



HAL
open science

L'informel en contentieux administratif

Arnaud Lanckbeen

► **To cite this version:**

| Arnaud Lanckbeen. L'informel en contentieux administratif. Droit. 2024. dumas-04771025

HAL Id: dumas-04771025

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-04771025v1>

Submitted on 7 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de Perpignan



Mémoire de recherche

Master 2

Administration publique

–

PARCOURS : Carrières du droit public

« L’informel en contentieux administratif »

Arnaud LANCKBEEN

Sous la direction de Monsieur Marcel SOUSSE, Professeur de droit public – UPVD

Année universitaire 2023 – 2024

Université de Perpignan

Mémoire de recherche

Master 2

Administration publique

—

PARCOURS : Carrières du droit public

« L’informel en contentieux administratif »

Arnaud Lanckbeen

Sous la direction de Monsieur Marcel SOUSSE, Professeur de droit public – UPVD

Année universitaire 2023 – 2024

Remerciements

Mes remerciements sont adressés à Monsieur le Professeur Marcel Sousse pour m'avoir accordé sa confiance et son temps. Ses conseils et son écoute m'ont permis de réaliser ce travail dans les meilleures conditions, je lui exprime ma sincère reconnaissance.

Je tiens également à remercier l'ensemble de l'équipe pédagogique du Master Administration Publique, tout particulièrement Messieurs les Professeurs Mathieu Doat et Jacobo Rios, l'un m'ayant donné l'envie d'écrire, l'autre le courage de travailler mon éloquence.

À celles et ceux qui m'ont exprimé personnellement leur bienveillance, ces moments de partage raisonnent en moi bien au-delà de ces quelques années à l'Université. Une pensée fraternelle va à Adrien et Claudia, une pensée personnelle à Andréa, Pablo, et Yohann.

Liste des abréviations

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

CAA : Cour administrative d'appel

CC : Conseil Constitutionnel

CCP : Code de la commande publique

CE : Conseil d'État

CJA : Code de justice administrative

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Concl. : Conclusions de rapporteur public

CRPA : Code des relations entre le public et l'administration

CURAPP : Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique

DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

EDCE : Etudes et document du Conseil d'État

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

PUF : Presses universitaires de France

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RDP : Revue de droit public

RFDA : Revue française de droit administratif

RIDJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques

TA : Tribunal administratif

(dir.) : Sous la direction de

n° : Numéro

p. : Page, pages

SOMMAIRE

Sommaire	7
Introduction	9
Partie 1 : L’informel comme réponse aux limites du formalisme	21
Chapitre 1 : L’exercice d’une souplesse par le couple formel-informel	23
Section 1 : L’usage de l’informel dans la gestion des flux de contentieux	25
Section 2 : L’usage de l’informel par le juge	37
Chapitre 2 : L’articulation du couple formel-informel par le juge	48
Section 1 : La persistance d’un cadre formel dans la préservation de garanties	49
Section 2 : Le dépassement de la source formelle du droit	58
Partie 2 : L’informel comme méthode de création de droit.....	69
Chapitre 1 : La marque d’une flexibilité du juge	71
Section 1 : L’informel comme outil de mesure	73
Section 2 : L’informel comme outil d’action	83
Chapitre 2 : La marque d’une flexibilité du droit.....	93
Section 1 : La construction d’un droit adapté dans le temps.....	94
Section 2 : La construction d’un droit en adéquation avec les circonstances de son temps	103
Conclusion générale	114
Bibliographie.....	116
Table des matières	133

INTRODUCTION

« Il en est ici comme de la conduite d'une partie d'échecs ; les règles du jeu sont connues, mais on ignore chaque fois comment chaque partie sera amenée à son terme ; le procès est au droit ce que la partie d'échecs est à la règle : dans les deux cas, il faut aller jusqu'au terme pour en connaître la conclusion »¹.

Est-il possible qu'une connaissance exacte du déroulé de la procédure administrative contentieuse, des éléments de faits jusqu'aux règles applicables, ne suffisent pas à prévoir l'issue d'un procès ? La prévisibilité de la justice représente pourtant une exigence dans l'édification du « socle de confiance indispensable à toute relation juridique »². Or, une fraction d'imprévisibilité demeure incontournable, voire nécessaire. « La part irréductiblement humaine de l'acte de juger réside précisément dans la part d'imprévisibilité [...], qui résulte de l'examen humain d'éléments de fait et de droit débattus contradictoirement »³. Reposant sur des appréciations et expressions humaines, cette variabilité apparaît inévitable. Le justiciable demeure libre de faire valoir ce qu'il entend ; le juge d'en tirer les conséquences qui lui semblent adaptées. La justice humaine est une justice qui ne peut être prévisible que dans son déroulé, et qui varie au gré des comportements individuels de ceux qui la composent⁴. Chacun de leur expression ou de leur silence exercera une influence, difficilement quantifiable mais incontestablement présente, sur l'issue de l'affaire. Ainsi, en marge des textes et des procédures formelles, la décision de justice est guidée par des appréciations, des expressions, des émotions⁵. Si les mots peuvent manquer du côté du justiciable⁶, le juge, lui, est tenu de ne jamais rester sans voix⁷. Seul le législateur dispose du « privilège »⁸ de légiférer à souhait.

¹ Paul RICOEUR, *Le juste 1*, Présentation inédite d'Antoine Garapon, Points, Paris, Editions du Seuil, 2022, p. 246. ISBN : 978-2-7578-9512-2

² Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Thèse pour le doctorat, Paris, LGDJ, Lextenso, 2009, Dirigée par Yves GAUDEMET, p. 127. ISBN : 978-2-275-03478-2

³ Edouard ROTTIER, La justice prédictive et l'acte de juger : quelle prévisibilité pour la justice ?, in *La justice prédictive*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 60, p. 192. ISBN : 978-2-247-17959-6

⁴ Concernant les juges, la doctrine indique parfois que « voir la neutralité et l'indépendance comme des armures protégeant les juges des influences serait idéaliste » (selon Maryse DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 370.). Or, il convient de préciser que les acteurs qui composent la justice dépassent largement les juges : une décision de justice ne peut se voir limiter à son dispositif. Cette part d'imprévisibilité semble jouer à chaque stade de la procédure administrative contentieuse, à chaque occurrence d'une appréciation humaine sur des éléments de fait et de droit.

⁵ « L'émotion est partout dans les tribunaux », selon Odile BARRAL, « L'émotion du juge », in *Les cahiers de la justice*, 2014-1, n° 1, p. 74.

⁶ Face au bourreau, expression de la décision de justice, le condamné, dans ses pensées : « Les mots manquent aux émotions », Victor HUGO, *Le dernier jour d'un condamné*, 1829, p. 161.

⁷ Article 4 Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁸ « C'est le privilège du législateur de pouvoir passer sous silence les problèmes irritants : le juge, lui, ne peut se dérober », selon Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, vol. 51, 1959, p. 283.

Ainsi, le silence revêt une définition et une fonction différente selon l'individu qui en est à l'origine. Le terme voit son sens évoluer en fonction du contexte dans lequel il s'illustre. Le référentiel auquel est associé un terme transforme le regard qui lui est adressé. En ce sens, ce propos vise à cerner les contours de ce référentiel, marqué tant par un formalisme certain, que par des exigences de prévisibilité ou encore d'intelligibilité⁹. C'est dans ce contexte que l'informalité s'inscrit, reste à savoir quelle définition il conviendrait de lui accorder pour cerner efficacement son rôle dans ce référentiel.

Si d'usage les travaux juridiques débutent par des éléments de définition, voilà qu'émerge ici une première difficulté. Ces premières lignes visaient à identifier le fait qu'un terme peut être défini différemment en fonction du référentiel auquel il est associé. Le contentieux administratif, notre objet d'étude, référentiel auquel est ici associé l'informel, est lui-même défini sans encombre par un manuel du même nom, en ces termes : le contentieux administratif « correspond aux règles applicables dans le cadre d'un procès devant le juge administratif »¹⁰. Il n'en va pas de même pour l'informel, aucun manuel ne lui est directement consacré. L'informel ne se voit pas défini dans le référentiel du contentieux administratif. L'informel se présente alors comme un « un concept “fantôme”, qui est reconnu partout et nulle part »¹¹, pour lequel l'absence de définition peut être assimilée à une « indifférence généralisée de la doctrine »¹². Seuls quelques auteurs tentent de le définir, en mettant en exergue ses vertus de souplesse : l'informel renvoie « à l'invisible, à l'officieux, à l'incertain »¹³, et permet de « passer sous les radars »¹⁴. Ces quelques éléments ne permettant pas d'identifier concrètement ce qu'englobe l'informel en contentieux administratif. Le sens spécifique du terme, c'est-à-dire, le sens qu'il revêt lorsqu'il est étudié dans un référentiel précis (ici, le contentieux administratif) n'est pas défini de façon satisfaisante. Conscient de la marge d'erreur mais n'ayant d'autres

⁹ Jean-Marc SAUVÉ, « Les critères de la qualité de la justice », discours pour la Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg, 25/09/2009. Parmi ces critères se trouvent notamment la « célérité de la justice », sa « prévisibilité et l'optimisation du temps judiciaire », ou encore son « intelligibilité ».

¹⁰ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, Manuels, Paris, LGDJ, 2023, p. 13.

¹¹ François GEOFFROY, « Penser l'informel. Non-concept ou méta-concept pour le management ? », *Revue internationale de psychosociologie*, 2011/43 (Vol. XVII), p. 50.

¹² Sébastien SAUNIER, « La doctrine et l'informel en droit administratif », Etude par Sébastien SAUNIER, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 45.

¹³ Julia SCHMITZ, « L'institutionnalisation du droit administratif informel », *op. cit.*, p. 20.

¹⁴ Pascale IDOUX, « L'informel en droit administratif », Journée d'études de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), 10 décembre 2021, Université de Lille, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 11.

choix, partir d'une définition plus générale pour tenter de la préciser dans le référentiel ici étudié semble être une solution.

Pour cela, il convient de se tourner vers des définitions issues de dictionnaires. Le Littré ne définit que le « formel », comme ce qui est « en forme, et qui par conséquent est exprès, nettement déterminé »¹⁵. Par une approche littérale, l'informel peut être défini en se saisissant du préfixe « in », exprimant une opposition avec le « formel ». Il est évident qu'une telle approche revêt une imprécision certaine, empêchant de cerner ce qu'englobe concrètement l'informel¹⁶. Le *Vocabulaire Juridique* propose quant à lui une définition de l'informel en ces termes : « Sans solennité ni déroulement rigide ; dégagé de tout formalisme »¹⁷. Outre les lacunes de cette définition¹⁸, nous percevons plus globalement une première limite des approches actuelles : les définitions sont absentes, imprécises, ou limitées à un référentiel. En raison de ces éléments, tout chercheur se trouve contraint de fonder initialement ses propos sur d'autres données entachées d'une marge d'erreur moins importante : la forme, plutôt que l'informe¹⁹. Une étude de l'informel en contentieux administratif se heurte à une problématique similaire, il convient d'adopter une démarche similaire à celle de la doctrine : rechercher ce que nous savons, pour tenter de quantifier l'informel dans notre référentiel, et ainsi d'en préciser la définition dans ce dernier. Ce n'est qu'après de telles étapes que l'objet d'étude sera suffisamment explicité, stade à partir duquel les enjeux thématiques qui lui sont propres feront surface.

La première étape de la recherche vise à identifier le sens des termes « informel », et « formel ». L'informel est d'origine anglo-saxonne, et désigne le « non officiel, l'irrégulier et le non formel »²⁰. Le formel²¹, du latin *formalis*, correspond à ce qui a trait aux moules, et *forma*, la forme, le type. L'informel, par définition contraire aux formes, serait ainsi défini non pas par lui-même, mais par son opposition²² avec le formel. Si l'informel se résume à être

¹⁵ Définition du terme « formel », dictionnaire Littré [en ligne].

¹⁶ Stéphanie NOVAK, « La prise de décision peut-elle être informelle ? », *op. cit.*, p. 104.

¹⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France / Humensis, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 543., ISBN : 978-2-13-081741-3

¹⁸ Selon Sébastien Saunier, cette définition limite l'informel au consensualisme. Sébastien SAUNIER, « La doctrine et l'informel en droit administratif », *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ *Ibid.*, p. 45.

²⁰ François GEOFFROY, « Penser l'informel. Non-concept ou méta-concept pour le management ? », *op. cit.*, p. 52.

²¹ Les précisions étymologiques suivantes sont issues du Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique op. cit.*, p. 472., définition du terme « Formel ».

²² Cette opposition ressortait déjà des termes *jure* (droit, officiel), et *de facto* (de fait, réel, mais non officiel), retranscrite par François GEOFFROY, « Penser l'informel. Non-concept ou méta-concept pour le management ? », *op. cit.*, p. 52. L'auteur présente de façon générale de nombreuses études étrangères portant directement ou indirectement sur l'informel.

l'opposé du formel, alors l'étude du formalisme en contentieux administratif suggèrera de nouveaux éléments de réponse.

Le formalisme renvoie d'abord aux sources formelles du droit. Outre le fait qu'est progressivement abandonnée « l'idée que le droit se limite à la loi écrite »²³, les sources formelles du droit ne suffisent désormais plus à comprendre en leur sein la totalité du droit²⁴. L'impossibilité matérielle de leur exhaustivité, couplée au résultat « aberrant » qu'entraînerait leur « application mécanique »²⁵ : les sources formelles du droit semblent présenter une limite.

Plus spécifiquement maintenant, dans le référentiel du contentieux administratif, le formalisme renvoie aux procédures structurant le procès administratif. Il convient de relever que « le droit public français n'est pas un droit de procédure »²⁶. Il n'empêche qu'il soit marqué par le « rite »²⁷, et que l'étude de la place « qualitative et quantitative »²⁸ des procédures permettent d'appréhender l'avenir du droit administratif. Le formalisme, malgré ses rigidités, revêt une importance capitale dans ce contentieux tant en apparence que sur le fond. En apparence, parce que « la forme est le patrimoine des juges »²⁹, et fonde l'identité de leur mode d'expression³⁰. Sur le fond, parce que la procédure est synonyme de lisibilité³¹, de garanties³². Concrètement, toutes ces procédures visent à s'assurer « de ne pas se précipiter vers les évidences aveuglantes »³³. Cependant, leur lenteur et leur rigidité amènera la doctrine à les

²³ Charles PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, rééd. 1999., p. 64. ISBN : 2 247 03764

²⁴ « Le droit est plus grand que les sources formelles du droit », selon Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001, p. 21. ISBN : 2-275-02008-X

²⁵ Ariane MEYNAUD, « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA*, 2013, p. 1029.

