

LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE EN ALLEMAGNE DEPUIS LE XIX^e SIECLE

En inscrivant l'histoire de "la juridiction administrative en Allemagne depuis le XIX^e siècle" au programme d'une journée d'étude consacrée aux approches comparatives des deux traditions juridiques germanique et française, les organisateurs de notre rencontre nous convient à un exercice d'autant plus périlleux que, comme le constatait naguère Jean Rivero, "le droit administratif a longtemps fait figure de parent pauvre dans le monde du droit comparé" (1). J'ajouterai qu'à l'intérieur du droit administratif, l'étude comparée des juridictions administratives est encore plus rare, en sorte que l'on est constamment renvoyé aux narrations nationales, tantôt ouvertes aux influences étrangères, mais tantôt aussi teintées d'une ignorance délibérée de ce qui se passe dans d'autres pays et d'une auto-satisfaction qui doit moins à l'objectivité scientifique qu'à l'usage commode des formules du "politiquement correct" de chaque temps (2).

Le thème de la juridiction administrative du début du XIX^e siècle à nos jours recèle également une seconde difficulté : alors qu'il existe une continuité manifeste entre le droit administratif allemand du XIX^e siècle et celui de l'époque contemporaine (une continuité qu'illustre par

(1) J. RIVERO, "Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif" (1978), reproduit in: *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome II, p. 491.

(2) Le cas de Gneist est tout à fait exemplaire, comme le note aujourd'hui Ulrich Scheuner : "(...), auch Gneist hat offenbar von der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit eine einseitige und ungünstige Vorstellung besessen" (U. SCHEUNER, "Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung", in: *DÖV*, p. 714 [718]).

Sur les rapports entre la doctrine française et la doctrine allemande du droit administratif, et notamment sur ceux de Robert von Mohl et de Rudolf von Gneist : E.V. HEYEN, "Französisches und englisches Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtsvergleichung des 19. Jahrhunderts: Mohl, Stein, Gneist, Mayer, Hatschek", in: *JEV, Annuaire d'histoire administrative européenne*, Vol. 8, 1996, p. 163.

exemple la permanence de la théorie du *Fiskus* ou la part importante du droit privé dans le régime des contrats ou des biens de l'administration), l'aménagement du contentieux administratif a connu une rupture profonde avec la mise en place de la République fédérale, le paradigme de la protection optimale des droits subjectifs se substituant à celui du contentieux objectif de la légalité de l'action administrative. Ce renversement est évidemment lié au souci des fondateurs de la République fédérale de se prémunir autant que faire se peut des risques de retour à la situation tragique d'un Etat de non-droit. Il y a là un déterminant purement national, dont le poids l'emporte certainement sur celui de la prise en considération des expériences étrangères de juridiction administrative, à titre d'exemple ou de contre-exemple.

Cette rupture de 1949 est trop fondamentale pour ne pas commander toute structure de présentation de notre thème (au risque de déséquilibrer le volume des développements consacrés à chacune des deux parties !) :

- avant 1949, le système allemand de contentieux administratif s'était stabilisé autour de ce que l'on peut appeler le modèle "prussien" de contrôle de la légalité administrative par une juridiction administrative ;
- après 1949, la notion d'Etat de droit change définitivement de contenu et sa traduction dans le contrôle juridictionnel de l'action de l'administration allemande est désormais moins inspirée par le souci de la légalité que par la volonté de protéger les droits subjectifs de l'administré/citoyen.

Est-ce à dire que je me résigne à exclure de ma présentation toute préoccupation de comparaison franco-allemande ? Ne pouvant me résoudre à ignorer entièrement ce qui est au centre de mon activité scientifique, je préfère livrer d'emblée le fil directeur paradoxal qui soutendra mon propos : n'en déplaise à Rudolf von Gneist, le modèle prussien présente bien des ressemblances avec la juridiction administrative française (I), et la crise contemporaine de la justice administrative en Allemagne s'explique peut-être par le changement de paradigme intervenu en 1949 (II).

I. - DE 1806 A LA REPUBLIQUE FEDERALE :
VERS UN CONTROLE DE LA LEGALITE ADMINISTRATIVE
PAR UNE JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Il n'est certainement pas possible de décrire autrement que de manière schématique l'évolution des idées doctrinales et surtout le détail des expériences accumulées en matière de contrôle de l'administration au cours d'un siècle et demi dans chacun des Etats d'une Allemagne qui n'a pas encore réalisé son unité dans la première partie de cette période, ou la fera dans un cadre fédéral dans la seconde partie de cette même période (3).

Quelle est la situation en 1806, date conventionnelle commode puisqu'elle marque la fin du Saint-Empire romain germanique, avec le dépôt de la couronne impériale par François II d'Autriche ?

1) Le Saint-Empire avait connu un système de protection des droits des sujets de ses Etats membres depuis le début du XVI^e siècle :

- 1495 : *Reichskammergericht*,
- 1501 : *Reichshofrat*.

(3) L'histoire du contrôle de l'administration et de la genèse de la juridiction administrative au XVIII^e et au XIX^e siècles a été particulièrement étudiée par Wolfgang Rübner, à partir de sa thèse soutenue en 1961 à la Faculté de Bonn : W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1962, 197 p. ; *id.*, "Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit", in: *DÖV* 1963, p. 719 ; *id.*, "Verwaltungsrechtsschutz in Preußen im 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts", in: *Festschrift für C.F. Menger*, 1985, p. 3.

Voir également : C.-F. MENGER, "Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland", in: *DÖV* 1963, p. 726 ; C. H. ULE, "Zu den Anfängen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Japan", in: *Verwaltungsarchiv*, 1989, p. 303 ; G.-C. VON UNRUH, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat*, Herford, Maximilian-Verlag, 1984, 81 p. ; J. POPPITZ, "Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit", in: *AÖR* nF 33 (42), p. 158 et nF 34 (43), p. 3 [Articles très documentés sur l'opposition entre unité et dualité de juridiction au cours du XIX^e siècle, publiés en 1943 et 1944] ; M. SELLMANN, "Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit - Ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen", in: *Külz/Naumann (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963, p. 25.

On mentionnera enfin deux études couvrant l'ensemble de la période, mais caractérisées par l'intérêt particulier apporté par leurs auteurs à la situation dans le pays de Bade : M. MONTAG, "Die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Baden", in: *VBIBW* 1992, p. 194 (1^{re} partie, jusqu'en 1863) et p. 391 (2^e partie, de 1863 aux premières années de la République fédérale) ; E. TROSTEL, "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Gründung bis zum Ausgang des Kaiserreichs", in: *VBIBW*, 1988, p. 363.

Les sujets pouvaient attirer leurs princes devant ces organes au motif de la violation de leurs droits régulièrement acquis (*wohlerworbenes Recht*).

