

SOMMAIRE

Résumé

Mots-clés

Introduction	5
I- Le contenu de l'impartialité du juge administratif	7
A- La dimension de l'impartialité du juge administratif	7
1. L'impartialité du juge administratif, un principe à deux volets.....	7
a. L'impartialité subjective	7
b. L'impartialité objective	7
2. L'impartialité, une garantie des parties à l'instance	8
a. Le juge impartial et les arguments probatoires	8
b. L'impartialité qui se donne à voir	9
B- La prévention de l'impartialité du juge administratif	10
1. Procédure à la disposition du juge administratif lui-même : le déport	11
2. Les techniques la disposition des parties	12
a. La récusation	12
b. Le renvoi pour cause de suspicion légitime	12
II- L'impartialité du juge administratif face aux exigences nouvelles imposées à la juridiction administrative	13
A- La consécration du juge unique dans le contentieux administratif	13
1. La formation collégiale assure le débat	14
2. La collégialité renforce l'impartialité.....	15
B- Les aménagements apportés à la manifestation contentieuse du principe d'impartialité ..	15
1. Les cas d'impartialité	15
a. Le cumul de fonctions au provisoire et au fond	15
b. L'exercice successif de fonctions administratives et juridictionnelles	20

c. L'exercice successif des fonctions consultative et juridictionnelle au Conseil d'État...	21
2. L'hypothèse où le principe d'impartialité est violé: le cumul de fonction juridictionnelle	22
Conclusion	24
Bibliographie	25



INTRODUCTION

Les États modernes se proclament être des États de droit. Ce concept exige la soumission de tous aux règles juridiques en vigueur. Le terme « tous » implique aussi bien les administrés que, et surtout, l'Administration. Pour cette dernière, un principe a été érigé spécialement pour traduire son assujettissement au droit : le principe de légalité. Celui-ci répond à la volonté de protéger les individus contre l'arbitraire auquel ils seraient exposés si l'administration n'était astreinte à aucune règle préalable. Ainsi, les autorités administratives sont tenues, dans leurs activités, de se conformer à la loi au sens large du terme. La légalité ne va jamais seule, une juridiction la complète, une juridiction à qui l'administré lésé par une action administrative peut faire appel. À cet effet, il doit disposer d'un droit à la justice. Sans l'accès à la justice, il n'y aurait pas de droit, or toute personne a besoin d'être assurée par le droit pour avoir accès à la justice. L'accès à la justice permet donc à un individu qui a intérêt légitime et qui présente les qualités requises d'accéder à une juridiction pour que celle-ci l'écoute et statue sur sa prétention. L'accès au droit et le droit à la justice avec l'État de droit met au cœur du système juridique le droit de l'administré au juge. Les quatre notions sont intimement liées voire même interdépendantes. L'absence de l'une fait disparaître le tout. La structure ainsi mise en place semble parfaite, mais si le justiciable a accès à un juge partial, elle serait vide de son sens. Ce qui nous intéresse ici, c'est l'impartialité d'un magistrat particulier qu'est le juge administratif. Sa particularité découle d'une part, de son pouvoir exceptionnel de juger l'Administration, et, d'autre part, de sa réputation qui « *au regard d'une opinion encore assez répandue (...) est marquée par « ses relations coupables » avec l'administration active* »¹.

L'impartialité du magistrat administratif doit, avant tout, être distinguée de son indépendance, les deux étant des notions très proches. L'indépendance reflète la non-soumission du pouvoir judiciaire à un autre pouvoir, elle « *s'exprime en externe par rapport à d'autres pouvoirs que le pouvoir judiciaire* »² et constitue ainsi la première caractéristique d'une juridiction qui aspire à être impartiale. Comme l'affirme Serge Guinchard,

¹ Laureote, « Le procès équitable devant le juge administratif français ».

² S. GUINCHARD, L'impartialité du juge et de l'arbitre- Étude de droit comparé, éd. Bruylant, 2006.

« l'indépendance est un préalable à l'impartialité ; on ne peut être impartial si, déjà, on n'est pas indépendant »³. Sans indépendance, il ne peut donc y avoir de juge. Cette indépendance, surtout par rapport à l'État, repose sur le Conseil Supérieur de la Magistrature qui veille à ce que les juges soient autonomes par rapport à ceux qui les nomment. Elle se manifeste aussi à travers l'inamovibilité du magistrat qui est garantie constitutionnellement. L'impartialité elle, se définit dans le langage courant comme étant une qualité de celui qui ne manifeste aucun favoritisme, qui n'exprime aucun parti pris. Ainsi définie, la notion se révèle avant tout en une qualité morale du juge. Son symbole le plus connu est celui de la justice même représenté par la femme aux yeux bandés maintenant la balance et le glaive⁴. Aujourd'hui, l'impartialité du juge administratif est devenue une règle explicite et constitue la condition *sine qua non* du système juridique entier. Bien que non inscrite dans aucun article de la Constitution, donc n'ayant pas de valeur constitutionnelle, le Conseil d'État la considère comme faisant partie des principes généraux applicables à la fonction de juge⁵. Dans le droit positif malgache, l'impartialité du magistrat est précisée dans le décret n° 2005- 710 portant Code de déontologie des magistrats en son article 7 qui dispose que « *le magistrat exerce ses fonctions sans favoriser quiconque ni prendre parti* » avant de poursuivre « *le magistrat veille à ce que sa conduite professionnelle et extraprofessionnelle mérite la confiance du public, du barreau, des auxiliaires de justice et des plaideurs, en l'impartialité de la justice et de la justice* ». Pour la doctrine l'impartialité du « diseur de droit » est « *l'objectivité dans la subjectivité* »⁶, elle « *traduit le principe de neutralité du juge, qui s'oppose à ce qu'un magistrat tienne compte dans la décision qu'il rend, de l'inclinaison ou de la réserve qu'il éprouve à l'égard de l'un des plaideurs, ou des contraintes plus ou moins diffuse se son milieu social ou de ses engagements personnels* »⁷. Toute confusion écartée, il convient maintenant d'apprécier les enjeux de ce principe dans le contentieux administratif. L'impartialité du juge renferme des éléments qui sont l'essence même de la justice (I), son application au niveau de la juridiction administrative tend pourtant, contrairement à son importance, à s'estomper (II).

