

De l'Olivier au Laurier, Comment l'habit ne fait pas le moine

Quand Laurence Helminger m'a demandé si j'accepterais d'intervenir lors de votre audience solennelle, je me suis posé la question : « Pourquoi faire venir de Paris un conseiller d'Etat de fraîche extraction au motif qu'il était précédemment préfet quand vous en avez déjà trois dans le département ! ».

Et puis j'ai compris que c'était pour évoquer, à travers mon expérience personnelle de « passage du miroir » et avec l'indépendance qui sied au juge, les rapports entre les fonctions de deux institutions à la fois célèbres et prestigieuses mais aussi profondément méconnues que sont la préfectorale et le Conseil d'Etat, l'incarnation de l'Etat en action d'un côté et de l'Etat de droit de l'autre.

Tel *Le Huron au Palais-Royal* du professeur Rivero, il me faut donc disserter sur les rapports entre l'administrateur et son juge pour savoir si « qui connaît bien châtie bien »

Les deux institutions, vous le savez, ont été créées à deux mois d'intervalle : le 22 frimaire pour l'une, le 28 pluviôse pour l'autre, en l'an VIII, c'est-à-dire il y a bientôt 219 ans.

Les uns ont vu leur uniforme brodé de feuilles de chêne et de laurier quand les autres ont vu le leur l'être de feuilles de chêne et d'olivier. Dans les deux cas, on a allié la symbolique du Nord et du Sud du pays, de la force et de la paix, de la sagesse et de la gloire.

Nous étions nés sous de bons auspices, au moins de ce point de vue.

Mais au-delà de cette origine commune, en réalité assez peu républicaine - le XVIII brumaire était passé par là – pourquoi chercher à comparer l'incomparable, deux métiers et deux fonctions à l'image si différente même si on les identifie toutes deux, dans leur grande originalité d'ailleurs, à la conception française, si particulière, de l'Etat et à ce qu'il est convenu d'appeler, avec un peu de forfanterie, le « génie français ».

Du glaive à la balance

Quand un préfet, mécanicien de l'administration au quotidien, quitte son vaste bureau pour rejoindre *La fabrique du droit* et ses virtuoses du droit public, il y a évidemment un temps d'accoutumance.

Cela commence par le vocabulaire.

On ne rejoint pas un bureau mais une place. Non pas dans un open space, à l'américaine, mais dans une salle de travail comme dans une bibliothèque. Elles portent un nom illustre : Cassin, Vedel et parfois un peu plus méconnu Bouffandeau ou Parodi.

Les préfets sont plus habitués à Jean Moulin, Paul Delouvrier ou Claude Erignac.

Dans ce nouveau monde, on apprend qu'une faute de frappe est une « erreur de plume ».

Et au fur et à mesure des séances d'instruction ou des audiences de jugement on s'imprègne du sabir local.

On comprend ainsi que quand « *les éléments ne commandent pas la solution* », il « *appartient au juge* » de « *prendre son élan* » et de « *faire un pas supplémentaire* » ou « *un effort* » pour « *être constructif* » et « *arriver à surmonter* » ce sur quoi il « *bute* ».

Et quand le raisonnement « *miroite* », même si on est « *en sympathie avec la solution* », il faut « *assumer le fait* » qu'on a « *un peu de mal à franchir* » la difficulté ou « *de gêne* » à « *faire masse de* » tous les moyens.

Certes, entend-on dans ce dossier, « *le juge du fond* » est « *allé un peu loin* » mais « *on a du mal à le lui reprocher* », car « *c'était un cas d'espèce* », et « *il était très libre* » de juger ainsi « *sans méconnaître le sens et la portée* » de la jurisprudence : il faut donc « *en prendre acte* ».

Ce n'est que quand vous avez commencé à apprivoiser les mots que le sens de la liturgie vous parvient.

Et c'est le cœur de la différence entre les deux fonctions qui apparaît alors et qui est l'inverse de ce qui vient à l'esprit à la première impression.

On décrit souvent le juge administratif, comme étant seul avec son dossier. Il analyse la requête, les moyens des parties et propose son projet en essayant de convaincre de son bien fondé dans son rapport. Et, in fine, l'audience est certes publique, mais, sauf en référé, elle n'est pas le lieu des débats qui se nouent par écrit.

Le juge serait donc un solitaire, un austère, une femme ou un homme de papier, vivant loin du monde et de ses congénères.

