et, plus généralement, la particularité du système français de contrôle juridictionnel de l'Administration. Mais il est clair que parmi ceux-ci, la dualité fonctionnelle des organes de justice administrative est primordiale : c'est elle "*qui concrétise la spécificité de notre juridiction administrative, voire [...] qui justifie son existence séparée de l'ordre judiciaire*"¹. Selon la formule consacrée, le juge administratif est à la fois le juge et le conseiller de son principal justiciable. Il y a dans ce paradoxe une singularité que l'on peut approuver et justifier par diverses raisons, ou au contraire critiquer et condamner. Mais en tout état de cause, cette singularité participe du statut même de la juridiction administrative².

Encore faut-il évidemment distinguer à cet égard entre la fonction consultative du Conseil d'État et celle des juridictions administratives territoriales et particulièrement des Tribunaux administratifs. Autant le Conseil d'État – comme l'indique au demeurant son nom – se définit véritablement par la dualité de ses missions, autant le statut des Tribunaux administratifs ne repose

1. "*De façon à ce qu'elle soit non pas seulement distincte, mais encore différente de lui*" : Pacteau (B.), "Nouvelles attributions « administratives » pour les Cours administratives d'appel (et redéfinition de celles des tribunaux administratifs interdépartementaux). Le régime issu du décret n° 92-983 du 9 septembre 1992", *R.F.D.A.* 1993, p. 107.

2. Laidié (Y.), *Le statut de la juridiction administrative*, Thèse Dijon, 1993 (dactyl.) 621 p. (*passim*).

pas sur les mêmes bases. Le premier assume une fonction consultative qui est prévue par la Constitution et par de nombreux textes, soit à titre obligatoire soit à titre facultatif, une fonction qui touche à tous les domaines du droit, qui est véritablement institutionnalisée et absorbe presque la moitié de sa charge de travail³. Les seconds sont avant tout et essentiellement des juges : dans les Tribunaux administratifs interdépartementaux, la fonction consultative, on y reviendra, passe au second plan par rapport à la fonction juridictionnelle, tant quantitativement que sur le plan de l'organisation interne des juridictions⁴.

Il est cependant intéressant de se pencher sur la fonction consultative des Tribunaux administratifs, tout d'abord parce qu'elle soulève, d'une manière générale, "*d'inévitables questions de principe touchant à la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*"⁵ ; ensuite parce qu'elle s'analyse comme le produit d'une évolution historique spécifique par rapport à celle du Conseil d'État ; enfin et surtout dans la mesure où cette évolution historique nous amène justement au cœur des questions soulevées par l'examen de "la loi du 28 pluviôse an VIII deux cents ans après". Quelle était la logique de cette loi en la matière, qu'a-t-il résulté de cette logique et celle-ci a-t-elle encore une signification aujourd'hui ? En fait, s'agissant de la fonction consultative des juridictions administratives territoriales, se pose à la fois le problème de la paternité, de la pérennité et de l'obsolescence éventuelle de la loi de pluviôse an VIII.

Curieusement en effet, la filiation entre la loi du 28 pluviôse an VIII et la fonction consultative des Tribunaux administratifs est très incertaine puisque ce texte ne confiait pas une telle fonction aux Conseils de préfecture. Pour autant, la logique de cette loi, au-delà de sa lettre même, est importante pour comprendre le développement considérable des attributions consultatives des Conseils de préfecture : elle a permis d'associer étroitement les juges administratifs locaux aux préfets et à leur action, si étroitement même que cela a considérablement altéré leur crédibilité de juge. Cette logique a produit durablement ses effets puisque paradoxalement, la réforme de 1926 n'a pas supprimé les attributions consultatives des Conseils de préfecture et leur a au contraire donné un fondement statutaire. C'est ce "*lourd héritage*"⁶ qu'il convient tout d'abord d'évoquer (I).

3. V. par exemple Long (M.), "Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision", *R.F.D.A.* 1992, p. 787 et s.

4. On mettra à part le cas du Tribunal administratif de Paris. Voir Pacteau (B.), article précité ; et Icard (Ph.), "Les attributions non juridictionnelles des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel", *A.R.D.A.* n° 11, Presses de l'Université de Bourgogne, janvier 1995, p. 9 et s.

5. Machelon (J.-P.) et Marillia (G.-D.), "Le rôle consultatif et administratif des tribunaux administratifs", in *Trentième anniversaire des Tribunaux administratifs*, Grenoble, 15 et 16 mars 1984, Paris, CNRS, 1986, p. 165.

6. L'expression se trouve aussi sous la plume de Kalck (P.), *Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel*, Paris, Berger-Levrault, 1990, p. 318.

La fonction consultative des juridictions locales a finalement connu un déclin contingent mais elle n'a néanmoins jamais disparu du droit positif. Avec une constance terminologique remarquable, le Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, et les textes qui fixent le statut des magistrats administratifs territoriaux soulignent que les fonctions juridictionnelles ne représentent qu'une partie de leur activité. Survivance de l'époque des Conseils de préfecture, la fonction consultative demeure donc marginale, mais elle demeure... D'où la question de l'obsolescence des principes qui la fondaient, et celle – subséquente – de sa suppression ou de son profond aménagement sous l'influence d'autres principes issus notamment du droit européen. C'est une survivance controversée (II).

I – UN LOURD HÉRITAGE

- L'histoire de la fonction consultative du juge administratif territorial repose sur une première curiosité : elle devrait logiquement découler de la loi du 28 pluviôse an VIII, or ce texte ne confère à proprement parler aucune attribution de ce type aux Conseils de préfecture.

Son article 4, qui contient l'énumération des matières dévolues aux Conseils de préfecture, leur confère uniquement ou presque des attributions contentieuses. La seule fonction non contentieuse des Conseils de préfecture consiste selon le texte à prononcer "sur les demandes qui seront présentées par les communautés des villes, bourgs ou villages, pour être autorisées à plaider". Et encore ne s'agit-il précisément pas d'une fonction consultative mais d'une attribution administrative, qui s'apparente à une mission de tutelle communale et qui donne aux Conseils de préfecture un pouvoir de décision propre.

Certes, on pourrait être tenté de déduire de certaines formules utilisées par ailleurs dans l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, par assimilation avec celles qui figurent dans l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII s'agissant du Conseil d'État, l'idée qu'elles peuvent s'appliquer aussi bien à la fonction de juger qu'à la fonction de conseiller : ainsi, prononcer "sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration" ou encore "sur les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie", n'est-ce pas finalement pouvoir aussi bien statuer au contentieux que, le cas échéant, conseiller l'administration préfectorale sur ces matières, à l'instar du pouvoir confié au Conseil d'État, sous la direction des Consuls, de "résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative" ?