³ S. GUINCHARD, « L'impartialité du juge et de l'arbitre- Étude de droit comparé » précité.

⁴ « Justice is portrayed as blind not because she ignores the fact and circumstances of individual cases but because she shuts her eyes to all considerations extraneous to the particular case (...) ».

⁵ CE 3 déc. 2003, *Lazennec*.

⁶ M-A Frison-Roche, « 2+1 = la procédure », in « La justice, l'obligation impossible ».

⁷ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2006/2007, n° 211.90.

I. Le contenu de l'impartialité du juge administratif

Compte tenu de sa dimension (A), l'impartialité du juge administratif doit être préservée. Diverses techniques sont mises en place à cet effet (B).

A. La dimension de l'impartialité du juge administratif

Le principe d'impartialité présente deux volets (1), dans les deux cas il constitue une garantie des parties à l'instance (2).

1. L'impartialité du juge administratif, un principe à deux volets

a) L'impartialité subjective

Le premier volet de l'impartialité est celui de l'impartialité subjective du magistrat c'est-à-dire « *celle qui tient le juge en tant qu'homme* » comme l'a déclaré le commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser dans l'arrêt *Commune de Rogerville* (CE Sect. 12 mai 2004). Il s'agit donc ici d'impartialité « *matérielle* ». Cette impartialité se rattache au juge lui-même, à ses convictions personnelles, ses opinions, ses attitudes. Par conséquent, on peut affirmer que l'impartialité vue sous cet angle constitue l'impartialité en son sens classique et qui empêche le juge administratif, dans ses fonctions, de ne pas tomber dans le piège de ce qu'on appelle le *préjugé*.

En définitive, l'impartialité subjective suppose que le magistrat n'ait aucun lien avec les deux parties. Il ne peut être juge et partie. C'est ainsi que le Conseil d'État a sanctionné le fait qu'un juge siège dans la formation saisie d'une requête de la commune de Sartrouville alors qu'elle est la fille d'un conseiller municipal (CE 2 oct. 1996, *Commune de Sartrouville*). Pour mesurer cette impartialité objective, il faut donc se demander ce que pensait le juge dans son for intérieur au moment où il a prononcé le verdict.

b) L'impartialité objective

A côté de l'impartialité subjective, celle dite objective constitue le deuxième aspect du principe et peut être qualifiée d'impartialité « *organique* » du fait de sa liaison à l'organe ou à la fonction. Elle se fonde principalement sur l'apparence et le principe général que la justice doit être rendue de manière ostensible. Cette impartialité prend en compte les doutes légitimes que peuvent ressentir le justiciable et son analyse « *conduit à se demander*

lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci » (CEDH 6 juin 2000, *Morel c. France*). Le Conseil d'État a posé comme règle que l'exercice de certaines fonctions est de nature à porter atteinte au principe de l'impartialité car il conduit à un *préjugement* or c'est cette impartialité objective même qui a été remise en cause dans l'arrêt du 12 mai 2004, *Hakkar* dans lequel la Haute Juridiction a accepté l'intervention d'un magistrat dans des fonctions juridictionnelles eu égard aux interventions antérieures qui avaient pu lui donner une certaine connaissance de l'affaire.

2. L'impartialité, une garantie des parties à l'instance

a) Le juge impartial et les arguments probatoires

Les précédentes parties de notre développement ont mis en exergue l'idée que l'impartialité subjective interdit au juge administratif d'avoir des préjugés à l'égard des justiciables. L'arrivée d'un requérant au tribunal ne peut et ne doit conduire le « diseur de droit » à avoir une idée préfixée, que ce soit politique, religieuse ou autres sur lui. Le juge a l'obligation de garder toute sa neutralité, la neutralité ayant pour corollaire, rappelons-le, l'impartialité. Le terme « neutre » n'est pourtant pas ici compris comme étant indifférent c'est-à-dire agissant comme n'ayant aucun intérêt à prêter attention aux causes des parties.

La neutralité qu'on traite dans ces lignes résulte de deux attitudes que le juge administratif doit prendre. Tout d'abord, elle découle du fait que le juge fasse appel à sa conscience quand les parties présenteront leurs arguments respectifs. Tout au long du procès, il n'y aura que les arguments qui seront pris en compte. Seules les preuves apportées constitueront le cadre défini pour résoudre le litige. A quoi servirait en effet la saisine du tribunal si la cause était déjà entendue ? Le fait d'être neutre n'exige pas non plus du juge à ce qu'il cesse d'avoir des opinions personnelles. La neutralité émane ensuite de l'aptitude, mais surtout de la volonté du juge à être convaincu par un fait, une argumentation ou une interprétation juridique apportée par une partie. C'est pour cette seconde raison que le contentieux administratif consacre le débat. Le débat est primordial: un tribunal se réclamant impartial, mais qui siège pourtant sans discussion ne peut être un véritable refuge pour le faible puisqu'il ne l'écoute même pas. En l'absence de débat, les arguments perdent

tout leur poids. Dans le cadre du contentieux administratif, parler de débat fait tout de suite penser au caractère contradictoire de la procédure devant le juge. Le principe du contradictoire ou principe de la contradiction est « une garantie de participer pleinement au débat »⁸. Conscient du lien qui existe entre ce principe et celui de l'impartialité, le Conseil d'État a décidé que seules des dispositions légales explicites peuvent dispenser une juridiction d'appliquer la règle de la contradiction. (CE 10 août 1918, *Villes*). Il lui a même donné la valeur de principe général applicable à toutes les juridictions administratives (CE 13 déc. 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*) avant d'évoquer que le principe du contradictoire « tend à assurer l'égalité des parties devant le juge » (CE 29 juil. 1998, *Mme Esclatine*).