La réalité est tout autre. Car s'il y a bien une phase de travail d'analyse, de proposition et même d'écriture où le juge est autonome, son travail s'inscrit dans une mécanique extrêmement collective qu'il ne me paraît pas inutile de décrire un instant pour ceux qui n'en sont pas familiers.

Tout projet de jugement d'un rapporteur est examiné par un réviseur et, le cas échéant, par le président de chambre.

Aussitôt qu'une affaire pose une question délicate, elle passe en séance d'instruction. Après l'exposé de l'affaire par le rapporteur, chacun de la dizaine des présents peut alors intervenir pour faire part de son analyse. Si la parole est policée et l'ordre des interventions subtilement ordonnée, la liberté est de principe et le respect mutuel. Et, en cas de désaccord, il y a un vote, qui n'est pas censitaire. La voix d'un conseiller chenu et expérimenté a le même poids que celui d'un jeune auditeur. Celle de l'intégré récent vaut celle du président. Il en sort la « position de la chambre » qui sera celle du projet d'arrêt défendu en délibéré. Ceux qui siègeront ce jour là peuvent ne pas avoir voté le projet, ils le défendront néanmoins, au nom de leur chambre. Bel exercice d'autodiscipline individuelle.

A l'audience le rapporteur public fera part de son analyse. Il sera ainsi le troisième ou le quatrième à regarder le dossier de manière approfondie.

Et le délibéré est ensuite un moment très particulier.

Si les conclusions du rapporteur public vont dans le sens du projet de la chambre, il ne reste qu'à se mettre d'accord sur la rédaction de la décision.

Si elles sont contraires, il faut à la fois trancher le sens de la décision, adopter le raisonnement qui aboutit à la solution choisie, ce qu'on appelle les motifs dans le jargon, et enfin s'accorder sur la rédaction même du texte.

Dans d'autres cours et notamment d'autres cours suprêmes ou les cours des institutions européennes, les magistrats ne délibèrent que de la solution. Nous sommes dans une toute autre logique dans laquelle les juges du Conseil doivent se mettre d'accord sur tous les éléments de la décision : le sens, le raisonnement ou les motifs, la rédaction même.

A trois juges, en chambre seule, cela reste aisé et les affaires ne sont pas trop complexes.

Mais à neuf juges, en chambres réunies, composition qui traite de la très grande majorité des dossiers complexes, il faut un grand sens du collectif pour y parvenir. Chacun défend sa position à la fois avec conviction mais aussi très forte attention à l'argumentation d'autrui. Et il n'est pas rare que son propre raisonnement évolue lors des échanges pour aboutir à un vote, au sens parfois inattendu. La normalisation rigoureuse et la codification jusque dans le détail des rédactions de ce travail collectif sont le prix à payer pour parvenir à ce qu'en une matinée ou une après midi d'audience et de délibéré, on parvienne ainsi à finaliser une dizaine d'affaires.

On prend alors conscience de la force de la réflexion et de la décision collectives.

Au début on peut être agacé de voir son projet de décisions corrigé par une, puis deux, puis trois personnes. On a facilement tendance à y voir un excès de « belle marquise, vos beaux yeux d'amour me font mourir ». De même, alors qu'on a bûché son dossier, on s'interroge sur la valeur ajoutée de celui qui intervient sans savoir et dont on craint qu'il démolisse le bel ordonnancement logique que l'on a construit.

Mais en réalité il faut se rendre à l'évidence : le produit final sorti de cette maïeutique est toujours meilleur que celui que l'on avait soi même élaboré.

Quand on n'avait guère d'hésitation, on s'aperçoit que les choses sont moins simples que l'on ne les avait imaginées et que les implications de telle solution vont parfois plus loin que l'on ne l'aurait voulu.

Quand on avait hésité on est conforté ou bien au contraire désormais convaincu de la solution contraire à celle qu'on avait crue bonne.

Et contrairement à ce qu'on entend fréquemment, la décision collective n'est pas le refuge de la couardise ou le lieu de la dilution de responsabilité. Le secret du délibéré n'est pas le clair obscur dans l'anonymat duquel se prennent des décisions que l'on n'assumerait pas au grand jour. En séance de jugement ou d'instruction, on vote, on ne s'abstient pas ! Juger c'est décider !

Le délibéré collectif, protégé par son secret qui oblige tous ceux qui y assistent, c'est le protecteur de la liberté, de l'indépendance et du courage du juge. Voilà ma principale découverte au bout de quelques mois.

On est en effet, là, bien loin des habitudes et de la culture préfectorales.

