UNE ESQUISSE DES GRANDS MODÈLES DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

[СХЕМА ОСНОВНЫХ МОДЕЛЕЙ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ]

Жерар МАРКУ, профессор Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна (Института юридических исследований Сорбонны), директор исследовательской группы Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор права

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: office@izak.ru

В большинстве стран административная юстиция существует как функция в рамках организации государства. Однако сфера ее деятельности и формы сильно различаются от страны к стране, в частности в том, что касается судебного надзора и полномочий судей. Мы можем выделить три основные модели административной юстиции, основанные на институтах судебного надзора, историческом опыте и базовых государственных системах. Европейский суд по правам человека оказывает значительное влияние на развитие административной юстиции в Европе в направлении усиления судебного надзора над административными органами. Распространение этих моделей привело к появлению ряда разновидностей, основанных на национальном и политическом контекстах. Первая модель представляет собой государственный совет, объединяющий судебный надзор и консультативные функции для государства. Являясь изначально вспомогательным органом, он превратился в независимый верховный административный суд с широкими полномочиями, включая договоры и гражданские правонарушения, продолжая при этом осуществлять консультативную функцию. Другая модель основана на едином административном верховном суде с эксклюзивными функциями судебного надзора более узкого характера, хотя здесь можно найти некоторые исключения, когда функция судебного надзора была переведена из бывшего государственного совета. Последнюю модель, на сегодняшний день, возможно, самую распространенную, можно охарактеризовать как судебный надзор со стороны общего верховного суда. Институционально здесь нет дуализма. Судебная власть наделена функцией судебного надзора над административными органами. Типичная для стран общего права, подобная организация встречается также и в странах с административным правом. В действительности дуализм присутствует в отношении судопроизводства, материального права и полномочий судей в административных вопросах. Во многих случаях административные суды организованы внутри судов общей юрисдикции. Вне зависимости от формы административной юстиции крайне важно обеспечить независимость судей, предоставить им возможность фактического надзора над административными актами, облегчить доступ к судьям по административным вопросам и гарантировать исполнение судебных решений.

Ключевые слова: административные споры, административная юстиция, государственный совет, верховный суд.

A SKETCH OF THE MAIN MODELS OF ADMINISTRATIVE JUSTICE

Gérard MARCOU, professor of the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, doctor of law

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: office@izak.ru

Administrative justice exists in most countries as a function in the State organization. But its scope and its forms differ widely among countries, in particular as regards the place of judicial review and the powers of judges. We can sort out three main models of administrative justice, based on judicial review institutions, from historical experience and main national systems. In Europe, the European Court of Human Rights had a significant influence on the evolution of administrative justice towards more judicial oversight upon administrative bodies. The expansion of these models gave rise to a number of variants based on national and political context. The first model is the council of State, joining judicial review and advisory functions for the government. Initially an ancillary body it turned to be an independant supreme administrative court, with broad competence, including contracts and torts, while exercising further advisory functions. Another model is based on a unique administrative supreme court, with exclusive judicial review functions of a narrower scope, although some exceptions can be found where judicial review was transferred from a former council of State. A last model, probably most widespread nowadays, can be characterised as judicial review by the general supreme court. Institutionally there no dualism. The judiciary is also vested with judicial review of administrative authorities. Typical of common law countries, this organisation can be found also in countries of administrative law. In reality, there is dualism as regards procedures, substantial law and the powers of judges in administrative matters. In numerous cases administrative courts are organised inside of ordinary

courts. Whatever the form of administrative justice it is essential to secure the independence of judges, to give them the capacity of substantial review of administrative acts, to facilitate the access to administrative judges and to guarantee the execution of courts decisions.

Keywords: administrative litigation, administrative justice, council of State, supreme court.

DOI: 10.12737/16130

Laferrière écrivait en 1887 que le contentieux administratif était «le droit commun des Etats»: «il existe partout, avec une plus ou moins grande extension, où existe une administration soumise au régime des lois. Ce qui diffère selon les législations, n'est pas l'essence même du contentieux administratif, c'est la répartition des affaires entre l'administration active, les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires»¹. Pour Laferrière, le contentieux administratif n'était donc pas seulement juridictionnel, et l'une des questions les plus importantes était de savoir quelle était la part qu'y prenaient les juges, et avec quels pouvoirs. Sa pensée était bien connue en Russie à la fin de l'Empire, et notamment de C. A. Korf, professeur à Helsinki, qui comparait les fonctions du premier département du Sénat impérial avec le contentieux administratif français, et suivait Laferrière pour recommander l'abandon de la théorie du ministre juge².

Mais la notion de justice administrative est parfois ambiguë. Dans les pays de *common law*, on distingue *administrative justice* et *judicial review*, le premier englobant le second qui en est, en quelque sorte, le terme ultime. Le contrôle juridictionnel (*judicial review*) n'est alors que l'une des formes de la «justice administrative»³. Au Royaume-Uni, *administrative justice* désigne traditionnellement des procédures administratives de traitement des recours par des organes rattachés à l'administration (*tribunals*) ou permettant aux intéressés de faire valoir leurs objections à un projet (*inquiries*), et non, spécifiquement, le contrôle juridictionnel⁴. Aux Etats-Unis, le vocable *administrative justice* s'applique essentiellement aux procédures administratives de production des règlements et des décisions d'application et au traitement des recours qui s'y rapportent par les «agences»; «*judicial review*» désigne le contrôle juridictionnel sur les décisions de ces «agences». La notion de «*administrative justice*» est plus proche de celle de «contentieux administratif» que de celle de justice administrative, mais elle englobe des procédures étrangères au «contentieux administratif».

Quoi qu'il en soit, la question du partage du contentieux entre autorités administratives et juridictions est donc au cœur du développement de la justice administrative dans les différents systèmes juridiques. La multiplication des autorités indépendantes et de leurs attributions contentieuses en renouvelle l'actualité. Mais on doit souligner une différence importante avec ce qu'envisageait Laferrière à la fin du 19^{ème} siècle: c'est qu'il y a toujours un juge compétent en dernier ressort pour réexaminer la décision. De ces observations générales découle une conclusion importante: l'administration n'est jamais un justiciable comme les autres. Il en est ainsi parce qu'elle peut être juge, par certains de ses organes, des différends auxquels elle est partie et parce que l'exécution des jugements dépend en dernier du pouvoir exécutif. En vérité, dans tous les pays, la justice administrative est sortie de l'administration, y compris dans le pays de *common law*: au royaume-Uni, les «*tribunals*» ont été des organes administratifs de traitement des recours avant que la loi de 2007 (v. infra) n'en fasse des «juges».

Il est courant d'opposer les pays de dualisme juridictionnel et les pays de monisme juridictionnel, les premiers étant caractérisés par l'existence d'une juridiction administrative à côté de la juridiction ordinaire et les seconds par le principe de l'unité de juridiction, l'administration étant soumise au pouvoir judiciaire comme tous les autres justiciables. Cette représentation, inspirée de la critique du système français théorisée par Dicey à la fin du 19^{ème} siècle, et de la vision mythifiée qu'il donnait du régime de *common law*, n'a jamais correspondu à la réalité, même à l'époque où Dicey écrivait⁵. En réalité, le dualisme est la règle, quelle que soit l'organisation de la justice administrative. Il répond à une donnée consubstantielle de tout système juridique contemporain, la place du droit administratif dans le système juridique, qui est une variable essentielle des systèmes juridiques. Même lorsque le principe de l'unité de juridiction est affirmé par le droit positif, le dualisme s'exprime encore dans les procédures et dans le droit applicable au fond. *On peut ainsi définir la justice administrative comme la fonction de toute juridiction qui statue sur des recours ou des actions introduits contre des actes d'une autorité administrative, ou son inaction, ou des faits imputables à une telle autorité, dès lors que cette juridiction fait application de règles de procédures et/ou de fond différentes de celles qu'appliquerait une juridiction à un litige entre des personnes privées.*

¹ Traité de la juridiction administrative, 1887, tome 1, p. 10.

² Корф С. А. (1910), Административная юстиция в России [La justice administrative en Russie], Saint-Petersbourg, t. II, p. 361 et suiv.

³ «Administrative Justice», in: P. Cane / H. Kritzer (eds.), Handbook of empirical legal research, Oxford, OUP, 2010.