²⁶ Conclusions Jean-Claude BONICHOT sous l'arrêt Conseil d'État, Section, 5 avril 1996, Syndicat des avocats de France, *RFDA*, 1996, p. 1195.

²⁷ Antoine GARAPON, *Bien juger*, Essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, « Hors collection », 2001, p. 17

²⁸ Pascale IDOUX, « Le droit administratif de demain, droit essentiellement procédural ? », *RDA*, 2023, n° 10, p. 51.

²⁹ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Collection Droit et Société, 1993, p. 204., relevant les propos de Beaumarchais, *Le mariage de Figaro*.

³⁰ « La rédaction, en effet, fait l'objet d'une formalisation extrêmement poussée », selon Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 282.

³¹ Les exemples sont très nombreux sur ce point, limitons-nous aux propos de Fabrice Melleray : « On codifie désormais le droit administratif pour le simplifier, le moderniser », Fabrice MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? » *AJDA*, 2005, p. 637. L'auteur nuance cependant son propos en affirmant que l'intervention du législateur fait parfois perdre aux textes une large part de leur cohérence.

³² Exemples nombreux une fois encore : « La puissance se transforme en compétence, instituée et encadrée par le droit », selon Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, LGDJ, Lextenso, Paris, 7^{ème} éd., 2023, p. 12. ISBN : 978-2-275-13122-1.

³³ Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, Une ethnographie du Conseil d'État, Éditions La Découverte, Paris, 2004, p. 232., ISBN : 978-2-7071-4472-0.

assimiler à des contraintes³⁴ plus qu'à des garanties, prônant alors une certaine « économie procédurale »³⁵. Un équilibre doit être trouvé pour que la forme ne soit pas une « limite »³⁶, mais un atout. L'informalité connaît un débat similaire. D'une part, l'informel peut être « positif », par exemple, une discussion informelle, dans laquelle l'interlocuteur ne peut être engagé par ses propos³⁷. Alors que l'informel « négatif » correspond à celui qui « désigne une déviance par rapport à la norme attendue »³⁸. Une première certitude fait ici surface : l'informel revêt plusieurs sens, en fonction du contexte dans lequel il s'illustre. Ainsi, il semble fort probable que sa définition en contentieux administratif présente des spécificités, tant le référentiel auquel il est associé transforme son sens.

Ce constat a été celui de François Geoffroy, qui précisait que l'appréciation de l'informel dépend nécessairement du référentiel dans lequel on l'étudie³⁹. L'informel apparaît toujours couplé à un autre élément, et n'est alors jamais étudié en tant que tel. Il se présente comme terme « peu opérationnel »⁴⁰, dont la doctrine se saisit ponctuellement, par des définitions qui varient en fonction de leur objet d'étude, construisant ainsi un « ensemble intellectuel pétri de contradiction »⁴¹. A ce stade, une nouvelle certitude fait surface. Il apparaît complexe d'étudier l'informel en tant que tel, mais ce dernier semble présenter un élément commun à toutes ses définitions. En d'autres termes, indépendamment du référentiel on l'associe, l'informel paraît toujours être caractérisé par son opposition avec le formalisme. Une nouvelle piste se découvre ainsi : analyser plus en profondeur cette opposition dans notre référentiel serait susceptible de permettre l'identification des enjeux thématiques de l'informalité en contentieux administratif.

³⁴ Plus globalement, Alexis Spire constate que les relations entre les administrés et l'administration sont marquées par un formalisme fort : « trop de paperasses, trop de procédures, trop de formulaires [...]. L'auteur ajoute ensuite que « le rétrécissement de l'État et la raréfaction des agents mandatés pour interagir avec les gouvernés tendent à se traduire par un accroissement de la sphère de l'informel ». Alexis SPIRE, « Approche socio-historique des terrains d'élection de l'informel », Etude par Alexis SPIRE, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 37.

³⁵ Par exemple, Florian POULET, « L'organisation du procès administratif », *AJDA*, p. 2264. ; Pascale FOMBEUR, « Effectivité et efficacité de l'économie procédurale », *AJDA*, 2023, p. 2281 ; plus généralement, le Dossier *L'économie procédurale*, *AJDA*, 2023, p. 2255.

³⁶ « Toute forme est une limite », selon Maurice HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. (1929) : rééd. D. 2015, p. 218., cité par Julia SCHMITZ, « L'institutionnalisation du droit administratif informel », *op. cit.*, p. 19. Julia Schmitz poursuit, en affirmant qu'en droit privé, la forme est perçue comme une « tyrannie », son recul illustre un recul des contraintes.

³⁷ Isabelle DE SILVA, « L'informel en droit administratif : réflexions, illustrations », *op. cit.*, p. 38.

³⁸ *Ibid.*, p. 38.

³⁹ « L'informel en tant que tel semble en réalité ne jamais exister isolément mais coexiste toujours en association avec une notion connexe : organisation informelle, institution informelle, gouvernance informelle, système informel, arrangement informel, relation informelle, communication informelle, groupe informel, etc », extrait de François GEOFFROY, « Penser l'informel. Non-concept ou méta-concept pour le management ? », *op. cit.*, p. 55.

⁴⁰ Stéphanie NOVAK, « La prise de décision peut-elle être informelle ? », *Négociations*, 2017/1 (n° 27), p. 92.

⁴¹ Sébastien SAUNIER, « La doctrine et l'informel en droit administratif », *op. cit.*, p. 47.

Il convient de s'accorder sur le fait que l'informel se place dans la continuité du « processus de déformalisation du droit administratif »⁴², qui vise à accorder une certaine « latitude »⁴³ à différents acteurs. Dans ce référentiel du contentieux administratif, l'étendue de cette marge de manœuvre se trouve dans un équilibre⁴⁴. Une extrême serait marquée par un formalisme trop important, synonyme de frein à l'efficacité de la justice⁴⁵, l'autre comporterait le risque d'une justice qui privilégie « la quantité au détriment de la qualité de la jurisprudence »⁴⁶. Dans le contexte d'afflux des contentieux, l'efficacité ne se présente plus comme une optimisation souhaitée, mais comme une nécessité d'assurer le bon fonctionnement de la justice⁴⁷. C'est dans cette recherche de nuance entre la qualité et l'efficacité que s'inscrit l'informalité en contentieux administratif. Des procédés informels semblent ainsi permettre de garantir cet équilibre, dans des proportions qu'il apparaît nécessaire de mesurer.

Il convient alors de se pencher sur le contexte du référentiel auquel on associe l'informel permet ainsi d'établir peu à peu une définition de ce qu'il englobe. Il convient de rappeler à cet effet que le droit administratif s'est construit sur le fondement de la jurisprudence⁴⁸. Cette spécificité a conféré au droit administratif une cette faculté d'adaptation « à la réalité administrative et politique »⁴⁹ dans laquelle il s'inscrit. Ce contentieux est alors marqué par son évolution au fil du temps, mais également par la flexibilité⁵⁰ des méthodes déployées par le juge à cet effet. Si « l'informel permet de décrire une partie intégrante de la réalité administrative »⁵¹, il en va de même pour le contentieux administratif. De tout temps, cette flexibilité semble avoir guidé la construction du droit administratif, mais également de son contentieux, en témoigne l'assouplissement progressif de l'office du juge⁵² et des principes qu'il emploie. Ainsi,

⁴² Julia SCHMITZ, « L'institutionnalisation du droit administratif informel », *op. cit.*, p. 23.

⁴³ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁴ Jean-Marc SAUVÉ, « Les critères de la qualité de la justice », discours pour la Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg, 25/09/2009. Parmi ces critères se trouvent notamment la « célérité de la justice », sa « prévisibilité et l'optimisation du temps judiciaire », ou encore son « intelligibilité ».

⁴⁵ Damien Connil précisait sur ce point qu'une accélération des procédures représente un atout de bonne administration de la justice. Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse pour le doctorat de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Dalloz, 2012, p. 152.

⁴⁶ Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État, Que sais-je ?*, 2^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 19., ISBN : 2 13 053052 4

⁴⁷ Il convient de noter qu'en temps de crise, le formalisme tend à céder devant le besoin d'efficacité. Un recul très important des procédures, couplé aux menaces nouvelles quasi-continues qui pèsent sur notre droit conduisent à « effriter » l'Etat de droit. Selon Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁴⁹ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Lextenso, LGDJ, Paris, éd. 2015, p. 123., ISBN : 978-2-275-04764-5

⁵⁰ *Ibid.*, p. 137.

⁵¹ Sébastien SAUNIER, « La doctrine et l'informel en droit administratif », *op. cit.*, p. 44.

⁵² « L'évolution de l'office du juge administratif : du contrôle d'un acte à l'analyse d'une situation juridique litigieuse », Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un*

l'opposition au formalisme illustre une certaine souplesse. Dans le référentiel du contentieux administratif, cette souplesse est guidée par sa spécificité : sa construction progressive par la jurisprudence. L'informalité se dessine peu à peu comme une forme de souplesse, une flexibilisation qui entraîne des conséquences sur le droit, faculté se trouvant entre les mains d'acteurs qu'il apparaît nécessaire d'identifier.

Tout ce contexte a suggéré au fil du temps un pouvoir créateur⁵³ au juge administratif, garant de l'adaptation dans le temps du droit ainsi produit. Or, il est acquis que « le pouvoir normatif initial, dans l'Etat, appartient à l'organe législatif »⁵⁴, ce pouvoir ne s'étend au juge que dans une certaine mesure, dans des circonstances précises, et exclusivement dans une finalité de se prononcer « au nom de la loi »⁵⁵. S'il est parfois admis que le législateur attend qu'une problématique soit responsable d'une émotion publique pour la consacrer⁵⁶, le juge n'attend quant à lui qu'une requête. La création et la mise en œuvre du droit semble dépendre de la coordination de plusieurs acteurs, passant d'un justiciable à l'origine d'une requête, jusqu'aux juges déployant une réponse adaptée en interprétant parfois la loi, en passant par les conseils des avocats et suggestions des rapporteurs publics. Sans développer à ce stade chacune de ses étapes, il convient de constater qu'à chaque stade la procédure administrative contentieuse interagissent de nombreux acteurs : de telles relations laissent une place propice à l'informalité⁵⁷. Il apparaît ainsi nécessaire d'apporter quelques précisions quant à l'articulation de ces acteurs, pour ainsi cerner l'étendue de l'informalité qui se trouve entre eux, et qu'elles sont ses impacts sur la décision rendue.

renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale, Thèse dirigée par Jean de Gaudusson, Paris, LGDJ, 2001, p. 98.

⁵³ Ce pouvoir créateur est dit « assumé », en témoigne l'arrêt Tropic (CE Ass., 16/07/2007, *Société Tropic Travaux*, n° 291545, concl. Casas.), selon Chloé PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Thèse pour le doctorat, Paris, LGDJ, Lextenso, dirigée par Baptiste BONNET, 2018, p. 287.

⁵⁴ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁵ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 173., reprenant l'idée de J. BEL, « Le précédent judiciaire en droit privé français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, 1984, p. 173.

⁵⁶ R. SALEILLES : Préface à l'ouvrage de Fr. Gény, *méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. 16., cité par GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, 1970, rééd., LGDJ, 2014, Anthologie du droit, p. 124. ISBN : 978-2-275-04186-5

⁵⁷ Voir sur ce point les développements de François GEOFFROY, « Penser l'informel. Non-concept ou méta-concept pour le management ? », *op. cit.*, p. 53.

Au regard de la loi, le juge manifeste une « distance condescendante »⁵⁸ autant qu'un regard critique sur sa validité⁵⁹. Des relations de complémentarité autant que de rivalité⁶⁰ s'exercent entre eux, bien que « souvent, très souvent, le juge et la loi marchent ensemble »⁶¹. Le juge s'octroie parfois certaines libertés à l'égard du texte, ne s'y référant non pas en tant que source formelle du droit, mais plutôt en tant que concept⁶². Cette marge d'appréciation dont dispose le juge revêt une certaine part d'informalité, et justifie parfois la qualification du droit dont il paraît être l'auteur de « prétorien »⁶³. L'appréciation de la loi applicable et de son sens fonde le pouvoir d'interprétation⁶⁴ du juge, qu'il exerce en vue de « suppléer à ses insuffisances ou à sa carence »⁶⁵. Trois fonctions de l'interprétation⁶⁶ sont alors identifiées.

La première correspond à l'application de la loi : le fait d'assurer « le passage de la règle abstraite aux cas concrets en définissant le sens et la portée »⁶⁷. La deuxième fonction consiste à éclairer la loi, lorsqu'elle est silencieuse, insuffisante, ou obscure⁶⁸, l'idée est donc d'en « préciser le sens »⁶⁹. Enfin, l'interprétation est un moyen pour le juge d'harmoniser⁷⁰, puis de moderniser la loi pour la faire correspondre aux besoins actuels⁷¹.

⁵⁸ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 226. ; Yves Gaudemet relèvera quant à lui une sorte d'indépendance du juge à l'égard du droit écrit : Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 132.

⁵⁹ Le statut du juge de l'Union européenne confère au juge cette faculté. Dans ce cas, il est question pour le juge non pas de rechercher le sens de la loi, mais sa validité. Selon Thierry REVET, « La Légisprudence », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Deffrénois, 2005, p. 382.

⁶⁰ Philippe MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.

⁶¹ Jean-Denis BREDIN, « La loi du juge », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 18. ; Leur coordination est telle que Thierry REVET discutera d'une « légisprudence » : Thierry REVET, « La Légisprudence », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, *op. cit.*, p. 379.

⁶² GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 34.

⁶³ Bertrand Seiller nuance son propos, en affirmant que « Le caractère essentiellement jurisprudentiel du droit administratif [...] ne signifie pas qu'il est exclusivement issu de l'œuvre prétorienne ». Bertrand SEILLER, *Droit administratif, 1. Les sources et le juge*, sous la direction de Frédéric ROUVILLOIS, Paris, Flammarion, « Champs – Université », 9^{ème} éd., 2023, p. 33. ISBN : 978-2080431370.

⁶⁴ Le juge ne peut se dispenser « d'interpréter la règle de droit, de la compléter, de la construire », selon Préface de Prosper WEIL, Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. VII-VIII.

⁶⁵ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Paris : les Cours de droit, 1970-1971, p. 20.