Bien sûr, le préfet n'est pas un homme seul. Plus que tout autre il est au contact de la société qui l'entoure. Il reçoit, il écoute, il consulte, il concerta, il visite, il échange. Voilà bien une fonction qui n'est pas solitaire mais immergée dans la vie de la cité. Qui verrait en lui un moine soldat ?

Et pourtant, même sans sa casquette, il a bien du mal à échapper à la mystique du chef qui construit toute son image publique.

Un chef sur lequel pèse seul, au final, la charge de la décision après qu'il a consulté.
Un chef qui assume la responsabilité pour tous ses collaborateurs.

Héritier des conditions de naissance de sa fonction et du rapport à la fois déférent et exigeant des français à l'Etat, il est parfois espéré comme un lointain descendant d'un despote éclairé. Collaborateur, on peut échanger sur une orientation à prendre mais rarement discuter un choix.

Jeune sous préfet, j'ai entendu qu'il est des circonstances où peu importe le sens d'une décision, il faut qu'il y en ait une et que quelqu'un l'assume pour aller de l'avant.

Le rapport au temps est sans doute l'explication essentielle de cette différence, qui n'est pas seulement d'habitude ou de mode de travail mais qui est aussi, plus profondément, de culture professionnelle. Car un des marqueurs qui distingue fondamentalement les fonctions.

Quand, pour les uns, le temps se compte en mois, pour les autres son unité est souvent le jour, voire l'heure. Quand il faut peser et soupeser avec l'ensemble des éléments pour bien statuer et que rien n'indispose plus le juge que d'avoir le sentiment de le faire à l'aveugle ; dans la maison de l'Etat, il faut trancher tout de suite avec les éléments que l'on a, souvent lacunaires et imprécis, parce que la décision presse.

Voilà donc, au-delà même des fonctions de juger, de conseiller et d'administrer, les univers très différents dans lesquels évoluent conseillers d'Etat et préfets.

Pourtant...Pourtant ! Un ciment les lie inéluctablement. Ils servent l'Etat et même, d'une certaine façon, ils l'incarnent, dans un pays qui s'est historiquement construit autour de lui et où son relatif affaissement ne peut pas être interprété comme un dépérissement souhaité.

Un même rapport à l'Etat

S'il y a depuis très longtemps des préfets qui siègent au conseil d'Etat et si des conseillers d'Etat deviennent régulièrement préfets, c'est qu'ils ont le même rapport à l'Etat.

Car au fond, par delà les différences évidentes, il y a aussi des rapports de parenté entre juger l'administration et administrer.

Quand, en excès de pouvoir, on juge rapidement, on administre un peu. Statuer sur des décisions administratives dont les effets sont encore dans le débat public, c'est évidemment d'une certaine façon participer à celui-ci. En jugeant les décrets en moins d'un an, on est presque dans l'actualité et même si le fondement des décisions est toujours juridique, on sait que le commentaire public sera souvent d'une autre nature.

En plein contentieux ou lorsqu'on utilise les inventions jurisprudentielles que les substitutions de motifs, les annulations « en tant que » ou lorsqu'on fait du AC ! (comprendre lorsqu'on annule une décision avec effet différé), on se garde bien de faire des injonctions à l'administrateur, mais on lui montre tout de même avec une certaine insistance le chemin à prendre.

A bien y regarder, le travail du juge administratif, dans un environnement juridique toujours plus complexe, n'est pas si éloigné de celui de l'administrateur.

Au fond il s'agit moins d'appliquer la règle de droit que de dégager celle qui est applicable ; de combiner des réglementations diverses et parfois disparates pour les rendre compatibles ou cohérentes si ce n'est convergentes.

Un très bon exemple est la manière dont le juge a progressivement construit la compatibilité entre le caractère implicite d'un certain nombre de décisions négatives, malgré le principe affiché désormais théoriquement contraire, et la nécessité de plus en plus prégnante de la motivation de ces décisions. Rendre possible la motivation d'une décision implicite, c'est l'oxymore que le juge administratif est parvenu à résoudre.

Le juge fait au plan du droit ce que l'administrateur fait au plan des politiques publiques : rendre les choses intelligibles, articuler des injonctions pour partie contradictoire. L'un le fait souvent sous le sceau de l'urgence quand l'autre plus au calme essaye d'y intégrer une réflexion sur le temps long. Mais la recherche est la même.