Mais une telle interprétation ne saurait bien évidemment prospérer. Il est clair que la loi du 28 pluviôse n'a pas entendu confier aux Conseils de préfecture une mission consultative. Initialement, ils sont conçus exclusivement comme des juridictions – qui disposent d'ailleurs, cela est bien connu, d'un

droit de juridiction propre à l'inverse du Conseil d'État, même si, en raison de la présidence confiée au préfet, cette caractéristique et cette différence ne doivent pas être surestimées⁷.

Les débats devant le corps législatif le confirment clairement. Lorsqu'il explique la volonté du Gouvernement d'établir à l'intérieur de l'administration départementale une séparation entre l'action, la délibération et la juridiction, le conseiller d'État Roederer ne fait pas allusion à une quelconque mission consultative de l'organe juridictionnel : l'orateur du Gouvernement insiste uniquement sur les motifs qui justifient – selon ses propres termes – de “remettre le contentieux de l'Administration à un Conseil de préfecture”⁸.

L'éventualité de confier une fonction consultative aux Conseils de préfecture n'est pas davantage évoquée dans les diverses interventions relatives à l'organisation de l'institution, y compris dans les discussions qui concernent les rapports entre celle-ci et le préfet. L'exemple des discussions relatives à la présidence préfectorale l'illustre bien. Les débats portent sur le principe de la présidence préfectorale par rapport à la volonté affichée de séparer la juridiction de l'action administrative, la participation du préfet à la fonction de juger semblant à certains contradictoire avec une telle volonté. Ainsi, dans son rapport devant le Tribunal au cours de la séance du 23 pluviôse, Daunou relève : “administrer est le fait d'un seul, est-il dit dans l'exposition des motifs ; juger est le fait de plusieurs. Qu'il nous soit permis d'ajouter que, juger entre les administrateurs et les administrés, est le fait de plusieurs parmi lesquels aucun n'administre”⁹. Mais curieusement, il n'est pas question de la collaboration éventuelle entre le préfet et le Conseil de préfecture en dehors de la fonction de juger : en d'autres termes, on s'intéresse à l'association du préfet à la fonction juridictionnelle du Conseil de préfecture, et non point à l'association du Conseil de préfecture à l'action administrative du préfet.

Il est vrai cependant que l'intitulé de la nouvelle institution prête de ce point de vue à confusion (Daunou propose d'ailleurs, sans succès, de la désigner par l'expression “bureau du contentieux”). Nominale, le Conseil de préfecture apparaît comme un conseiller du préfet autant que comme un juge statuant sous sa présidence... n'est-il pas en fin de compte une “*sorte de Conseil d'État local*” dont sont dotés les préfets, “*empereurs au petit pied*”¹⁰ ? En fait, la symétrie de l'intitulé s'explique par “*la place qui est faite à l'esprit*

7. Comme le dit J. Chevallier, c'est un pouvoir “de peu d'importance et qui tend à être de pure façade” (*L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse Paris, L.G.D.J. 1970, p. 121).

8. Roederer, Séance du 18 pluviôse an VIII, *M.U.*, 19 pluviôse an VIII, p. 554.

9. Daunou, Rapport sur le projet (au nom de la Commission), séance du 23 pluviôse an VIII, *M.U.* 4 ventôse an VIII, p. 615.

10. Gabolde (Ch.) et Pierret (C.), “Pluviôse an VIII, les débuts du Conseil de préfecture”, *R.A.* 1950, p. 141.

de géométrie pendant la Révolution et au début du XIX^e siècle¹¹ et n'implique pas, loin s'en faut, une espèce de gémellité entre le Conseil d'État et les Conseils de préfecture.

Les auteurs ne s'y sont au demeurant pas trompés, même si cela n'a pas été souvent souligné. Ainsi, Macarel précise dans son ouvrage *Des tribunaux administratifs*, que les Conseils de préfecture ont pour principale attribution de "juger les contestations administratives" et que "c'est dans cette vue seulement que la loi de leur création a été proposée et adoptée"¹². De même, pour Vivien "dans l'origine ils étaient exclusivement préposés à cet office"¹³. Enfin, le conseiller Boulatignier l'explique lui aussi très clairement dans son célèbre rapport sur les Conseils de préfecture en 1851 : "lorsque l'on considère attentivement ces dispositions [de la loi du 28 pluviôse an VIII], on reconnaît tout d'abord qu'à leur origine, les Conseils de préfecture n'avaient pas de fonctions purement consultatives, qu'ils n'étaient pas alors un conseil du préfet, que le but de leur établissement fut le jugement du contentieux"¹⁴.

On peut d'ailleurs s'en étonner et s'interroger avec Boulatignier sur les raisons pour lesquelles les rédacteurs de la loi du 28 pluviôse an VIII n'ont pas eu "la pensée de faire, pour les préfectures, ce qu'ils venaient de faire pour l'administration centrale par l'institution du Conseil d'État, c'est-à-dire de former du Conseil de préfecture un conseil permanent pour le préfet"¹⁵. En fait, le conseiller d'État donne une explication assez convaincante fondée sur le mauvais souvenir laissé par les administrations de département depuis 1790 : selon lui, si l'intérêt d'associer les Conseils de préfecture à l'action préfectorale n'avait sans doute pas échappé au Gouvernement, "en l'an VIII, le système des administrations collectives était tellement décrié par l'impuissance dont on l'accusait d'avoir frappé l'administration dans les départements, que le législateur mit le plus grand soin à écarter tout ce qui pouvait y ressembler. On se garda donc bien de faire du conseil de préfecture une assemblée où le préfet viendrait délibérer sur ses actes, pour s'éclairer par la discussion"¹⁶.

• Et pourtant, on sait très bien que l'une des causes du grave discrédit dont les Conseils de préfecture ont souffert réside dans leur association étroite à l'action préfectorale, association que leurs attributions consultatives et plus généralement administratives concrétisent.

11. Clerc (J.-J.), "Des Conseils de préfecture aux Tribunaux administratifs", in *La conception française de la justice administrative : origine, actualité, perspectives*, Colloque, Dijon 22-24 juin 1995 (dactyl.).

12. Macarel, *Des tribunaux administratifs*, (4 vol.) Paris, 1828, T. 1, p. 49.

13. Vivien, *Études administratives*, 2^e édition (2 vol.), Paris, 1844, T. 1, p. 84.

14. Boulatignier, "Rapport sur le livre quatrième de la loi sur l'administration intérieure. Des conseils de préfecture", *Suppl. D., M.U.* n° 32, samedi 1^{er} février 1851 p. XI.