L'impartialité devient alors une véritable règle de preuve. On peut affirmer que la partialité sévit lorsque quels que soient les faits et les arguments avancés, le juge ne change pas d'avis. L'impartialité est écartée quand il ne se laisse pas convaincre parce qu'il possède déjà une vision sur l'affaire, une vision déjà ancrée en lui dès le début. Une telle situation serait préjudiciable tant pour la juridiction que pour la société tout entière.

b) L'impartialité qui se donne à voir

L'impartialité, si on veut l'instaurer, ne doit pas être une impartialité de façade. Elle ne consiste pas à induire en erreur le justiciable en lui présentant une illusion d'impartialité. Cette impartialité doit être substantielle et palpable. C'est la « théorie de l'apparence ». Elle prend sa source dans le droit anglais lorsque le Lord Chief Justice Hewart, dans un arrêt de la Chambre des Lords de 1924, prononce la phrase suivante : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁹. Le juge a l'obligation de montrer qu'effectivement, dans son travail, lorsqu'il dit le droit, il n'est emprisonné par ses préjugés. Une telle affirmation ne doit pas rester dans la littérature, elle exige une application effective. C'est dans cette optique que la juridiction administrative est tenue de motiver ses décisions.

Troisième élément du jugement, après les visas et les mentions de régularité procédurale, les motivations sont rédigées sous forme de « considérants » de la solution qu'il consacre. La motivation est une exigence instituée à la charge de la juridiction en vue

⁸ B. Pacteau, *Contentieux administratif*, PUF, 7^{ème} édition, 2005, p 253.

⁹ « La justice ne doit pas seulement être rendue, il doit être vu qu'elle a été rendue ».

de garantir les droits des intéressés, de les informer des motifs de droit et de fait ayant fondé la décision de justice. La jurisprudence administrative est même allée plus loin : tout en confirmant l'obligation de motiver les décisions juridictionnelles, elle a formulé expressément que la motivation s'impose même sans texte (CE 1^{er} mars 1935 *Platon*). Tout d'abord, la motivation contraint le juge administratif à la rigueur et au scrupule, mais surtout, elle met au devant son impartialité. Les motifs l'obligent à se justifier et l'empêchent de sombrer dans ses préjugés : la décision n'étant pas prise dans l'arbitraire mais suivant les règles de droit. Sans la motivation, le juge peut organiser un simulacre de débat, pire encore il feint une partie en accueillant toutes ses argumentations, pourtant, et c'est ce qui est pernicieux, sa conscience refuse tout changement d'avis, toute modification de position. À travers cette motivation, c'est aussi la juridiction administrative toute entière qui montre son impartialité et sa transparence en permettant au juge supérieur d'exercer un contrôle sur les raisons de fait ou de droit qui ont conduit les premiers juges à se prononcer. Enfin et non le moindre, un jugement motivé est « censé » faciliter la compréhension du justiciable du rejet ou de l'accueil de sa demande. On rencontre ici le problème traditionnel posé par la règle de *l'ipperatoria brevitatis* qui veut que les motivations soient concises, ce qui les réduit à quelques lignes, voire même en quelques mots. Et comme cette brièveté de la motivation ne suffit pas, le juge utilise des « locutions stéréotypées », comme l'affirmait M.-C Ponthoreau (« Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », RDP, 1994.747) telle que la référence aux « circonstances de l'espèce », aux « pièces du dossier » ... qui rendent difficile la compréhension de la décision, et partant, d'occulter la transparence du magistrat lui-même.

B. La prévention de l'impartialité du juge administratif

Pour que le juge ne soit pas taxé de partialité, diverses techniques ont été mises en place. Certaines découlent de la loi, d'autres sont des règles générales de procédure. Mais pour notre part, il convient de les classer selon qu'elles soient à la disposition du juge (1) ou à celle des parties au procès (2).

1. Procédure à la disposition du juge administratif lui-même : le déport

Le déport se définit comme étant l'abstention dont un magistrat administratif, membre du Conseil d'État, d'un Tribunal administratif ou d'une juridiction administrative spécialisée, a volontairement pris l'initiative. Cette abstention de siéger est donc spontanée. Pour ce faire, le juge administratif concerné demande à ce qu'un autre le remplace lorsqu'il sent que son impartialité risque de ne pas être intégrale voire inexistante. L'abstention de juger l'une des affaires inscrites au rôle n'implique pas que le juge doit sortir de la salle. Le déport veut seulement qu'il s'écarte ostensiblement de la formation collégiale et ne participe pas au débat en cours de délibéré. Vue sous cet angle, l'abstention d'un magistrat concrétise aussi la « théorie de l'apparence ». La jurisprudence a donné plusieurs exemples de cas de déport. Pour ne citer que quelques-uns, le magistrat s'est abstenu de juger l'affaire qui lui a été soumise après avoir donné son avis personnel, par exemple, comme conseiller juridique d'un département ministériel (CE 25 janv. 1980, *Gadiga*). À cet égard l'usage veut que le président de la formation demande à l'un des membres, avant que la séance publique ne soit ouverte, si l'un d'eux souhaite se déporter pour l'une des affaires inscrites au rôle. L'abstention avait été aussi mise en œuvre lorsqu'il avait eu à connaître l'affaire dans le cadre de ses fonctions administratives antérieures (CE 6 déc. 1996, *Société Lambda*).

Au Conseil d'État, la réglementation interne prévoit également l'application d'office de la procédure de déport dans des cas spécifiques. Il est de règle générale que ceux qui ont participé à un examen d'un texte dans le cadre d'une Section administrative ne participe pas au jugement de cette affaire au contentieux. De tout ce qui précède, le déport se base sur l'honnêteté et la « conscience professionnelle » du juge administratif. Mais il se peut qu'un magistrat dont l'impartialité est douteuse ne se déporte pas. Dans ce cas, il incombe à la juridiction à laquelle il appartient de l'inviter à ne pas siéger (CE 11 fév. 1953, *Société industrielle Bozel Malétrat*).