⁴ L'Administrative Justice and Tribunals Council est chargé de produire les règlements relatifs aux tribunaux et aux enquêtes publiques et à en contrôler le fonctionnement (cf P. Craig, Administrative Law, Londres, Thomson, 6^{ème} éd. 2008, no. 9-029.

⁵ Albert Venn Dicey, [1885] (2006), An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, rééd. Adamant Media Corporation.

La justice administrative s'est d'abord développée dans les pays européens sous différentes formes, apparues au cours de la construction de l'Etat, et qui se sont ensuite diffusées, en fonction de l'influence ou du rayonnement de certains pays, en de multiples variantes dont les caractères généraux permettent ainsi d'identifier plusieurs grands modèles, du point de vue de l'organisation et des compétences matérielles de la justice administrative. Ces différents modèles doivent être appréciés en fonction des finalités généralement admises de la justice administrative : assurer la soumission de l'administration à la loi et protéger les droits des personnes dans leurs rapports avec les autorités administratives. Il faut alors replacer la justice administrative dans le contexte du système juridique national, en particulier du système des recours, et analyser ses liens avec les autres juridictions, les conditions d'accès à la justice administrative et l'exécution des décisions de justice. On ne fera ici qu'esquisser cette problématique, qui fait partie d'une recherche en cours, et l'on présentera ici seulement les grands modèles et les principaux pays qui en illustrent les variantes.

En se fondant sur les caractéristiques des cours suprêmes en matière administrative, on peut distinguer trois grands modèles auxquels peuvent se rattacher la plupart des systèmes juridiques : 1) le modèle du conseil d'Etat ; 2) le modèle de la cour administrative suprême ; 3) le modèle de la cour suprême unique. Les systèmes juridiques se subdivisent en fonction d'autres critères, tels que l'organisation des premiers degrés de juridiction (il existe aussi des systèmes mixtes en ce qui concerne ces derniers⁶), l'accès au juge, l'étendue de la compétence, notamment. Mais, dans tous les systèmes, le succès de la justice administrative a été conditionnée par la conquête de son indépendance et le renforcement de ses techniques de contrôle. Et l'indépendance de la justice administrative ne dépend pas des caractéristiques du modèle auquel on peut la rattacher.

I. Le modèle du conseil d'Etat

C'est la forme de juridiction administrative la plus ancienne : un corps qui examine les recours adressés au souverain et propose à ce dernier la décision à prendre, mais qui n'est pas encore un juge. Ce qu'on appelle, pour cette raison, la « justice retenue », a toutefois aujourd'hui disparu des pays qui ont un conseil d'Etat, le dernier pays l'ayant abandonnée étant les Pays-Bas.

Aujourd'hui, le conseil d'Etat est un type d'institution dont la loi garantit l'indépendance et celle de ses membres vis-à-vis du pouvoir exécutif, et qui remplit à la fois des fonctions consultatives pour le gouvernement, et

la fonction de juridiction administrative suprême. C'est ce statut d'indépendance qui a permis, dans les Etats modernes, de maintenir au sein de la même institution la fonction consultative et la fonction de juger l'administration. Les membres du conseil d'Etat ne sont pas toujours des magistrats, mais l'indépendance que leur confère leur statut les en rapproche.

Les pays européens qui ont un conseil d'Etat au sens que l'on vient de définir sont aujourd'hui, outre la France : la Belgique, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas. Mais on rencontre aussi ce type d'institution en Turquie et au Liban, en Egypte et, depuis 1998, en Algérie. Certains pays d'Afrique ont également un conseil d'Etat : le Burkina Faso, le Gabon, le Sénégal, la République centrafricaine. Cette voie a également été suivie par la Thaïlande à partir de 1979, avant d'être abandonnée en 1999 avec la création d'une cour administrative suprême. En Amérique latine, la Colombie est le seul pays qui ait adopté un conseil d'Etat.

Toutefois, l'émancipation de la fonction de juger a parfois laissé subsister le Conseil d'Etat en tant qu'organe consultatif du gouvernement. C'est cette option qui a prévalu en Espagne depuis la loi Maura de 1904, qui marque l'abandon du modèle français de contentieux administratif, et au Luxembourg à la suite de l'arrêt *Procola* de la Cour européenne des Droits de l'Homme (cf infra).

A l'inverse, certaines institutions qui ne sont pas nommées conseil d'Etat en présentent tous les caractères, comme le tribunal administratif supérieur tunisien institué par la constitution de 2014 (art.116), et qui prend la suite du tribunal administratif de la loi no. 40-72 du 1er juin 1972. Il est en effet à la fois juge administratif et conseil du pouvoir exécutif, consulté sur les projets de décret à caractère réglementaire et sur toute question que lui soumet le gouvernement.

A. Le conseil d'Etat auxiliaire de l'exécutif

Le Conseil d'Etat napoléonien était un auxiliaire du pouvoir exécutif. A ce titre l'institution a été reprise après 1815 par les Pays-Bas, puis par les royaumes d'Espagne, de Piémont-Sardaigne, la Grèce, l'Empire ottoman en 1869 et même le Siam en 1874 ; il a subsisté dans le Grand duché de Varsovie jusqu'en 1867 mais sans avoir développé la fonction contentieuse, et existé pendant de brèves périodes en Roumanie et au Mexique. C'est aussi ce qui explique son rejet par les régimes libéraux du 19ème siècle. Après l'unité italienne, la loi de 1865 mit fin à la fonction contentieuse du Conseil d'Etat et attribua au juge ordinaire la compétence pour juger des litiges avec l'administration.

La constitution belge de 1831, en réaction contre la domination hollandaise, confia la protection des droits aux tribunaux ordinaires, tout en laissant la porte ouverte à la création de tribunaux spéciaux pour les litiges portant sur les « droits politiques ». En Espagne, les controverses politiques entre libéraux, favorables au transfert du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires, et conservateurs portèrent aussi sur le rôle et

⁶ On appelle ici système mixte un système dans lequel les tribunaux ordinaires sont chargés du contentieux administratif en première instance mais qui se rattache au premier ou au second modèle (ex. : Pays-Bas) ou, à l'inverse un système dans lequel il existe des tribunaux administratifs en première instance mais où la cour suprême se rattache au troisième modèle (ex. : Australie, Suisse au niveau fédéral).

le statut du Conseil d'Etat; la loi Santamaria de Paredes de 1888 institua en son sein un «tribunal du contentieux administratif» mais la loi Maura de 1904, pourtant issue d'un gouvernement conservateur, le transféra au Tribunal suprême, dont il devint une chambre spécialisée. Cette organisation est restée la base de la juridiction contentieuse-administrative en Espagne jusqu'à nos jours, tandis que le Conseil d'Etat est devenu l'organe consultatif suprême du gouvernement, selon la constitution de 1978 (art.107). Le Portugal a connu une évolution comparable entre 1832 et 1933. La procédure d'homologation des arrêts du Conseil d'Etat par décret royal a affaibli son autorité à partir du moment où les refus d'homologation sont devenus plus fréquents, en 1870 et en 1915—1916 notamment. Cela conduisit en 1924 à transférer le contentieux administratif aux tribunaux ordinaires. Mais auparavant, en 1870 on avait dissocié fonction consultative et fonction contentieuse avec la création du Tribunal administratif suprême, sans toutefois supprimer l'homologation des arrêts. C'est sous le régime autoritaire introduit en 1933 que le Tribunal administratif suprême acquit la plénitude de juridiction, mais dans un contexte où le haut tribunal était privé de son indépendance. Après la «Révolution des Œillets», la constitution de 1976 maintint le Tribunal administratif suprême, mais son indépendance est désormais garantie au même titre que celle des tribunaux ordinaires (notamment: art.202, 203 et 209).

B. Le conseil d'Etat libéral

Mais le Conseil d'Etat républicain, libéral, a suscité d'autres émules. La juridictionnalisation du Conseil d'Etat en a changé la fonction et l'image et cette évolution a été décisive dans les pays qui avaient institué un Conseil d'Etat lorsqu'ils l'ont conservé comme juge administratif suprême. Rappelons les termes de la loi française du 24 août 1872: le Conseil d'Etat «statue souverainement sur les recours contentieux en matière administrative, et les demandes d'annulation pour excès de pouvoir...». En 1889, la théorie du ministre-juge était abandonnée et désormais tout justiciable pouvait adresser un recours pour excès de pouvoir directement au juge administratif. La même année, la section juridictionnelle du Conseil d'Etat italien était rétablie, pour juger définitivement les recours dirigés contre des actes illégaux (portant atteinte à un «intérêt légitime»). Le Conseil d'Etat du royaume de Serbie devint une véritable juridiction administrative en 1888 et le resta jusqu'à la suppression de la constitution et du parlement en 1929. En Grèce, en Turquie, en Egypte, au Liban, en Colombie c'est le Conseil d'Etat républicain de la France qui a servi de référence pour instituer une véritable juridiction administrative, dont une ou plusieurs sections étaient chargées d'une fonction consultative pour le pouvoir exécutif. En Belgique, les insuffisances du contrôle exercé par les tribunaux ordinaires sur l'administration a nourri de longs débats entre les partisans du *statu quo*, de l'institution d'une cour administrative suprême et d'un conseil d'Etat selon le modèle français.