15. Boulatignier, *op. cit.*

16. *Ibid.*

On se souvient à cet égard des formules fameuses de Lefèvre-Pontalis lorsqu'il propose en juin 1872, au nom de la commission de décentralisation de l'Assemblée nationale, la suppression pure et simple des Conseils de préfecture : il dresse un réquisitoire implacable contre la dérive de cette "institution vicieuse" en assimilant les conseillers de préfecture à des "aides de camp du préfet" qui cherchent à se faire remarquer par leur zèle auprès de celui-ci plutôt que par leur savoir et qui offrent "de moins en moins de garanties d'impartialité, d'indépendance et d'autorité"¹⁷.

De fait, on peut parler de "dérive des Conseils de préfecture"¹⁸ et pour en comprendre les causes et les résultats, il est insuffisant de s'en tenir à la lettre du texte du 28 pluviôse. Il faut aussi prendre en compte l'esprit de la loi, la logique profonde de la réforme. On découvre alors que celle-ci n'était non seulement pas incompatible avec la naissance et le développement des attributions consultatives des Conseils de préfecture, mais presque qu'elle induisait une telle évolution.

En effet, si la loi du 28 pluviôse an VIII instaure une séparation apparente entre l'action et la juridiction au sein de l'administration départementale – au préfet d'agir, au Conseil de préfecture de juger –, elle repose aussi sur une logique d'assujettissement de l'organe contentieux à l'administration active. En d'autres termes, la réforme se justifie par le souci d'améliorer l'efficacité administrative – et donc de "ménager au préfet le temps que demande l'administration", selon l'expression de Roederer¹⁹ –, mais ne vise aucunement à créer des tribunaux indépendants.

Sans même évoquer le statut personnel des conseillers, privé de toute garantie²⁰, la question de la présidence préfectorale offre ici encore une bonne grille d'analyse. Cette présidence contredit comme on l'a dit la séparation de la juridiction et de l'administration et justifie les réserves exprimées par Daunou. Mais la manière dont elle est défendue en dit long sur la philosophie du texte. Roederer tente certes de convaincre de son bien fondé par rapport aux principes sur lesquels doit reposer le jugement de l'Administration, et qui consistent en une proximité entre celle-ci et son juge : "si l'expérience prouve que des tribunaux séparés de l'Administration se font naturellement un esprit opposé à ses besoins, et suivent une marche trop embarrassée pour elle, il est nécessaire que l'administrateur puisse se faire entendre, se faire écouter des juges, leur proposer les raisons d'intérêt public qu'il peut avoir et coopérer lui-même au jugement..."²¹. Or précisément, cette coopération exprime aussi

17. Lefèvre-Pontalis (A.), *Rapport au nom de la commission de décentralisation de l'Assemblée Nationale*, séance du 14 juin 1872, *J.O.* du 22 juin 1872 (pp. 4207-4210) et du 23 juin 1872 (pp. 4231-4238).

18. Kalck (P.), *op. cit.*, p. 19.

19. Rapport précité, p. 554.

20. Voir *supra* Gazier (A.), "Quel statut pour les conseillers du tribunal administratif ?".

21. Roederer, Séance du 27 pluviôse an VIII, *M.U.* 2 ventôse an VIII p. 607.

l'autorité du préfet sur le Conseil de préfecture et au-delà l'autorité du Gouvernement sur la justice administrative. Le tribun Delpierre lance ainsi de manière très révélatrice lors de la séance du 28 pluviôse an VIII : "*si l'on traitait, comme on l'a demandé, une ligne de démarcation entre le préfet et le Conseil de préfecture, je craindrais bien que les deux branches d'une même autorité n'échappassent bientôt au tronc commun dont elles partent*"²².

Poursuivons la métaphore : dès lors qu'aucune ligne de démarcation ne doit interdire au préfet de participer à l'activité du Conseil de préfecture, aucun obstacle ne doit davantage interdire durablement au juge d'assister le préfet dans son activité d'administrateur. En fait, la séparation établie entre l'action et la juridiction n'étant pas étanche, les conditions sont réunies pour que le préfet sollicite de lui-même la coopération du Conseil de préfecture et même pour que le Gouvernement ou le législateur prévoient une telle coopération, une fois effacés les mauvais souvenirs laissés par les textes qui attribuaient aux administrations départementales tout à la fois l'administration et le contentieux.

Toujours est-il qu'il faut seulement attendre quelques années pour que le Gouvernement oblige les préfets à prendre, dans certains cas, l'avis des Conseils de préfecture. Et comme le dit Boulatignier dans son rapport, à partir de 1816, on s'engage "*moins timidement dans cette voie*" : outre les cas dans lesquels les Conseils de préfecture n'ont qu'un droit d'avis en matière contentieuse (lorsqu'il est prévu que telle contestation est déferée au préfet qui prononce en Conseil de préfecture), les attributions consultatives proprement dites se multiplient, au point que l'auteur précité les classe en huit catégories selon qu'elles concernent les contributions et taxes, l'administration départementale et communale, le domaine, la garde nationale, les listes du jury, le recrutement, les tabacs, les travaux publics. C'est ainsi par exemple que le préfet approuve, en Conseil de préfecture, le tarif des évaluations cadastrales (loi du 15 septembre 1807) ; que le préfet doit solliciter l'avis du Conseil de préfecture avant de déclarer la nullité des délibérations prises par les conseils municipaux sur des objets étrangers à leurs attributions (loi du 21 mars 1831, article 28) ; que le même avis est sollicité pour que le préfet autorise les délibérations du conseil général relatives à certaines acquisitions, aliénations et échanges de propriétés départementales (loi du 10 mai 1838, article 29), ou encore autorise certaines transactions consenties par les conseils municipaux (lois du 21 mars 1831 et du 18 juillet 1837)...

Si l'on ajoute à ces hypothèses prévues par les textes les sollicitations spontanées des préfets, on peut dire que le Conseil de préfecture devient au bout de quelques années d'existence "*un juge occasionnel, plus absorbé par ses attributions consultatives et administratives que par sa tâche juridictionnelle*"²³.

22. Delpierre, Séance du 28 pluviôse an VIII, *M.U.* 4 ventôse an VIII, p. 620.

23. Gabolde (C.) et Piernet (C.), *op. cit.*, p. 140.

Sans doute, en l'absence d'étude historique complète sur la question, il est difficile de mesurer l'ampleur de la fonction consultative des Conseils de préfecture. On sait au demeurant qu'il faut être prudent lorsque l'on compare les activités non contentieuses des Conseils de préfecture à leur activité contentieuse, dans la mesure où les centaines de milliers d'arrêtés rendus annuellement en matière contentieuse n'ont alors guère de sens : tous les auteurs sont d'accord pour constater que dans la pratique – et notamment en matière fiscale – les conseillers se bornent souvent à signer des décisions préparées par les services de l'Administration. En outre convient-il d'ajouter que les avis eux-mêmes peuvent n'être point toujours véritablement rendus. Mais même avec ces réserves, la part des attributions non contentieuses dans l'activité des Conseils de préfecture est importante : à la fin du XIX^e siècle, plusieurs dizaines de milliers d'avis sont rendus chaque année. C'est ainsi par exemple que la *Revue Générale d'Administration* indique qu'en 1880, les Conseils de préfecture ont jugé environ 414 000 affaires (dont plus de 345 000 en matière de contributions) et rendu plus de 30 000 décisions et avis divers sur différentes matières administratives²⁴.