⁶⁶ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 57.

⁶⁷ CEDH 15 novembre 1996, *Cantoni contre France*, §31 et 32, D. 1997, somm., 202, obs. C. Henry, *JCP*, II, 22836, note E. Fouassier et D. Vion, cité par Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁸ Article 4 code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁶⁹ Didier TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France / Humensis, 10^{ème} éd., 2023, p. 44.

⁷⁰ Au-delà de la fonction juridictionnelle, le juge exerce sa fonction jurisprudentielle « par l'interprétation, de lui donner jurisprudentiellement une part d'harmonie », selon Gilles DARCY, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 538.

⁷¹ Magalie BOUTEILLE-BRIGANT, Pour un « transjuridisme » ?, in *La justice prédictive*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 60, p. 304. ISBN : 978-2-247-17959-6

Ces éléments rendent compte de la recherche d'un véritable « dialogue, une collaboration » entre les pouvoirs⁷². Ces différents acteurs de la procédure administrative contentieuse sont, à leur échelle respective, auteurs d'informalité. Diverses influences et pratiques informelles contribuent à construire la décision de justice, dans un droit qui repose sur la construction jurisprudentielle. S'il semble acquis que l'informel regroupe le « droit qui n'apparaît pas dans l'ordonnement juridique extérieur »⁷³, il est possible d'étendre cette approche à l'ensemble des appréciations et pratiques entraînant une influence sur la décision rendue, exercées par les acteurs concourant à l'élaboration de cette décision. L'informel en contentieux administratif n'est donc pas uniquement le droit qui n'est pas prévu explicitement par des textes, mais s'étend également aux marges de jeu dont dispose chacun des acteurs de ce référentiel.

Alors, en retenant une telle définition, l'informel serait susceptible de se trouver à chaque stade de la procédure contentieuse ici étudiée. Si tel est le cas, il faut s'assurer que l'on puisse encore satisfaire les deux critères de la sécurité juridique : « savoir et prévoir »⁷⁴. Il convient d'abord de préciser que l'incertitude et l'imprévisibilité inhérentes à ce contentieux ne proviennent pas exclusivement de ce que nous identifions comme de l'informalité : le Conseil d'État est connu pour garder secrète une grande part de son activité⁷⁵. Ensuite, cette première affirmation limiterait l'informel au côté négatif de sa définition. L'absence de définition ne représente pas nécessairement une faille dans les objectifs de sécurité juridique : elle est un outil, un atout d'efficacité⁷⁶. Le fait de demeurer dans l'imprécision représente une méthode dont le juge se saisit parfois, pour conserver « une marge suffisante aux exigences éventuelles d'un remodelage »⁷⁷. Or, de façon évidente, l'imprécision ne doit pas être trop importante. « *La prudence des codificateurs tient plus sûrement à la nécessité de trouver le meilleur équilibre possible entre les exigences de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité*

⁷² Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 193.

⁷³ Julia SCHMITZ, « L'institutionnalisation du droit administratif informel », *op. cit.*, p. 20.

⁷⁴ Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° spécial du cinquantième, p. 151.

⁷⁵ « [...] une grande part de son activité est discrète, voire secrète ; sa fonction la plus apparente, celle de juge administratif, s'exprime par des arrêts dont seuls des spécialistes peuvent décoder les subtilités ». Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁶ Yves GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, n°2, Avril-juin 1994, p. 648.

⁷⁷ Roger LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État*, in *Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1950, p. 219., cité par Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Collection Droit et Société, 1993, p. 116.

de la norme, d'une part, et celles de ne pas figer, voire fragiliser des constructions jurisprudentielles, d'autre part »⁷⁸. Tout semble se résumer à une affaire de proportion, dans laquelle les parts d'informalité doivent être des atouts plus que des contraintes.

Outre l'éventualité de l'apport d'une définition plus concrète de l'informel dans le référentiel du contentieux administratif, le fait d'étudier cet équilibre représente un nouvel intérêt de ce sujet. Il est question de cerner les usages de l'informel, dans un contentieux marqué par la procédure, et soumis à « une exigence fondamentale de l'Etat de droit »⁷⁹ : la sécurité juridique. L'objectif est alors d'identifier une étendue idéale de l'informalité, pour que ses caractéristiques de souplesse bénéficient à l'efficacité de la justice, sans pour autant porter atteinte aux exigences qui lui sont propres⁸⁰. La balance entre le certain et l'incertain cherche à s'équilibrer, guidée par l'interrogation relevée par Pascale Idoux : « Où la bonne administration impliquerait-elle de situer la frontière entre formel et informel ? »⁸¹.

Le postulat de départ est le suivant : l'insécurité est consubstantielle à la vie juridique⁸². Ne serait-il pas possible de se saisir de cette incertitude comme d'un atout de « vivacité d'un système juridique »⁸³, au lieu de la percevoir comme une faille ? « Il faut déplorer l'incertitude juridique et aussi l'exploiter »⁸⁴. Ainsi, l'idée de ce propos est de montrer que l'informalité présente des intérêts pour le contentieux administratif, par une approche originale. Le formel et l'informel se présentent comme un couple sur lequel le juge administratif se fonde dans l'exercice de sa fonction contentieuse. L'informalité ne pouvant être évitée dans ce référentiel, et le formel n'étant en mesure d'assurer seul le respect des objectifs de qualité de la justice évoqués plus tôt, il convient d'y voir une solution innovante. Doit alors être interrogé cet équilibre : dans quelle proportion est-il possible de s'assurer que l'informel présente des intérêts plus que des contraintes ; en quoi l'informalité apparaît-elle comme un atout de construction du contentieux administratif ?

⁷⁸ Fabrice MELLERAY, Rozen NOGUELLOU « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA*, 2019 p. 381.

⁷⁹ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁰ La sécurité juridique est un terme évocateur « de stabilité et d'incontestabilité, de garantie, de protection et de permanence, d'assurance, de certitude et de confiance, donc de tout ce qu'on attend justement... du droit », selon Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? ». *op. cit.*, p. 151.

⁸¹ Pascale IDOUX, « L'informel en droit administratif », *op. cit.*, p. 11.

⁸² De BECHILLON Denys, « Comment légitimer l'office du juge », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 475.

⁸³ Guillaume VALDELIEVRE, « La sécurité juridique – Le point de vue de l'avocat », *La sécurité juridique*, Titre VII, n° 5, 2020.

⁸⁴ Dominique SCHMIDT, « De l'incertitude juridique », *Bulletin Joly Bourse*, n°02, p. 1.

Pour cela, la première étape serait évidemment de cerner l'ensemble des situations dans lesquelles de l'informalité puisse être trouvée. L'idée est alors d'identifier le champ d'action, l'étendue quantitative de l'informel dans le référentiel du contentieux administratif. Il apparaît nécessaire d'analyser la jurisprudence et les pratiques du juge. Sera également obligatoire d'opter pour un « détour par la doctrine [...], indispensable à qui veut mesurer la portée et évaluer les enjeux d'une décision juridictionnelle et, au-delà, de la jurisprudence dont elle relève »⁸⁵. C'est ainsi le constat que la compréhension de la justice ne peut se faire qu'à la simple lecture d'un arrêt. Si les définitions varient en fonction du contexte dans lequel elles sont employées, l'idée est ici d'étudier le contexte des décisions : aller au-delà de la simple lecture de leur dispositif. Les méthodes et appréciations du juge, la teneur des propos du justiciable par le prisme de son avocat, les suggestions du rapporteur public ou les expressions et silences minutieusement usés par le législateur, rendent compte d'un contexte purement juridique et factuel propice à l'informalité. Mesurer l'informalité à chaque stade de la procédure contentieuse permettrait ainsi de mettre en exergue un nouveau champ d'action dans les recherches contemporaines d'amélioration de la qualité de la justice administrative.

Cette étude, centrée sur le Conseil d'État⁸⁶, cherche ainsi à démontrer l'existence d'une notion nouvelle non pas dans ses occurrences, mais dans ses identifications. Le fait d'explicitier la définition de l'informel dans ce contentieux permettrait d'abord d'en présenter une nouvelle grille de lecture, une clé originale contribuant à l'amélioration de l'intelligibilité des décisions de justice.

Deux méthodes peuvent permettre de les mesurer. Premièrement, par la délimitation de l'exercice de l'informel, c'est-à-dire, en le regardant comme membre du couple qu'il forme avec le formel : il en est un complément, une stricte réponse à ses limites (Partie 1). Deuxièmement, en regardant la souplesse qui lui est propre non pas en tant que risque, mais en tant que méthode innovante assurant la construction d'un droit modulé dans le temps⁸⁷ (Partie 2).

⁸⁵ Selon Jacques Caillosse, commentaire de l'arrêt CE, 28/05/1971, *Ville Nouvelle Est*, n° 78825, concl. Braibant, *Rec.*, p. 409., in Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALLIER, Danièle LOCHAK, Thomas PERROUD (Dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 2019, p. 384.

⁸⁶ En effet, les décisions de première instance et d'appel mêlent les faits avec le droit, selon Pascale DEUMIER, *La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond*, in *La justice prédictive*, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁷ Pascale DEUMIER, *Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions*, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 63-64.

PARTIE 1 : L'INFORMEL COMME REPONSE AUX LIMITES DU FORMALISME

Dans une discipline dans laquelle « les dispositions écrites ne font pas tout »⁸⁸, comment appréhender le regard porté sur le formalisme ? Le contentieux administratif, et son rapport considéré par Pascale Idoux comme « lacunaire avec les procédures »⁸⁹, s'est construit en dehors d'un « carcan législatif »⁹⁰. C'est dans ce contexte qu'Yves Gaudemet identifiera les faiblesses qualitatives et quantitatives⁹¹ de ce droit écrit. Le phénomène de multiplication des sources du droit⁹², couplé aux interventions de plus en plus fréquentes du législateur pour précéder ou compléter, préciser ou nuancer la jurisprudence, remettent progressivement en cause le caractère « essentiellement jurisprudentiel »⁹³ de ce droit. La pratique révélera que l'un peut entraîner la caducité d'une règle posée par l'autre⁹⁴, un équilibre se doit d'être établi.

Législateur et juge, acteurs rivaux mais complémentaires⁹⁵, se rassemblent dans la poursuite de leurs objectifs communs⁹⁶. Les limites présentées par l'œuvre du premier visent à être comblées par le second, le formel est secondé par l'informel. Ces limites peuvent être

⁸⁸ Paul CASSIA, *Les grands textes de procédure administrative contentieuse*, Grands arrêts, Paris, DALLOZ, 8^{ème} éd., 2023, Avant-propos, p. VII. ISBN 978-2-247-22333-6

⁸⁹ Pascale IDOUX, « Le droit administratif de demain, droit essentiellement procédural ? », *RDA*, 2023, n° 10, p. 55.

⁹⁰ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Collection Droit et Société, 1993, p. 190.

⁹¹ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, 1970, rééd., LGDJ, 2014, Anthologie du droit, p. 127. ISBN : 978-2-275-04186-5

⁹² Alice MINET, « Le droit administratif, "droit essentiellement jurisprudentiel" : l'intuition pionnière de Macarel ? », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD, 2014, n° 34, p. 103-122. ISBN : 978-2-9525-1937-3

⁹³ Bertrand SEILLER, *Droit administratif. I. Les sources et le juge*, sous la direction de ROUVILLOIS Frédéric, Paris, Flammarion, « Champs – Université », 9^{ème} éd., 2023, p. 33. ISBN : 978-2080431370 ; Sophie THERON indiquera : « La pénétration de la loi dans des domaines où le juge avait fixé les règles semble s'inscrire dans le mouvement plus général d'accroissement des sources textuelles et participer de ce fait à une remise en cause des caractéristiques fondamentales du droit administratif », Sophie THERON, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA*, 2004, p. 230.

⁹⁴ Marcel WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, II, p. 612 sq., spéc. n°22, p.629., cité par MOLFESSIS Nicolas, « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008/3 (n° 126), p. 91.

⁹⁵ Philippe MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi, in *Mélanges offerts à René Savatier*, op. cit., p. 603.

⁹⁶ De façon très générale, la loi et la jurisprudence recherchent le « juste ». Pour la loi, voir Alain RENAULT, « Chapitre 19. La justice et le droit », in *La philosophie*, Avec la collaboration de Jean-Cassien BILLIER, Patrick SAVIDAN, Ludivine THIAW-PO-UNE, Paris, Odile Jacob, Hors collection, 2006, p. 371. ; Pour la justice, voir Camille BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 273.

identifiées sous deux angles. Sur la forme, elles correspondent à la rigidité et à la lenteur des procédures : l'informel se présente alors comme un atout d'efficacité. Sur le fond, elles correspondent à ses lacunes, ses insuffisances, son obscurité : l'informel se positionne comme réponse concrète à ses difficultés d'application (Chapitre 1). Ce rôle que semble jouer le juge fait naître des questions quant à la légitimité et la portée de son intervention. Il sera ainsi question de redessiner le lien qui résidait autrefois entre le législateur et le juge, ce dernier semblant aujourd'hui être au cœur de l'équilibre du couple formel-informel (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'EXERCICE D'UNE SOUPLESSE PAR LE COUPLE FORMEL-INFORMEL

« Le droit est davantage produit par les hommes qui l'appliquent que par les textes qui croient l'inventer ou le réformer »⁹⁷.

Afin de cerner les enjeux de cette souplesse recherchée, rappelons d'abord quelques éléments. Bien qu'originale⁹⁸, le pourvoi en cassation est une voie de recours ordinaire⁹⁹. Elle est, contrairement à l'appel, d'ordre public¹⁰⁰. Le juge de cassation exerce une fonction de « police juridictionnelle »¹⁰¹, c'est-à-dire qu'il s'assure de « l'application uniforme de la règle de droit, de contrôler l'interprétation que les juges du fond en ont donné »¹⁰². Il s'assure également de la bonne administration de la justice, terme « malléable »¹⁰³, mais qui comprend notamment le déroulement optimal de l'instance juridictionnelle¹⁰⁴. C'est dans cette finalité que nous souhaitons appréhender les limites du formel.