C'est l'option qui s'est imposée finalement dans les années 30 mais qui, à cause de la guerre, n'a abouti que par la loi de 1946 instituant le Conseil d'Etat de Belgique.

On sait moins que les deux derniers Etats restés fidèles à la «justice retenue» ont été le Luxembourg et les Pays-Bas. Au Luxembourg, le Conseil d'Etat n'est devenu «juridiction suprême» qu'à l'occasion de la révision constitutionnelle de 1989. Aux Pays-Bas, la procédure contentieuse a été formalisée au sein du Conseil d'Etat par une loi de 1861, mais la décision sur le recours était arrêtée par la Couronne. Cependant, la plus grande partie du contentieux administratif est passé par étape à des juges, avec par la création de juridictions administratives spéciales : le Conseil central des recours, créé en 1903, pour juger des contentieux en matière de sécurité sociale, de retraites, de fonction publique notamment, et le Collège des recours du commerce et de l'industrie, créé en 1953 pour juger des contentieux économiques publics. En 1962 fut créée au sein du Conseil d'Etat une section juridictionnelle pour certains recours, à côté de la section contentieuse du 19^{ème} siècle. La constitution de 1983 ouvrait aussi la voie, sans l'imposer, à la complète juridictionnalisation du Conseil d'Etat (art.73). Mais la Cour européenne des droits de l'homme a accéléré l'évolution en condamnant les Pays-Bas, dans l'arrêt *Bentham* (1985), au motif qu'à la suite du recours contre une décision d'une autorité locale, c'est la Couronne qui arrêta le jugement du Conseil d'Etat, laquelle ne pouvait être considérée comme un «tribunal indépendant et impartial» au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF).

En résumé, les conseils d'Etat se sont imposés comme juridiction administrative suprême dans tous les pays où ils ont acquis l'indépendance de la fonction de juger ; là où ce ne fut pas le cas, la fonction de juger est passée à une autre institution, cour suprême administrative (Portugal, Thaïlande notamment) ou juridiction ordinaire (Espagne).

C. La Cour européenne des droits de l'homme et le cumul des fonctions de juge et de conseil de l'exécutif

La double fonction consultative et contentieuse des Conseils d'Etat a aussi été contestée devant la Cour européenne des droits de l'homme, au motif qu'elle serait incompatible avec le principe d'impartialité. C'est l'arrêt *Procola*, de 1995, mettant en cause le Conseil d'Etat luxembourgeois, qui a déclenché cette controverse⁷. La Cour a en effet jugé que le seul fait que certaines personnes exercent successivement les deux types de fonction est de nature à mettre en cause «l'impartialité structurelle» de l'institution. Dans le cas d'espèce, quatre membres sur cinq de la formation contentieuse avait siégé lors de la

⁷ CEDH 28 sept. 1995 «Procola c/Luxembourg», série A, no. 326, RFDA 1996, no. 4, p. 795, comm. J.-L. Autin / F. Sudre, «La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme», p. 777.

délibération sur l'avis auquel les arrêtés attaqués (sur la mise en œuvre des quotas laitiers de l'Union européenne). Cet arrêt a provoqué une réforme fondamentale du contentieux administratif au Luxembourg, qui a transféré le contentieux administratif à une cour administrative suprême et à des tribunaux administratifs (1996). Il a aussi inquiété la France et les Pays-Bas, à un moindre degré l'Italie et la Belgique. Mais dans plusieurs arrêts ultérieurs, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé qu'il ne lui appartenait pas de juger dans l'abstrait si le cumul des fonctions juridictionnelles et consultatives dans la même institution était compatible avec l'article 6 de la CESDH, mais d'apprécier dans chaque cas d'espèce si un avis antérieur ne constituait pas un «préjugement», eu égard notamment à la composition de la formation consultative et de la formation contentieuse⁸. Par la suite, des mesures ont été prises, notamment en France et aux Pays-Bas, pour éliminer tout risque de mise en cause. En France, un décret du 6 mars 2008 prévoit que les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours contre des actes pris après avis du Conseil d'Etat s'ils ont pris part à la délibération de l'avis, ce que prévoyait d'ailleurs la loi du 24 mai 1872. Aux Pays-Bas, après que divers projets aient été discutés depuis le début des années 2000, une réforme de plus grande ampleur est en discussion au parlement: le projet de loi arrêté par le gouvernement au cours de l'été 2015, après la consultation publique, impose une stricte séparation entre les formations consultative et contentieuse (aucun membre du Conseil d'Etat ne pourra plus siéger dans les deux formations, au lieu de 10 actuellement) et supprime les deux juridictions administratives spéciales précitées: le contentieux économique sera transféré au Conseil d'Etat, tandis que le contentieux social et le contentieux de la fonction publique seront transférés en première instance aux cours d'appel, qui formeront des chambres spécialisées.

Selon les pays, l'indépendance des membres des conseils d'Etat a été assurée par les conditions de recrutement et leur statut (France, Belgique, Pays-Bas, Italie, Egypte) ou par leur soumission au statut de la magistrature (Grèce, Turquie, Liban, Algérie, Colombie). Devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'indépendance des membres des conseils d'Etat n'a guère été contestée.

La compétence des conseils d'Etat s'étend en principe au contentieux des actes, y compris les actes de portée générale, et au contentieux des droits. Mais en ce qui concerne le contentieux des droits, il existe une compétence concurrente des juridictions ordinaires, pour des raisons historiques, en Belgique et en Italie; aux Pays-Bas, le

contentieux de l'exécution des contrats de l'administration et le contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'administration relèvent du juge civil. Aux Pays-Bas, encore, le contentieux administratif est jugé en première instance par des chambres administratives des tribunaux d'arrondissement (premier degré de la juridiction ordinaire).

La valeur de l'expérience des conseils d'Etat est d'avoir su concilier l'indépendance de la fonction de juger, non seulement avec la spécialisation du droit administratif mais aussi avec la variété des compétences administratives que leurs membres ont été amenés à exercer. Au contraire, le modèle de la cour administrative suprême suppose une séparation complète avec l'administration par l'absence de toute fonction consultative.

II. Le modèle de la cour administrative suprême

Ce modèle est apparu plus tardivement et il est lié en partie à la théorie de l'Etat de droit. On peut en distinguer trois branches assez différentes. Les deux premières sont apparues en Allemagne et en Autriche. La troisième, illustrée notamment par le Portugal, est plutôt une dérivation du conseil d'Etat. Ces trois branches se distinguent par l'étendue de la compétence du juge administratif et par les conditions d'accès au juge. Les différences qui séparent ces trois branches ont souvent été sousestimées. Selon Michel Fromont, ce système est aujourd'hui très répandu en Europe car il paraît «le plus logique, puisqu'il garantit à la fois l'indépendance et la spécialisation»⁹. Il en revanche presque absent hors d'Europe; on ne le trouve qu'au Mexique et en Thaïlande, mais dans la variante dérivée du conseil d'Etat. En outre, comme on le sait, l'indépendance de la fonction de juger dépend plus du contexte politique que de l'organisation de la justice administrative. Enfin, des facteurs historiques et géopolitiques semblent aussi avoir influencé sa diffusion en Europe.

A. La juridiction administrative en Allemagne

En Allemagne, il existe, selon la Loi fondamentale différents ordres juridictionnels qui constituent le pouvoir judiciaire, parmi lesquels la juridiction administrative à compétence générale, à laquelle s'ajoutent deux ordres juridictionnels administratifs spéciaux, la juridiction sociale et la juridiction financière (fiscale), l'une et l'autre dotées d'une cour suprême au niveau fédéral. La juridiction administrative à compétence générale a été mise en place progressivement dans les *Länder* de la République fédérale après la Seconde Guerre mondiale, avant que leur organisation et la procédure ne soient fixées par la loi du 21 janvier 1960.