2) En pratique, l'indépendance croissante des électeurs et vassaux de l'Empereur avait permis aux Etats membres de réduire largement les possibilités d'accès de leurs sujets à la justice impériale. C'est donc dans le cadre de chacun des Etats qu'il faut rechercher les systèmes de protection des droits des sujets.

A ce niveau des Etats membres (*Staaten*), coexistaient deux branches de juridiction d'inspiration différentes :

- les tribunaux de Land (*Landesgerichte*), faisant place aux divers Etats particuliers (*Stände*),
- les collèges caméraux (*Kammerkollegien, Kammerjustiz*), une justice princière exercée par des collègues issus de l'administration active.

Le rôle et l'efficacité de la justice princière fait régulièrement l'objet de réévaluation par la doctrine allemande. Il paraît vraisemblable qu'elle a fonctionné de façon satisfaisante dans un nombre de cas plus important que peut le laisser penser l'idée reçue que la justice d'une période d'avant l'Etat de droit est nécessairement une justice imparfaite ; mais il est vrai que vers la fin du XVIII^e siècle, l'efficacité de cette justice est de plus en plus ouvertement contestée, car elle est considérée comme trop proche du pouvoir pour permettre au justiciable d'obtenir plus qu'une éventuelle indemnisation, selon la maxime "*dulde und liquidiere*".

On comprend donc qu'à la fin du Saint-Empire, une réaction se dessine au travers de textes d'inspirations contradictoires, avec une indéniable tendance à séparer strictement l'administration de la justice et à confier aux juridictions ordinaires compétence pour examiner et trancher les litiges entre le chef de l'Etat et ses sujets, à l'exception traditionnelle des affaires portant sur de véritables droits de majesté et souveraineté (*wirkliche Majestäts- und Hoheitsrechte*).

Si l'administration ne se juge plus elle-même, comment organiser le contrôle ? La question s'est posée initialement en terme d'alternative entre un système d'unité de juridiction ou de mise en place d'une formule acceptable d'administration-juge (A), jusqu'à ce que finalement un consensus se dégage dans le dernier tiers du siècle en faveur d'un système de dualité de juridiction (B), dont, plus que la loi badoise du 5 octobre 1863, la juridiction prussienne de 1872/1875 constitue le prototype.

A. - Comment soustraire l'administration à la volonté du prince ?

Le dilemme initial : unité de juridiction ou administration-juge ?

Si le principe de séparation de la justice administrative et de l'ordre judiciaire ne s'est imposé définitivement en Allemagne qu'un siècle environ après le choix de l'Assemblée nationale constituante française de ne pas confier aux tribunaux ordinaires la connaissance des litiges administratifs, le point de départ fut bien le même dans les deux pays au début du XIX^e siècle : comment s'assurer que les fonctionnaires administratifs dans les divers Etats allemands, dépendant de ministres responsables devant la représentation populaire mais aussi du prince, vont exercer leurs attributions administratives de façon impartiale et ne pas interpréter le droit administratif naissant dans un esprit de parti ? Le § 60 de la constitution wurtembergeoise de 1819 a cherché la réponse dans la mise en place d'un conseil intime (*Geheimer Rat*), autorité collégiale placée au-dessus des ministres et renforcée de magistrats pour juger des recours contre les dispositions des ministres. En Hesse électorale, c'est aux tribunaux judiciaires que l'on donna à la même époque compétence pour juger des plaintes des citoyens contre les empiètements de l'autorité administrative sur les droits individuels. Pourtant les résistances sont nombreuses, autour de l'argument que le fonctionnaire qui applique le droit exerce une fonction qui n'est pas fondamentalement différente de celle du juge, et que le risque de partialité est exclu puisque le fonctionnaire administratif n'est pas juge dans sa propre cause. L'argumentation ne convainquait pas pleinement, et l'idée l'emporta au milieu du siècle que ce que l'on appelait la justice administrative, au sens d'un système de contrôle interne à l'administration, devrait céder la place à une protection des droits par des tribunaux indépendants.

Dans son ouvrage de 1829 sur le droit public du royaume de Wurtemberg, Robert von Mohl (4) présente de manière très vivante l'alternative qui domine cette première moitié du siècle :

(4) Robert von Mohl (1799-1875), étudiant à Tübingen puis à Heidelberg (Thibaut, K.S. Zachariä). Après divers séjours à Francfort, Göttingen et Paris, et une monographie de 1824 sur le droit fédéral américain, professeur à Tübingen à partir de 1824. C'est à Tübingen qu'il rédigea ses deux ouvrages majeurs sur le droit public du royaume de Wurtemberg (*Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, Tübingen, 1829/1831) et sur la science de la police administrative (*Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen*

- soit confier la connaissance des litiges aux tribunaux ordinaires : solution radicale, qui fit partie du *credo* libéral pendant toute la première moitié du siècle ;

- soit maintenir un système d'administration-juge, à condition de judiciariser la procédure par laquelle l'administration se juge elle-même.

Qu'on me permette de citer le passage dans son intégralité (5) :

“La sûreté des droits contre des atteintes illicites constitue l'un des objectifs principaux de tout Etat de droit. C'est pourquoi l'Etat n'a pas seulement le devoir de protéger la propriété et les autres droits acquis de ses citoyens contre les violations et prétentions injustes d'autres personnes privées ; mais il doit naturellement s'abstenir également lui-même de telles atteintes. Tout ceci est incontestable et incontesté. Mais la question difficile et contestée vient ensuite : que faire lorsque l'Etat ne satisfait pas à son devoir ? Quelles ressources doivent être accordées au citoyen pour prouver l'iniquité de l'Etat et obliger celui-ci à la rapporter ? Doit-on lui accorder le droit d'assigner l'Etat en justice en raison d'un tel comportement et, si oui, devant quelle autorité ? Les opinions se divisent sur ce point. L'une part du principe que les tribunaux, c'est-à-dire les autorités précisément commises par l'Etat pour assurer le respect du droit entre ses sujets, ont compétence exclusive pour connaître de toutes et chacune des actions relatives à une violation d'un droit et qu'ils sont seuls de toutes les institutions de gouvernement à être suffisamment indépendants et impartiaux pour condamner l'Etat qui vient à violer le droit. L'autre opinion tend au contraire à opérer une distinction substantielle parmi les actions des citoyens relatives à des violations du droit par l'Etat ; dans certains cas, l'Etat n'apparaît pas comme gouvernement, comme force collective, mais fait usage de sa qualité de titulaire d'un droit privé, par exemple comme propriétaire ou comme débiteur, *etc.* pour exiger indûment la satisfaction d'une créance d'un individu que le sort met en contact avec lui en cette qualité, ou pour rejeter une juste demande de sa part ; l'action est d'un autre type, lorsque le citoyen s'estime lésé en qualité

des Rechtsstaates, Tübingen 1832/1833). Démiss de sa chaire en 1846, il fut recruté en 1847 à l'Université de Heidelberg en pays badois. En 1848 membre de la commission de constitution de l'Assemblée nationale, puis ministre de la justice du Reich ; démission en 1849 après le refus de la couronne impériale par le roi Frédéric-Guillaume IV de Prusse, et reprise de son activité professorale à Heidelberg jusqu'en 1861. Représentant du pays de Bade auprès du Bundestag, puis à Munich, président de la chambre des comptes de Karlsruhe, puis député au Reichstag en 1874, il décéda en 1875 au cours d'une session parlementaire.