2. Les techniques à la disposition des parties

a) La récusation

La récusation se définit comme la procédure par laquelle le requérant demande que tel magistrat s'abstienne de siéger parce qu'il a des raisons de suspecter sa partialité à son égard. En reprenant les termes de René Chapus, « *toute partie peut récuser un juge en raison des sentiments d'inimitié de celui-ci pour elle ou d'amitié pour son adversaire* ». L'objet de la récusation est de défendre une partie contre un risque d'impartialité subjective au sein de la formation juridictionnelle car elle touche aux relations entre le juge et l'une des parties au procès administratif. En conséquence, elle s'applique même sans texte à toutes les juridictions administratives existantes sauf dispositions législatives contraires (CE 26 oct. 2005 Z.). Cette procédure peut toucher n'importe quel magistrat membre de la formation de jugement ; toutefois le requérant ne peut récuser un juge que lorsque celui-ci statue sur l'affaire. Dans le cas contraire, la récusation est impossible (CA 26 mars 1996 *Rakotoarimanana Claude c. État malgache*). Ainsi, la demande de récusation après la fin de l'audience ou la récusation d'un membre du tribunal administratif en appel ou en cassation est irrecevable. Une exception est pourtant prévue pour cette seconde hypothèse, notamment lorsque la cause de la récusation n'a pu être connue lors de l'instance de premier ressort (CE 9 fév. 2000 *Adda et Piquet*). Par contre, la demande de récusation est acceptée même avant la publication de l'affaire au rôle de l'audience ; tel est le cas lorsque l'une des parties a reçu acte d'instruction signé par un magistrat dont l'impartialité lui paraît douteuse (CAA de Lyon 12 juil. 2005 *Frugier*).

Pour finir, il convient de préciser que, d'une part, la demande de récusation est soumise à un ministère d'avocat sous peine d'irrecevabilité, ce qui, à notre avis, peut constituer un frein à la protection de l'impartialité par les parties ; et d'autre part, la décision de récusation est un acte juridictionnel et non un acte administratif.

b) Le renvoi pour cause de suspicion légitime

Lorsqu'une partie met en doute l'impartialité de toute une juridiction, elle peut renvoyer l'affaire devant la juridiction directement supérieure pour suspicion légitime. La demande de renvoi ne saurait être admise que pour des motifs sérieux et graves (CE 30 mars

1979, *Jeault*) et est soumise, tout comme la demande de récusation, à un ministère d'avocat (CE 25 avril 1979, *Paisnel*).

La procédure de renvoi pour suspicion légitime se distingue de la récusation par cinq caractéristiques. Tout d'abord, elle constitue une règle générale de procédure et ne figure donc dans aucun texte (CE 3 mai 1957 *Nemegyei* ; CE 8 janvier 1959, *Commissaire du gouvernement près le conseil supérieur de l'Ordre des experts comptables*). Ensuite le doute ressenti par le requérant doit concerner toute la juridiction dans son ensemble et non une formation de jugement (CE 11 déc. 1985, *Bertin*). Elle constitue donc une sorte de récusation collective (CE 29 juil. 1998, *Lacolle*); en conséquence, la compétence pour connaître de la demande de renvoi appartient à la juridiction directement supérieure à celle que la partie veut écarter. La demande de renvoi est donc inopérante devant le Conseil d'État car il n'y a pas de juridiction supérieure au-dessus de lui. (CE 27 mars 1991, *Bertin*). Enfin, si elle est fondée, la suspicion légitime dessaisit la juridiction normalement compétente de l'affaire.

Il convient d'apporter une réserve quant à l'application du renvoi dans le système juridique malgache : le requérant ne peut pas récuser toute une juridiction, cela dans un souci d'éviter d'entraîner un déni de justice (CA 22 janv. 1997 *SMM c. État malgache*).

II. L'impartialité du juge administratif face aux exigences nouvelles imposées à la juridiction administrative.

Le souci de renforcer l'État de droit a conduit la juridiction administrative à apporter des réformes inédites dont la plus connue reste la consécration du juge unique (A). En face de cette modification dans son fonctionnement, de récentes évolutions jurisprudentielles concernant les manifestations contentieuses de l'impartialité (B) ont bouleversée l'esprit traditionnel du principe.

A. La consécration du juge unique dans le contentieux administratif

La loi n° 2001- 025 du 21 décembre 2001 relative au Tribunal administratif et au Tribunal financier en son article 7 pose comme principe la collégialité de la formation de jugement lorsqu'il dispose « *En formation de jugement, le Tribunal administratif statue avec la participation du Président et de deux conseillers*» avant de poursuivre « *Toutefois, en*

matière de référé, les jugements peuvent être rendus par le Président statuant seul ou par le magistrat délégué par lui à cet effet». Le législateur, lui-même s'est donc prononcé pour reconnaître un juge statuant seul en matière administrative, même si celui-ci n'intervient qu'exceptionnellement.

Depuis l'abandon de la théorie du ministre-juge, la juridiction administrative s'est montrée réticente quant à ce juge statuant seul, d'autant plus que ce dernier n'est pas très apprécié par la doctrine, « *un tel magistrat ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique* » affirmait Montesquieu¹⁰ pour confirmer l'expression populaire de l'époque « juge unique- juge inique ». Actuellement, le juge unique refait surface et se trouve au centre des débats doctrinaux quant à sa nécessité. On avance comme argument en sa faveur la constatation de la lenteur de la justice administrative. Fort nombreux, dit-on, les administrés qui se plaignent de l'inexistence de célérité au sein de cette juridiction. Un juge statuant seul allègerait considérablement le traitement des dossiers. D'autres, toujours dans l'intention de défendre le juge unique, affirment que la collégialité est un grand luxe budgétaire et organisationnel. La suppression de la collégialité peut donc être plus facilement conçue dans la perspective d'un meilleur fonctionnement de la machine judiciaire.