Il en existe des précédents au cours du 19^{ème} siècle sans avoir jamais abouti, à quelques exceptions près, à une juridiction administrative indépendante à vocation générale avant la fin de la République de Weimar. Les premiers exemples d'une instance de recours séparée de

⁸ CEDH Gde Ch. 6 mai 2003 «Kleyn c/Pays-Bas», RTDH 2004, p. 365, note Gonzalez; CEDH 9 novembre 2006 «Soc. Sacilor-Lormines c/France», RFDA 2007, no. 2, p. 352, comm. J.-L. Autin / F. Sudre, «L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause?», p. 342; CEDH 30 juin 2009 «Union fédérale des consommateurs Que Choisir? de la Côte d'Or» RFDA 2009/5, comm. B. Pacteau: «La justice administrative française désormais en règle avec la Cour», p. 885.

⁹ Droit administratif des Etats européens, Paris, PUF, 2006, p. 129.

l'administration que l'on puisse citer sont apparus dans le royaume du Wurtemberg et dans le grand-duché de Bade au début du 19^{ème} siècle, sous l'influence française, et où la théorie de l'Etat de droit est née. Cependant, les libéraux défendirent d'abord l'attribution du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires, ce que reflétait l'article 182 de la constitution de 1849. Rudolf von Gneist défendit en revanche, dans un ouvrage qui eut un grand retentissement, la nécessité de tribunaux administratifs indépendants pour protéger les droits des individus¹⁰. Le dernier tiers du 19^{ème} siècle vit apparaître les premiers tribunaux administratifs, d'abord dans le duché de Bade (1863), puis en Prusse (1875) ou en Saxe (1900), mais leur compétence était limitée et leur indépendance n'était pas assurée. La constitution de la République de Weimar, à la différence de la constitution impériale, fit obligation aux *Länder* de d'établir des «tribunaux administratifs pour la protection de l'individu contre les arrêtés et dispositions des autorités administratives» (art. 107). Cette formulation reflétait la conception prussienne: contrôle du respect de la légalité par les décisions administratives, plutôt que protection des droits subjectifs; en première instance les recours étaient examinés par des organes collégiaux; en appel le juge administratif contrôlait l'examen des faits par l'administration¹¹. Toutefois, à la fin de la République de Weimar, la plupart n'avaient qu'une compétence d'attribution plus ou moins étendue en matière de police et de taxes.

B. La juridiction administrative en Autriche

En Autriche, la juridiction administrative a été introduite en vue d'un contrôle de la légalité objective en cas de violation des droits d'un justiciable. Autrement dit, l'ouverture du recours nécessitait d'alléguer la violation d'un droit, et le juge contrôlait l'application du droit, mais sans réexamen des questions de fait (ce que l'on qualifiait de «contrôle de cassation»). Selon la loi constitutionnelle du 21 décembre 1867 (art. 14 et 15), «la justice et l'administration sont séparées à tous les degrés de juridiction» et toute personne «qui se prétend lésée dans ses droits par une décision ou une mesure de l'autorité administrative a le droit de porter sa réclamation contre elle devant la Cour de justice administrative». Celle-ci fut créée par la loi du 22 octobre 1875 et connut très vite d'un grand nombre de recours (plus de 10.000 jusqu'à la fin de la monarchie); la jurisprudence avait déjà donné lieu à des compilations et la Cour a contribué à faire pénétrer le droit dans l'administration autrichienne. Parce que la Cour ne pouvait être saisie qu'après épuisement des voies de recours administratives, elle a développé une jurisprudence sur les «principes généraux de la procédure

administrative», qui servit de base à la codification ultérieure de celle-ci.

La Cour administrative d'Autriche a rapidement fait figure de modèle et a inspiré le législateur d'autres Etats. D'abord la Hongrie, encore à l'époque de l'empire, avec la création de la Haute cour administrative royale en 1893, puis la Suède, dont la cour administrative suprême fut créée en 1909, et la Finlande qui suivit son exemple dès son indépendance en 1918. Après l'écroulement de l'empire des Habsbourg, la constitution de 1920 de la «petite Autriche» maintint la Cour administrative et élargit un peu sa compétence, tandis que la Tchécoslovaquie et la Pologne reprirent l'institution à leur compte, respectivement en 1920 et en 1922; la Bulgarie en 1878 au moment de son indépendance sous le règne d'un prince allemand, et la Lituanie en 1919 établirent aussi une cour administrative. On remarquera qu'après la fin des régimes communistes, ces pays ont renoué avec le type de justice administrative qu'ils avaient connu avant guerre, à l'exception de la Hongrie. En Pologne la Haute cour administrative a été rétablie dès 1981¹².

C. Les variantes à compétence élargie

Par la suite, d'autres pays ont adopté le modèle de la cour administrative suprême, à la suite de l'échec de l'institution du conseil d'Etat, pour des raisons différentes (Portugal en 1976, Luxembourg en 1996, Thaïlande en 1997, Mexique en 1995). Mais cette filiation explique un champ de compétence matérielle beaucoup plus étendu de la justice administrative, incluant le contentieux des contrats de l'administration et la responsabilité extracontractuelle de l'administration, ou tout au moins l'essentiel de ces contentieux.

Le cas de la Suède se distingue aussi par le fait que la cour administrative a été substituée en 1909 au gouvernement, qui statuait auparavant en dernier ressort sur les recours, mais elle en a conservé certains pouvoirs, passés aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel lorsqu'ils furent créés, en 1971. Dans le prolongement de la procédure administrative, le juge administratif dispose, selon son appréciation, du même pouvoir de réexaminer les faits que l'instance administrative supérieure, il peut substituer sa décision à celle de l'administration et peut même prendre une décision plus favorable au justiciable (par exemple en matière fiscale)¹³. La justice administrative a été inscrite dans la Constitution à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2010 (loi constitutionnelle 2010:1408).

L'Ukraine a adopté également le modèle de la cour administrative suprême, avec l'adoption en 2005 du code de justice administrative, qui met en place une organisation à trois degrés, avec 28 tribunaux administratifs de

¹⁰ Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, Berlin, Springer Verlag 1872, 2^{ème} éd. 1879.

¹¹ Cf J.-M. Auby / M. Fromont (1971), Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne (Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas), Paris, Dalloz, pp. 14—15.

¹² G. Marcou (1982), «La Haute Cour Administrative polonaise», RDP no. 5, sept.-oct.

¹³ H. Ragnemalm (2014), Förvaltningsprocessrättens grunder [Les bases du droit de la procédure administrative], Stockholm, Jure Förlag.

première instance (au sein des tribunaux ordinaires), 7 cours administratives d'appel et une cour administrative suprême. Paradoxalement, la législation ukrainienne «*aligned courts and citizens against the powers of the State*», en raison du déséquilibre des droits entre l'administration et les citoyens (en faveur des citoyens) et de l'absence de procédures administratives efficaces, avec un nombre de recours en première instance proche de 600.000¹⁴.

D. La question des pouvoirs du juge: cassation ou pleine juridiction

Comme on le voit, les systèmes qui se rattachent au modèle de la cour administrative suprême sont loin d'être homogènes, bien que des évolutions importantes se sont produites. La compétence de la Cour administrative est la plus étroite en Autriche, où elle ne concerne que le contrôle de la légalité des actes administratifs, et seulement au regard des questions de droit (au sens du droit autrichien: décisions administratives individuelles). Mais la justice administrative autrichienne a connu des réformes importantes sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé insuffisant, au regard de l'article 6 CESDHLF, le contrôle de cassation exercé par la Cour administrative¹⁵. La Cour constitutionnelle d'Autriche avait elle-même relevé l'insuffisance du contrôle juridictionnel des sanctions administratives ou disciplinaires au regard de l'article 6¹⁶. Ces arrêts ont déterminé deux réformes successives, qui ont nécessité la révision de la Constitution. Tout d'abord, des sénats administratifs indépendants ont été créés, avec le statut d'autorités administratives indépendantes, statuant au fond sur les recours administratifs, et leurs décisions pouvaient faire l'objet d'un recours à la Cour administrative. Les sénats furent reconnus comme des tribunaux par la Cour de Justice de la Communauté européenne, ce qu'ils n'étaient pas en droit interne.