(5) Le texte ici reproduit est traduit du premier volume de *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 1829, p. 328.

de sujet du gouvernement, celui-ci posant en tant que puissance de la collectivité une exigence contrevenant aux droits constitutionnels généraux du citoyen. Le premier type d'action doit être porté devant les tribunaux pour y être jugé, puisque dans ce cas l'Etat n'a à soumettre aucune de ses ordonnances à une autre autorité de l'Etat ; le second type d'action ne peut en revanche donner lieu qu'à un recours auprès de l'autorité administrative supérieure, puisqu'il s'agit alors de l'application des lois à un cas particulier, ce sur quoi les tribunaux ne peuvent décider, sauf à faire cesser toute administration régulière et à tout rassembler en leurs mains. Bien entendu, on ne conteste pas dans ce cas que, pour de tels recours, les instances administratives soient tenues de respecter certaines formes et garanties particulières."

A l'appui de cette dernière affirmation, l'auteur relève que cette dernière opinion est partagée par la doctrine française sur la justice administrative, p. e. Sirey ou Macarel (6).

Que les préférences de Robert Mohl penchent en faveur du système mis en place au Wurtemberg depuis 1819 ne saurait étonner. Le système est d'ailleurs répandu dans les Etats du sud de l'Allemagne, où le modèle du Conseil d'Etat français était bien connu, ne serait-ce qu'en raison de la circulation des idées entre la France et la Confédération du Rhin de 1806, puis de la Confédération germanique de 1816. Le Conseil intime de Bavière prit le 3 mai 1817 la dénomination de Conseil d'Etat (*Staats-*

(6) *Op. cit.*, note 1, p. 333. On relèvera que l'opinion de Sirey et de Macarel sur la justice administrative en France repose encore surtout sur l'ouvrage de Köstlin qui venait, en 1822, de faire connaître en Allemagne la justice administrative française, comme le souligne Lorenz von Stein, pourtant personnellement hostile au système français (L. v. Stein, *Verwaltungslehre*, Teil I, 2. Aufl. 1869, p. 442).

Ceci dit, Mohl, qui sera ultérieurement en contact avec Dareste et Giraud (voir les : lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes, publiées par Olivier Morte, Bonn, Bouvier Verlag, édition Röhrscheid, 1989, Tome 1, p. 600 et s., p. 818 et s. ; mon attention a été attirée sur ces correspondances par mon collègue Alfons Bürge), gardera toujours un œil attentif sur l'évolution de la justice administrative en France. C'est ainsi qu'un quart de siècle plus tard, il comparera la situation de la juridiction administrative en Allemagne et en France : "La première conséquence de cet entêtement des opposants (allemands à la juridiction administrative) à s'en tenir à des points de vue veillis et inexacts est que, bien que la justice administrative existe dans la plupart des Länder, elle n'a, ni formellement ni matériellement, fait l'objet en Allemagne du perfectionnement juridique qui la rendrait bienfaisante et ferait disparaître les défauts qu'on lui impute. Alors que les Français en posent le principe comme acquis et composent maintenant des ouvrages remarquables sur le contenu et la forme de la justice administrative, qui font que l'Etat ne lui garantit pas seulement sa position et ses privilèges, mais aussi que le citoyen voit ses droits individuels protégés, les Allemands glosent encore sur son principe avec une ferveur sacrée, mais mal comprise, et n'ont d'elle qu'une expérience refoulee par les maîtres du droit, donc sans idée directrice, irréflectie, bref : mauvaise. Cosas de Alemania !" (*Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 3 vol. 1855-1858, tome II, p. 331 [cité d'après E. Angermann, R. von Mohl, 1962, p. 190, note 2]).

rat). Au grand-duché de Hesse, un règlement du 12 mai 1814 avait prescrit aux autorités judiciaires de "s'abstenir de toutes inhibitions et de toutes procédures s'immisçant dans le fonctionnement des autorités administratives" ; le pouvoir suprême de décision pour un certain nombre de litiges fut confié à un Conseil d'Etat le 28 mai 1821, qui connut également à partir de 1832 et 1835 de certains des recours formés contre les décisions de la Cour de justice administrative. Dans la série des pays du sud de l'Allemagne, le pays de Bade faisait exception en ce sens que le strict cantonnement des tribunaux judiciaires aux seuls litiges de droit privé ne s'est aucunement accompagné du développement d'une justice administrative, mais seulement d'une réglementation de la procédure des recours internes à l'administration (7).

Dans le nord de l'Allemagne, l'absence de contacts aussi étroits avec le système français a conduit à maintenir le principe selon lequel les juridictions ordinaires doivent pouvoir connaître de tous les litiges, y compris de ceux qui naissent entre l'administration et les administrés. En Prusse, le § 14 du règlement du 26 décembre 1808 a transféré aux juges l'administration de la justice dans toutes les matières qui étaient du ressort des collèges caméraux, à l'exception déjà signalée des affaires impliquant le souverain (§§ 35-37). Mais au fil des années, la force du principe a été atténuée par la multiplicité des exceptions qui y furent apportées au nom de l'indépendance de l'administration (8) :

- le champ des actes de souveraineté s'élargit considérablement, bien au-delà de l'idée initiale selon laquelle il s'agissait des actes du souverain lui-même ;

- la notion de droits régulièrement acquis s'amenuise en ce sens que seuls sont considérés comme tels ceux qui reposent sur un certain nombre de titres particuliers limitativement énumérés ;

- l'idée de la justiciabilité des litiges de droit privé est réinterprétée en ce sens qu'il ne peut y avoir de violation de droit selon le droit privé là où il n'y a pas de rapports de droit privé entre l'administré et l'administration, par exemple en matière de police ou en matière fiscale.

(7) Sur l'influence française dans les pays du sud de l'Allemagne à partir de la confédération du Rhin, voir : RUFNER, *op. cit.*, *DÖV* 1963, p. 723.

(8) Le phénomène n'est pas isolé ; il peut être observé également dans certains Etats du sud de l'Allemagne, en Bavière par exemple.

Seuls quelques Etats se distinguent par le maintien d'une véritable tradition de protection des droits des administrés par les tribunaux ordinaires ; pour l'essentiel : la Hesse électorale et les villes libres de Hambourg, Brême et Lübeck. En dehors de ces exceptions, c'est une certaine forme de justice administrative ("*Administrativjustiz*") qui apparaît ainsi en Allemagne du nord, en ce sens que toutes les fois que se ferme la voie de la justice ordinaire, il ne reste plus à l'administré que la possibilité d'exercer un recours devant l'autorité administrative, un recours qui n'est soumis à aucune forme particulière et qui est traité par l'administration active exactement de la même manière qu'une affaire d'administration courante.