Ces arguments ne sont pas vraiment convaincants. La collégialité reste, et cela de loin, la meilleure organisation de la juridiction administrative. Une formation collégiale assure le débat (1), mais surtout, et c'est ce qui nous intéresse, elle renforce l'impartialité (2).

1. La formation collégiale assure le débat

On a déjà eu l'occasion de développer plus haut l'importance du débat dans le contentieux administratif. En son absence, aucune décision de justice ne pourra être rendue. Il doit exister entre le juge et les parties mais on ne doit pas non plus oublier que les juges entre eux, en statuant, sont invités à tenir une discussion sur l'affaire. C'est ce second volet qui nous intéresse ici. La pratique a montré qu'un échange d'idées n'était que bénéfique pour les résultats de la juridiction. En effet, elle améliore le bien jugé de l'affaire et conduit à une justice de bonne qualité en prenant en compte chacune des visions des magistrats qui

¹⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois*. Livre VI. Chap. VII.

siègent. Chacun y apporte ainsi ses propres interprétations sur le cas, mais surtout la collégialité fait appel aux expériences acquises par les magistrats.

2. La collégialité renforce l'impartialité

Par souci d'impartialité, la collégialité est recommandée. Tout d'abord, elle neutralise la subjectivité des magistrats qui ne sont pas pour autant distants des parties. La formation collégiale invite à ces derniers à se contrôler. Ensuite, elle renforce l'indépendance accordée aux juges. Ces derniers ne seront pas formellement responsables des décisions qu'ils prendront au cours de l'audience parce que ces décisions seront collégiales. L'instauration d'un juge unique entraînerait inévitablement l'abandon du principe de l'immunité juridictionnelle car ce juge en statuant seul prendrait une décision qui n'engagerait que lui. Une telle situation ne se produirait jamais dans une formation collégiale.

B- Les aménagements apportés à la manifestation contentieuse du principe d'impartialité

Suivant le cas, dans certaines situations, l'impartialité du juge administratif est respectée (1) ; dans d'autres, par contre, il est considéré que celle-ci est violée (2).

1. Les cas d'impartialité

a) Le cumul de fonctions au provisoire et au fond

À la lecture de la loi organique 2004-036 1er octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant et de la loi 2001-025 du 1er octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant, celles-ci restent muettes sur le point de savoir si un juge statuant en référé peut statuer ensuite au principal de la même affaire. Autrement dit, elles ne se prononcent point sur la question de cumul de fonctions juridictionnelles.

La mise en œuvre des procédures de référé a donc conduit les juges à se demander quel est l'impact de ces dernières sur le principe d'impartialité. Avant, les solutions sur le cumul n'étaient pas uniformes. La Cour d'Appel administrative de Paris, lorsqu'elle a eu à traiter le

problème avait affirmé que « *non seulement ne porte pas atteinte au principe d'impartialité (...) mais répond, dans l'intérêt des parties à l'exigence d'une bonne administration* » (CAA de Paris 21 oct. 1999, *Territoire de la Polynésie française*). Celle de Bordeaux avait estimé que le juge des référés ne peut participer à la formation de jugement au fond, lorsqu'il s'est prononcé sur la condition tenant à l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux (CAA de Bordeaux 18 nov. 2003, *Brada*).

La Haute Juridiction devait donc se prononcer dans un avis du 12 mai 2004, *Commune de Rogerville* pour régler les divergences de positions au sein de la juridiction administrative, avis, qui, vu son importance, mérite qu'on rappelle les faits.

La commune de Rogerville avait saisi le tribunal administratif de Rouen pour faire annuler un arrêté du Préfet de Seine-Maritime créant la communauté de l'agglomération havraise. Le 20 septembre 2001, ce tribunal composé de trois membres rejetait la demande. En appel, la commune avait soutenu la violation de principe de l'impartialité car l'un des membres de la formation de jugement en première instance était celui qui avait statué sur l'affaire au stade du référé-suspension, créant ainsi un doute sérieux sur la légalité de la décision. Estimant l'existence d'une question de droit nouvelle, l'assemblée plénière de la Cour d'Appel administrative de Douai avait transmis le dossier au Conseil d'État pour lui demander son avis. Ce dernier déclarait alors que le cumul entre la fonction de juge de référé- suspension et la fonction de juge au principal est autorisé : « *Eu égard à la nature de l'office ainsi attribué au juge des référés (...) la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tenant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge principal* » .

Cette décision ne fait pas l'unanimité. Pour notre part, elle est critiquable en ce sens qu'elle minimise d'une part, les pouvoirs du juge des référés, pouvoirs qui lui permettent de fouler aux pieds le principe d'impartialité (a), et d'autre part, la bonne administration de la justice reste un argument peu pertinent, réfutable même pour permettre le cumul (b).

➤ Une minimisation de l'importance des pouvoirs du juge des référés

Le juge des référés est réputé avoir des compétences limitées par rapport au juge du fond. En effet, celui-ci ne peut ni intervenir dans les litiges mettant en cause la sécurité et l'ordre public, ni ordonner en référé le sursis à exécution d'une décision administrative, ni enfin préjuger sur le fond de l'affaire. Mais une étude plus poussée permet de douter de la réalité des limites de ses compétences ; de plus, les compétences qui lui sont attribuées ne vont pas de pair avec le principe d'impartialité.