Cette solution bancal a été abandonnée avec la révision constitutionnelle de 2012, qui a redéfini le cadre de la justice administrative en Autriche¹⁷. Avec cette réforme, entrée

en vigueur au 1er janvier 2014, sont créés 11 tribunaux administratifs : un tribunal par Land, un tribunal administratif fédéral (compétent pour les recours contre les décisions des autorités d'administration fédérale directe) et un tribunal des finances de la Fédération (nouvel art.129 de la Constitution). Toutefois, un contrôle de pleine juridiction au sens de la CEDH n'est prévu qu'en matière fiscale et de sanctions administratives (art. 130.5), ce qui peut être lu comme un recul par rapport au contrôle qu'exerçaient les sénats indépendants. En revanche le tribunal peut désormais être saisi directement; l'épuisement des voies de recours administratives n'est plus exigé (art. 132.1, 1). Enfin, le nouvel article 94 permet à la loi (fédérale ou du Land) de substituer, dans des cas qu'elle détermine, la compétence du juge ordinaire à celle du juge administratif; il reste à voir si cette possibilité sera utilisée.

Ces problèmes ne se sont pas posés en Allemagne. La notion d'acte administratif y est un peu plus large (elle s'étend à l'*Allgemeinverfügung*: acte concret applicable à un ensemble indéterminé de destinataires), et la loi attribue aujourd'hui le contrôle d'actes normatifs déterminés (ceux des autorités locales et de l'administration du Land) à la juridiction administrative. La conception allemande, fondée sur la théorie de l'Etat de droit et l'idée de garantir les droits subjectifs des justiciables conduit à reconnaître aux tribunaux administratifs le pouvoir d'apprécier les faits de l'espèce et pas seulement l'application du droit. Sur le même fondement, le recours est suspensif (avec de nombreuses exceptions — l'effet suspensif du recours a été introduit en Autriche par la réforme de 2012). Le contrôle de l'appréciation des faits opérée par l'administration reste une des caractéristiques distinctives du juge administratif allemand aujourd'hui.

Le système polonais, issu du modèle autrichien, s'en écarte aujourd'hui en rattachant les tribunaux administratifs au pouvoir judiciaire (constitution de 1997: art. 173 et 175). La loi étend leur compétence aux délibérations des organes de l'autonomie locale et aux actes normatifs des autorités locales de l'administration d'Etat (art. 184). En 1995, la juridiction administrative a acquis la compétence de droit commun en matière de recours contre les actes administratifs. Son organisation est fondée aujourd'hui sur les lois du 25 juillet et du 30 août 2002, laquelle a mis en place les tribunaux administratifs de première instance. La notion polonaise d'acte administratif suit la tradition autrichienne, et de même le contrôle du juge est exercé du «strict point de vue de la conformité au droit, si la loi n'en dispose pas autrement» (loi du 25 juillet 2002: art.1er, § 2)¹⁸. Toutefois,

¹⁴ H. N. Fenton (2010), «Where too little judicial deference can impair the administrative process: the case of Ukraine», pp. 482—487 dans: S. Rose-Ackerman / P. L. Lindseth (eds.), *Comparative administrative law*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar.

¹⁵ CEDH 28 juin 1990 «Obermeyer c. Autriche», no. 11761/1985: la Cour ne peut rechercher que si l'autorité administrative a usé de son pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec le but et l'objet de la loi, ce qui exclut tout contrôle réel sur faits ayant justifié la sanction; CEDH 23 octobre 1995 «Gradingier c. Autriche», Série A, no. 328: si la Cour se considère comme liée par les constatations de fait de l'administration elle ne peut être un tribunal au sens de la Convention, car elle n'exerce pas un contrôle de pleine juridiction.

¹⁶ VfGH 14 octobre 1987, no. 11.506, et 13 décembre 1988, no. 11.937.

¹⁷ *Verwaltungsgerichtbarkeits-Novelle 2012*, BGBl. 5 juin 2012. Voir l'ensemble des textes modifiés dans leur version consolidée:

Verfassungsrecht 2013 et Verwaltungsverfahrensgesetze 2013, publiés par Kodeks des österreichischen Rechts, Vienne, LexisNexis.

¹⁸ Z. Cieślak / I. Lipowicz / Z. Niewiadomski (2002), *Prawo administracyjne*, Varsovie, WP LexisNexis, 2ème éd., vol. 2 p. 130. La loi polonaise admet cependant un élargissement de la compétence des tribunaux administratifs aux actes des collectivités

les amendements de la loi du 9 avril 2015 à la loi du 30 août 2002 attribuent au juge administratif un pouvoir d'injonction envers l'autorité administrative pour qu'elle prenne la décision requise pour le règlement de l'affaire ou, selon les circonstances, reprennent l'instruction de l'affaire, dans un délai déterminé. En revanche, à l'inverse de l'Autriche, le recours préalable reste obligatoire. La justice administrative de la République tchèque diffère notamment en ce que les cours d'appel régionales (juridictions ordinaires) sont chargées du contentieux administratif en première instance, sous le contrôle de cassation de la Cour administrative suprême. Mais la compétence de la justice administrative est peu différente, si ce n'est que la notion d'acte administratif est proche de la notion allemande, plutôt que de la notion autrichienne.

De multiples facteurs, endogènes et extérieurs, se conjuguent pour déterminer les traits de la justice administrative de chaque pays. Cette observations vaut davantage encore pour les systèmes que l'on peut rattacher au modèle de la cour suprême unique.

III. Le modèle de la cour suprême unique

Dans ce dernier modèle, les recours dirigés contre des décisions de juridictions inférieures en matière administrative sont portés devant une cour suprême unique. Cela correspond, en apparence, à l'archétype de l'unité de juridiction, tel qu'il a été illustré traditionnellement par le Royaume-Uni.

En réalité, on peut distinguer trois types de situations. La première est celle des pays de *common law* qui, de manière générale, n'ont pas remis en cause ce principe au niveau des juridictions suprêmes. La seconde est celle des pays de droit administratif dont l'unité de juridiction masque en fait une dualisme très marqué du droit matériel et de la procédure. Enfin, la troisième situation est celle des pays où le besoin d'organiser le contentieux administratif n'a été reconnu que tardivement et où la solution la plus simple a semblé celle de le confier aux tribunaux ordinaires. Ce qui justifie, malgré tout, de considérer que tous ces pays, les plus nombreux, relèvent du même modèle, c'est que la spécialisation du contentieux administratif au sein de la juridiction ordinaire s'observe partout.

A. Les pays de *common law* et assimilés

Le Royaume-Uni est traditionnellement la référence en matière d'unité de juridiction. Cela ne doit pas faire oublier qu'il a connu dans le passé une forme originale de dualisme juridictionnel, celui qui résultait du développement de l'*equity*, à partir du 15^{ème} siècle, qui donné naissance à une juridiction distincte des cours de *common law*, la cour du chancelier (*Chancery Court*). Ce dualisme n'a pris fin qu'avec la réforme judiciaire de 1875 qui a intégré toutes les cours en une juridiction unique, la Cour suprême (*Supreme Court*) : depuis cette réforme, la *Chancery* n'est plus que l'une des formations

de la *High Court*, et tous les juges ont compétence pour appliquer s'il y lieu les remèdes d'*equity*. Il n'en reste pas moins que depuis le Moyen-Âge, des procédures spéciales se sont appliquées aux recours mettant en cause une autorité administrative (*prerogative remedies*). Il existe aujourd'hui au sein du *Queen's Bench division* une formation spécialisée dans les recours contre les actes (*judicial review*), couramment appelée «cour administrative, tandis que les contentieux contractuels ou en responsabilité délictuelle (*tort*) sont portés devant les formations compétentes avec les autres litiges de même nature.