Assurément donc, les Conseils de préfecture sont dévoyés de leur mission originelle, ce qui accentue en outre leur dépendance par rapport au préfet : d'une part en effet, même si celui-ci ne préside pas régulièrement de manière effective l'institution lorsqu'elle juge, il accable les conseillers de préfecture de "*multiples tâches administratives et représentatives de peu d'intérêt*"²⁵ ; d'autre part, d'un point de vue organique et formel, l'indépendance des Conseils est inexistante puisque toutes leurs attributions sont exercées par la même formation. Les attributions non contentieuses des Conseils de préfecture, ajoutées à la présidence du préfet, créent jusqu'en 1926 une proximité et même "*la moins défendable des intimités*"²⁶ entre l'administration préfectorale et les Conseils de préfecture.

- La réforme de 1926 aurait certes dû être l'occasion de supprimer la collaboration des Conseils de préfecture à l'action administrative. En effet, d'une part, la suppression de la présidence préfectorale renforce le caractère juridictionnel des Conseils de préfecture et sépare la juridiction de l'action. D'autre part l'interdépartementalisation implique logiquement la remise en cause de l'étroitesse des liens entre le préfet et le Conseil de préfecture.

Mais paradoxalement au contraire, pour la première fois les textes relatifs à l'organisation des Conseils de préfecture consacrent explicitement leur fonction consultative ! Mieux, à l'inverse de la loi du 28 pluviôse an VIII, ces textes érigent véritablement les Conseils de préfecture en conseillers habituels des préfets pour toutes matières. C'est ainsi que le décret du 6 septembre 1926

24. *Revue Générale d'Administration* 1888, p. 472, cité par Clere (J.-J.), *op. cit.*

25. Kalck (P.), *op. cit.*, p. 19.

26. Ludwig (R.), "Considérations sur le rôle non juridictionnel des Tribunaux administratifs", *A.J.D.A.* 1966, p. 594.

prévoit dans son article 10 que *“les Conseils de préfecture peuvent être appelés à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets des départements de leur circonscription”*²⁷.

Et au-delà même de la fonction consultative proprement dite, c'est aussi la participation à des missions administratives qui est consacrée par le décret du 23 février 1928 : l'article 7 du texte prévoit que *“dans les départements où siège un Conseil de préfecture interdépartemental, les attributions antérieurement conférées aux membres des Conseils de préfecture départementaux par des dispositions de loi ou de règlement peuvent être exercées par des membres du Conseil de préfecture interdépartemental”* ; il donne aussi au préfet le pouvoir de *“nommer président ou membres de commissions administratives”* et de *“charger de missions administratives déterminées les membres des Conseils de préfecture”*²⁸. Il est vrai qu'une modeste entrave à la collaboration des conseillers avec le préfet est ensuite posée par un décret du 6 février 1932 décidant que les missions administratives individuelles seront *“limitées à la représentation du préfet dans les commissions administratives, dans les adjudications de travaux publics et dans les conseils de révision, ainsi qu'aux délégations de signature, à l'exclusion de toutes autres missions ou délégations, quelles qu'elles soient, et notamment de celles qui ont un caractère représentatif”*²⁹. Mais ce n'est qu'une parenthèse de courte durée puisque ce texte est abrogé par un décret du 18 octobre 1938 dont le rapport introductif précise qu'il s'agit de *“permettre notamment aux conseillers de préfecture d'apporter désormais sans réserve aux préfets l'aide dont ils ont besoin”*³⁰.

En tout état de cause il est clair que, même si les attributions non contentieuses du Conseil de préfecture connaissent un déclin contingent du fait de l'interdépartementalisation de l'institution, on n'attache pas suffisamment d'importance à son caractère de juridiction (nonobstant d'ailleurs l'extension de sa compétence contentieuse en 1934) : le cordon ombilical institué en l'an VIII entre le préfet et le Conseil de préfecture n'est pas tranché.

Aussi convient-il d'aborder à la lumière de ce trop long éclairage historique la question de la pérennité de la fonction consultative du juge administratif territorial après la disparition des Conseils de préfecture et leur remplacement par les actuels Tribunaux administratifs.

27. *J.O.* 9 septembre 1926, p. 10074. Sur cette réforme voir Laidié (Y.), thèse *op. cit.*, p. 368 et s. ; Devaux (J.), *“La réforme des Conseils de préfecture (décret du 6 septembre 1926)”*, *R.D.P.* 1926, p. 666 ; Gassie (J.), *La réforme des Conseils de préfecture*, thèse, Paris, Lavergne, 1947.

28. *J.O.* 26 février 1928, p. 2198 ; ces désignations requièrent cependant l'avis du président de Conseil de préfecture.

29. *J.O.* 9 février 1932, p. 1475.

30. *J.O.* 30 octobre 1938, p. 381.

II - UNE SURVIVANCE CONTROVERSÉE

• En parcourant les statuts successifs des membres des Tribunaux administratifs, et en lisant surtout les dispositions du Code des Tribunaux administratifs devenu aussi celui des Cours administratives d'appel, on est frappé de retrouver, comme figées, les dispositions prévues en 1926 à l'égard des Conseils de préfecture : cette sorte de répétition palingénésique³¹ tient presque de l'obstination.

Sans doute, la réforme fondatrice de 1953 ne mentionne pas explicitement les attributions non contentieuses des nouveaux juges administratifs : celles-ci subsistent seulement du fait que le décret du 30 septembre 1953 portant statut particulier des membres des Tribunaux administratifs³² n'abroge pas les dispositions des différents textes concernant à cet égard les conseillers de préfecture. La création d'un juge de droit commun du contentieux administratif suppose à l'époque de mettre l'accent sur le caractère juridictionnel de l'institution (la dénomination retenue pour la désigner étant significative de cette volonté de ne pas l'assimiler "à un rouage, à un service de la préfecture", selon l'expression utilisée par un parlementaire lors des débats avortés de mars 1953).

Mais les statuts ultérieurs, de 1963 et de 1975, soulignent que les fonctions juridictionnelles des membres des Tribunaux administratifs ne représentent qu'une partie de leur activité (même si en pratique cette partie est essentielle !)³³. Tant et si bien que le premier Code des Tribunaux administratifs issu des décrets de codification du 13 juillet 1973 reprenait quant à lui presque textuellement les dispositions du décret du 6 septembre 1926 en prévoyant à l'article R. 211 : "les Tribunaux administratifs peuvent être appelés à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets des départements de leur ressort"³⁴.