D'une part, pour accueillir la demande du requérant, le juge exige l'existence de moyens sérieux. Il est donc obligé d'examiner l'argumentation juridique du requérant. Un tel examen ne peut que conduire le juge à avoir un *préjugement* sur l'affaire s'il lui est possible de statuer sur le principal ensuite. A cela s'ajoute le fait que très souvent le requérant recopie intégralement les mêmes arguments lors de la demande de référé pour former sa demande au principal. Le droit comparé montre que le cumul de fonctions juridictionnelles est prohibé notamment en Belgique. Son Conseil d'État avait déclaré dans un arrêt du 14 décembre 2000 que « *lorsqu'un magistrat statuant sur une demande en référé se prononce sur le sérieux des moyens invoqués, il émet un jugement sur l'apparence de fondement de ces moyens; que s'il est vrai que cette appréciation ne le lie pas pour l'examen du fond, le justiciable peut raisonnablement éprouver la crainte que le magistrat devant lequel il plaide ait, dès avant d'avoir pris connaissance des pièces de procédure relative au recours en annulation, une opinion quant à la solution à donner à ce recours ; qu'en effet, juger qu'un moyen n'est pas sérieux revient à décider, au terme d'un premier examen, que les arguments invoqués à l'appui de ce moyen ne sont pas convaincants ; qu'à moins que des éléments neufs de nature à modifier cette appréciation ne soient versés au dossier, le justiciable est fondé à redouter que le magistrat qui a porté cette appréciation ne persiste à les trouver peu convaincants lorsqu'il est appelé à statuer sur le recours en annulation (...)* ».

La circonstance que l'ordonnance de référé soit dépourvue de l'autorité de la chose jugée n'empêche pas que le juge des référés porte une appréciation sur le bienfondé de la prétention qui anticipe celle du jugement.

D'autre part, le juge des référés peut être conduit, en raison de son office c'est-à-dire le rôle du juge dans la direction du procès, à prêter attention à la demande de fond. Tel est le cas lorsqu'il décide que la demande de suspension ne peut être accueillie en raison de

l'irrecevabilité de la demande au fond ou lorsqu'il examine si l'un des moyens invoqués dans la demande en référé est de nature à faire naître un doute sérieux quand à la légalité de la décision critiquée. De tels pouvoirs ne peuvent être considérés comme compatibles avec le cumul. De même, que penser du « juge pédagogue », juge des référés qui est allé jusqu'à conseiller le requérant en n'hésitant pas à lui indiquer les recours s'offrant à lui et les conditions à remplir tout en prenant soin de lui préciser sa situation juridique au regard d'un éventuel nouveau recours (CE 13 juin 2007, *Michel Soppelsa*)? Ce juge peut-il encore bénéficier d'un cumul de fonctions?

Il n'est pas impossible, vu ces constatations, que le juge des référés pouvait donner le sentiment légitime de s'être forgé à l'occasion de l'examen de la demande de suspension, une opinion définitive sur le litige.

➤ **Le souci d'une bonne administration de la justice, une excuse inconcevable pour accepter le cumul**

La notion de « bonne administration de la justice » n'a jamais intéressé la doctrine¹¹. Il est donc difficile de la cerner avec précision. Ce qu'on peut dire c'est qu'elle n'est pas une notion conceptuelle mais une notion fonctionnelle. Elle se définit par son utilité pratique et non de manière abstraite¹². Elle renvoie à un résultat à atteindre.

La jurisprudence, elle, a fait appel à cette notion pour traiter la question de cumul de fonctions, cela dès les années 70. « *Le souci d'assurer l'impartialité des juges devrait conduire, en toute logique, à écarter du jugement d'une affaire, non seulement tout conseiller ayant rempli les fonctions de commissaire de gouvernement préalablement à un jugement avant dire droit, mais tout membre de la juridiction ayant participé à un jugement de cette sorte, ce qui ne serait pas conforme à vos propres pratiques, et aboutirait en outre à bloquer complètement le fonctionnement des tribunaux administratifs*», tel était le contenu des conclusions du commissaire du gouvernement Bertrand¹³. Plusieurs décennies après, le concept de bonne administration de la justice était encore soulevé par les conclusions de la

¹¹ Seules trois études ont été faites sur la question de 1995 à 2003 notamment celle de J. Robert, *La bonne administration de la justice*, AJDA 1995, n° spécial p. 117 ; N. Laval, *La bonne administration de la justice*, Petites affiches août 1999, n° 160 ; R. Chapus, Georges Vedel et *l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, RD publ. 2003, p. 3-17.

¹² G. Vedel, JCP 1948, I, n°682 et JCP 1950, I, n° 851.

¹³ CE 6 fév. 1970 *Entreprise de transport et de distribution d'électricité*.

*Commune Rogerville*¹⁴. Le commissaire du gouvernement faisait alors référence aux « *lourds inconvénients pratiques de l'exclusion du juge des référés* ».

À travers ces deux arrêts, une bonne administration de la justice serait entravée si la juridiction administrative devait multiplier le nombre de personnes qui auront à traiter la même affaire, d'autant plus que le nombre de requêtes soumises à celles-ci l'empêche de ne pas faire appel à un cumul.

Un tel raisonnement est doublement erroné. Erroné, tout d'abord, car la juridiction administrative malgache se caractérise par la faiblesse de requêtes introduites devant elles. Les études effectuées récemment ont fait savoir qu'en moyenne le Conseil d'État ne reçoit que 250 par an¹⁵. La consultation du registre des requêtes au niveau du Tribunal administratif d'Antananarivo, qui a compétence sur tout le territoire de l'ex-province d'Antananarivo, nous a même informés qu'au cours de l'année 2007, il n'a reçu que 64 requêtes dont 7 (ce qui représente 10,93% des requêtes) demandaient un sursis à exécution. En 2008, toujours au sein du même tribunal, parmi les 77 demandes, 13 seulement avaient pour objet de statuer sur un sursis à exécution (soit 16,88%). Ces chiffres démontrent que la juridiction administrative n'est pas, et, est loin d'être engorgée si elle refusait le cumul de fonctions de juge des référés et de juge au principal. La prohibition du cumul n'entraîne pas nécessairement des difficultés insurmontables. Par ailleurs, l'argumentation est inexacte parce qu'elle fait primer la bonne administration de la justice sur le principe d'impartialité. Cela ne peut se concevoir car la bonne administration de la justice a parmi ses composantes l'impartialité du juge administratif.¹⁶

La consécration du cumul à cause de la bonne administration de la justice rendrait conjoncturelle la définition du principe d'impartialité, la bonne administration de la justice étant devenue tributaire des situations en présence. Autrement dit, le principe d'impartialité serait compatible avec le cumul quand le nombre de requêtes est élevé, tandis que le principe serait violé, si vu la rareté des demandes, on accorderait encore le cumul de fonctions au provisoire et au fond.