Et dans ce travail, les uns comme les autres ont le souci d'intervenir dans la juste mesure de la nécessité. J'ai trouvé au Conseil d'Etat une grande attention au rôle des juges du fond dont on ne veut pas compliquer la tâche et dont on cherche toujours à comprendre le raisonnement, les motivations et les contraintes. Toutes choses égales par ailleurs, comme dans une préfecture où l'on mesure et on connaît la difficulté de l'administration locale par le maire qu'il faut aider et convaincre plutôt que gêner et contraindre.

De la même façon, l'administrateur et le juge ont le même rapport à la parole publique. Pour les uns cela s'appelle la force du précédent et pour les autres la jurisprudence ou la sécurité juridique. Mais sous la différence des expressions, on trouve une identité du sens : on respecte les engagements pris et la parole donnée.

Cela ne signifie pas qu'un préfet nouveau aura la même position que son prédécesseur sur tous les sujets ni que la jurisprudence est immuable. Mais cela veut dire qu'on est attentif au respect de ses interlocuteurs ou des parties au procès et que, dans la manière dont on fera évoluer sa position traditionnelle, on se refuse à être déloyal.

Une autre parenté est le sentiment d'appartenance à une organisation constituée. C'est évident pour les préfets pour lesquels cela est souvent caricaturée. Le préfet n'est pas seulement le

loyal représentant de l'Etat et du Gouvernement sur les territoires, il est aussi, tel Janus, le défenseur fervent du territoire dont il a la charge, auprès des autorités nationales. Et il est d'autant plus utile au pouvoir exécutif que son jugement est libre et son appréciation sans concession sur la manière dont les politiques publiques sont reçues et appliquées localement.

Mais c'est aussi le cas de la justice administrative dont on découvre quand on l'intègre qu'elle fonctionne comme une institution beaucoup plus cohérente et régulée qu'on ne peut l'imaginer et dans laquelle non seulement les jurisprudences du conseil d'Etat sont appliquées avec loyauté, quoiqu'on en pense. Mais où également les remontées et les besoins des juges du fond, sur tel ou tel point de droit par exemple, sont perçus et organisés, dans laquelle le flux contentieux est analysé pour être géré au mieux. Chacun, à sa place, a ainsi le sentiment de participer à un tout.

Et puis et c'est l'essentiel, les préfets et les conseillers d'Etat ont la même conception de l'Etat. Les uns le font fonctionner au mieux et les autres veillent à ce que le souci de l'efficacité ne prenne pas le pas sur celui de la légalité et des libertés publique et individuelle.

Mais le dialogue n'est pas difficile. Car si le juge administratif contrôle l'Etat et les personnes publiques sans état d'âme et les sanctionne sans faiblesse, il est en même temps pleinement conscient que l'Etat d'aujourd'hui est souvent moins le Léviathan qui opprime que la puissance républicaine qui protège et émancipe.

Selon l'expression célèbre de Victor Hugo, «La liberté commence où l'ignorance finit» et ce n'est pas parce que le juge connaît l'administration qu'il serait d'une faiblesse coupable à son égard, bien au contraire. Mais cela lui permet sans doute d'être plus juste.

Conclusions

Je voudrais conclure par un même défi qui nous attend les uns et les autres.

Notre pays est de plus en plus hétérogène. Les disparités de taille, de richesse, de population s'accroissent dans les différents territoires.

Face à cette réalité, on sent la tendance de fond qui est d'aller vers une plus grande adaptation des organisations et des institutions publiques à cette diversité.

Nul ne sait combien de temps cela prendra ni quelle forme exacte cela revêtira : développement des métropoles intégrant les compétences départementales, fusion de départements, communes nouvelles, collectivités à statut particulier, intercommunalités intégrées. Mais le mouvement est là. Il répond à une réalité et il est donc sans doute inéluctable dans sa direction si ce n'est dans ses modalités.

Face à cela les administrateurs de l'Etat comme ses juges, issus du même moule unificateur et centralisateur de la période révolutionnaire, devront consentir une très forte remise en question.

Et mon sentiment personnel est que les préfets, pourtant souvent présentés comme les parangons de l'Etat jacobin, mais qui ont déjà vécu la décentralisation, y sont plus préparés que les juges.

35 ans après la décentralisation et ce principe étant désormais constitutionnel, je ne perçois pas toujours que cela soit intégré dans les raisonnements du juge administratif. Qu'une compétence relève de l'Etat ou d'une collectivité territoriale importe en réalité assez peu pour lui qui, pour l'instant, par sa jurisprudence, unifie et égalise sans beaucoup tenir compte des libertés locales.

Il me paraît qu'il y a là l'une de notre prochaine frontière et un sujet de réflexion pour l'avenir.