31. L'expression s'inspire de celle de R. Ludwig, *op. cit.*, p. 595.

32. Décret n° 53-936 portant règlement d'administration publique pour la fixation du statut particulier des membres des Tribunaux administratifs, *J.O.* 1er oct. 1953, p. 8595.

33. L'article 1er du décret n° 63-1336 du 30 décembre 1963 prévoyait que si "les membres des Tribunaux administratifs exercent leurs fonctions de magistrats au sein des juridictions instituées par le décret du 30 septembre 1953 [...], ils peuvent en outre être appelés à participer à certains travaux des administrations publiques" ; tandis que le décret n° 75-164 du 12 mars 1975 utilisait une formule voisine en disant : "ils peuvent en outre exercer certaines fonctions administratives dans les conditions définies aux articles R. 212 et R. 213 du Code des Tribunaux administratifs".

34. L'article R. 212 disposait lui aussi, à l'instar du texte de 1928 (mais avec l'accord et non plus l'avis du chef de juridiction) : "le préfet peut, avec l'accord du président du Tribunal administratif, soit nommer président ou membres de commissions administratives, soit charger de missions administratives déterminées, les membres du tribunal administratif" ; enfin l'article R. 213 prévoyait la possibilité pour lesdits membres de participer à "certains travaux des administrations publiques" (là encore avec l'accord du chef de juridiction).

Le principe de l'existence des fonctions non juridictionnelles des tribunaux et magistrats administratifs territoriaux a même été inscrit dans la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 modifiée, dont l'article 10 précise qu' "*indépendamment des fonctions juridictionnelles qui leur sont confiées, les membres des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel peuvent être appelés, avec l'accord du président du Tribunal administratif ou de la Cour administrative d'appel concerné, à exercer certaines fonctions administratives dans les conditions définies par les lois et décrets*". Le statut particulier des magistrats administratifs territoriaux, résultant en dernier lieu du décret du 18 septembre 1997, prévoit donc lui aussi l'exercice des fonctions administratives si ce n'est qu'il en souligne le caractère limité en soumettant à l'avis du Conseil supérieur des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel (à l'instar du précédent statut de 1988) toute disposition prévoyant la participation des membres du corps à des fonctions autres que celles de magistrats administratifs³⁵.

Quant à la fonction consultative proprement dite, elle est aujourd'hui aménagée par le nouveau Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel dans le livre III de sa partie réglementaire, consacré justement aux "attributions administratives" de ces juridictions. Si on laisse de côté les dispositions particulières concernant le tribunal administratif de Papeete et celui de Nouvelle-Calédonie, qui ont fait l'objet d'aménagements plus récents et qui relèvent d'une autre logique³⁶, on retrouve à l'article R. 242 dudit Code la formule désormais classique selon laquelle les Tribunaux administratifs "*peuvent être appelés à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets...*"³⁷. Il est simplement précisé à l'article suivant que les attributions administratives des Cours ou Tribunaux administratifs – et donc aussi leurs attributions consultatives – sont exercées "*dans une formation collégiale comprenant le président de la juridiction ou le magistrat qu'il délègue à cet effet et au moins deux membres, désignés par le président de la juridiction*".

• Cela dit, la pérennité de la fonction consultative locale n'a pas empêché son étiolement progressif : c'est une survivance marginale.

Son déclin a commencé de manière contingente en conséquence de la réforme des Conseils de préfecture. Même si l'on ne dispose pas de chiffres précis à cet égard, il est évident que les Conseils de préfecture réformés ont été beaucoup moins associés à l'administration préfectorale que les Conseils départementaux (c'est d'ailleurs précisément contre cet état de fait que cherchait à réagir le décret précité du 18 octobre 1938).

35. Décret n° 97-859 du 18 septembre 1997, *J.O.* 21 sept. p. 13738.

36. Il s'agit des articles R. 248 à R. 252 du Code.

37. "...Ou les hauts-commissaires ou le représentant du Gouvernement à Mayotte".

Ce déclin s'est surtout accentué avec la création des Tribunaux administratifs puis le développement irrémédiable du contentieux de masse à la fin des années soixante-dix : en 1965, une enquête menée par le président Courtine notait une moyenne de 9,8 consultations par an et par tribunal ; en 1981, cette moyenne était tombée à 6,7³⁸, pour s'établir à 9,2 en 1986³⁹. On ne dispose pas, pour les années récentes, de moyenne concernant l'ensemble des Tribunaux administratifs. Mais les indications qu'ont bien voulu nous fournir les présidents des Tribunaux administratifs de Dijon et de Besançon⁴⁰ confirment la marginalité de la fonction consultative locale au-delà la diversité des pratiques et des situations selon chaque tribunal. De 1969 à 1999, le tribunal administratif de Dijon a rendu 200 avis, ce qui représente sur trente ans une moyenne inférieure à 7 avis par an ; tandis que dans les dernières années, le nombre d'avis rendus oscille entre 4 et 8 par an. A Besançon, le bilan des dix dernières années de pratique fait apparaître que le nombre annuel des avis émis varie entre 1 (en 1994, 1995, 1998) et 7 (en 1990 et 1991). Il faut d'ailleurs noter que les chiffres concernent les avis émis mais que les tribunaux refusent souvent de répondre à certaines demandes : à Besançon par exemple, plus de la moitié des demandes d'avis adressées au tribunal se terminent par des refus de répondre, pour des raisons sur lesquelles on reviendra.

Les avis dont on a pu avoir connaissance portent sur les questions les plus variées : possibilités de réglementer l'activité nocturne d'une boulangerie pâtisserie, possibilités de regrouper des enquêtes publiques, appréciation du seuil au-delà duquel un marché négocié doit être précédé d'un appel public à la concurrence, problèmes de légalité posés par le recrutement d'un chargé de mission par une association et par le financement de cet emploi, etc... De même, à côté des procédures officielles prévues par les articles R. 242 et R. 243 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel existent également des procédures plus informelles : demandes discrètes et avis officieux, parfois donnés simplement par téléphone. Enfin il n'est pas rare que la demande du préfet soit inspirée par celle d'une autorité décentralisée, puisque les collectivités locales sont obligées de passer par ce biais pour tenter d'obtenir un avis du Tribunal – ce qu'elles ne se privent évidemment pas de faire.

A cet égard, il a parfois été demandé – notamment par des élus locaux – que les exécutifs des collectivités territoriales puissent aussi solliciter dans cer-

38. Voir Machelon (J.-P.) et Marillia (G.-D.), *op. cit.*, p. 169. Une circulaire prise le 10 juin 1980 par le président de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives avait d'ailleurs invité les Tribunaux administratifs à refuser toute demande d'avis qui n'emprunterait pas le canal du préfet (ou des délégués de sa signature) afin d'éviter une multiplication des sollicitations.