Il est clair que cette forme de justice administrative en Allemagne du nord n'a plus que des ressemblances superficielles avec le système de l'administration-juge du type wurtembourgeois.

C'est cette justice administrative qui est explicitement condamnée par le § 182 de l'éphémère constitution de l'empire allemand du 28 mars 1849 ("Constitution de l'église Saint-Paul" de Francfort) :

"La justice administrative est supprimée ; les tribunaux connaissent de toutes les violations du droit. La police n'a aucune juridiction pénale" (9).

La condamnation constitutionnelle de 1849 portait sur une justice administrative qui n'en était pas une. Elle ne se prononçait pas sur la forme que pourrait prendre un contentieux administratif compatible avec l'idée d'un Etat de droit :

- fallait-il opter pour un système d'unité de juridiction dans le sens toujours revendiqué par les libéraux sous le slogan d'Etat de justice (*Justizstaat*) et pratiqué dans les villes hanséatiques ?

(9) "*Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte. Der Polizei steht keine Strafgerichtsbarkeit zu*".

La Constitution du 28 mars 1849 fut l'œuvre de l'Assemblée nationale élue au suffrage direct le 1^{er} mai 1848 à l'initiative de l'Assemblée préparatoire réunie à partir du 30 mars à l'Eglise Saint-Paul de Francfort. L'Assemblée adopta la constitution du 28 mars 1849 au terme de longues délibérations ; elle fut publiée le 28 avril. Le 28 mars 1849, la couronne impériale avait été proposée par 290 voix contre 248 abstentions au roi de Prusse Frédéric-Guillaume IV. Celui-ci la refusa par le truchement du ministre-président prussien le 28 avril 1849, portant ainsi le coup décisif à l'Assemblée de l'Eglise Saint-Paul, qui se dispersa quelques semaines plus tard. Constitution éphémère, la constitution de 1849 n'en a pas moins laissé des traces importantes dans l'histoire constitutionnelle allemande et notamment inspiré les rédacteurs de la constitution de Weimar. Elle constitue toujours la première référence constitutionnelle de l'Allemagne contemporaine, présentant en cela une certaine analogie avec le mythe républicain français de la constitution de l'an I.

- ne pouvait-on pas imaginer plutôt un système de juridiction administrative plus conforme au souhait exprimé en 1829 par Robert von Mohl, de manière à ce que la solution des contentieux administratifs présente toutes les garanties que l'on peut attendre d'un véritable procès, tout en tenant compte de la différence de nature entre les litiges tranchés par la juridiction ordinaire et ceux qui, mettant en cause la puissance publique, requièrent des juges une sensibilité particulière aux exigences de l'action administrative où l'intérêt de la collectivité doit tantôt être conjugué avec celui des particuliers, tantôt l'emporter sur eux ?

C'est cette dernière solution de mise en place d'une juridiction administrative à côté de la juridiction ordinaire (nous dirions en France : dualité de juridiction) qui s'est finalement généralisée au cours du dernier tiers du siècle, et dont la juridiction administrative prussienne de 1875 est devenue le symbole.

B. - La généralisation de la dualité de juridiction

Le premier Etat à faire le choix de la mise en place d'une juridiction administrative spécifique fut le Duché de Bade, avec sa loi du 5 octobre 1863 (10). Le mouvement s'accéléra à partir de la création en Prusse d'un tribunal administratif supérieur par la loi du 3 juillet 1875, rapidement suivie par de nombreux autres Etats : Hesse (1875), Wurtemberg (1876), Bavière (1878), Anhalt (1888), Brunswick (1899), Saxe-Meiningen (1897), Lippe (1898), Saxe-Cobourg-Gotha (1899), Saxe (1900), Oldenbourg (1906), Etats de Thuringe (1912), Lubeck (1912). Ces juridictions différaient de la juridiction administrative contemporaine sur deux points : leur compétence d'attribution pour des matières limitativement énumérées et le caractère objectif du contentieux.

L'Empire lui-même ne créa pas de juridiction administrative centrale à caractère général. L'article 107 de la constitution de Weimar (1919) contenait une disposition programmatique selon laquelle "des tribunaux administratifs devront être créés dans le Reich et dans les Länder, conformément aux dispositions des lois, pour protéger les particuliers

(10) Outre les articles déjà mentionnés de M. MONTAG et E. TROSTEL, voir également : M. RAPP, "100 Jahre Badischer Verwaltungsgerichtshof", in KÜLZ/NAUMANN (Hrsg.), *Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963, p. 3. On relèvera en particulier (p. 7 et s.) l'analyse du rapporteur du projet à la première chambre (chambre haute) du Landtag, Johann Caspar Bluntschli, successeur de R. v. Mohl dans sa chaire de Heidelberg.

contre les arrêtés et prescriptions des autorités administratives” (11), tandis que l’article 31-II mentionnait incidemment les membres de la Cour administrative du Reich (*Reichsverwaltungsgericht*) à propos de la composition de la juridiction chargée du contentieux de l’élection des députés au Reichstag.

Ces dispositions n’eurent que des conséquences limitées.

- Au niveau des Länder, la plus intéressante fut probablement de faciliter le ralliement des villes hanséatiques de Hambourg et de Brême au système de la dualité de juridiction, avec la particularité que leurs tribunaux administratifs étaient compétents non seulement pour tous les recours en annulation de décisions administratives, mais aussi de manière générale pour tous autres litiges de droit public.

- Au niveau fédéral, aucune Cour administrative à compétence administrative générale ne vit le jour, à côté des juridictions spéciales créées en matière de finances (1919), d’économie (1920) et d’assurances sociales (1922).

Les discussions achoppaient sur la question du siège et surtout sur celle de la nature exacte de la Cour administrative du Reich.

- Un premier projet prévoyait d’établir le siège de la Cour à Stuttgart et de fixer ses compétences par voie d’énumération. Le président Bill Drews du tribunal administratif supérieur de la Prusse, suggérait de choisir plutôt Berlin, pour des raisons d’économie de moyens : une proposition qui pouvait d’autant mieux être retenue que la Prusse acceptait en 1927 l’idée d’un dédoublement fonctionnel, la Cour administrative du Reich pouvant faire éventuellement, sous certaines conditions touchant au type de procédure, office de tribunal administratif supérieur pour la Prusse.

- Plus sérieux était le différent sur les compétences. Pour Bill Drews, la compétence devait être générale et la procédure devait être organisée comme au tribunal administratif supérieur de la Prusse ou comme dans les juridictions ordinaires, sur un mode contradictoire, avec demandeur et défendeur (système de la diligence des parties, *Parteiverfahren*). La majorité des Länder préférait s’en tenir à une compétence fixée par énumération limitative, avec un système de recours (*Beschwerde*) qui pouvait

(11) “*Im Reiche und in den Ländern müssen nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen.*”

laisser supposer qu'il s'agissait moins d'une juridiction suprême que d'une instance suprême de recours de type administratif.