Trois réformes importantes ont marqué l'organisation judiciaire britannique au cours des dernières décennies. La réforme de 1978—1981 a unifié les procédures et les délais de recours en matière de *judicial review* et introduit une différenciation entre les recours administratifs et les recours de droit commun; le *Human Rights Act* de 1998, qui a incorporé la CESDHLF dans le droit britannique a renforcé cette évolution. Puis la loi constitutionnelle de 2005 a institué la Cour suprême, mettant fin ainsi à la fonction judiciaire de la «commission des recours» (*Appellate Committee*) de la Chambre des Lords. Enfin, le *Tribunals, Courts and Enforcement Act* (c. 15) de 2007, regroupe tous les tribunaux en une seule juridiction à deux degrés, avec des règles uniformes de recours et d'appel, et des procédures unifiées de nomination de leurs membres, désormais qualifiés de juges. Les tribunaux ont joué un rôle essentiel dans le développement du droit administratif britannique mais ce développement a été masqué par le fait que les tribunaux n'étaient pas considérés comme des cours de justice mais comme des organes de traitement des recours formés par les administrés en application de lois spéciales. La loi de 2007 en fait évoluer la nature et reconnaître leur caractère de juridiction. Bien plus, certains recours de *judicial review* sont jugés, non plus par les cours ordinaires mais par le Tribunal supérieur créé par la loi, en fonction des transferts proposés par le président de la Cour suprême au ministre de la justice (*Lord Chancellor*). Il a été peu fait usage de cette possibilité, sauf le transfert de l'essentiel du *judicial review* en matière d'immigration en 2011; il existe aussi quelques autres cas¹⁹. L'opinion dominante est que de tels transferts ne devraient concerner que des matières pour lesquelles le Tribunal supérieur est déjà juge d'appel, mais ces cas sont déjà assez nombreux, et ne devraient pas concerner les cas dans lesquels une question de droit importante de portée générale est à juger; dans ce dernier cas, la «cour administrative» de la *High Court* devrait rester compétente. Mais le plus important est déjà que le Tribunal supérieur est devenu une «cour supérieure», du même rang que la *High Court*, que ces jugements valent précédents et qu'il peut imposer le respect de ses décisions et de celles des *tribunals* de première instance,

locales et des autorités locales de l'Etat en général par la loi du 30 août 2002 sur la procédure devant les tribunaux administratifs (art. 3).

¹⁹ Tribunal Procedure (Upper Tribunal) Rules 2008, SI 2008 no. 2698 (L.15), modifié en dernier lieu par SI 2015/1510.

sans avoir à demander à la *High Court* d'engager une procédure d'exécution. Enfin, un recours en appel est toujours possible devant la *High Court* contre le jugement d'un Tribunal supérieur.

Cette évolution est perceptible dans d'autres pays de *common law*, dont les réformes ont inspiré les réformes britanniques, malgré des différences importantes entre ces systèmes juridiques. On a ainsi établi en Australie une juridiction administrative à deux degrés, le Tribunal des recours administratifs (*Administrative Appeals Tribunal*) étant la juridiction administrative suprême, juge d'appel, et parfois en premier ressort. Mais les décisions du Tribunal peuvent être révisées pour erreur de droit, et pour ce seul motif, par la Cour fédérale qui est une juridiction de droit commun²⁰. En outre, le président et neuf membres du Tribunal doivent être des juges de la Cour fédérale. Cette évolution est moins marquée au Canada et aux Etats-Unis, bien qu'il existe depuis longtemps, aux Etats-Unis, des *courts of claims* qui statuent sur les réclamations pécuniaires dirigées contre l'administration au niveau fédéral et au niveau des états fédérés. Mais depuis les années 70, les administrations fédérales ont formé des organes de jugement des recours contre leurs décisions, qui sont composés de «juges administratifs». De facto, la cour fédérale du District de Columbia est devenue une juridiction administrative spécialisée, en raison de la localisation des administrations fédérales. Les jugements des *administrative judges* sont toujours susceptibles d'un recours en *judicial review* devant la cour fédérale, sous le contrôle par voie d'appel de la Cour suprême des Etats-Unis.

Au Canada, il existe des tribunaux administratifs mais dans un sens qui dérive du système de *common law*. On entend par tribunal administratif des «autorités décentralisées²¹ de l'administration investies de fonctions exclusivement ou principalement juridictionnelles»²². De tels tribunaux existent au niveau fédéral et au niveau des provinces, notamment au Québec. Ils ont une compétence d'attribution qui ne vise que les recours dirigés contre des actes individuels, et leurs décisions peuvent toujours faire l'objet d'un appel auprès de la cour d'appel de la province ou de la cour fédérale, s'agissant de tribunaux administratifs fédéraux. Mais ces tribunaux administratifs n'épuisent pas le champ de la justice administrative, dont une partie relève directement de la compétence des cours de *common law*. Les règlements peuvent faire l'objet d'un

recours en annulation devant les cours supérieures de *common law*, ou d'un recours en inconstitutionnalité s'ils portent atteinte à une norme constitutionnelle.

Certains pays présentent des analogies importantes avec les systèmes de *common law*, pour des raisons historiques différentes. Tel est le cas du Danemark et de la Norvège, où la règle est également la soumission de l'administration au droit commun et la compétence du juge ordinaire. Au Danemark, c'est la cour suprême qui est directement compétente pour statuer sur les recours dirigés contre des actes administratifs. En Norvège, cette compétence est exercée par les juridictions ordinaires de première instance, selon les règles de répartition des compétences, mais l'essentiel du contentieux est épuisé par la voie des recours administratifs (loi sur l'administration publique de 1967)²³.

Au Japon, la constitution de 1946 a mis fin au tribunal administratif hérité de la charte octroyée par l'empereur Meiji, et qui s'inspirait du droit allemand. Le contentieux administratif relève depuis lors du pouvoir judiciaire et de la Cour suprême, selon les règles de la procédure civile. La loi de 2004 réformant la loi sur le contentieux administratif vise à faciliter les recours. Mais la Cour suprême exerce son pouvoir avec beaucoup de retenue, et le nombre de recours en première instance est relativement faible par rapport aux Etats européens²⁴. Le Japon a absorbé sans difficulté les modèles juridiques européens à partir de la fin du 19^{ème} siècle et le modèle américain après 1946, mais, dans les deux cas, la part du droit dans la régulation des rapports sociaux reste faible au Japon. Selon John Owen Haley, «*Japan is a society ordered more by extralegal and often quite coercive community and group controls than law or government power*»²⁵, ce qui ne prive pas l'Etat de son autorité. L'empreinte du *common law* est donc restée très superficielle, au-delà de l'organisation judiciaire.

B. L'apparente unité de juridiction dans les pays de droit administratif

On appelle pays de droit administratif les pays dont le système juridique admet que l'organisation et l'action de l'administration publique nécessite, en principe, l'application de normes différentes de celles du droit civil ou commercial. Dans beaucoup de ces pays, le contentieux administratif est placé sous le contrôle d'une cour suprême unique, mais selon un régime de spécialisation fonctionnelle qui comporte de règles, non seulement de procédure, mais aussi de fond propres aux contentieux administratifs. C'est la différenciation du

²⁰ Un appel est alors encore possible à la *High Court of Australia*, qui est à la fois cour constitutionnelle et juridiction de cassation pour toutes les juridictions, fédérales ou des Etats et Territoires de l'Australie.

²¹ C'est-à-dire, dans le vocabulaire canadien, non soumises à un pouvoir hiérarchique, alors que dans le vocabulaire français de France cet adjectif ne vise aujourd'hui que des autorités territoriales.

²² P. Yssalis / D. Lemieux (2009), L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives, Yvon Blais (Thomson Reuters), Québec, p. 413.

²³ Trevor Buck (2004), European methods of administrative law redress: Netherlands, Norway, and Germany, Department for Constitutional Affairs, DCA Research Series 2/2004, novembre 2004, p. 34.

²⁴ Hiroshi Itoh (1989), The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies 1947—1988, New York, Markus Wiener.

²⁵ Authority without power. Law and the Japanese paradox, Oxford University Press, New York, 1991, p. 200.

droit administratif qui impose la spécialisation des juges, alors que dans les pays de *common law* il est courant que les mêmes juges aient à juger alternativement des affaires administratives ou des affaires civiles.

Le cas le plus remarquable est celui de l'Espagne, pays de droit administratif où la juridiction contentieuse-administrative (*Jurisdicción Contencioso-Administrativa*) est intégrée au pouvoir judiciaire par la constitution (art.106). Elle s'incarne au sommet de l'organisation judiciaire dans une chambre spéciale, la chambre administrative du Tribunal suprême, qui statue selon les dispositions de la loi sur la juridiction contentieuse-administrative; cette spécialisation interne se retrouve au niveau des tribunaux supérieurs de justice des communautés autonomes et de l'audience nationale (pour juger des recours contre des actes de l'administration de l'Etat). En certaines matières, cependant, la compétence est exercée, en dehors des juridictions ordinaires, par des juridictions unipersonnelles, les juges provinciaux et centraux du contentieux administratif (loi sur la juridiction contentieuse-administrative 29/1998, loi organique 19/2003 modifiant la loi organique sur le pouvoir judiciaire).

