

partie de la tradition juridique française, qu'elle a tellement contribué à forger notre État de droit, que seule une révision constitutionnelle peut désormais la remettre en cause.

SECTION 3

FONDEMENTS IDÉOLOGIQUES DU DROIT ADMINISTRATIF

- 15 Le droit n'est pas neutre. Étant un instrument de régulation sociale, il repose en effet nécessairement sur des « valeurs », dont l'adoption suppose elle-même le ralliement subjectif à un choix idéologique. C'est dire qu'en droit, comme en toute autre science sociale, l'objectivité n'existe pas. Le projet de Kelsen, consistant à bâtir une « théorie pure du droit », était donc voué à l'échec, car il reposait sur la croyance erronée qu'on pourrait ériger le droit en un ordre clos, animé d'une logique interne indifférente aux facteurs historique, sociologique, et idéologique¹.
- 16 **Droits de l'Homme.** En France, l'ensemble de notre droit repose sur des valeurs issues de « l'idéologie des droits de l'Homme ». Il ne pouvait en être autrement, car un droit n'est légitime que s'il reflète les aspirations de la conscience collective. Or, depuis 1789, la conscience collective des Français s'est précisément ralliée à cette idéologie des droits de l'Homme.

D'inspiration chrétienne et rationaliste, l'idéologie des droits de l'Homme est humaniste, individualiste et libérale. Humaniste, elle prône comme valeur fondamentale l'absolu respect de la dignité de la personne humaine. Individualiste, elle veut constituer autour de l'individu une sphère d'autonomie, afin de lui permettre de s'arracher à l'emprise de l'État et des corps intermédiaires. Libérale, elle vénère l'activité humaine dans sa diversité et sa spontanéité, et recherche en conséquence le pluralisme des courants d'opinion dans l'ordre politique, la concurrence des initiatives publiques ou privées dans l'ordre économique.

1. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz, 1962.

neté administrative de l'État contre la féodalité. Une administration moderne se constitue en effet dès cette époque. Formée d'hommes recrutés pour leur compétence, et non pour leur fortune ou pour leur naissance, elle obtient la confiance du roi et exerce sur ses décisions, en tant que spécialiste ès intérêt général, une influence déterminante. Elle parvient alors à accréditer l'idée, dont on n'a toujours pas réussi à se débarrasser, que l'intérêt général est l'affaire des bureaux et non des citoyens.

Malgré le spasme révolutionnaire, Napoléon Bonaparte reste fidèle à cette conception. Commentant la création du Conseil d'État, il explique en effet qu'il veut « instituer un corps demi-administration, demi-judiciaire, qui réglera l'emploi de cette position d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'État » ; car, poursuit-il, « on ne peut laisser cet arbitraire dans les mains du prince, parce qu'il l'exercera mal », auquel cas « il y aura tyrannie¹ ». On le voit, Napoléon oppose l'« arbitraire » à la « tyrannie ». Dans son esprit, ce terme n'a donc pas la connotation péjorative qu'il revêt aujourd'hui. Ce qu'il qualifie d'« arbitraire nécessaire » n'est en réalité rien d'autre que la gestion de l'intérêt général. Et comme les rois de l'Ancien Régime, il confie celle-ci à l'administration. Conformément à la tradition française d'un absolutisme de principe, modéré de l'intérieur, il en réserve en outre le contrôle à cette partie intégrante de l'administration qu'est selon lui le Conseil d'État, lequel n'est rien d'autre qu'une restauration modernisée de l'ancien Conseil du roi. Soumis aux impératifs d'un intérêt général à la détermination duquel il n'est pas convié à participer, le citoyen n'est donc plus qu'un administré passif.

En dépit de quelques améliorations, cet état de choses n'a pas fondamentalement changé. La conquête de la démocratie politique s'est conjuguée avec la résistance de la technocratie administrative. En témoigne la « théorie du troisième personnage », selon laquelle l'intérêt général viendrait s'interposer, lors du procès administratif, entre le plaideur privé et l'administration, et que le juge administratif ferait systématiquement prévaloir².

1. Cité dans le *Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque*, CNRS, 1974, p. 134.

2. Théorie développée par P. Nicolay, alors vice-président du Conseil d'État, dans *Le Monde* du 2 avr. 1985.

aujourd'hui des jurisprudences complaisantes qui admettent l'immunité juridictionnelle de plusieurs catégories d'actes de l'administration (« lois présidentielles », « actes de gouvernement », « mesures d'ordre intérieur »), et qui refusent de faire obstacle à l'exécution des actes administratifs illégaux (par une utilisation certes en progrès mais encore insuffisante du « référé » et de la « suspension »), même lorsque ceux-ci continuent à produire leurs effets en violation de l'autorité de chose jugée (en vertu de la règle selon laquelle l'ouvrage public ne se détruit pas, même s'il a été illégalement édifié sur la propriété d'autrui ; ou plus généralement par la répugnance à adresser des injonctions à l'administration, et à lui infliger des astreintes). D'autres jurisprudences, en apparence plus audacieuses, sont quant à elles discrètement escamotées lorsqu'un intérêt général particulièrement important – proche de la « raison d'État » – est en cause (c'est le cas de la jurisprudence « *Ville Nouvelle Est* », relative au contrôle du « bilan coût-avantages » des déclarations d'utilité publique, qui ne provoque jamais leur annulation lorsqu'elles portent sur des autoroutes, sur des camps militaires, sur des lignes de TGV ou sur des centrales nucléaires...).

Une telle situation, qui jette le discrédit sur l'ensemble du droit administratif, n'est pas admissible. La solution consiste à promouvoir une lecture démocratique, dont on trouve la grille dans l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau, de l'idéologie de l'intérêt général. Ayant en vue la satisfaction de tous, l'intérêt général doit être l'œuvre de tous. L'administration et son juge ne doivent donc pas en effectuer la détermination dans le splendide isolement de leur tour d'ivoire, mais doivent s'efforcer de le découvrir dans les aspirations de la conscience collective. Or, il est douteux qu'une telle recherche permettrait de légitimer l'autoritarisme ci-dessus constaté. L'approche démocratique de l'idéologie de l'intérêt général aboutirait donc à renverser les jurisprudences complaisantes¹ et à rendre leur effectivité aux jurisprudences faussement auda-

1. Sa prise en compte a inspiré deux progrès, attendus depuis longtemps : une loi du 30 juin 2000 a assoupli le référé et remplacé le « sursis à exécution » par la « suspension », un peu moins difficile à obtenir (v. ss 586 à 592) ; quant à la jurisprudence, elle accepte depuis 2002 de déroger dans certains cas à la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public (v. ss 413).