Le projet finalement adopté par le gouvernement en mars 1929 ne fut jamais délibéré au Reichstag (12). Quant à la création du tribunal administratif du Reich en 1941 par ordonnance du Führer, elle ne peut évidemment pas être considérée comme l'accomplissement de la promesse de la République de Weimar (13).

Etant donné qu'il n'est pas davantage possible pour cette période que pour la précédente de chercher à fournir plus que des points de repères (14), je concentrerai mon propos sur cette avancée décisive du système de la dualité autour de deux points :

1. Quels arguments ont finalement conduit au choix du système de la dualité de juridiction ?
2. Quelles caractéristiques ont-elles fait que la juridiction administrative de la Prusse a joué le rôle de modèle qui a été le sien ?

(12) Sur la période de Weimar : R. GRAWERT, "Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik", in *Festschrift für C.-F. Menger*, 1985, p. 35 ; O. KIMMINICH, "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik", in *VBW* 1988, p. 371 ; C. H. ULE, "Das Preußische Oberverwaltungsgericht in der Weimarer Republik", in *DVB* 1981, p. 709. On notera par ailleurs que le congrès de l'Association des professeurs allemands de droit public qui s'est tenu à Leipzig en mars 1925 a consacré sa première journée de travail à la protection du droit public par les juridictions ordinaire et administrative. Le premier rapport a été présenté par Walter Jellinek (Kiel) et le second par Gerhard Lassar (Berlin/Hambourg). Les deux rapports font le point sur la mise en œuvre de l'article 107 de la Constitution de Weimar. Walter Jellinek tenta de faire prévaloir l'idée que la lettre et l'intention des auteurs de l'article 107 n'excluaient pas que le contentieux administratif puisse être confié à la juridiction ordinaire. Cette tentative de réactiver la thèse libérale du XIX^e siècle ("*Justizstaat*") ne fut pas suivie par l'assemblée. Dans sa conclusion, le président de l'Association, Heinrich Triepel (Berlin) pouvait constater lapidairement : "La majorité s'est prononcée en faveur de la juridiction administrative au sens actuel de l'expression et contre le "*Justizstaat*" à l'état pur", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 2, Berlin/Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1925].

(13) C. KIRCHBERG, "Die Selbstentmachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich", in *VBW* 1988, p. 379 ; W. SCHEERBARTH, "Das Schicksal der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Nationalsozialismus", in *DÖV* 1963, p. 729 ; M. STOLLEIS, "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus", in *Festschrift für C. F. Menger*, 1985, p. 57.

(14) Il faudrait en particulier tenir compte du rôle de Otto Bähr, qui, dans son ouvrage de 1864 consacré à l'État de droit, avait pris activement position en faveur d'un contrôle juridictionnel de l'action administrative. En 1864, il proposait pour cela la création d'une "juridiction de droit public", séparée de la juridiction ordinaire. La séparation n'était toutefois pas totale : "une séparation qui se poursuivrait jusqu'au sommet, serait constamment exposée au risque que la justice entre en contradiction avec elle-même et perde ainsi toute signification (...) ; en dernière instance, nous accorderons donc la préférence à une réunion des deux (branches) sous une juridiction suprême, ne serait-ce que sous la forme d'une Cour de cassation" (O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, Kassel 1864, p. 71 [réimpression 1969]). Otto Bähr, 1817-1895, fut juge à Kassel, puis à Berlin, enfin *Reichsgerichtsrat* à partir de 1879).

1. - En faveur du choix du système de dualité de juridiction

La juridiction administrative prussienne s'est développée en trois étapes de 1872 à 1883 sous l'influence déterminante de Rudolf v. Gneist (15). Pour Gneist, la mise en place de la juridiction faisait partie d'un projet plus global de réforme de l'administration territoriale, centré sur l'idée d'autoadministration et destinée, dans un esprit finalement proche de celui du baron vom Stein, à "associer le citoyen à la responsabilité du fonctionnement régulier de l'administration (16)".

C'est ainsi que les niveaux inférieurs de la nouvelle juridiction apparaissent dans la loi du 13 décembre 1872 sur les arrondissements ; aux deux niveaux de l'arrondissement et de la région, des tribunaux de districts et des tribunaux administratifs sont chargés de contrôler la légalité objective des actes des organes locaux. A ces niveaux inférieurs de la future juridiction, la séparation de l'administration active et du contentieux de la légalité n'était pas véritablement assurée, et l'on pourrait évoquer le système de la justice administrative du début du siècle, si la composition de ces tribunaux ne faisait pas apparaître la présence de citoyens, de non-professionnels de l'activité administrative.

La mise en place de l'instance suprême par la loi du 3 juillet 1875 manifeste encore mieux l'originalité de la construction : le tribunal administratif supérieur de la Prusse (*preußisches Oberverwaltungsgericht*) est une véritable juridiction composée de juges professionnels, indépendants, une juridiction totalement distincte du système de la juridiction ordinaire. La compétence du tribunal est normalement régie par le principe de l'énumération ; en matière de police, l'article 127 de la loi du 30 juillet 1883 lui reconnaît toutefois une compétence de principe pour tous les recours contre les autorités de police des niveaux locaux et d'arrondissement.

(15) Rudolf von Gneist (1816-1895). Etudiant à Berlin à l'époque de Savigny dont il reprendra l'enseignement des Pandectes en 1842, *Privatdozent* (1839) puis professeur à Berlin (1845), cinq fois doyen, recteur en 1872/73. Député au Landtag de Prusse en 1859, député au Reichstag de 1867 à 1884, juge et vice-président du tribunal administratif supérieur de Berlin à partir de 1875. Il est considéré comme le coauteur avec Bismarck de la troisième réforme administrative en Prusse, après celles de Frédéric-Guillaume 1^{er} (1713-1740) et de Stein/Hardenberg (1807/1808). Cette réforme commença par l'organisation des arrondissements de la Prusse orientale (13 décembre 1872), suivie de celle des provinces (29 juin 1875) et enfin des communes rurales (3 juillet 1891).

(16) G.-C. VON UNRUH, "Die verfassungsrechtliche Bedeutung der preußischen Verwaltungsrechtspflege", in *Festschrift für C.F. Menger*, 1985, p. 21 [26].

Le système ainsi imaginé satisfaisait aux critiques de ceux qui s'étaient depuis le début du siècle opposés à l'idée de soumettre le contentieux de l'activité de l'administration à la juridiction ordinaire :

- l'administration n'était pas soumise au contrôle du juge judiciaire. Celui-ci ne pouvait donc pas bloquer l'action d'autorités exécutives dont le seul maître devait rester le monarque ;

- le contrôle juridictionnel était effectivement exercé par des juges proches des problèmes de l'administration active, soit aux instances inférieures parce que les frontières n'étaient pas étanches entre l'administration active et l'administration contentieuse, soit parce que les juristes recrutés au tribunal administratif supérieur pouvaient être choisis en considération de leur expérience et connaissance de l'administration (17).