Nous les divisions jusqu'alors en deux catégories : en fonction de leur forme, et de leur fond. Les limites tenant à leur forme sont issues de la rigidité du formel ; celles tenant à leur fond proviennent de leurs lacunes, insuffisances, ou imprécisions. Les « faiblesses de la législation écrite »¹⁰⁵ ont rendu nécessaire le développement de l'informalité, pour pallier tant ces insuffisances de forme que de fond. Les réponses ainsi formulées sont parfois implicites, mais leur finalité est claire : assurer la bonne administration de la justice. Sur la forme, en proposant une gestion plus efficace des recours contentieux (Section 1) ; sur le fond, en

⁹⁷ Frédéric ROLIN, « L'inflation normative du Code de justice administrative : d'une géante rouge vers un trou noir ? », *AJDA*, 2021, p. 1881.

⁹⁸ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 430.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 430. : Le juge et le rapporteur public qualifient souvent le pourvoi de recours « extraordinaire », Camille Brouelle relève l'arrêt CE, 3 juin 1983, *Rialland*, n° 24031, *Rec.* 232.

¹⁰⁰ Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *Que sais-je ?*, 2^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 80., ISBN : 2 13 053052 4 ; Jean BARTHELEMY, « Le droit au pourvoi », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 190. Elle est « ouverte de plein droit », selon Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 429., sur le fondement de l'arrêt CE Ass., 07/02/1947, *Commune d'Aillières*, n° 79128, concl. Odent.

¹⁰¹ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 430.

¹⁰² Principe rappelé en ces termes dans trois arrêts du Conseil d'État : CE 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, 09/04/2010, *Société Vivendi*, n° 313557, concl. Nicolas Boulouis ; CE, 23/04/2001, n° 186424 ; CE Sect., 27/03/1998, n° 144240.

¹⁰³ Rhita BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Préface de Gérard Marcou, Avant-propos de Jacques Caillosse, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 92.

¹⁰⁴ Jacques ROBERT, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, p. 117.

¹⁰⁵ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 124. 5

apportant de quoi « pallier le silence des textes »¹⁰⁶, d'identifier leur sens¹⁰⁷ sans jamais le trahir¹⁰⁸ (Section 2).

¹⁰⁶ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1959, p. 283.

¹⁰⁷ Sébastien ROBBE, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », in *Revue du notariat*, vol. 110, n° 2, 2008, p. 348. ; Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 1994, p. 293. ISBN : 9782130462033 .

¹⁰⁸ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, Retour sur l'interprétation, in *Dire le droit, faire le juste*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2012, p. 89. ISBN : 978-2-8027-3849-7

Section 1 : L'usage de l'informel dans la gestion des flux de contentieux

L'identification d'une éventuelle insuffisance du formel dans la gestion des flux de contentieux doit être précédée de la recherche de la finalité de cette gestion. Cette dernière se manifeste par un équilibre devant concilier « la montée inexorable du contentieux administratif et l'impérieuse nécessité de respecter des délais raisonnables de jugement »¹⁰⁹. C'est en raison d'un contexte d'afflux de contentieux qui marquait le Conseil d'État¹¹⁰ qu'une réponse formelle s'est affirmée dans un premier temps. Notons d'abord la création des Tribunaux administratifs¹¹¹, puis des Cours administratives d'appel¹¹². Un souci d'efficacité¹¹³ est mis au premier plan, véritable enjeu concourant à la bonne administration de la justice¹¹⁴.

Cependant, ces réponses ne suffisent pas à elles seules d'assurer une gestion efficace des contentieux. D'une part parce que l'afflux de contentieux n'est pas réduit¹¹⁵, bien au contraire¹¹⁶. D'autre part, en raison du risque que présente cet objectif d'efficacité : la qualité de la justice ne doit pas être mise en péril¹¹⁷. Les réponses formelles doivent s'insérer dans cet équilibre, afin de poursuivre cet objectif de bonne administration de la justice (notion dont les contours seront peu à peu dessinés). Cette finalité d'assurer une meilleure gestion et régulation

¹⁰⁹ Maryse DEGUERGUE, La montée irrésistible du juge unique, in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 102.

¹¹⁰ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 15. ; Camille Broyelle relève à ce sujet que cette vague de contentieux ne peut plus être laissée sans réponse, avec l'arrêt CEDH 26/10/2000, *Kudla c/ Pologne*, JCP G 2001, I, 291, osb. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2001. 442, obs. P. MARGUENAUD, arrêt par lequel est imposée « l'obligation d'indemniser en droit interne les préjudices causés par le dépassement du délai raisonnable de jugement ».

¹¹¹ Décret n° 53-934, 30/09/1953 portant réforme du contentieux administratif et Décret n° 53-936, 30/09/1953 portant règlement d'administration publique pour la fixation du statut particulier des membres des tribunaux administratifs.

¹¹² Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

¹¹³ Il s'agit ici de répondre à l'exigence d'efficacité issue des textes européens : L'article 6§1 Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable [...] ».

¹¹⁴ L'efficacité est souvent associée à la célérité de justice, elle-même couplée à un « objectif de bonne administration de la justice ». Voir en ce sens : CE 6^{ème} Chambre, 26/03/2021, n° 438146, concl. Olivier Fuchs ; Sur le fait de concourir à une bonne administration de la justice par le fait de raccourcir les délais de jugements : CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres SSR, 10/02/2016, n° 387507, concl. Aurélie Bretonneau.

¹¹⁵ Laurence Helmlinger constate, sur une dizaine d'années, l'augmentation des requêtes adressées aux Tribunaux administratifs et aux Cours administratives d'appel : Laurence HELMLINGER, « Les réflexions du Conseil d'État sur la « justice administrative du XXIème siècle » », *RDP*, n° 5, 2017, p. 1170.

¹¹⁶ L'informel contribue également à cet afflux de contentieux. L'exemple du développement du droit souple sera notamment étudié en ce sens : par des procédés que nous identifierons, l'informel étend les droits d'accès au juge. Un nouvel équilibre devra être identifié.

¹¹⁷ « La célérité ne doit ainsi pas conduire à une justice expéditive, voire à un déni de justice, et à l'oubli des valeurs qui la fondent et inspirent son action : équité, égalité des parties, indépendance et impartialité [...] », selon Christophe BONNOTTE, « L'acceptabilité sociale est-elle un indice de la qualité de la justice administrative ? », *Revue française d'administration publique*, 2016/3, n° 159, p. 695.

des contentieux appelle également des réponses informelles. L'informel se présente d'abord comme un complément aux réponses formelles (§1). Bien plus encore, il représente un référentiel dans lequel la gestion des recours contentieux semble être ancrée : les exemples de la troïka et de la profession d'avocat aux conseils serviront à en esquisser la portée (§2).

§1 : L'informel dans la recherche d'une appréhension efficace des recours contentieux

L'idée est ici de rechercher des solutions optimales permettant d'allier l'efficacité à la qualité de la justice. Cette qualité de la justice peut se matérialiser en l'affirmation de l'obligation pour cette dernière d'être rendue dans des délais raisonnables¹¹⁸. Il s'agit alors d'une nécessité traduite à de nombreuses reprises dans la jurisprudence du Conseil d'État, le juge allant même jusqu'à la qualifier de principe s'inscrivant dans « un objectif de bonne administration de la justice »¹¹⁹. Lui qui, par principe, juge toujours dans le sens de cet objectif¹²⁰, voilà qu'il se saisit de cette finalité pour justifier certaines de ses positions. Cette formule apparaît comme la clef de voûte de l'équilibre entre la qualité de la justice et son efficacité. Dans la recherche de cet équilibre, l'usage d'une telle formule permet de compléter les réponses formelles existantes (A), et d'en apporter de nouvelles (B).

A) L'insuffisance des réponses formelles

Rappelons notre point de départ : il en va d'une bonne administration de la justice de s'assurer de son efficacité et de sa célérité¹²¹. Dans la poursuite de cet objectif, diverses réponses formelles se sont imposés, et visent tant à limiter le nombre de contentieux qu'à les alléger de

¹¹⁸ L'article 6§1 Convention européenne des droits de l'homme encadre cette question, en ces termes : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi [...] ».

¹¹⁹ A titre d'exemple, voir CE 4^{ème} et 1^{ère} Chambres réunies, 13 février 2019, n° 406606, concl. Sophie-Justine Lieber, considérant 20.

¹²⁰ Les arrêts confirmant le fait qu'il « incombe au juge de veiller à une bonne administration de la justice » sont très nombreux, quelques exemples en ce sens : CE 9^{ème} et 10^{ème} Chambres réunies, 19/03/2018, n° 410389, SAS Roset, concl. Yohann Bénard ; CE 3^{ème} et 8^{ème} Chambres réunies, 21/09/2020, n° 428683, concl. Laurent Cytermann ; CE Sect., 16/07/2010, n° 294239, concl. Claire Legras ; CE 5^{ème} et 6^{ème} Chambres réunies, 29/09/2023, n° 460160, concl. Florian Roussel.

¹²¹ Voir les exemples jurisprudentiels précités : CE 6^{ème} Chambre, 26/03/2021, n° 438146, concl. Olivier Fuchs ; CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres SSR, 10/02/2016, n° 387507, concl. Aurélie Bretonneau

certaines formes. En ce sens, le droit au recours doit être articulé avec l'exigence de sécurité juridique. De même, toute perte de temps écartée revient à en conserver pour les litiges qui en nécessitent davantage¹²². Le législateur et le juge sont au cœur de cet objectif, plusieurs exemples retiendront notre attention.

Les juridictions fonctionnent parfois par juge unique, véritable « antidote au poison de la lenteur de la justice administrative »¹²³. Certaines garanties procédurales semblent être écartées car estimées non nécessaires dans certains cas¹²⁴, au profit d'un traitement plus rapide des affaires. C'est cette même logique qui est appliquée à propos des conclusions du rapporteur public. Ce souci d'efficacité lui permettait autrefois de ne pas conclure¹²⁵, à ce jour il n'est simplement plus tenu dans des cas strictement délimités de les communiquer à l'oral¹²⁶. Relevons également les cas de dispenses d'instruction¹²⁷, ou d'obligation pour les parties de présenter l'ensemble de leurs prétentions sur le fond dès leurs premières conclusions¹²⁸. La recherche d'efficacité représente ainsi un enjeu phare du contentieux administratif. Les éléments formels cités jusqu'alors représentent des réponses qui visent à écarter certaines garanties procédurales au profit d'un traitement plus rapide des affaires¹²⁹. Les procédures sont ainsi modulées dans le maintien délicat de cet équilibre entre qualité et efficacité. En effet, tout recul de la qualité de la justice est inconcevable, elle ne saurait être guidée par « une raison instrumentale exclusivement soucieuse d'efficacité »¹³⁰. En ce sens, d'autres réponses sont

¹²² Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse pour le doctorat de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Dalloz, 2012, p. 101.

¹²³ Maryse Deguegue fait également le constat d'une croissance de l'usage du juge unique, de 23 à 40% entre 2000 et 2021. Maryse DEGUERGUE, La montée irrésistible du juge unique, in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, op. cit., p. 103.

¹²⁴ Damien Connil précise que les cas dans lesquels le juge statut seul sont ceux pour lesquelles « la collégialité n'est pas nécessaire à la bonne administration de la justice », Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 100.

¹²⁵ Voir en ce sens le Décret n° 80-433, 17/06/1980, le commissaire du gouvernement n'a à conclure que « dans les affaires dont les dossiers lui ont été transmis par le président de la formation de jugement ». L'article 18 de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 imposera à nouveau au commissaire du gouvernement de conclure dans toutes les affaires.

¹²⁶ Selon l'article R. 732-1-1 CJA, les contentieux dit « de masse » sont privés de conclusions orales de rapporteur public.

¹²⁷ Voir la lecture de l'article R. 611-8 CJA par Damien Connil (il y verra une méthode permettant, dans un souci de bonne administration de la justice, de conserver du temps pour des affaires qui en nécessitent) : Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 101.

¹²⁸ Cette obligation représente une méthode permettant de diminuer le temps d'instruction des affaires, elle concourt donc à un objectif de « bonne administration de la justice » : CE 6/5^{ème} chambres, considérant 37, 13 novembre 2019, n° 412255.

¹²⁹ Une nuance doit ici être apportée. Il ne s'agit pas de réduire la qualité de la justice, mais de s'assurer d'éviter de perdre du temps sur certaines requêtes, et donc d'en conserver pour les litiges les plus complexes. Nous revenons à la position de Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 85.

¹³⁰ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, op. cit., p. 124.

déployées dès le stade de l'accès à la cassation pour s'assurer d'un traitement plus rapidement des affaires.

L'article L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme¹³¹ prévoit une limitation de la recevabilité de certains recours intentés à l'encontre d'une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation des sols, par des associations dont le statut n'a pas encore été déposé à la date à laquelle la décision a été publiée. Le Conseil constitutionnel¹³² affirme que cet article vise à éviter « que les associations qui se créent aux seules fins de s'opposer à une décision individuelle d'occupation ou d'utilisation des sols ne puissent la contester ». Par la reconnaissance de la conformité de l'article à la Constitution¹³³, deux conséquences peuvent être perçues. La première, la plus évidente, est que le droit d'accès au juge cède devant l'exigence de sécurité juridique souhaitée par le législateur¹³⁴. La seconde, implicite cette fois, est que le législateur entend restreindre les cas d'ouverture du contentieux, limitant ainsi leur occurrence. La sécurité juridique représente le prisme par lequel il apparaît possible de limiter les flux de contentieux. Ces notions sont coordonnées, c'est en tout cas ce qui semble se dessiner par un arrêt très commenté du Conseil d'État : l'arrêt *Czabaj*¹³⁵. L'article R. 421-5 du code de justice administrative devait s'appliquer à l'espèce. En ce sens, aucun délai de recours contentieux ne pouvait être opposé au requérant. Le juge administratif précise cette disposition, en y ajoutant un « délai raisonnable » d'un an, au-delà duquel un recours mettrait « en péril » « la stabilité des situations juridiques », ainsi que « la bonne administration de la justice »¹³⁶. Le juge équilibre une nouvelle fois la balance entre le droit d'accès au juge, et ce qu'il entend être la bonne administration de la justice : dans ce cas, le droit au recours cède devant l'exigence de stabilité des situations juridiques et de bonne administration de la justice. Constatons ici que le juge a préféré poser un principe contre le texte, pour prévenir du risque d'insécurité et d'instabilité qu'engendrait son application stricte. Le juge opère, par cette position *contra legem* ainsi une restriction du nombre de contentieux,

¹³¹ Article L. 600-1-1, disposition créée par l'article 14 de la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. La loi n° 2018-1021, en son article 80, ajoute une condition encore plus restrictive : les statuts devaient initialement être déposés « antérieurement » à la publication de la décision litigieuse, la loi de 2018 impose désormais que les statuts soient déposés « au moins un an avant ».