¹⁴ CE 12 mai 2004, *Commune Rogerville* précité.

¹⁵ L'Administration devant son juge, Ed. Jurid'ika, 2008.

¹⁶ La « bonne administration de la justice » administrative ; Jean-Marc Favret, RFDA, 2004, Chron. P.943.

Il convient de remarquer qu'un arrêt, prononcé le même jour que l'affaire *Commune Rogerville*, se basait sur ces mêmes principes qui ont conduit à prendre cette nouvelle position jurisprudentielle. Ainsi, est conforme au principe d'impartialité le fait qu'un magistrat, après avoir rejeté une demande d'aide juridictionnelle statue de nouveau en qualité de juge des référés sur la même affaire (CE 12 mai 2004, *Hakkar*).

b) L'exercice successif de fonctions administratives et juridictionnelles

La Haute Juridiction était particulièrement réticente au fait qu'un juge administratif interfère les fonctions administratives et les fonctions juridictionnelles. Elle considérait cette situation comme contraire au concept de l'impartialité objective surtout quand la même personne avait participé à l'adoption d'actes décisifs ou qui avait rendu publiquement position sur le fond. De telles hypothèses se rencontrent par exemple lorsque le juge en question est l'auteur de la décision (CE 2 mars 1973, *Dlle Arbousset*) ou encore quand il a déjà eu l'occasion de donner un avis public sur le sujet traité (CE 15 oct. 1990, *Association pour le développement harmonieux de Saint-Gilles et sa région*). La violation de l'impartialité objective peut aussi survenir quand l'opinion de la juridiction est connue d'avance : les magistrats qui ont siégé lors de l'adoption du rapport public de la Cour des Comptes mettant en cause le directeur d'un établissement public ne peuvent ensuite participer à la formation de jugement de la Cour de discipline budgétaire et financière qui condamnera ce directeur pour les faits signalés dans le rapport (CE 4 juil., *Dubreuil*).

En 2004, le Conseil d'État s'est écarté de sa position traditionnelle¹⁷ en acceptant à l'inverse le cumul. Condamné à perpétuité, M. Hakkar avait saisi le juge du référé-liberté du tribunal administratif de Besançon pour faire annuler un arrêté préfectoral rejetant sa demande de renouvellement de carte d'identité française. Le lendemain, le président du tribunal avait rejeté sa demande d'aide juridictionnelle, ce rejet constituant une décision administrative judiciaire (CE 22 janv. 2003, *M' Trengoueni*). Il s'est avéré que ce même magistrat avait rejeté la requête de M. Hakkar le surlendemain lorsqu'il statuaient comme juge des référés. Le requérant formait alors un recours en cassation sur cette ordonnance en invoquant l'impartialité du juge. Le Conseil d'État n'avait pas fait droit à cette demande : «*eu égard à l'office attribué au magistrat appelé à statuer sur une demande d'aide*

¹⁷ CE 12 mai 2004, *Hakkar*.

juridictionnelle - et sous réserve du cas où il apparaîtrait que, allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige -, la circonstance que le même magistrat se trouve ultérieurement amené à se prononcer sur la requête pour la présentation de laquelle l'aide juridictionnelle avait été sollicitée est, par elle-même, sans incidence sur la régularité de la décision juridictionnelle statuant sur cette même requête ».

c) L'exercice successif des fonctions consultative et juridictionnelle au Conseil d'État

Depuis la loi organique n° 2004-036 du 1^{er} octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant, le Conseil d'État malgache s'est vu attribué deux nouvelles fonctions. En effet, le législateur a fait que la Haute Juridiction soit d'appel et de cassation. Mais en plus, il a tenu à ce que celle-ci puisse exercer une fonction consultative. Dans le cadre de ce deuxième office, le Conseil d'État peut être consulté par le Premier Ministre et par les Gouverneurs des Provinces Autonomes et procéder à des études sur des textes de loi et sur l'organisation, le fonctionnement ou les missions des services publics (article 129.5 et 6). Il peut aussi être consulté par le Président de la République et le Premier Ministre dans le cadre de leur pouvoir réglementaire.

Cette nouvelle fonction du Conseil d'État suscite des questions. Un juge peut-il donner d'abord un avis sur un acte et statuer ensuite sur le contentieux du même acte ? Jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence malgache ne s'est pas encore prononcée sur ce point. La solution peut donc, si le problème venait à surgir, s'inspirer du droit comparé.

➤ Selon la Cour Européenne des droits de l'Homme

La Cour Européenne des droits de l'Homme a posé des règles assez simples en la matière. Pour elle, une même institution n'est pas prohibée à exercer successivement une fonction consultative et une fonction juridictionnelle, toutefois elle exige qu'il n'y ait pas d'identité entre la personne qui s'est prononcé sur la consultation et celle qui statue au contentieux du même acte, « *le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos ses mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause*

l'impartialité structurelle de ladite institution »¹⁸. Le principe d'impartialité n'est pas non plus froissé même s'il y a cumul de fonctions et identité des magistrats quand le litige contentieux constitue une affaire distincte de celle soumise à la formation administrative.¹⁹

➤ **Selon le Conseil d'État français**

La position du juge français était différente de celle du juge de la Cour Européenne des droits de l'Homme. Contrairement à ce qui a été développé ci-dessus, il a été jugé que le magistrat qui a donné avis sur la légalité d'un acte administratif, arrêté municipal en l'espèce, peut siéger sur le recours pour excès de pouvoir formé contre le même acte²⁰. Mais petit à petit, le Conseil d'État a abandonné de façon implicite cette jurisprudence en exigeant que les membres de la formation de jugement qui ont eu à émettre un avis sur un acte administratif ne puissent plus participer au litige contentieux se rapportant à la décision prise consécutivement à cet avis.²¹

Il est donc fait appel ici à la conscience du juge lui-même afin qu'il mette en œuvre la procédure de déport.