La même solution de principe a été adoptée en Hongrie, en Estonie (mais avec des juridictions administratives distinctes en première instance), en Lettonie, en Roumanie (section du contentieux administratif et fiscal de la Haute Cour de Cassation et de Justice: loi 304/2004) et en Slovaquie (section administrative de la Cour suprême et, en première instance, sections administratives des cours d'appel régionales). La plupart des pays d'Amérique latine ont un système comparable de justice administrative, qui résulte du croisement de l'héritage européen et de l'influence de la constitution des Etats-Unis depuis l'indépendance²⁶.

Tel est encore le cas de la Suisse. La loi fédérale du 17 juin 2005 a institué un Tribunal administratif fédéral qui a commencé son activité en 2007. Il assure la garantie générale de l'accès au juge; il n'existe plus de décision d'une autorité fédérale qui ne puisse être réexaminée par le Tribunal administratif fédéral. Auparavant, il n'existait aucune instance juridictionnelle entre les commissions de recours, ou les autorités administratives statuant en dernier ressort, et la chambre administrative du Tribunal fédéral. Ce dernier est une cour suprême; il a été inspiré par le modèle américain lors de l'élaboration de la constitution helvétique de 1848, et les jugements du Tribunal administratif fédéral peuvent encore faire l'objet d'un recours en révision devant le Tribunal fédéral (art. 45 à 47).

C. L'institution récente de la justice administrative et son attribution aux juridictions ordinaires

De nombreux pays ont introduit la justice administrative au cours des toutes dernières décennies, et l'attribution de celle-ci aux tribunaux ordinaires a pu être un choix par

défaut, ou reposer sur l'idée que c'était la solution la plus simple et la moins coûteuse. On peut citer ici les cas de la Russie, de la Chine populaire et de la République de Corée. On se limitera ici au cas de la Russie, et brièvement à celui de la Chine.

En Russie, le contentieux administratif a commencé à se développer à la fin de l'empire dans le cadre du premier département du Sénat impérial. Cet organe, créé par Catherine II, a connu à la fin du 19^{ème} siècle une certaine différenciation fonctionnelle qui en faisait, dans ses différentes formations, à la fois une cour suprême de justice, une assemblée participant au pouvoir législatif du tsar, et une autorité administrative. En particulier le premier département était chargé des mesures d'exécution des lois, de fonctions de contrôle ainsi que du contentieux administratif (судебно-административная функция). Le baron Korf comparait ces fonctions à celle du Conseil d'Etat français, et notait que l'on ne pouvait pas distinguer en Russie le «recours de plein contentieux» et le «contentieux de l'annulation» (en français dans le texte), car, historiquement, le Sénat impérial exerçait des pouvoirs d'administration active et se trouvait donc en position hiérarchiquement supérieure aux organes dont les décisions faisaient l'objet d'un recours. Il appréciait donc les motifs de fait autant que de droit et statuait aussi sur des recours visant des actes de portée générale²⁷. Au regard des conceptions modernes de la justice administrative, le sénat impérial était un organe hybride associant la participation à la législation, l'administration et la fonction juridictionnelle; le droit russe distinguait nettement les affaires civiles, qui relevaient d'un autre département, et les affaires administratives, dont le contentieux administratif²⁸, mais au sein du même organe juridictionnel suprême.

Pendant la période soviétique, le contentieux administratif n'a plus été organisé comme une fonction distincte, sauf dans le domaine des infractions administratives. Les lois de 1968 et de 1980 sur les requêtes de citoyens ne permettaient pas leur participation à la procédure. En 1964, la publication de l'ouvrage de Mme Salichtcheva, «Le procès administratif en URSS» a renouvelé la réflexion sur le sujet, y compris au plus haut niveau du pouvoir soviétique, et cet ouvrage est toujours considéré comme la base de la conception contemporaine du procès en droit administratif²⁹. La constitution de 1977 avait ouvert la voie à un contrôle juridictionnel de l'administration, mais la législation n'a jamais vu le jour, ou plutôt c'est seulement la loi de l'URSS du 2 novembre 1989 qui a introduit la possibilité d'un recours en annulation contre une décision administrative individuelle, après épuisement des voies de recours administratives.

²⁷ Корфъ С. А., *op. cit.*, vol. 2, pp. 362—388, et en particulier pp. 366—367.

²⁸ *Ibid.* pp. 362—363.

²⁹ Салищева Н. Г. (2011), Избранное [Œuvres choisies], Moscou, Académie de Justice de Russie. On trouvera dans ce recueil l'ouvrage cité, pp. 11—139.

²⁶ Voir par exemple, pour l'Argentine: J. Comadira (2003), *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis; M. Justen Filho (2009), *Curso de direito administrativo*, Sao Paulo, Ed. Saraiva, 4^{ème} éd.

La constitution de la Fédération de Russie de 1993 a clairement posé le droit de toute personne de former un recours juridictionnel contre les actes ou l'inaction de l'administration pour la protection de ses droits et libertés (art. 46). De longues discussions ont eu lieu sur la question de savoir s'il fallait créer une juridiction administrative distincte ou confier le contentieux administrative aux juridictions ordinaires, c'est-à-dire en Russie, les tribunaux civils et pénaux, d'une part, et les tribunaux d'arbitrage, compétents pour les litiges en matière économique. Un projet de code de la justice administrative, établissant une juridiction administrative indépendante, a été déposé à la Douma d'Etat en 2003, mais sans avoir de suite. L'un des arguments majeurs en faveur d'une juridiction administrative séparée de la juridiction ordinaire était d'éviter le risque de connivence entre les juges locaux et les autorités administratives locales, et de renforcer la confiance de la population dans la justice administrative³⁰.

En fin de compte, c'est un autre choix qui a été fait, celui de confier le contentieux administratif à la juridiction ordinaire, et de développer les voies de recours administratives. La loi du 27 avril 1993 (modifiée notamment en 1995 et en 2009) a confirmé le choix de 1989 mais elle a supprimé l'obligation du recours administratif préalable tout en réglant les modalités de celui-ci. Toute personne peut introduire un recours devant la juridiction ordinaire contre un acte portant atteinte à ses droits ou libertés émanant d'une autorité administrative, mais encore d'une entreprise ou d'une association, lorsqu'un autre recours n'est pas prévu par une loi spéciale. C'est l'autorité dont l'acte est mis en cause qui doit prouver qu'elle a agi légalement. Le tribunal peut déclarer l'acte illégal, rétablir le demandeur dans ses droits, suspendre l'acte attaqué, ordonner la réparation du dommage causé au demandeur. La procédure spéciale relative à ces recours a été organisée en 2002, respectivement, par le code de procédure civile (art. 245—258) et par le code de procédure d'arbitrage (art. 189—201). D'autre part, sur la base de l'ordonnance no. 314 du président de la Fédération de Russie, et surtout de la loi du 27 juillet 2010, toutes les administrations ont dû adopter des règlements sur leurs procédures administratives, comprenant, notamment la procédure de recours administratif. Enfin, nouveau code des infractions administratives, issu de la loi du 31 décembre 2001, a étendu la compétence des tribunaux ordinaires pour le prononcé des sanctions administratives et les recours contre les sanctions.

Ces réformes ont permis un développement important du contentieux administratif, qui a été relevé par des analystes extérieurs, notant une augmentation régulière du nombre des recours, ce qui suggère que les requérants sont plus confiants dans les chances d'obtenir satisfaction³¹. Mais

plusieurs problèmes restent non résolus. La multiplication des règlements de procédures, au lieu d'une loi générale de procédure administrative favorise une certaine opacité et nuit à la diffusion dans le public des grands principes. En restant au sein de la juridiction ordinaire, la justice administrative en partage les faiblesses, notamment les critiques qui lui sont adressées en ce qui concerne son indépendance, ce rend plus difficile son amélioration.

La République populaire de Chine a suivi la même voie, mais il existe une loi générale sur le contentieux administratif, la loi du 4 avril 1989, qui confie le contentieux administratif à des chambres administratives au sein des tribunaux ordinaires à tous les niveaux. Le contentieux administratif ne concerne que les actes administratifs ; il a été rendu possible par la constitution de 1982 (art. 41). Sur le plan procédural il a été influencé par l'expérience de Taiwan, qui a maintenu des tribunaux administratifs, soumis au contrôle de la cour suprême, selon une conception, inspirée du droit allemand, qui avait prévalu dans la République de Chine à partir de 1928³².