¹³² Au sein de l'arrêt CE 1^{ère} et 4^{ème} Chambres réunies, 31/01/2022, n° 455122, la question de la conformité à la Constitution de cet article est renvoyée par QPC devant le Conseil constitutionnel

¹³³ CC n° 2022-986 QPC, 01/04/2022, *Association La Sphinx*.

¹³⁴ Voir en ce sens « Les exigences constitutionnelles du droit d'accès au juge », *Cahiers du GRIDAUH*, 2018/1, n° 32, p. 100.

¹³⁵ CE Ass., 13/07/2016, *Czabaj*, n° 387763, concl. Olivier Henrard.

¹³⁶ Le considérant 6 est ici explicite : « Considérant que la règle énoncée ci-dessus, qui a pour seul objet de borner dans le temps les conséquences de la sanction attachée au défaut de mention de voies et délais de recours, ne porte pas atteinte à la substance du droit au recours, mais tend seulement à éviter que son exercice, au-delà d'un délai raisonnable, ne mette en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice, en exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs [...] ».

par la limitation ponctuelle de la recevabilité des recours, fondée sur ces objectifs de sécurité juridique et de bonne administration de la justice. L'informel semble permettre de dépasser la rigidité du formel, dont l'application ne saurait protéger ces objectifs. Les droits sont sans cesse réajustés, « tout est en réalité affaire d'équilibre »¹³⁷.

La recherche d'une appréhension efficace des contentieux ne se limite cependant pas à ces réponses formelles, parfois complétées de réponses informelles. D'autres méthodes bien moins explicites demeurent, nous nous arrêterons sur quelques exemples marquants.

B) Le développement de réponses informelles

L'existence de nombreuses dispositions textuelles¹³⁸ permettant un tri des recours contentieux est complétée par des réponses informelles. Nous définissons ces réponses par la façon dont le juge se saisit de ces dispositions textuelles, dans la poursuite de l'objectif d'appréhension efficace des contentieux. L'emploi de certaines formules permet de compléter les textes formels, quelques exemples retiendront notre attention.

L'article R. 611-8-1 du Code de justice administrative¹³⁹ prévoit une méthode par laquelle une partie est réputée se désister de sa demande dès lors qu'elle ne reprend pas de façon explicite, dans un mémoire demandé par le président de la formation de jugement, l'ensemble de ses prétentions. Le juge administratif considère qu'il s'agit d'un moyen de constater un désistement d'instance : c'est une façon de se séparer rapidement d'un contentieux. Le Conseil d'État affirme en des termes clairs que de telles dispositions sont fondées sur un souci d'une « bonne administration de la justice »¹⁴⁰. Nous reviendrons abondamment sur les usages de telles formules par le juge administratif, mais à ce stade émerge une sorte de récurrence dans

¹³⁷ Jean-Marc SAUVÉ, « La qualité de la justice administrative », *Revue française d'administration publique*, 2016/3 (N° 159), p. 667.

¹³⁸ A titre d'exemple, Camille Broyelle parle d'une façon d'évacuer très rapidement des contentieux pour en éviter l'afflux, à propos de la procédure préalable d'admission des pourvois prévue à l'article L. 822-1 CJA, Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 436.

¹³⁹ Article R. 611-8-1 CJA, en vigueur depuis le 10 février 2019 : « *Le président de la formation de jugement ou le président de la chambre chargée de l'instruction peut demander à l'une des parties de reprendre, dans un mémoire récapitulatif, les conclusions et moyens précédemment présentés dans le cadre de l'instance en cours, en l'informant que, si elle donne suite à cette invitation, les conclusions et moyens non repris seront réputés abandonnés. ... Le président [...] peut en outre fixer un délai, qui ne peut être inférieur à un mois, à l'issue duquel, à défaut d'avoir produit le mémoire récapitulatif mentionné à l'alinéa précédent, la partie est réputée s'être désistée de sa requête ou de ses conclusions incidentes [...]* ».

¹⁴⁰ CE 4^{ème} et 1^{ère} Chambres réunies, 13/02/2019, n° 406606, concl. Sophie-Justine Lieber, considérant 22.

l'emploi d'une telle formule. Cette dernière, « qui relève plus de l'incantation que de l'articulation de fondement précis »¹⁴¹, est employée de la même façon dans quatre arrêts¹⁴². Dans ces cas, le juge affirmait que les dispositions textuelles opposées aux parties au litige étaient, en ces mêmes termes, « prises dans l'objectif de bonne administration de la justice »¹⁴³. Cette formule marque une pratique du juge, par laquelle il confirme le bien-fondé et la légitimité d'une disposition législative.

Dans un arrêt rendu en 2020¹⁴⁴, le juge applique strictement les dispositions de l'article R. 621-5-1 du CJA, prévoyant un cas dans lequel le requérant, s'il ne manifeste pas explicitement ses prétentions, est réputé se désister de l'instance. En l'espèce, le requérant bénéficiaire de l'aide juridictionnelle n'a pas été informé par le tribunal que son avocat (qui a été informé de façon régulière) n'avait pas répondu à la lettre que lui tribunal lui adressait. Le requérant se voit désister de sa demande, et c'est dans « un objectif de bonne administration de la justice » que le juge justifie l'application stricte du texte en présence. Ainsi, le fait pour le juge de préciser que les dispositions dont l'application est discutée ont été « prises dans un objectif de bonne administration de la justice » semble être un moyen par lequel il défend l'intérêt d'une application stricte d'un texte¹⁴⁵, entraînant ici la fin de l'instance en cours. Cette formule¹⁴⁶ témoigne de l'appréciation du texte retenue par le juge.

Elle est employée pour justifier une application stricte du texte, cette pratique informelle du juge se place dans la continuité de la finalité poursuivie par le texte : la recherche d'une gestion optimale des recours contentieux. Le législateur et le juge coordonnent ainsi leurs interventions dans ce même objectif de bonne administration de la justice. Cette idée se transcrit notamment dans l'article R. 741-12 du Code de justice administrative¹⁴⁷, par lequel le juge

¹⁴¹ Ariane MEYNAUD, « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA* 2013 p. 1029.

¹⁴² Selon une recherche sur le site [ArianeWeb], avec cette formule servant de mots clés : « prises dans l'objectif de bonne administration de la justice » : CE 5^{ème} Chambre, 27/11/2020, n° 429195 ; CE 4^{ème} et 1^{ère} Chambres réunies, 03/07/2020, n° 424293 ; CE 5^{ème} et 6^{ème} Chambres réunies, 13/11/2019, n° 422938, concl. Cécile Barrois de Sarigny ; CE 4^{ème} et 1^{ère} Chambres réunies, 13/02/2019, n° 406606, concl. Sophie-Justine Lieber (pour cette affaire, il est également pertinent de noter que le rapporteur public emploie également cette expression à plusieurs reprises dans ses conclusions).

¹⁴³ Cette formule semble jouer le même rôle que la précédente, en témoigne un usage similaire dans l'arrêt CE 4^{ème} et 1^{ère} Chambres réunies, 03/07/2020, n° 424293, concl. Frédéric Dieu.

¹⁴⁴ CE 5^{ème} Chambre, 27/11/2020, n° 429195, concl. Cécile Barrois de Sarigny.

¹⁴⁵ Les trois autres arrêts cités plus haut prennent le même chemin, la formule qui concerne les dispositions « prises dans l'objectif de bonne administration de la justice » précède une application stricte de la lettre du texte.

¹⁴⁶ « En tant que juge de cassation, le Conseil d'État use fréquemment de la faculté de juger au fond sur le fondement de « l'intérêt d'une bonne administration de la justice » afin de délivrer une interprétation d'une notion dont les contours sont le plus souvent laissés à l'appréciation souveraine de l'autorité juridictionnelle », selon Olivier GABARDA, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDA*, n° 1, 2006, p. 153.

¹⁴⁷ Article R. 741-12 CJA : « Le juge peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive une amende dont le montant ne peut excéder 10 000 euros ».

dispose d'une liberté d'infliger une amende à un requérant en raison d'une requête qu'il estime « abusive ». Le juge entend alors que cette liberté lui a été confiée par le législateur, dans un « objectif d'une bonne administration de la justice »¹⁴⁸. Une fois encore, le juge fait usage de cette formule pour affirmer ce qu'il estime être la finalité poursuivie par le législateur lors de l'édition du texte. Le juge dispose alors, par cette formule, d'un moyen de justifier l'application stricte d'une disposition textuelle. Utilisée au sujet d'articles portant des cas d'exclusion d'ouverture de contentieux, son usage permet au juge de contribuer de façon implicite à cet objectif de réduction du flux de contentieux.

Cette réponse informelle ainsi identifiée permet de compléter les principes formellement édictés, dans cet objectif de concourir à une gestion optimale des flux de contentieux. Si juge et législateur semblent être coordonnés dans cet objectif, d'autres acteurs, par des pratiques autant formelles qu'informelles, y jouent un rôle non négligeable.

§2 : L'informel dans la recherche d'une gestion efficace des recours contentieux

Comment, dans un contentieux marqué par la procédure¹⁴⁹, est-il possible de discuter d'informalité ? La rigidité du cadre formel présente des limites, l'informalité s'est déclarée comme une réponse adaptée. L'informel correspond à cet « espace de souplesse bienvenu »¹⁵⁰, dont l'organisation du contentieux avait besoin pour accroître son efficacité. Cet objectif se réalise au niveau de la réception des recours par la Troïka, organe informel (A), mais également dès leur émission, l'attention se porte sur la profession d'avocats aux conseils (B). Ces deux exemples, bien que très différents, semblent poursuivre, par un recours sensiblement identique à l'informalité, une finalité de bonne administration de la justice. Les réponses formelles et informelles s'allient, la poursuite de ce même objectif dessine les traits de leur complémentarité.

¹⁴⁸ CE Sect. 14/10/2009, n° 322164, considérant 2.

¹⁴⁹ Antoine GARAPON, *Bien juger*, Essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, « Hors collection », 2001, p. 17.

¹⁵⁰ Isabelle DE SILVA, « L'informel en droit administratif : réflexions, illustrations », Etude par Isabelle DE SILVA, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 39.

A) Une gestion informelle des contentieux

S'il est aujourd'hui clair que le Conseil d'État soit « un terreau fertile pour les organes informels »¹⁵¹, ce propos ne saurait se limiter au seul constat de leur existence. Pour assurer une gestion optimale des recours contentieux devant le Conseil d'État, divers articles du Code de justice administrative visent à s'appliquer¹⁵². Cependant, Daniel Labetoulle identifiait un besoin d'efficacité encore plus important, nécessitant « d'accroître la capacité de jugement »¹⁵³. Un organe informel vise à compléter les réformes textuelles insuffisantes : la troïka. Identifiée en 1956¹⁵⁴, elle désigne la réunion de plusieurs acteurs de la section contentieuse du Conseil d'État : le président de cette section accompagné de trois présidents adjoints¹⁵⁵. La présentation de la troïka sera rapide, peu d'écrits de la part de la doctrine, pas d'inventaire de textes à produire¹⁵⁶ : il s'agit d'un « organisme de pur fait »¹⁵⁷, baptisé en dehors de tout texte¹⁵⁸. Son défaut de base légale¹⁵⁹ n'empêche pas la troïka de jouer un rôle qui s'est avéré nécessaire dans la gestion optimale des formations de jugement, qui exigeait la régulation et l'aiguillage des contentieux¹⁶⁰. De surcroît, la troïka vise à assurer l'unité et la cohérence de la jurisprudence¹⁶¹. Bien que sa « compétence » soit à relativiser¹⁶², elle joue tout-de-même un rôle sur le fonctionnement de la juridiction, et donc sur le sens de la jurisprudence¹⁶³. Cependant, sa légitimité n'est pas réellement contestée. D'abord, pour une raison pragmatique, celle de sa quasi-invisibilité. Ensuite, de façon plus concrète, en raison du fait qu'elle ne soit utilisée que

¹⁵¹ Olivier RENAUDIE, « Les organes administratifs informels », Etude par Olivier RENAUDIE, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 27.

¹⁵² A propos de l'organisation et du fonctionnement des attributions contentieuses du Conseil d'État, voir notamment les articles R. 121-1 à R. 121-14, et R. 122-1 à R. 122-35 CJA.

¹⁵³ Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka in *Au carrefour des droits*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 83.

¹⁵⁵ Michaël POYET, *Procédure administrative et modes amiables de résolution des différends*, LGDJ, Paris, 5^{ème} éd., p. 42.

¹⁵⁶ Une nuance doit ici être apportée. Les articles encadrant les fonctions des membres de cet organisme existent, mais ne mentionnent simplement pas son existence.

¹⁵⁷ Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka in *Au carrefour des droits*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁸ Didier CHAUVVAUX, De la contradiction entre les juges, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 178.

¹⁵⁹ La troïka peut être qualifiée, en raison de ses caractéristiques précitées, d'organe informel. En ce sens, voir Olivier RENAUDIE, « Les organes administratifs informels », Etude par Olivier RENAUDIE, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 27.

¹⁶⁰ Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka in *Au carrefour des droits*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶¹ Bruno GENEVOIS, « Comment tranche-t-on au Conseil d'État », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 313.

¹⁶² « La troïka qui n'a ni compétence générale ni, par elle-même, de pouvoir de décision, n'est pas une direction collégiale », selon Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka in *Au carrefour des droits*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁶³ RENAUDIE Olivier, « Les organes administratifs informels », Etude par Olivier RENAUDIE, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 30.

pour orchestrer les formations de jugement, qu'elle se limite aux prérogatives confiées par les textes aux membres qui la composent, et qu'elle n'intervienne pas directement dans le règlement de l'affaire.

La troïka s'inscrit dans cette logique identifiée par Bruno Latour, selon laquelle « Il est essentiel à la qualité du droit qu'il n'y ait pas que du droit dans le droit »¹⁶⁴. La rigidité des textes formels est ainsi complétée, l'informel¹⁶⁵ se présente comme le degré de souplesse dont la bonne administration de la justice¹⁶⁶ semblait avoir besoin. Le besoin d'efficacité identifié jusqu'alors justifie la position de la troïka, qui s'inscrit par ailleurs dans la « culture du juge administratif » d'agir dans l'intérêt du justiciable¹⁶⁷.