2. L'hypothèse où le principe d'impartialité est violé : le cumul de fonction juridictionnelle de juge au fond

Le fait pour un magistrat administratif de cumuler successivement une fonction juridictionnelle au fond porte atteinte au principe d'impartialité quand une opinion publique sur le fond, un préjugement ou un jugement sur le règlement final du litige, a été porté dans l'exercice des premières fonctions. Est donc partial le juge qui, dans cette situation précise, avait donné une opinion publique sur le fond au cours de la première fonction juridictionnelle. Deux exemples classiques illustrent cette première hypothèse : celui du juge d'appel qui a déjà statué sur la même affaire en première instance (CE 30 nov. 1994, *Pinto*) et celui qui se prononce sur la rectification matérielle d'une décision de justice dont il en est l'auteur (CE 21 nov. 1930, *Dame veuve Benoît*). Toutefois, n'est pas partial, le même magistrat qui, dès lors qu'il n'a pas outrepassé les limites inhérentes à sa fonction et au litige

¹⁸ CEDH 28 sept. 1995 *Procola c. Luxembourg*.

¹⁹ CEDH 6 mai 2003 *Kleyn*.

²⁰ CE 25 janv. 1980 *Gadiga*.

²¹ CE 5 avril 1996 *Syndicat des avocats de Paris*.

dont il est saisi, connaît, à plusieurs reprises, différentes affaires introduites par un même requérant. Le principe est aussi respecté quand un magistrat se prononce deux fois sur une même affaire, la deuxième ne remettant pas en cause la première : le président d'une sous-section peut participer au jugement de recours en interprétation formé contre une ordonnance par laquelle il avait rejeté le recours de la requérante (CE 8 janv. 1971, *Dame Clément et Sieur Kopferer*).

Que penser du renvoi d'une affaire dont la décision administrative ou judiciaire a été annulée devant une juridiction supérieure ? Le renvoi peut-il être fait devant la même juridiction d'où émane la décision annulée ? La Cour Européenne des droits de l'Homme, interrogée sur la question, fait présumer la conformité du renvoi au principe d'impartialité. Elle n'est donc pas contre l'identité de la juridiction (CEDH 16 juil. 1971, *Ringeisen*). Cette circonstance se comprend aisément puisque, lorsqu'une affaire est examinée deux fois par la même juridiction et la même composition, la deuxième décision n'est pas liée à la première ; après un renvoi, la seconde sera prise sur de nouvelles bases.

CONCLUSION

Le succès obtenu par la mise en vigueur de l'impartialité subjective et de l'impartialité objective dans le droit positif n'a fait que raffermir l'objectif du principe : celui de rassurer tout justiciable de la transparence et de la franchise de la justice administrative. Un tel triomphe a complété les trois techniques déjà ancrées dans la pratique du contentieux administratif pour la préservation de cette impartialité du magistrat administratif. Toutefois, le juge a dû aménager le principe lorsqu'il s'est trouvé face aux exigences s'imposant à la juridiction administrative. Dorénavant, la collégialité se heurte à un juge statuant seul, juge dont les pouvoirs sont plus étendus qu'ils ne paraissent. Mais encore, est considéré comme ne portant pas atteinte à son impartialité le fait qu'un juge administratif cumule plusieurs fonctions. Par ces évolutions très marquées, l'impartialité du « diseur de droit » a donc acquis aujourd'hui une portée nouvelle. La justice malgache ne doit pas s'en écarter : il s'avère qu'on exige d'elle maintenant une révision de sa conception habituelle du principe d'impartialité. Cela pour deux raisons : la première est l'avènement d'une Quatrième République porteuse d'espoir en matière de réforme de la justice ; la seconde répond à un besoin de consolider l'État de droit.

BIBLIOGRAPHIE

Textes de référence :

- Loi n° 2001- 025 du 21 décembre 2001 relative au Tribunal administratif et au Tribunal financier.
- Loi Organique n° 2004- 036 du 1er octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois Cours la composant.
- Décret n° 2005- 710 portant Code de déontologie des magistrats.

Ouvrages généraux :

- J.-C. BONICHOT, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2007.
- R. CABRILLAC, Rémy (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2008.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 1999.
- M. LONG, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2007.
- « *L'Administration devant son juge* », Journées de réflexions sur « Les relations entre la Juridiction administrative et l'Administration », éd. Jurid'ika, 2008.

Périodiques :

- C. BOITEAU, *Le juge unique en droit administratif*, Revue française de droit administratif 1996, Chroniques p. 10.
- A. CABANES et A. ROBBES, *L'impartialité objective du juge en Europe : des apparences parfois trompeuses*, Actualité juridique Droit administratif 2004, Chroniques p. 2375.
- P. CASSIA, *Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité*, Recueil Dalloz 2005, Chroniques p. 1182.
- J.-P. COSTA, *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative*, Actualité juridique Droit administratif 2001, Chroniques p. 514.
- J.-M. FAVRET, *La « bonne administration de la justice » administrative*, Revue française de droit administratif 2004, Chroniques p. 943.
- M.-A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz 1999, Chroniques p. 53.
- C. LANDAIS et F. LENICA, *L'office du juge et le principe d'impartialité*, Actualité juridique Droit administratif 2004, Chroniques p. 1354.
- P. YOLKA, *La bonne administration de la justice : une notion fonctionnelle ?*, Actualité juridique Droit administratif 2005, Chroniques p. 233.