Mais il ne suffit pas d'identifier les paramètres en fonction desquels la justice administrative a été organisée dans les pays les plus divers. Il est plus important encore de comparer ce qui fait ou en limite l'efficacité, du point de vue du respect de la légalité comme du point de vue de la protection des droits. C'est donc le plus important de l'esquisse présentée ici qui reste à faire. L'intérêt à agir est une question essentielle; en fonction de la définition qui en est donnée, l'accès au juge sera plus moins largement ouvert. Les relations entre la justice administrative et les autres branches de la justice doivent être analysées, du point de vue de la répartition des compétences et du point de vue du règlement des conflits, sachant que l'étendue de la justice administrative varie beaucoup d'un pays à l'autre et qu'elle est, dans certains pays, partagée entre plusieurs juridictions (juridictions administratives spéciales, juridictions civiles, notamment). Il est ensuite nécessaire de comparer les pouvoirs des juges: quelle est la nature du contrôle exercé sur les actes? Quels sont les décisions que peut prendre le juge: déclarer un acte légal ou illégal, annuler, réformer la décision attaquée? Quelles sont les mesures provisoires dont dispose le juge? Quels pouvoirs peut-il mettre en œuvre pour assurer, enfin, l'exécution de ses jugements? Sur ces différents points, qui permettent de considérer la justice administrative comme plus ou moins puissante, les systèmes de justice administrative ne se répartissent plus complètement selon les grands modèles que l'on a distingués.

september, vol. 38, no. 3, pp. 549 et suiv.; S. A. Belov (2007), «Recent developments in Russian constitutional and administrative law», *International Journal of Legal Information*, vol. 35, pp. 278 et suiv.

³² Li Zhang (2009), *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine: éléments d'analyse comparée des contentieux administratif chinois et français*, Bruxelles, Bruylant.

³⁰ Selon V. I. Radtchenko, sténogramme de la table ronde du 19 avril 2005 de la Commission des lois constitutionnelle et de l'organisation de l'Etat de la Douma d'Etat.

³¹ P. H. Solomon Jr. (2004), «Judicial power in Russia: through the prism of administrative justice», *Law and Society*,

REFERENCES

- «Administrative Justice», in: P. Cane / H. Kritzer (eds.), *Handbook of empirical legal research*, Oxford, OUP, 2010.
- Albert Venn Dicey, [1885] (2006), *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, rééd. Adamant Media Corporation.
- Authority without power. Law and the Japanese paradox, Oxford University Press, New York, 1991.
- CEDH 28 juin 1990 «Obermeyer c. Autriche», no. 11761/1985: la Cour ne peut rechercher que si l'autorité administrative a usé de son pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec le but et l'objet de la loi, ce qui exclut tout contrôle réel sur faits ayant justifié la sanction; CEDH 23 octobre 1995 «Gradinger c. Autriche», Série A, no. 328: si la Cour se considère comme liée par les constatations de fait de l'administration elle ne peut être un tribunal au sens de la Convention, car elle n'exerce pas un contrôle de pleine juridiction.
- CEDH 28 sept. 1995 «Procola c/Luxembourg», série A, no. 326, RFDA 1996, no. 4, p. 795, comm. J.-L. Autin / F. Sudre, «La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme».
- CEDH 30 juin 2009 «Union fédérale des consommateurs Que Choisir? de la Côte d'Or» RFDA 2009/5, comm. B. Pacteau: «La justice administrative française désormais en règle avec la Cour».
- CEDH 9 novembre 2006 «Soc. Sacilor-Lormines c/France», RFDA 2007, no. 2, p. 352, comm. J.-L. Autin / F. Sudre, «L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause?».
- CEDH Gde Ch. 6 mai 2003 «Kleyn c/Pays-Bas», RTDH 2004, p. 365, note Gonzalez.
- Cf J.-M. Auby / M. Fromont (1971), *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne* (Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas), Paris, Dalloz.
- C'est-à-dire, dans le vocabulaire canadien, non soumises à un pouvoir hiérarchique, alors que dans le vocabulaire français de France cet adjectif ne vise aujourd'hui que des autorités territoriales.
- Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, Berlin, Springer Verlag 1872, 2ème éd. 1879.
- Droit administratif des Etats européens, Paris, PUF, 2006.
- G. Marcou (1982), «La Haute Cour Administrative polonaise», RDP no. 5, sept.-oct.
- H. N. Fenton (2010), «Where too little judicial deference can impair the administrative process: the case of Ukraine», dans: S. Rose-Ackerman / P. L. Lindseth (eds.), *Comparative administrative law*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar.
- Hiroshi Itoh (1989), *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies 1947-1988*, New York, Markus Wiener.
- H. Ragnemalm (2014), *Förvaltningsprocessrättens grunder* [Les bases du droit de la procédure administrative], Stockholm, Jure Förlag.
- La loi polonaise admet cependant un élargissement de la compétence des tribunaux administratifs aux actes des collectivités locales et des autorités locales de l'Etat en général par la loi du 30 août 2002 sur la procédure devant les tribunaux administratifs (art. 3).
- Li Zhang (2009), *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine: éléments d'analyse comparée des contentieux administratif chinois et français*, Bruxelles, Bruylant.
- L'Administrative Justice and Tribunals Council est chargé de produire les règlements relatifs aux tribunaux et aux enquêtes publiques et à en contrôler le fonctionnement (cf P. Craig, *Administrative Law*, Londres, Thomson, 6ème éd. 2008, no. 9-029).
- On appelle ici système mixte un système dans lequel les tribunaux ordinaires sont chargés du contentieux administratif en première instance mais qui se rattache au premier ou au second modèle (ex.: Pays-Bas) ou, à l'inverse un système dans lequel il existe des tribunaux administratifs en première instance mais où la cour suprême se rattache au troisième modèle (ex.: Australie, Suisse au niveau fédéral).
- P. H. Solomon Jr. (2004), «Judicial power in Russia: through the prism of administrative justice», *Law and Society*, septembre, vol. 38, no. 3.
- P. Yssalis / D. Lemieux (2009), *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Yvon Blais (Thomson Reuters), Québec.
- S. A. Belov (2007), «Recent developments in Russian constitutional and administrative law», *International Journal of Legal Information*, vol. 35.
- Selon V. I. Radtchenko, sténogramme de la table ronde du 19 avril 2005 de la Commission des lois constitutionnelle et de l'organisation de l'Etat de la Douma d'Etat.
- Traité de la juridiction administrative, 1887, tome 1.
- Trevor Buck (2004), *European methods of administrative law redress: Netherlands, Norway, and Germany*, Department for Constitutional Affairs, DCA Research Series 2/2004, novembre 2004.
- Tribunal Procedure (Upper Tribunal) Rules 2008, SI 2008 no. 2698 (L.15), modifié en dernier lieu par SI 2015/1510.
- Un appel est alors encore possible à la High Court of Australia, qui est à la fois cour constitutionnelle et juridiction de cassation pour toutes les juridictions, fédérales ou des Etats et Territoires de l'Australie.
- Verwaltungsgerichtbarkeits-Novelle 2012, BGBl. 5 juin 2012. Voir l'ensemble des textes modifiés dans leur version consolidée: *Verfassungsrecht 2013 et Verwaltungsverfahrensgesetze 2013*, publiés par Kodeks des österreichischen Rechts, Vienne, LexisNexis.
- VfGH 14 octobre 1987, no. 11.506, et 13 décembre 1988, no. 11.937.
- Voir par exemple, pour l'Argentine: J. Comadira (2003), *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis; M. Justen Filho (2009), *Curso de direito administrativo*, Sao Paulo, Ed. Saraiva, 4ème éd.
- Z. Cieślak / I. Lipowicz / Z. Niewiadomski (2002), *Prawo administracyjne*, Varsovie, WP LexisNexis, 2ème éd., vol. 2.
- Корфъ С. А. (1910), *Административная юстиция въ Россіи* [La justice administrative en Russie], Saint-Petersbourg, t. II.
- Салищева Н. Г. (2011), *Избранное* [Œuvres choisies], Moscou, Académie de Justice de Russie. On trouvera dans ce recueil l'ouvrage cité.