Cependant, s'il est acquis que la codification soit source de simplification et de modernisation du droit¹⁶⁸, et que le rôle de la troïka soit strictement guidé par l'intérêt du justiciable et d'une bonne administration de la justice, pourquoi laisser la troïka dans un tel anonymat ? L'impression d'un secret inutilement gardé¹⁶⁹ renforce le degré d'ancrage du contentieux administratif dans un référentiel d'informalité. La rigueur du formel porte des garanties, et fonde ses limites ; l'informel présente une souplesse comblant ces dites limites, et son bienfondé semble si évident qu'il n'a pas été jugé nécessaire de l'explicitier. Bruno Latour rappelait en ces termes : « Le Conseil sert de pilier à l'Etat, il paraît peu probable [...] qu'il puisse s'appuyer ainsi sur le néant »¹⁷⁰.

Les sources formelles du droit et les pratiques informelles sont coordonnées. Elles poursuivent cette même finalité d'efficacité, et donc de bonne administration de la justice. D'autres acteurs rendent compte du rapport de complémentarité qu'entretiennent le cadre formel et les pratiques informelles : l'exemple des avocats aux conseils représente une réponse.

¹⁶⁴ LATOUR Bruno, *La fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁶⁵ Daniel Labetoulle soulignait le fait que les débats en troïka sont dépourvus de tout formalisme. Nous retrouvons donc la définition du *Vocabulaire Juridique* citée plus haut : il est donc opportun de confirmer la qualification de la troïka en organisme informel. Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶⁶ Notion particulièrement floue sur laquelle nous reviendrons, mais employée à ce stade selon la définition retenue par Pascale Gonod : il s'agit d'une formule qui « embrasse l'ensemble des préoccupations rattachées à la qualité et à l'efficacité de la justice », Pascale GONOD, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit public », *AJDA*, 2013, p. 31.

¹⁶⁷ Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁸ Fabrice MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA*, 2005, p. 637.

¹⁶⁹ Rappelons en ce sens que ce secret ne semble pas aller dans le sens de « l'axe du progrès » qui, selon Denys de Béchillon, « suit de près le souci de s'expliquer ». De BECHILLON Denys, Le juge et son œuvre, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 371.

¹⁷⁰ Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 15.

Plus que de simples vecteurs d'informalité permettant de combler les limites formelles, ces derniers sont au cœur de différents équilibres, nous tenterons de les identifier.

B) Une appréciation informelle de l'accès aux contentieux

Pourquoi discuter de la profession d'avocat aux conseils dans un axe cherchant à identifier la place de l'informalité dans la recherche d'une gestion efficace des recours contentieux ? L'étude des rôles joués par les avocats aux conseils permettrait de cerner des éléments de réponse. De façon très générale, leur indépendance¹⁷¹, ainsi que l'obligation d'être représenté par un avocat sont fondées sur l'intérêt d'améliorer la défense des justiciables, et donc de concourir à une bonne administration de la justice¹⁷². De façon plus spécifique maintenant, ce propos vise à identifier les rôles indirects joués par cette profession.

En premier lieu, et s'ajoutant aux conditions d'exercice du pourvoi en cassation¹⁷³, les avocats aux conseils représentent un véritable filtre des pourvois. Ce filtre vise à s'assurer de la limitation des flux de contentieux, il se manifeste notamment par un devoir de dissuasion¹⁷⁴. Ainsi, la cassation, que l'on rappelle être une voie de recours ordinaire¹⁷⁵, n'est vouée à être « tentée » que sur recommandation de l'avocat aux conseils. Cette tentative est éclairée par « leur connaissance parfaite de la jurisprudence de la Cour, de ses courants d'évolution, des

¹⁷¹ L'indépendance des avocats aux conseils est fondée sur l'intérêt du justiciable, ainsi que sur la bonne administration de la justice : Article 5 du décret n° 2023-146 du 1^{er} mars 2023 relatif au code de déontologie des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

¹⁷² Il s'agit d'une formulation habituelle du juge administratif. En ce sens, voir l'arrêt CE 6^{ème} et 5^{ème} Chambres réunies, 30/01/2019, n° 401681, concl. Louis Dutheil de Lamothe ; Plus généralement, le fait d'imposer la représentation par avocat, professionnel du droit, représente ce même objectif de bonne administration de la justice : CE 6^{ème}-5^{ème} Chambres réunies, 03/04/2020, n° 426941, concl. Stéphane Hoynck ; Voir également l'approche de Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée p. 139, se fondant sur l'arrêt CE 21 déc. 2001, *Hofmann*, Rec. 652 ; CE 6 avr. 2006, *CGT*, Rec. Tables 703 ; CE 17 déc. 2003, *M. F. et autres*, req. n° 258253.

¹⁷³ Ces conditions étant totalement claires et listées dans de nombreux manuels, ce propos ne vise à y contribuer. Voir, à titre d'exemple, les développements de Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 429. et s.

¹⁷⁴ L'idée d'une dissuasion est développée par Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 153. ; Plus spécifiquement encore, M. François Molinier, en sa qualité de Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, lors d'une conférence sur *La profession d'avocat aux conseils et sa contribution à l'élaboration de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (UPVD, 20 octobre 2023, Sous la direction de Walid CHAIEHLOUDJ), insistait sur ce devoir déontologique de déconseiller à son client de former un pourvoi lorsque les estimations de son succès ne sont pas satisfaisantes.

¹⁷⁵ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 429. ; Même si, toujours selon Camille Broyelle, le juge et le rapporteur public qualifient souvent le pourvoi de recours « extraordinaire », elle relève l'arrêt CE, 3 juin 1983, *Rialland*, n° 24031, Rec. 232.

tendances qui s'y développent leur permet d'anticiper sur les évolutions de jurisprudence »¹⁷⁶. Ils évaluent ainsi les « chances de succès »¹⁷⁷ de l'affaire, démarche guidée par la recherche du moyen « sérieux » de nature à entraîner cassation¹⁷⁸. L'appréciation de l'avocat aux conseils des probabilités de réussite du pourvoi dirige le devenir de l'affaire. Dès lors que l'estimation de la probabilité d'obtenir une cassation¹⁷⁹ n'est pas jugée satisfaisante par l'avocat aux conseils, il dissuadera son client de former le pourvoi. Ainsi, de la même façon que le souci d'efficacité justifie le recul de certaines procédures pour ne dépenser du temps que lorsque l'affaire l'exige¹⁸⁰, les avocats aux conseils ne soumettent un pourvoi que lorsqu'il a une chance d'aboutir. La différence est que le recul des procédures n'est effectif que dans les cas où le législateur en a estimé la pertinence et l'a donc strictement défini formellement. Dans le cas des avocats aux conseils, l'appréciation de la pertinence de former le pourvoi dans l'affaire qui leur est soumise est d'apparence informelle.

Nuançons cette idée par l'approche de Bruno Portier de La Varde¹⁸¹, rappelant que cette estimation de réussite demeure soumise à certaines contraintes, comme le principe de non-admission de la demande car contraire à une jurisprudence constante¹⁸². Principe curieux, dès lors que nous avons connaissance qu'une jurisprudence acquise n'est pas insusceptible de revirement¹⁸³, et que le droit administratif se construit « au hasard des requêtes adressées au Conseil »¹⁸⁴. Rappelons également que la prévisibilité de la justice représente une exigence de l'Etat de droit¹⁸⁵, et qu'il ne s'agit pas pour l'avocat aux conseils de la « prédire »¹⁸⁶. Ce dernier

¹⁷⁶ Guy CANIVET, « L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité », *Petites affiches*, n° 238, 28/11/2002, p. 15.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 15.

¹⁷⁸ Propos de M. François Molinier, lors de la conférence précitée.

¹⁷⁹ M. François Molinier, lors de la conférence précitée, explique que les taux de cassation peuvent atteindre 35 à 50%. Il justifie l'ampleur de ces taux par la compétence des avocats aux conseils, ne formant le pourvoi que si les chances estimées d'aboutir sont suffisantes.

¹⁸⁰ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 101.

¹⁸¹ Bruno POTIER DE LA VARDE, « Les avocats aux Conseils et les grands arrêts : 50^{ème} anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2007, p. 249.

¹⁸² Rejet généralement fondé sur l'article L. 822-1 du CJA, le Conseil d'État conclut que les moyens ne sont « de nature à permettre l'admission du pourvoi », lorsqu'ils visent à contester le bien-fondé d'une interprétation retenue par la juridiction d'appel, cette interprétation n'étant autre que la stricte application d'une jurisprudence constante. Voir en ce sens l'arrêt CE 4^{ème} Section jugeant seule, 23/12/2001, n° 351175.

¹⁸³ La doctrine est ici abondante, retenons simplement cet exemple : les positions jurisprudentielles antérieures ne représentent pas une véritable influence sur la « manière dont seront jugés les cas futurs » : selon Evelyne SERVERIN, *De l'informatique juridique aux services de justice prédictive*, in *La justice prédictive*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 60, p. 43. ISBN : 978-2-247-17959-6

¹⁸⁴ Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 108. ; SEILLER Bertrand, *Droit administratif*, 1. *Les sources et le juge*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁸⁵ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁸⁶ Sylvie LEBRETON-DERRIEN, Introduction à une justice « simplement » virtuelle, in *La justice prédictive*, *op. cit.*, p. 5.

ne saurait ni détacher l'imprévisibilité irréductible de l'acte de juger¹⁸⁷, ni se « muer en devin »¹⁸⁸. L'avocat aux conseils, en se saisissant de l'incertitude indétachable de l'action du juge, se situe au sein d'un équilibre complexe, devant allier audace et pragmatisme. D'audace d'abord, parce qu'il se doit d'identifier une flexibilité¹⁸⁹ dans la jurisprudence, qu'il perçoit comme une éventuelle probabilité d'obtenir la cassation. En ce cas, il se saisit de cette opportunité pour apporter au juge « des matériaux »¹⁹⁰ lui permettant d'exercer sa « mission jurisprudentielle »¹⁹¹. De pragmatisme ensuite, parce qu'il ne doit pas voir en chaque affaire l'occasion d'une « bonne espèce »¹⁹² dont le juge pourrait se saisir pour faire évoluer sa position.

L'avocat aux conseils articule le droit formel d'accès au juge, avec son appréciation informelle de l'intérêt d'y parvenir. Il exerce alors une influence sur le flux de contentieux qui se présente devant les juridictions de cassation. Par cette filtration indirecte des pourvois, ils concourent à l'objectif de gestion efficace des flux de contentieux, composante d'une bonne administration de la justice. Ces éléments rendent compte du fait que le formel est secondé par l'informel, dans la poursuite de ses objectifs. Plus que simplement seconder le formel, il arrive que l'informel le précède, le complète, ou le dépasse. Sa portée doit être évaluée.

¹⁸⁷ Edouard ROTTIER, La justice prédictive et l'acte de juger : quelle prévisibilité pour la justice ?, in *La justice prédictive*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁸⁸ Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Thèse pour le doctorat, Paris, LGDJ, Lextenso, 2009, Dirigée par Yves GAUDEMET, p. 129. ISBN : 978-2-275-03478-2

¹⁸⁹ Si Giles Darcy s'interrogeait sur la question de « qui fixe le temps en jurisprudence ? », Gilles DARCY, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 347. Nous pouvons à ce stade imaginer que l'avocat aux conseils représente éventuellement l'acteur qui permet d'apporter deux éléments de réponses. D'abord, par la sélection de « la bonne espèce » selon Damien Connil, lui permettant de saisir l'instant de l'éventuel revirement ; Ensuite, par la contribution de ses moyens, seuls fondements de la réponse du juge de cassation.

¹⁹⁰ Emmanuel PIWNICA, L'initiative des revirements du juge administratif, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Bertrand SEILLER (dir.), Economica, 2007, p. 76.

¹⁹¹ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 639.

¹⁹² *Ibid.*, p. 639.

Section 2 : L'usage de l'informel par le juge

Si l'insuffisance du formel était jusqu'alors appréhendée à propos de sa forme, c'est-à-dire, sous l'angle de sa rigidité et de sa lenteur, voyons désormais que cette insuffisance peut porter sur son fond : son silence, ses imprécisions, ses lacunes. L'ampleur de la difficulté peut être résumée en ces quelques mots de Prosper Weil : « C'est le privilège du législateur de pouvoir passer sous silence les problèmes irritants : le juge, lui, ne peut se dérober »¹⁹³. Une coordination du juge et du législateur se dessine alors, le juge complète le législateur s'il est défaillant, il fait la loi « quand il n'y en a pas »¹⁹⁴. Les réponses informelles qu'il déploie visent ainsi à compléter la loi (§1). Dans ce cas, le juge devient l'auteur¹⁹⁵ de nouveaux principes dont l'élaboration était nécessaire du fait des incomplétudes de la loi. Se pose ici la question de qui, du juge ou du législateur, demeure le maître¹⁹⁶ de ces nouveaux principes. La réponse informelle, plus qu'un complément, y ajoute parfois un sens nouveau dont seul le juge peut en préciser la portée (§2).

§1 : L'informel comme complément

Dès que le texte ne se suffit à lui-même pour être appliqué en raison de ses lacunes ou insuffisances, il revient au juge d'en apprécier librement le sens, pour ainsi le compléter. Il se saisit de cette liberté, émet une appréciation de la volonté du législateur, le juge ne pouvant user de sa propre volonté¹⁹⁷. Il convient d'identifier les lacunes auxquelles le juge est confronté (A), et d'appréhender les méthodes qu'il déploie pour y répondre (B).

¹⁹³ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 283.

¹⁹⁴ Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *Droit social*, 2009, p. 511.

¹⁹⁵ Sophie THERON, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA*, 2004, p. 230.

¹⁹⁶ Didier LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980, p. 635. : « dès que la règle jurisprudentielle a été transposée dans la loi ou le règlement, le juge n'en est plus le maître [...] la modification dans l'ordre des sources introduites par les « codifications » législatives de la jurisprudence n'est pas purement formelle ; elle est réelle et à certains égards définitive ». Cité par THERON Sophie, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *op. cit.*, 2004, p. 230.

¹⁹⁷ Bertrand MATHIEU, Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général, in *La création du droit par le juge, Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 44.

A) Le constat des lacunes

Selon Jacques Chevallier, « la rationalité formelle qui préside à la construction de l'ordre juridique »¹⁹⁸ présente des limites. La loi ne peut tout prévoir. Le législateur est confronté à une impossibilité matérielle de produire des textes complets. Or, une loi lacunaire est perçue comme « défaut du droit »¹⁹⁹. Céline Guibe, dans ses conclusions sous l'arrêt *Société Protexsur*, rappellera en ce sens que le juge se doit de « remédier aux lacunes des textes »²⁰⁰. Ainsi, le juge joue un rôle de complément du texte dès lors que ce dernier souffre de lacunes²⁰¹. Il s'assure de délimiter les contours d'application du texte lorsqu'il ne se suffit pas à lui-même²⁰², pour des raisons matérielles.