39. Pastoral (J.-P.), "Une illustration des attributions consultatives des Tribunaux administratifs : l'avis", *L.P.A.*, 18 nov. 1988, p. 4 et s.

40. Je tiens à remercier MM. J. M. Legars, Président du Tribunal administratif de Dijon et J. Thomas, Président du Tribunal administratif de Besançon, pour leurs précieuses indications et leur disponibilité.

tains cas l'avis des Tribunaux administratifs⁴¹. Mais il est clair que cela reviendrait un peu à ouvrir la jarre de Pandore ! En 1992 une réponse du Garde de Sceaux à un parlementaire a ainsi clairement pris position contre une extension de la procédure de la demande d'avis au profit des maires⁴². Et si l'on a évoqué la possibilité de prévoir la consultation obligatoire des juridictions locales avant l'édiction de certains actes des autorités décentralisées (révision de POS par exemple)⁴³, il n'a jamais sérieusement été envisagé de confier aux collectivités décentralisées le pouvoir général dont dispose le représentant de l'État de saisir le Tribunal administratif d'une demande d'avis. Pour des motifs spécifiques, la seule atténuation a concerné récemment l'outremer, et notamment en dernier lieu le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie lorsque la loi organique du 19 mars 1999 a donné au président du Gouvernement, au président du Congrès et au président du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie la possibilité de saisir ledit Tribunal d'une demande d'avis (celle-ci devant d'ailleurs être transmise au Conseil d'État lorsqu'elle porte sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces ou les communes)⁴⁴. Mais on est loin ici de la problématique habituelle des rapports entre l'État et les collectivités territoriales de la République, et plus encore des problèmes que soulève d'une manière générale la fonction consultative des Tribunaux administratifs.

• Car ces problèmes sont multiples et parmi eux il faut tout d'abord évoquer ce que l'on peut appeler "*l'inconfort de cette fonction consultative locale*"⁴⁵.

Dans leur enquête menée en 1984, MM. Machelon et Marillia dressaient une sorte de typologie des dérives possibles de la procédure dans la mesure où "*l'avis sollicité est rarement dénué d'arrière-pensées. Si ce que l'on appelle « l'avis-aide », qui correspond à un problème pressant, né et actuel, existe réellement, nombreux sont les « avis-alibis » qui dissimulent, en fait, un refus de responsabilité et ne servent, pour le sollicitateur, qu'à s'abriter derrière l'avis plus autorisé du tribunal pour mieux justifier un refus ; plus critiquables encore sont les « avis-pièges », dans lesquels le but réel, et parfois même avoué, est de « mouiller » le tribunal pour renforcer la position de l'Administration dans un contentieux ultérieur*"⁴⁶.

41. Machelon (J.-P.) et Marillia (G.-D.), *op. cit.*, p. 171.

42. *J.O., déb., Ass. Natio.*, 10 août 1992, p. 3740.

43. Cette éventualité est évoquée avec beaucoup de circonspection par Gaudemet (Y.), "Le juge administratif, futur administrateur ?" in *Le juge administratif à l'aube du XX^e siècle*, Colloque organisé à Grenoble les 11 et 12 mars 1994, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 193.

44. Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 206 ; un tel mécanisme figurait déjà dans la loi n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 114, s'agissant du Tribunal administratif de Papeete.

45. Pacteau (B.), *op. cit.*, p. 108.

46. Machelon (J.-P.) et Marillia (G.-D.), *op. cit.*, p. 170.

De fait, l'accès aux données fournies par les présidents des Tribunaux administratifs de Dijon et de Besançon nous a permis de vérifier que ces dérives existent bien et qu'elles perdurent : il n'est pas rare en effet que les refus de répondre soient justifiés par des motifs tirés du fait, soit que la réponse est évidente, soit qu'elle concerne un problème qui fait l'objet d'un recours pendant ou qui a de fortes chances de se transformer en recours ultérieur. Pourtant de telles situations semblent aberrantes et d'ailleurs dès 1950, une circulaire du ministre de l'Intérieur précisait que les avis "*ne peuvent être demandés pour des affaires susceptibles d'avoir une suite juridictionnelle*"⁴⁷. Alibi ou piège, l'avis n'est en tout cas pas donné lorsque le tribunal a un doute à cet égard : comme on l'a précisé, à Besançon, le tribunal répond à moins d'une demande sur deux ; et à Dijon, la proportion de demandes refusées est également loin d'être marginale. Les Tribunaux administratifs font d'ailleurs preuve d'une réelle indépendance en renvoyant parfois assez vertement l'administration préfectorale à ses devoirs.

Il n'est évidemment pas question de faire ici une sorte de procès en sorcellerie aux préfets mais il faut bien constater que le mécanisme de la demande d'avis est en lui-même potentiellement... maléfique. Le risque d'instrumentalisation du tribunal ne procède en d'autres termes pas nécessairement d'une volonté systématique et délibérée ; mais il est presque inévitable dès lors que celui qui sollicite le conseil sera tôt ou tard celui qui sollicitera le juge au titre du contrôle de légalité. Il est impossible au "solliciteur" d'être sûr que ce qui est à telle date une simple question juridique ne deviendra pas peu de temps plus tard un problème contentieux. Le tribunal se posera donc souvent la question de savoir s'il ne risque pas d'être le jouet d'une manipulation volontaire ou la victime d'une instrumentalisation objective.

Enfin, d'un point de vue pratique, l'exigence d'une formation collégiale pour statuer sur l'avis aux termes de l'article R. 243 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, peut aussi aboutir à des situations inconfortables au moment de composer la formation de jugement appelée à se prononcer sur l'affaire qui avait donné lieu à une consultation.

- Mais du problème de l'inconfort de la procédure, on glisse alors insensiblement à celui que soulève la fonction consultative par rapport à l'impartialité du juge.

On sait comment ce problème a d'abord été nié par le Conseil d'État dans l'affaire "Gadiaga" jugée par la Section du contentieux le 25 janvier 1980 sur les conclusions contraires du commissaire du Gouvernement Rougevin-Baville⁴⁸. Le Conseil d'État a estimé en effet que le président du Tribunal

47. Citée par Kalck (P.), *op. cit.*, p. 317.

48. C.E., Sect. 25 janvier 1980, *Gadiaga et autres*, *Rec. Cons. d'Ét.* p. 44, concl. Rougevin-Baville ; *A.J.D.A.* 1980, p. 307, Chronique Y. Robineau et M.-A. Feffer, p. 283.

administratif de Strasbourg, avait pu siéger dans la formation de jugement appelée à statuer sur un arrêté du maire de la ville alors même qu'il avait auparavant, à la demande du préfet, rendu un avis sur la légalité des mesures contestées : ce faisant, comme l'ont noté à l'époque des membres du Conseil d'État, celui-ci a "*implicitement mais nécessairement estimé que la participation du président à la formation de jugement ne constituait pas une atteinte aux règles de l'impartialité*"⁴⁹.