Le compromis de Gneist n'était donc pas très éloigné de la position de Mohl, un demi siècle auparavant. J'ajouterai que même si Gneist prend soin dans son ouvrage sur "l'Etat de droit et les tribunaux administratifs en Allemagne" de se distancier ostensiblement du système français accusé d'être la négation même de l'Etat de droit, les justifications qu'il apporte à l'appui de sa juridiction administrative ne paraissent pas être totalement étrangères au système français de juridiction administrative (18).

(17) Gneist lui-même résume ainsi à la suite de E. Meier les objections à l'unité de juridiction (*Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 3^e éd. 1958 (réimpression de la 2^e éd. de 1875) p. 352, note 62) : "Premièrement : même avec la formation la plus soignée et la plus complète, les juges ne sont pas à même de maîtriser complètement non seulement le droit privé et le droit pénal, mais également le domaine entier de la législation administrative, alors que les autorités administratives font de l'usage de cette législation un exercice quotidien leur vie durant. Deuxièmement : dans la grande majorité des litiges qui naissent de l'activité de l'administration, le point litigieux est moins un point de droit qu'une question de fait, par exemple : s'il y a lieu en l'espèce à l'aide aux indigents, si une association nationale de secours aux indigents doit apporter son concours à une association locale de secours, si la nécessité requise pour l'octroi d'une concession ou la fiabilité nécessaire pour l'exercice d'une activité commerciale ou artisanale est bien présente, s'il y a lieu à la fermeture d'une voie publique, dans quelle mesure ladite voie peut être utilisée, si un terrain doit faire l'objet d'un endigage, etc... Troisièmement : un tel contrôle omnipotent de la justice a un effet paralysant sur l'ensemble de l'administration".

(18) Faut-il rappeler ici la formule de Vivien dans son rapport sur le projet de loi relative au Conseil d'Etat prévu au chapitre VI de la constitution du 4 novembre 1848, qui voyait dans le Conseil d'Etat une institution donnant simultanément "aux citoyens toutes les garanties d'un jugement réel" et "à l'administration la certitude que ses juges seront pénétrés de son esprit et familiers de ses besoins" (S. 1840, L. p. 8) ?

2. - *Comment se fait-il que le système de juridiction administrative imaginé par Gneist pour la Prusse ait pu servir de modèle pour l'ensemble de l'Allemagne au-delà même de la Première Guerre mondiale ?*

Une première réponse est à rechercher dans la dimension démocratique du système. Le caractère radicalement objectif d'une construction destinée avant tout à assurer le respect de la légalité par les corps administratifs ne pouvait pas séduire d'emblée les libéraux. Mais il pouvait séduire les démocrates modérés, sensibles avec Gneist à l'idée qu'une telle juridiction pouvait constituer un rempart contre toute aventure incontrôlée et incontrôlable, un "anticorps contre les abus de l'administration des partis et contre la corruption du fonctionnariat par les partis politiques" (19), bref, le rempart de l'intérêt général contre l'oligarchie des partis.

Mais cette fonction n'aurait probablement pas, à elle seule, permis d'assurer le succès rencontré par la juridiction administrative de la Prusse jusque sous la République de Weimar.

La réputation du tribunal administratif supérieur de Berlin doit en effet beaucoup à ses membres et à une politique jurisprudentielle qui lui valut très vite la réputation d'autant mieux appliquer la légalité objective que celle-ci pouvait, en quelque sorte par effet réflexe, secondaire, permettre au tribunal de se faire le défenseur des droits et libertés des citoyens.

Les grands arrêts du tribunal sont ceux dans lesquels celui-ci apparaît comme le défenseur des droits subjectifs. Ainsi, lorsqu'il décide en 1899 que pour émettre un acte administratif individuel créateur de droit, l'administration ne saurait subordonner sa décision à l'approbation d'une autre autorité administrative, lorsque cette approbation n'est pas prévue par les textes ni ne paraît devoir s'imposer eu égard à la nature de la décision. Ainsi, l'acquiescement à une demande de renonciation à la nationalité ne doit pas être soumise sans texte à la vérification du fait que le demandeur a bien régulièrement satisfait aux obligations du service militaire (20).

(19) GNEIST, *op. cit.*, p. 272.

(20) OVGE 35, 407. Sur cette décision, ainsi que diverses autres grandes décisions caractéristiques de la jurisprudence libérale du tribunal administratif supérieur de Berlin, voir : G.-C. VON UNRUH, "Die verfassungsrechtliche Bedeutung der preußischen Verwaltungsrechtspflege", in *Festschrift für C.F. Menger*, 1985, p. 21 [28 et s.], ainsi que : C.-H. ULE, *op. cit.*, p. 714 et s.

C'est à cet aspect inattendu de la jurisprudence du tribunal administratif supérieur de Berlin, comme défenseur des droits de l'individu, que faisait allusion son président Bill Drews, lorsqu'il prononça en 1925 à l'occasion du cinquantenaire du tribunal, la phrase demeurée célèbre : "Il y a encore des juges à Berlin" (21). C'est cette jurisprudence qui a entraîné l'adhésion des promoteurs de la théorie des droits publics subjectifs à cette époque de Weimar, Ottmar Bühler ou encore Walter Jellinek, qui prononça au nom de la Faculté de droit de Kiel la *laudatio* d'usage lors de la remise du diplôme de docteur *h.c.* à Bill Drews (22).

II. - DEPUIS 1949 : LE PARADIGME DE LA PROTECTION DES DROITS SUBJECTIFS ET SES LIMITES

Après la Seconde Guerre mondiale, les juridictions administratives à deux degrés se mirent en place dans les Länder, selon des rythmes et conceptions divers suivant les zones d'occupation. Ce n'est qu'avec la mise en place de la Loi fondamentale pour la République fédérale qu'est apparue en Allemagne une véritable juridiction administrative, avec ses trois degrés culminant dans la Cour fédérale administrative prévue à l'article 95-I-LF (23). L'unification définitive du système a duré une dizaine d'années, depuis les premières réflexions de Jellinek et Naumann, en 1950, et la loi du 23 septembre 1952 sur la Cour fédérale administrative, jusqu'à l'adoption de la loi du 21 janvier 1960 sur la juridiction administrative (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) (24).

(21) *Ibid.* p. 34. Sur la personnalité de Bill Drews, voir le même article, ainsi que pour son activité entre 1933 et 1937, l'article de C.H. ULE mentionné en note 31 de la même page 34.

(22) *Ibid.*, respectivement p. 34 note 29 et p. 28.

(23) R. NAUMANN, "Bundesverwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtsbarkeit", in *DÖV* 1963, p. 732 ; C. H. ULE, "Die geschichtliche Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in der Nachkriegszeit", in *Festschrift für C. F. Menger*, 1985, p. 81.