Ces lacunes sont compensées par la marge accordée au juge, lui permettant de « faire la loi quand il n'y en a pas »²⁰³. Le formel semble alors ne pas être conçu pour être exhaustif²⁰⁴, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que la lacune d'un texte est considérée par Danièle Lochak comme ouvrant droit à l'interprétation²⁰⁵, en réponse à son incomplétude. Ensuite, parce que l'exhaustivité exige une précision que le législateur n'est pas tenu de fournir. En effet, le législateur est en mesure de « passer sous silence les problèmes irritants »²⁰⁶, la lacune du texte est ici perçue comme une méthode²⁰⁷, à laquelle le législateur peut recourir au titre de son

¹⁹⁸ Jacques CHEVALLIER, *Le droit autorise-t-il la rêverie ?*, in *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2011, p. 129.

¹⁹⁹ François RIGAUD, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 64. ISBN : 2-7381-0510-6

²⁰⁰ Conclusions de Céline Guibe, 9^{ème} et 10^{ème} Chambres réunies, *Société Protexsur*, séance du 2 octobre 2023, lecture du 17 octobre 2023, n° 475983.

²⁰¹ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 122.

²⁰² Article 4 Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » ; en doctrine, à titre d'exemples : Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », in *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1959, p. 283. ; Sébastien ROBBE, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », *Revue du notariat*, vol. 110, n° 2, 2008, p. 343.

²⁰³ Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *Droit social*, 2009, p. 511.

²⁰⁴ Les règles de droit sont « conçues en termes trop généraux » selon Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 83.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 90. : Le juge n'empiète pas sur le pouvoir sur législateur dès lors qu'il ne « statue jamais *contra legem*, mais seulement *praeter legem* ».

²⁰⁶ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 283.

²⁰⁷ Cette méthode est également employée par le juge, Yves Gaudemet parle d'une prudence du juge, « d'imprécision volontaire des règles jurisprudentielles », « d'une sorte d'indétermination jurisprudentielle très consciente », Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 263.

« privilège »²⁰⁸. Cependant, même si ces lacunes sont comblées, n'y a-t-il pas un risque de perdre de vue le but poursuivi par les textes dans le fait de laisser une telle marge au juge ?

Ce but est d'abord identifié par la doctrine. Certains articles de loi sont considérés comme poursuivant une finalité de bonne administration de la justice²⁰⁹. Le juge administratif n'hésite pas à identifier le texte lui-même comme poursuivant un « objectif de bonne administration de la justice »²¹⁰. Dans d'autres cas, le législateur formulera, explicitement dans les termes de l'article²¹¹, ou par une réforme, son souhait de « mettre en œuvre l'objectif de bonne administration de la justice »²¹². Ainsi, le formel concourt à cet objectif de bonne administration de la justice. Les insuffisances et lacunes qui lui sont inhérentes semblent justement être comblées pour lui permettre de poursuivre cette finalité. Le juge, libéré « grâce à l'hypothèse de la lacune »²¹³, en assure la bonne application, et donc la satisfaction de cet objectif. Cette liberté lui permet de s'assurer que la lacune du texte demeure matérielle, et qu'elle ne représente pas une carence dans sa capacité à satisfaire cette exigence de bonne administration de la justice.

S'ajoute également à ces éléments que le texte, complet ou lacunaire, ne représente pas nécessairement le fondement d'un principe. Il est courant que les réformes textuelles soient impulsées par les juges eux-mêmes²¹⁴. Les textes, complets ou lacunaires, « ne font pas tout »²¹⁵ en contentieux administratif. Pourtant, des réponses à ces lacunes sont formulées, selon une portée qui doit être mesurée.

²⁰⁸ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 283.

²⁰⁹ Voir en ce sens la lecture des articles L. 311-13 et R. 311-5 5° du CJA, faite par Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 17^{ème} éd., 2023-2024, p. 585. ISBN : 978-2-275-13072-9

²¹⁰ C'est ce qu'affirment plusieurs arrêts du Conseil d'État. Quelques exemples : CE 6^{ème} et 5^{ème} Chambres réunies, 22/09/2022, n° 436939, concl. Nicolas Agnoux ; CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres réunies, 22/04/2022, n° 451156, concl. Laurent Domingo.

²¹¹ Exemple estimé ici comme le plus marquant : l'article L. 821-2 CJA, dans lequel le Conseil d'État décide, après l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, du devenir de l'affaire. Il peut, « si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie », régler l'affaire au fond. Un cas d'application jurisprudentielle : CE Sect., 16/09/2001, n° 184682, concl. Mitjavile

²¹² Deux exemples : CE 6^{ème} sous-section jugeant seule, 10/06/2011, n° 335594, concl. Mattias Guyomar ; CE 6^{ème} sous-section jugeant seule, 10/06/2011, n° 335584, concl. Mattias Guyomar

²¹³ Charles PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, rééd. 1999., p. 151. ISBN : 2 247 03764

²¹⁴ Notons qu'il est courant que les réformes textuelles soient impulsées par les juges eux-mêmes. Le texte n'est alors pas le fondement, mais la réponse, raison pour laquelle son incomplétude éventuelle est encore moins impactante. Voir en ce sens les nombreux exemples dans lesquels la jurisprudence est « combattue », ou « codifiée », cités par Sophie THERON, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi » *op. cit.*, p. 230.

²¹⁵ Paul CASSIA, *Les grands textes de procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. VII.

B) La réponse aux lacunes

« Si les juges jouissent d'une entière liberté pour se déterminer dans le sens qui leur paraît le meilleur, ils n'ont pas celle de s'abstenir »²¹⁶. La réponse aux lacunes du texte écrit se traduit par une appréciation de son sens, cela correspond à une liberté accordée au juge. Bien que cette liberté soit théoriquement encadrée²¹⁷, le juge demeure libre dans ses raisonnements²¹⁸. Relevons la façon dont le juge exploite et manifeste cette liberté, par l'exemple de différentes pratiques qu'il emploie. Il en fait usage, d'une part, pour prouver la lacune du texte, fondant ainsi sa liberté, et d'autre part, afin de déterminer le sens du texte qu'il estime être le « meilleur »²¹⁹. Ces pratiques informelles, que nous appelions jusqu'alors « formules », sont définies par Yves Gaudemet comme des « expressions stéréotypées »²²⁰. Elles sont la marque de cette liberté d'appréciation du juge, et sont employées dans des finalités précises.

Prenons l'exemple de la formule « dans le silence de la loi ». Le juge n'emploie pas cette formule dans l'unique finalité de faire le constat d'une loi obscure ou absente, cette expression fait partie intégrante de sa démonstration. Dans l'arrêt *Narcy*²²¹, le juge affirme que « le législateur a entendu » confier la gestion d'un service public à des organismes privés poursuivant une mission d'intérêt, pour l'exécution de laquelle il disposait de prérogatives de puissance publique. Cette position sera constante jusqu'à l'arrêt A.P.R.E.I.²²² : le juge est saisi d'une affaire dans laquelle la personne privée chargée d'une mission d'intérêt général ne dispose pas de prérogatives de puissance publique pour en assurer l'exécution. Au-delà du champ d'application de l'arrêt *Narcy*, il conclut que « dans le silence de la loi », le critère de puissance publique n'est pas nécessaire pour que la personne privée chargée d'une mission

²¹⁶ Didier CHAUVAUX, De la contradiction entre les juges, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 182.

²¹⁷ Yves Gaudemet relève que le législateur intervient parfois pour guider le juge dans ses raisonnements. Il relève l'exemple de l'article 1^{er} du Code civil Suisse de 1907, qui prévoit que le juge saisi d'une affaire se fonde prioritairement sur la loi, ou à défaut, sur la coutume. S'il n'y en a toujours pas, il recherche la volonté du législateur, en s'inspirant de la doctrine et de la jurisprudence. Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 52.

²¹⁸ « La loi n'impose pas au juge administratif l'adoption d'un mode de raisonnement défini », *Ibid.*, p. 52.

²¹⁹ Didier CHAUVAUX, De la contradiction entre les juges, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *Juger l'administration, administrer la justice*, op. cit., p. 182.

²²⁰ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 104.

²²¹ CE Sect., *Narcy*, 28/03/1963, n° 43834, concl. Kahn

²²² CE Sect., *A.P.R.E.I.*, 22/02/2007, n° 264541, concl. Verot

d'intérêt général puisse être regardée comme exécutant une mission de service public²²³. Le juge, par la formule « dans le silence de la loi », marque dans l'arrêt le moment à partir duquel la loi trouve les limites de son application. N'ayant d'autre choix que de rompre ce silence²²⁴, le juge apprécie ce qu'il estime être la volonté du législateur. Ces expressions stéréotypées employées revêtent un sens, qui est précisé en fonction du contexte dans lequel le juge en fait usage²²⁵. A première vue, cette formule permet de prévenir le lecteur du sens que le juge retient de la volonté du législateur. Constatons également que cette méthode permet au juge de poursuivre son objectif d'améliorer la lisibilité et l'intelligibilité de ses décisions²²⁶, c'est-à-dire, de passer « l'énigme à la pédagogie »²²⁷.

L'emploi d'expressions stéréotypées permet d'expliquer la démarche du juge dans la réponse aux lacunes des sources formelles du droit : cette méthode reflète ainsi le « souci d'expliquer au justiciable la solution adoptée »²²⁸. Bien que cet objectif reste « secondaire »²²⁹ pour le juge, la lacune lui confère l'occasion non seulement d'interpréter, mais aussi de poursuivre d'autres objectifs, ici, le fait rendre plus accessible sa décision.

Michel Troper affirme : « Ce n'est donc pas l'indétermination textuelle qui fonde la liberté de l'interprète, mais au contraire, la liberté de l'interprète qui permet d'établir l'indétermination textuelle »²³⁰. Le fait pour le juge, par son interprétation, de conférer une valeur au texte, présente un risque. Constatons maintenant que ce risque ne se limite pas aux

²²³ CE Sect., *A.P.R.E.I.*, 22/02/2007, n° 264541, concl. Verot, considérant 3 : « [...] même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public [...] ».

²²⁴ Article 4 Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

²²⁵ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 104.

²²⁶ L'objectif est de poursuivre le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la « norme juridique », selon Ludovic BENEZECH, « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020/3 (N° 123), p. 547., se fondant sur l'arrêt CE Sect., 18/02/2004, n° 251016, concl. Collin.

²²⁷ Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 289.

²²⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 110. ; Yves Gaudemet relèvera également cette même finalité lors de l'emploi de l'expression « par le moyen invoqué ». Le juge cherche à indiquer au justiciable que sa demande « aurait [...] pu prospérer si le ou les moyens invoqués avaient été différents ». *Ibid.*, p. 110.

²²⁹ Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, *op. cit.*, p. 284.

²³⁰ Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 31. ; Le juge administratif emploie régulièrement l'expression « dans le silence de la loi » précédant son interprétation. Voir quelques exemples : CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres réunies, 06/06/2023, n° 462748, concl. Laurent Domingo ; CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres réunies, 25/05/2022, n° 450003, concl. Esther de Moustier ; CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres réunies, 24/12/2011, n° 444711, concl. Laurent Domingo

cas dans lesquels le juge fait la loi quand il n'y en a pas²³¹. Si ces réponses informelles permettent de compléter le sens d'un texte lacunaire, elles permettent aussi de lui en ajouter.

§2 : L'informel comme supplément

« Le Parlement commence la loi en écrivant les mots, le juge la finit en transformant ces mots en normes »²³². Dominique Rousseau rend compte du rapport de complémentarité qu'entretiennent législateur et juge. Le premier pose la cadre, le second en dessine les contours, avec une nuance essentielle : le second ne remplace le premier que s'il ne se suffit à lui-même²³³. Si Bertrand Mathieu indiquait en ce sens que le juge ne peut « vouloir à la place du législateur »²³⁴, nous constatons que le juge exerce tout-de-même une forme de volonté. Plus que de combler les lacunes du formel, le juge pose ses propres principes, et conserve la main sur la portée qui leur est accordée. Ainsi, tentons de mesurer la liberté jugée nécessaire dont il dispose d'abord pour poser des principes (A), que pour en redéfinir à souhait les contours (B).

A) La liberté dans l'élaboration d'une réponse informelle

Selon Alain Renaut, « le droit se dédouble en prenant, d'un côté, la forme de la loi et, de l'autre, celle du juste »²³⁵. Ainsi, cette poursuite du « juste » ne laisse au juge que deux champs sur lesquels il peut intervenir. Le premier est d'interpréter, d'apprécier le sens de la loi lorsqu'elle est vague²³⁶ ou silencieuse²³⁷. Ici, le juge bien que libre, est strictement tenu au sens de la loi qu'il ne saurait trahir²³⁸. La seconde option pour le juge est de faire évoluer sa

²³¹ Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *op. cit.*, p. 511.

²³² Dominique ROUSSEAU, « La légitimité du juge en question : l'affaire d'Outreau », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 440.

²³³ C'est en ce que nous évoquons les propos de Philippe Waquet : le juge fait la loi « quand il n'y en a pas ». Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *op. cit.*, p. 511.

²³⁴ Bertrand MATHIEU, Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général, in *La création du droit par le juge*, *op. cit.*, p. 44.

²³⁵ Alain RENAUT, « Chapitre 19. La justice et le droit », in *La philosophie*, *op. cit.*, p. 371.

²³⁶ Sébastien ROBBE, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 348. ; Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 293.

²³⁷ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 283.

²³⁸ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, Retour sur l'interprétation, in *Dire le droit, faire le juste*, *op. cit.*, p. 89.

jurisprudence, que l'on rappelle être une source formelle du droit²³⁹. Le revirement est toujours motivé par « le devoir de suivre cet idéal de justice »²⁴⁰. C'est en vertu de cet idéal que le juge, sans pour autant remplacer le rôle du législateur²⁴¹, assure l'adaptation des règles anciennes à des faits nouveaux²⁴². La source formelle du droit, même complète, est ainsi parfois perçue comme trop rigide, ce qui amènera Gilles Darcy à estimer que le juge, par ses positions, permet au droit de « respirer »²⁴³. Cette respiration peut être illustrée par l'exemple du droit souple, source contemporaine de « risques pour les administrés »²⁴⁴, domaine transformé par le juge suivant cette vision du juste. Si l'informel comprend « incontestablement »²⁴⁵ le champ du droit souple, rappelons également que ce champ illustre parfaitement les pratiques informelles déployées par le juge.