Les faits illustraient pourtant bien toute l'ambiguïté de la position du juge dans une telle occurrence puisque les tentatives de l'autorité administrative de réglementer l'exercice du commerce ambulancier sur les voies publiques avaient déjà fait l'objet de deux annulations contentieuses devant le Tribunal administratif : l'avis demandé par l'intermédiaire du préfet visait donc à éviter une troisième censure juridictionnelle. Or sans être l'auteur de la décision attaquée – ce qui eût clairement interdit sa participation au jugement en vertu de la jurisprudence "*Demoiselle Arbousset*"⁵⁰ –, le président du tribunal était étroitement lié à son élaboration et dès lors ne pouvait disposer de toute sa liberté de jugement, même si l'avis donné n'était pas public.

A cet égard d'ailleurs, cette affaire posait en outre également le problème du secret du délibéré puisque le sens du vote de l'un des membres de la formation de jugement pouvait indirectement être questionné en dépit de l'absence théorique de publicité de l'avis. Il est vrai que, le nouveau Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel étant venu prévoir dans son article R. 243 la collégialité de l'avis, l'anonymat de ses auteurs est aujourd'hui mieux assuré. Mais cela ne change rien à la question de l'impartialité de la formation de jugement. En tout état de cause, si des motifs d'opportunité – tenant à la possibilité d'exercer avec souplesse les fonctions consultatives – pouvaient peut-être expliquer la solution, celle-ci était très critiquable : assurément, de l'aveu même de certains de ses membres annotateurs de l'arrêt, le Conseil d'État avait rendu aux Tribunaux administratifs "un mauvais service"⁵¹.

Le Conseil d'État a pourtant semblé maintenir sa position dans un arrêt moins connu du 6 juillet 1994, dans une hypothèse où la consultation pour avis du tribunal administratif de Strasbourg avait eu lieu en vertu d'une disposition particulière issue d'un décret du 9 décembre 1985⁵². Le texte prévoyait en effet une procédure de reconnaissance des missions d'utilité publique des associations inscrites dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin par arrêté du préfet après avis du Tribunal ; et selon le Conseil d'État "*la circonstance que le Tribunal administratif de Strasbourg ait été*

49. Y. Robineau et M.-A. Feffer, *op. cit.*, p. 286.

50. C.E., Sect., 2 mars 1973, *Delle Arbousset*, *Rec. Cons. d'Ét.* p. 189.

51. *Ibid.*, p. 287.

52. C.E., 6 juillet 1994, *Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes*, *Rec. Cons. d'Ét.* p. 343.

amené à émettre un avis [...] sur une demande de reconnaissance formée en application de la disposition précitée ne fait pas obstacle par elle-même à ce que ledit Tribunal se prononce, dans le cadre d'une procédure contentieuse, sur la légalité de la décision prise par le préfet au vu de cet avis". L'expression "par elle-même" mérite cependant d'être relevé, on y reviendra, car elle pourrait introduire une dimension nouvelle dans la manière d'appréhender le problème.

Évidemment, depuis le fameux arrêt *Procola/Luxembourg* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 septembre 1995, toute cette question a pris une tournure nouvelle⁵³. On sait que pour conclure à la violation de l'article 6 §1 de la Convention par le Luxembourg du fait de l'organisation de son Conseil d'État, la Cour a appliqué la théorie de l'impartialité objective qui, indépendamment de la conduite personnelle d'un juge, s'intéresse à l'organisation du tribunal et exige que celle-ci ne puisse faire naître le moindre doute sur son impartialité. C'est ainsi que pour la Cour, la violation a découlé en l'espèce du fait que plusieurs juges du Conseil d'État luxembourgeois avaient "eu à se prononcer sur la légalité d'un règlement qu'ils avaient examiné auparavant dans le cadre de leur mission de caractère consultatif". La Cour a même évoqué l'impartialité structurelle dudit Conseil en des termes qui, ont noté les commentateurs, débordent le cas d'espèce : "la Cour constate qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution".

On ne s'attardera pas longuement sur cette position qui a suscité bien des commentaires. Avec un peu de recul, il est aujourd'hui admis qu'elle est certainement moins menaçante qu'on a pu le penser pour la dualité fonctionnelle des organes de justice administrative. En d'autres termes, elle ne condamne pas dans son principe les fonctions consultatives ou administratives ni même la règle de la double appartenance des membres du Conseil d'État français⁵⁴. Elle proscriit simplement une organisation permettant à un juge de connaître au contentieux d'un dossier sur lequel il a rendu un avis comme conseiller, et plus généralement elle s'oppose à ce qu'une même personne aborde deux fois un dossier à deux titres différents⁵⁵. Mais dès lors que l'organisation de la juridiction, de manière apparente, interdit les situations de dédoublement fonctionnel, le principe d'impartialité est respecté. Ce qui suppose donc à tout le moins des aménagements.

53. Voir Autin (J.-L.) et Sudre (F.), "La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt *Procola c/ Luxembourg* du 28 septembre 1995", *R.F.D.A.* 1996, p. 777 et s.

54. En ce sens les auteurs précités, p. 792 et s.

55. Voir Frison-Roche (M.-A.), "L'impartialité du juge", *D.* 1999, Chr. p. 53.

A ce propos, les réflexions des auteurs se sont surtout centrées sur le Conseil d'État pour des raisons bien compréhensibles : la règle de la double appartenance nécessite sans doute une adaptation qui pourrait d'ailleurs tout simplement consister à consacrer le principe posé par l'article 20 de la loi du 24 mai 1872 instaurant la justice déléguée, aux termes duquel *“les membres du Conseil ne pourront participer au jugement des recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération”*.

Et pourtant, le problème se pose aussi pour les juridictions territoriales et en l'état actuel des choses, c'est même sur la fonction consultative des Tribunaux administratifs que l'impact de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est le plus visible. Le Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, on l'a vu, ne prévoit pas de disposition interdisant le dédoublement fonctionnel et son article R. 243 posant le principe de l'examen des avis par une formation collégiale paraît même rendre cet écueil inévitable en pratique compte tenu des effectifs de certains tribunaux. D'où l'intérêt des positions adoptées successivement par le Conseil d'État et la Cour administrative d'appel de Paris sur la question.