(24) A défaut d'une bibliographie complète sur la juridiction administrative de l'Allemagne d'aujourd'hui, on renverra aux développements qui y sont consacrés dans mon *Introduction au droit public allemand* (Paris, PUF, 1997), en particulier aux p. 68 et s., 308 et s., ainsi qu'aux références y mentionnées "pour aller plus loin". Parmi les contributions récentes en langue française sur ce même sujet : VON OERTZEN/HAUSCHILD, "Le contrôle de l'administration par les juridictions administratives", in *R.F.A.P.*, 1996, p. 345.

La nouveauté majeure réside dans le changement d'esprit, caractéristique du droit allemand moderne :

A l'Etat de droit identifié à la légalité (l'Etat de droit au sens de R. Gneist) a succédé un nouvel Etat de droit, dans lequel le souci de protection des droits subjectifs l'emporte sur celui de la protection de la légalité objective.

Par voie de conséquence, les attentes de la République fédérale à l'égard de sa juridiction administrative se sont qualitativement modifiées (A). On peut dès lors se demander si la crise qui secoue depuis quelques années la juridiction administrative allemande n'est pas due à l'impossibilité d'accompagner quantitativement le saut qualitatif qui découle pour l'essentiel de l'article 19-IV-LF (B).

A. - Les attentes de la République fédérale à l'égard de sa juridiction administrative

L'article 19, alinéa 4 de la Loi fondamentale de 1949 dispose que "Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire".

On tire de cette disposition deux conséquences pour l'aménagement de la protection des droits subjectifs :

- 1) la nécessaire exhaustivité de la protection juridictionnelle contre les actes du pouvoir exécutif agissant au titre de la puissance publique, et
- 2) l'exigence d'une protection effective.

1) L'exhaustivité (*Lückenlosigkeit*) est le résultat du § 40-I-1 de la loi sur la juridiction administrative (VwGO), combiné avec un système d'action qualifié d'ouvert, car permettant de faire face à toutes les hypothèses de violation des droits.

Selon ce § 40-I-1 VwGO, "La voie du contentieux administratif est ouverte pour tous les litiges de droit public qui ne sont pas de nature constitutionnelle, dans la mesure où la connaissance de ces litiges n'est pas expressément attribuée par une loi fédérale à une autre juridiction".

Du fait de cette disposition, la juridiction administrative est devenue le juge de droit commun du contentieux des droits individuels, la garantie constitutionnelle de recours au juge ordinaire (Art. 19-IV-2 LF) ne fonctionnant plus qu'en dernière analyse.

La compétence de la juridiction administrative se combine il est vrai avec une triple exclusion (25) :

- exclusion des litiges relevant du droit privé parce que l'administration n'y apparaît pas sous le visage de la puissance publique, ou parce que la compétence de la juridiction ordinaire a été fixée par détermination de la loi, par exemple : litiges relatifs au montant de l'indemnité d'expropriation (Art. 14-III-4 LF), litiges portant sur la responsabilité des agents publics (Art. 34-3 LF), litiges relatifs à des prétentions de caractère patrimonial résultant d'une charge particulière imposée pour le bien commun ou d'un dépôt de droit public ainsi que ceux relatifs à des prétentions à dommages-intérêts fondées sur la violation d'obligations de droit public n'ayant pas leur origine dans un contrat de droit public (§ 40-II-1 VwGO), contestations des contraventions administratives (§§ 62-II-1 et 68-I-1 OWiG), *etc...*

- exclusion des litiges dont la connaissance appartient aux juridictions constitutionnelles des Länder ou de la Fédération. La juridiction de la Cour constitutionnelle fédérale porte sur les litiges énumérés à l'article 93 LF et au § 13 BVerfGG. Il ne suffit pas que le litige porte sur une norme de droit constitutionnel, il faut également que la contestation porte directement sur l'activité d'un organe constitutionnel ; ainsi un litige portant sur la violation par une mesure de l'administration d'un droit d'un administré/citoyen est d'abord un litige administratif, car il concerne la régularité de la mesure et la question de la violation éventuelle d'un droit fondamental ne se pose qu'en second rang ;

- exclusion des litiges de droit public dont la connaissance est attribuée à des tribunaux souvent qualifiés de spéciaux par opposition à la juridiction administrative *stricto sensu* : tribunaux des finances (§ 33-I FGO), tribunaux du contentieux social (§ 51 SGG), tribunaux disciplinaires des fonctionnaires de la Fédération et des Länder (§§ 15, 41 BDO et dispositions correspondantes dans les Länder), tribunaux disciplinaires des armées (§ 62 WDO), tribunaux disciplinaires des juges (§§ 62, 78 DRiG), tribunaux professionnels de certaines professions libérales

(25) Sur la frontière des compétences entre juridiction ordinaire et juridiction administrative : M. FROMONT, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, Paris, LGDJ, 1960.

(avocats : § 119 BRAO ; notaires : § 99 BNotO ; médecins, ...), Cour fédérale des brevets (§ 65 PatG).

En sens inverse, il arrive que la compétence de la juridiction administrative soit prescrite par détermination de la loi. Les cas sont peu nombreux ; les plus notables sont le § 126-I BRRG qui attribue en bloc le contentieux de la fonction publique au juge administratif et le § 40-II-1 VwGO qui concerne *a contrario* les contrats de droit public.

C'est toutefois moins la garantie de l'exhaustivité par suite du § 40-I-1 qui contribue à l'engorgement de la juridiction administrative que la seconde exigence constitutionnelle, celle de l'effectivité.

2) L'exigence d'effectivité (*Effektivität*) a été mise en valeur par la jurisprudence constitutionnelle constante depuis une décision du 19 juin 1973 (BVerfGE 35, 263 [274] I), selon laquelle l'exercice concret de la protection requiert la possibilité pour le juge d'intervenir à un stade précoce, avant que l'administration ait créé une situation irréversible ou des dommages irréparables. C'est cette exigence d'effectivité qui justifie le principe du caractère suspensif du contredit et de l'action en annulation et, surtout, qui est à l'origine de l'inflation du recours aux techniques de protection provisoire des droits.

Cette exigence d'effectivité impose au législateur et à la juridiction administrative, sous le contrôle vigilant de la Cour constitutionnelle fédérale, de permettre l'intervention du juge à un stade précoce, avant l'apparition d'une situation irréversible ou de dommages irréparables. Cette contrainte constitutionnelle a donné au contentieux administratif allemand un profil profondément différent de celui du droit français, toujours marqué par la règle fondamentale du caractère exécutoire des décisions administratives et son corollaire qui est l'absence d'effet suspensif des recours contentieux.

Est-on allé trop loin ? Les statistiques du contentieux suggèrent que la facilité d'accès à cette protection précoce a bien eu pour effet pervers de paralyser l'action de l'administration et de contribuer à l'allongement des délais pour le règlement définitif d'une affaire. L'évolution législative récente suggère l'image du retour du balancier. Les dispositions se multiplient, qui réduisent la portée de l'effet suspensif et l'accès aux procédures d'urgence ; tel a été le cas en matière d'asile (§ 75 AsylVfG) ou de la planification de voies de circulation (§ 5-II *Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsg*) ; tel est toujours le cas de la sixième modification de la

loi sur la juridiction administrative, qui ouvre aux Länder la compétence de disposer que les voies de recours n'aurent pas d'effet suspensif et qui permet également d'écarter l'effet suspensif des contredits et actions en annulation de tiers contre des actes administratifs concernant les investissements ou la création d'emplois (§ 80-II-1 n° 3 VwGO).

B. - Crise passagère ou crise structurelle ? (26)

La crise des tribunaux administratifs, c'est la durée excessive des procédures et l'engorgement, c'est-à-dire l'augmentation du stock des affaires en instance, ou sa stagnation à un haut niveau.

Les mesures d'urgence adoptées au cours des dernières années, du type

- doublement en quinze ans des effectifs des magistrats de la juridiction administrative (effectifs dans les anciens Länder, les Länder issus de la réunification n'étant pas pris en compte),
- réduction des possibilités procédurales de faire monter une affaire en deuxième ou en troisième instance,
- atténuation du principe de collégialité, par un recours systématique au juge unique en première instance,

(26) Sur la crise contemporaine de la juridiction administrative allemande : W. BROHM, "Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit", in *DVBl* 1986, p. 321 ; B. CLAUSING, "Strukturänderungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit", in *NVwZ* 1992, p. 717 ; C.-C. DRESSEL, "Gedanken zur Reform des vorläufigen Rechtsschutzes der VwGO", in *BayVBl* 1995, p. 388 ; K. REDEKER, "50 Jahre - Rückblicke und Ausblicke aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit", in *NJW* 1997, p. 373 ; *id.*, "Neue Experimente mit der VwGO?", in *NVwZ* 1996, p. 521 ; *id.*, "Strukturänderungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit?", in *NVwZ* 1992, p. 713 ; *id.*, "Bemerkungen zum Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung aus anwaltlicher Sicht", in *DVBl* 1982, p. 805 ; H.-P. SCHMIESZEK, 6. VwGOÄndG, in *NVwZ* 1996, p. 1151 ; *id.*, Die Novelle zur Verwaltungsgerichtsordnung, in *NVwZ* 1991, p. 522 ; H. SENDLER, "125 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit Woher - Wohin?", in *VBlBW* 1989, p. 41 ; *id.*, "Zu wenig durch zu viel Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß? oder Wäre weniger mehr?", in *Festschrift aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie*, 1983, p. 175 ; *id.*, "Zum Instanzenzug in der Verwaltungsgerichtsbarkeit", in *DVBl* 1982, p. 157 ; *id.*, "Möglichkeiten zur Beschleunigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens - Zur "hausgemachten" Überlastung der Verwaltungsgerichte", in *DVBl* 1982, p. 923 ; *id.*, "Guter Rechtsschutz und Verfahrensbeschleunigung", in *DVBl* 1982, p. 812 ; P. STELKENS, in *Schoch et al.*, VwGO, Kommentar, 1996, § 1 VwGO ; *id.*, "Verwaltungsgerichtsbarkeit im Umbruch - eine Reform ohne Ende?", in *NVwZ* 1995, p. 325 ; *id.*, "Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Krise", in *DVBl* 1995, p. 1105 ; *id.*, "Strukturveränderung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit? oder Wie lästig dürfen Verwaltungsgerichte sein?", in *Festschrift für Redeker*, 1993, p. 313 ; *id.*, "Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOÄndG) - das Ende einer Reform?", in *NVwZ* 1991, p. 209.

n'ont pas encore permis de véritablement stabiliser le stock des affaires en instance et la durée des procédures, en première et en seconde instance. En revanche, la durée moyenne des procédures de cassation est passée à la Cour fédérale administrative de 25 à 14 mois, de 1992 à 1996 (27).

A première vue donc, il est vrai qu'en acceptant de renoncer à bien des éléments d'une procédure considérée comme normale (28) et, en remettant sans cesse sur le métier la toile de la simplification des procédures (29), il paraît techniquement possible de sortir de l'engorgement.

Mais un nouveau problème se profile déjà à l'horizon, sur fond de chômage et de crise économique : celui de la longueur des procédures, et en particulier de celles touchant aux décisions tendant à la réalisation d'infrastructures économiques, ou de celles permettant de nouvelles implantations techniques ou industrielles en Allemagne.

Vulgarisé par un rapport du chancelier fédéral en 1994 (30), le slogan "*Standort Deutschland*" (Site d'implantation : Allemagne !) exprime cette crainte de la fuite des investisseurs.

A cette fuite, il y a bien sûr des raisons conjoncturelles, strictement économiques. Mais il y a aussi des raisons structurelles, liées à la longueur des procédures de décision de l'administration active, longueur inhérente au paradigme de la primauté de la protection des droits subjectifs et à la multiplication corrélatrice des recours devant la juridiction administrative.

(27) Voir les statistiques publiées chaque année par l'Office fédéral des statistiques : Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Verwaltungsgerichte 1996, Arbeitsunterlage (paru en sept. 97, 125 p.).

(28) Que vaut une justice où le juge de première instance est souvent, non seulement juge unique, mais aussi un juge tout fraîchement sorti de l'examen et ne disposant certainement pas de la connaissance du terrain administratif, chère à Mohl ou à Gneist ?

(29) La sixième modification de la loi sur la juridiction administrative est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1997.

(30) *Bericht der Bundesregierung über den Stand der Maßnahmen zur Zukunftssicherung des Standortes Deutschland und des Aktionsprogramms für mehr Wachstum und Beschäftigung* (Rapport du gouvernement fédéral sur la mise en œuvre des mesures destinées à garantir l'avenir du site d'implantation Allemagne et celles du programme d'action pour améliorer la croissance et l'emploi, BT-Drucks. 12/6907. Voir le rapport introductif de W. BLÜMEL (p. 9 [14]) au colloque de Spire des 26-28 septembre 1994, in W. BLÜMEL und R. PITTSCHAS (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997 (Schriftenreihe der Hochschule Speyer ; Bd. 121).

Tout se passe désormais comme s'il était possible de régler la crise de la juridiction administrative, mais non pas d'éviter de passer au stade suivant, tellement craint par les réformateurs du XIX^e siècle : celui de la paralysie de l'administration du fait de l'intervention d'un juge administratif qui ressemble d'autant plus à un juge ordinaire qu'il s'est éloigné des canons de la légalité objective.

Christian AUTEXIER

*Professeur de droit public à l'Université
de Lille II (détaché)*

*Titulaire de la chaire de droit public français,
Directeur du Centre juridique
franco-allemand de l'Université de la Sarre*