Le Conseil d'État avait l'occasion de prendre clairement en compte la *“nouvelle donne européenne”* en examinant un recours dirigé contre le décret portant Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, dans son arrêt du 5 avril 1996⁵⁶. Cette occasion a été manquée car la formulation adoptée pour répondre au moyen tiré du fait que les dispositions concernées ne prévoient pas d'incompatibilités entre la participation d'un magistrat à l'activité consultative du tribunal et son activité contentieuse est loin d'être limpide. En effet, le Conseil considère qu'*“un tel moyen doit être écarté dès lors que ces dispositions ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte aux principes généraux relatifs à la composition des juridictions”*. La formule est bien elliptique même si ce point doit être compris comme *“lourd de sens”* selon le Commissaire du Gouvernement, qui proposait d'intégrer les enseignements de la jurisprudence de Strasbourg et donc de considérer que *“lorsqu'un avis a été donné par un tribunal administratif, il ne peut pas, dans la même formation, connaître d'un litige où cet avis serait en cause”*⁵⁷. Sans doute, les dispositions précitées, *“par elles-mêmes”* – et on retrouve là l'expression utilisée dans l'arrêt de 1994 – n'empêchent pas, voire supposent, cet aménagement organique et fonctionnel. Mais on conviendra qu'il était possible de leur donner explicitement cette portée afin en quelque sorte d'en purger, sinon l'illégalité, du moins l'ambiguïté.

56. C.E., Sect., 5 avril 1996, *Syndicat des avocats de France, R.F.D.A.* 1996, p. 1195, *Concl. J.-C. Bonichot*.

57. Conclusions précitées, p. 1199.

La position de la Cour administrative d'appel de Paris dans son arrêt du 23 mars 1999 n'en prend que plus de relief⁵⁸. La Cour sanctionne la présence, dans la formation de jugement du Tribunal administratif de Nouméa, des magistrats qui avaient déjà connu de la question en cause dans le cadre de leur activité consultative. L'audace est double. D'une part, conscient du problème, le Tribunal administratif de Nouméa, composé d'une seule chambre, s'était adressé au Président de la Section du contentieux afin qu'il désigne un autre tribunal, et ce dernier avait renvoyé devant la même juridiction : au-delà donc de la position du Tribunal qui devait se plier à la décision du Président de la Section du contentieux, c'est aussi l'attitude de ce dernier qui est indirectement critiquée. D'autre part, l'article 6 §1 de la Convention européenne n'était pas applicable en l'espèce dans la mesure où le problème de fond posé – la fixation de l'heure légale en Nouvelle-Calédonie – ne pouvait être déterminant pour des droits et obligations de caractère civil : la Cour sanctionne pourtant l'atteinte aux apparences nécessaires de l'impartialité sur la base des "*principes généraux relatifs à la composition des juridictions*". La formule utilisée par le Conseil d'État en 1996 prend ici une signification claire : ne peuvent régulièrement siéger dans une formation de jugement les magistrats qui ont antérieurement eu à connaître de la même question dans le cadre des attributions consultatives du Tribunal.

Mais la consécration explicite de cette règle par le Conseil d'État – ou par le biais d'une modification du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel – n'en demeure pas moins indispensable. Dans sa jurisprudence récente, et suivant en cela en partie la Cour de cassation, le Conseil d'État a su faire preuve de dynamisme en admettant l'applicabilité du principe d'impartialité posé par l'article 6 §1 de la Convention européenne à la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers⁵⁹. Il serait donc vraiment paradoxal que le principe du juge impartial ne soit pas posé avec force s'agissant de la fonction consultative des juges administratifs territoriaux.

- Il reste que le maintien de cette fonction, même compatible avec les exigences du principe d'impartialité, peut être discuté.

Écartons d'emblée ce que l'on peut considérer comme de faux arguments en faveur de ce maintien : on veut parler de la nécessité d'une bonne connaissance des réalités administratives et du parallélisme avec le Conseil d'État. S'il est admis tout d'abord que le juge administratif ne saurait être coupé des réalités administratives, dans le cas des Tribunaux administratifs comme des Cours administratives d'appel, la fonction consultative ne remédie aucunement à ce risque en raison de sa marginalité ; le tour extérieur et l'obligation de mobilité semblent à cet égard plus efficaces. Quant au deuxième argument,

58. C.A.A. Paris, 23 mars 1999, *M. Sarran*, *A.J.D.A.* 1999, p. 623, note M. Chauchat ; *Procédures*, nov. 1999, p. 3, Concl. M. Heers.

59. C.E., Sect., 3 décembre 1999, *M. Didier*, *A.J.D.A.* 20 février 2000, p. 172, Chr. M. Guyomar et P. Collin, p. 126.

comme le dit très bien M. Gaudemet, “on se gardera de l’attitude un peu simpliste qui, voyant légitimement dans l’importance des fonctions consultatives du Conseil d’État un facteur majeur de son prestige et de son succès, voudrait généreusement en doter les tribunaux et cours pour en faire autant de petits Conseil d’État locaux. La transposition est factice : le cas du Conseil d’État est unique ; il ne s’explique que par l’histoire et ne vaut que par son succès...”⁶⁰.

On en vient alors pour finir aux arguments qui peuvent s’opposer au maintien de cette fonction consultative des Tribunaux administratifs (outre l’inconfort de son exercice, déjà évoqué). D’une part, les membres des Tribunaux administratifs – la remarque est évidemment valable pour les Cours – sont indiscutablement devenus des magistrats à part entière, dont la fonction fondamentale est de trancher des litiges en ayant pour objectif de juger dans des délais raisonnables. Les discussions que l’on a pu avoir avec plusieurs juges des Tribunaux administratifs, même si elles n’ont pas valeur de sondage, nous ont confirmé que ce sentiment est très fort au sein des juridictions locales. Et de ce point de vue, la possibilité pour le préfet de consulter le Tribunal est nuisible à l’image d’indépendance – “non questionnable”, pour reprendre l’expression de l’un d’eux – que les magistrats entendent donner aux justiciables qui, au demeurant, ont une connaissance insuffisante de l’institution. D’autre part, qu’on le veuille ou non, le pouvoir donné au préfet de saisir le Tribunal administratif d’une demande d’avis pose un problème d’égalité compte tenu du fait que les collectivités territoriales ne disposent pas – et ne sauraient disposer sans danger – de la même possibilité.

Ainsi, au risque de briser un tabou, on peut tout simplement se demander si le temps n’est pas venu de tourner une page en supprimant ce qui finalement s’analyse comme la dernière survivance de l’époque des Conseils de préfecture. La logique de la loi du 28 pluviôse an VIII a volé en éclats et assurément, aujourd’hui, “la justice administrative a tout intérêt à s’afficher du côté justice plus que du côté administration”⁶¹.

60. Gaudemet (Y.), *op. cit.*, p. 194.

61. Pacteau (B.), *op. cit.*, p. 110.