Prenons pour point de départ la définition de Giles Dumont et Jean Sirinelli : « le droit souple désigne les actes adoptés par l'administration [...], qui ne produisent pas d'effet juridique contraignant ou qui produisent des effets juridiques partiels [...]. Ils ne créent pas de norme juridiquement impérative »²⁴⁶. Fabrice Melleray rappelle également qu'en vertu d'une jurisprudence constante, « seules certaines décisions, celles faisant grief »²⁴⁷, pouvaient être annulées par recours pour excès de pouvoir. La question de l'appréciation des « conséquences juridiques »²⁴⁸ d'actes qui par essence en sont pourtant dépourvus se place au cœur du débat, le juge tranchera par les arrêts *Fairvesta*²⁴⁹ et *Société Numéricable*²⁵⁰. Par un considérant employé dans de mêmes termes²⁵¹, ces deux arrêts permettent à certains actes non décisifs de faire

²³⁹ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, 1970, *op. cit.*, p. 119.

²⁴⁰ Emmanuel PIWNICA, L'initiative des revirements du juge administratif, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, *op. cit.*, p. 85. ; Camille BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 273.

²⁴¹ Nicolas MOLFESSIS, « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 88.

²⁴² Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955, p. 12. 2-275-00463-7

²⁴³ Colloque Paris II du 19 janvier 2006 sur la « Rétroactivité à l'occasion du procès », cité par DARCY Gilles, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, *op. cit.*, p. 339.

²⁴⁴ Giles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, Paris, DALLOZ, 14^{ème} éd., 2021, p. 58. ISBN : 978-2-247-20658-2

²⁴⁵ Isabelle DE SILVA, « L'informel en droit administratif : réflexions, illustrations », *op. cit.*, p. 39.

²⁴⁶ Giles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 58.

²⁴⁷ Fabrice MELLERAY, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 2016, p. 679.

²⁴⁸ Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., tome 2, 1984, p. 165., cité par Fabrice MELLERAY, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *op. cit.*, p. 679.

²⁴⁹ CE Ass., 16/05/2016, *Sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG*, n° 368082, concl. Suzanne von Coester

²⁵⁰ CE Ass., 21/03/2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, concl. Vincent Daumas

²⁵¹ Considérant 4 pour l'arrêt *Fairvesta*, considérant 5 pour l'arrêt *Société NC Numéricable* : « Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire

l'objet d'un recours pour excès de pouvoir²⁵², dès lors qu'ils entraînent des « effets notables »²⁵³. Le juge n'exigera que l'acte soit seulement « susceptible d'avoir des effets notables » par l'arrêt *GISTI*²⁵⁴ rendu en 2020, position qu'il semble avoir récemment nuancé, jugeant contre les conclusions du rapporteur public qu'une certaine circulaire était insusceptible de recours²⁵⁵.

Il convient de constater que le juge recherche un point d'équilibre²⁵⁶ au sein des principes qu'il a lui-même créés. D'abord, le juge précise sa position au cas par cas, de sorte que de « la masse de solutions se dégagent des principes »²⁵⁷. Ensuite, il nuance les définitions ainsi posées au fil de ses positions. Pour reprendre Prosper Weil, ces définitions sont « stables à contenu variable »²⁵⁸. Ainsi, le droit formel, aussi complet soit-il, doit être constamment réévalué pour être adapté aux circonstances de l'affaire en présence. Nous évoquions jusqu'alors la liberté conférée au juge pour identifier la lacune d'un texte, et la combler par un nouveau principe. Voyons maintenant la liberté dont il dispose pour moduler l'application de ce nouveau principe.

l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ».

²⁵² Fabrice MELLERAY, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *op. cit.*, p. 679.

²⁵³ Le juge est libre de l'appréciation des « effets notables » de l'acte litigieux. Par exemple, les effets notables peuvent porter sur la « réputation » du destinataire de l'acte. Voir en ce sens : CE Ass., 19/07/2019, *Le Pen*, n° 426389, concl. Anne Iljic, considérant 4.

²⁵⁴ CE Sect., 12/06/2020, *GISTI*, n° 418142, concl. Guillaume Odinet, considérant 1 : « *Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices ».*

²⁵⁵ CE 6^{ème} et 5^{ème} Chambres réunies, 10/11/2023, *Ordre des avocats du barreau des Hauts-de-Seine*, n° 467645, concl. Nicolas Agnoux ; Voir également Christophe FARDET, « Le droit souple : un droit qui va trop loin ? », *AJDA*, 2024, p. 129. : « Au lieu de regarder les effets notables de l'acte sur « les droits ou la situation d'autres personnes que les agents » chargés de mettre en œuvre la mesure contestée, le Conseil d'État, le 10 novembre dernier, n'a pris en compte que « les droits ou la situation des usagers du service public de la justice ».

²⁵⁶ Christophe FARDET, « Le droit souple : un droit qui va trop loin ? », *AJDA*, 2024, p. 129.

²⁵⁷ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610., cité par Nicolas EMERIC, « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2 (Vol. 79), p. 24.

²⁵⁸ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 285.

B) La liberté dans la modulation de la réponse informelle

Le juge demeure libre dans l'élaboration de certains principes, qu'il applique selon sa propre appréciation. Non seulement ses appréciations permettent de combler les lacunes des sources sur lesquelles il se fonde, mais également de dessiner les contours des principes dont il est lui-même l'auteur. Yves Gaudemet le qualifiait, au regard du droit, de « l'artisan autant que l'interprète »²⁵⁹, essayons ici de nous pencher sur ce rôle d'interprète non pas de la loi, mais des principes dont il est à l'origine.

Prenons en ce sens l'exemple des circulaires. Le juge administratif se fondait exclusivement sur le « caractère réglementaire » pour justifier de la recevabilité de la contestation de leur légalité par recours pour excès de pouvoir²⁶⁰. Le Conseil d'État abandonnera en 2002 le critère du caractère réglementaire par l'arrêt *Dame Duvignères*²⁶¹. La recevabilité d'un tel recours provient alors de ses dispositions dites « impératives », devant être regardées comme fondant le critère de la circulaire faisant grief. L'arrêt précité *GISTI* rendu en 2020 abandonnera à son tour ce précédent critère d'impérativité qui fondait la recevabilité du recours, et en posera un nouveau : celui des circulaires « susceptibles d'avoir des effets notables »²⁶². Par ces exemples, nous constatons que le juge administratif redéfinit continuellement le contour des principes dont il est l'auteur. Il renouvelle ainsi sa « grille d'analyse »²⁶³ chaque fois qu'il l'estime nécessaire²⁶⁴, par le prisme d'évolutions jurisprudentielles. Ainsi, il n'est plus simplement question pour le juge de justifier de l'indétermination textuelle pour fonder sa liberté²⁶⁵, il semble être responsable de la modulation

²⁵⁹ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 35.

²⁶⁰ CE Sect., 29/01/1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, n° 07134, concl. Tricot, considérant 1 : « [...] ladite circulaire a, dans ces dispositions, un caractère réglementaire ; que, dès lors, l'institution Notre-Dame du Kreisker est recevable à déférer au Conseil d'État les prescriptions contestées de cette circulaire ».

²⁶¹ CE Sect., 18/12/2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, concl. Fombeur

²⁶² CE Sect., 12/06/2020, *GISTI*, n° 418142, concl. Guillaume Odinet

²⁶³ Giles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 60.

²⁶⁴ Le revirement est toujours motivé par « le devoir de suivre cet idéal de justice », selon Emmanuel PIWNICA, L'initiative des revirements du juge administratif, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, *op. cit.*, p. 85. ; Cette estimation de la nécessité du revirement est une question complexe, sur laquelle nous reviendrons dans la seconde partie, au sujet de la question de « qui fixe le temps en jurisprudence ? », expression employée par Gilles DARCY, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, *op. cit.*, p. 347.

²⁶⁵ « Ce n'est donc pas l'indétermination textuelle qui fonde la liberté de l'interprète, mais au contraire, la liberté de l'interprète qui permet d'établir l'indétermination textuelle », selon Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 31.

dans le temps²⁶⁶ des principes qu'il a lui-même posés. Le fait pour le juge de se saisir d'un principe, lacunaire ou non, ne semble donc pas être ce qui fonde en pratique la portée de son appréciation informelle. Si Bernard Stirn affirmait en 2017 que « le juge a largement repris la main sur les règles de procédure »²⁶⁷, il semble qu'il n'ait jamais perdu celle sur l'appréciation de la nécessité des principes qu'il pose, et sur leur application.

Dans certains cas, il se confère de façon plus explicite cette liberté informelle d'appréciation, c'est notamment le cas des définitions par faisceau d'indices. Revenons-en ce sens sur le troisième considérant de l'arrêt A.P.R.E.I.²⁶⁸. Le juge apprécie, eu égard à certains éléments matériels²⁶⁹ qu'il considère être des indices, si l'administration a « entendu lui confier une telle mission ». Le juge est autant libre de se fonder sur certains éléments matériels, que de faire évoluer sa grille d'analyse²⁷⁰, changeant ainsi sa façon de les mesurer²⁷¹. Si Paul Ricoeur rappelait que l'acte de juger permet de « mettre un terme à l'incertitude »²⁷², constatons qu'une incertitude demeure, celle de la variabilité de l'appréciation informelle du juge, à la fois dans la définition des principes, que dans leur application. La réponse aux lacunes du formel fait ainsi naître une nouvelle incertitude, la façon dont les juges appréhendent ces lacunes doit être mesurée.

²⁶⁶ Faculté qui est traditionnellement reconnue au législateur selon Pascale Deumier, mais qu'il est ici possible de transposer au juge, qui l'exerce en faisant évoluer sa jurisprudence. Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, op. cit., p. 63-64.

²⁶⁷ Bernard STIRN, Structure, magistrats et procédures : les transformations de la justice administrative, Discours prononcé le 13 octobre 2017 lors de l'audience solennelle de rentrée du Tribunal administratif de Caen.

²⁶⁸ CE Sect., A.P.R.E.I., 22/02/2007, n° 264541, concl. Verot.

²⁶⁹ Considérant 3 : « une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ».

²⁷⁰ Giles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, op. cit., p. 60.

²⁷¹ A titre d'exemple, à propos de la qualification juridique d'un service public, citons l'arrêt CE 16/11/1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, n° 26549, concl. Laurent, dans lequel le juge considère que l'objet du service, ses ressources, et ses modalités de fonctionnement, représentent des « conditions » permettant de qualifier le service public administratif. Cette appréciation sera différente dans la décision TC, 21/03/2005, *Mme Alberti-Scott*, n° C3413, concl. Duplat, dans laquelle sera estimée que l'objet du service représente le critère déterminant dans la qualification juridique d'un service public.

²⁷² RICOEUR Paul, *Le juste 1*, op. cit., p. 243.

Conclusion du Chapitre 1 :

Nous avons identifié les limites que présentent les sources formelles du droit à trancher un litige. Ces premières limites sont relatives au manque d'efficacité des seules réponses formelles, ainsi qu'à leur incapacité matérielle à être complètes. Dans le premier cas, l'informalité présente un « espace de souplesse bienvenu »²⁷³, permettant de dépasser les rigidités du formel. Dans le second, l'informalité s'est avérée nécessaire pour un juge ne pouvant se dérober²⁷⁴ face à un litige.

De cette solution naît d'autres difficultés. Le juge tire sa liberté des lacunes du formel, qu'il étend pour dessiner les contours des principes dont il est parfois lui-même l'auteur. Outre la question de légitimité²⁷⁵, se pose celle de l'articulation entre le texte et les conséquences qu'il en tire, dont il semble être le seul à en apprécier la portée. Ainsi, le juge « fixe »²⁷⁶ l'instant à partir duquel son appréciation, sa « grille d'analyse »²⁷⁷, évolue. Même si Xavier Lagarde démontre que la « surprise »²⁷⁸ induite par un revirement n'est pas forcément supérieure à celle d'un changement de législation, il n'en demeure pas moins que le juge, par la position qu'il occupe, soit susceptible de faire naître une incertitude. Il apprécie ainsi l'équilibre liant le texte sur lequel il se fonde, et l'appréciation informelle qu'il émet : il est cœur du couple formel-informel.

²⁷³ Isabelle DE SILVA, « L'informel en droit administratif : réflexions, illustrations », Etude par Isabelle DE SILVA, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 39.

²⁷⁴ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », in *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, vol. 51, 1959, p. 283.

²⁷⁵ Rappelons que « c'est le Parlement et non le juge qui a la légitimité nécessaire pour changer la société », selon Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État, Que sais-je ?*, 2^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 109., ISBN : 2 13 053052 4

²⁷⁶ Gilles DARCY, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 347.

²⁷⁷ Giles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, Paris, DALLOZ, 14^{ème} éd., 2021, p. 60. ISBN : 978-2-247-20658-2

²⁷⁸ Xavier LAGARDE, Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 78.

CHAPITRE 2 : L'ARTICULATION DU COUPLE FORMEL-INFORMEL PAR LE JUGE

« Les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes au contraire ne se reposent jamais »²⁷⁹.

Une fois encore, quelques mots de Portalis servent à résumer des problématiques juridiques contemporaines. S'exprime ici d'abord le caractère statique des textes rédigés, et en quoi le dépassement de ces derniers permet d'en contourner les limites. Le juge, « artisan » et « interprète » des textes²⁸⁰, semble être l'autorité à l'œuvre de ce dépassement. Pourtant, par définition, le juge n'est censé que « rétablir l'égalité en déterminant ce qui revient à chacun »²⁸¹. S'il est acquis qu'il « ne saurait s'improviser ni devin, ni Dieu, ni même justicier »²⁸², au risque d'être à l'origine d'insécurité ou d'arbitraire²⁸³, comment concevoir qu'il puisse s'improviser autorité en réponse des limites du formel ? Comment le juge, « Homme du connu et non de l'imprévu, du devoir et non du besoin ou du désir »²⁸⁴, peut-il disposer, entre ses mains, de l'articulation des textes avec sa liberté, dont le fondement est formel, et la portée est informelle ? L'idée est ici de comprendre les fonctions du cadre formel, ses limites, et comment le juge représente le degré de souplesse permettant de les dépasser.

Ces questionnements apparaissent comme très théoriques, mais répondent à des difficultés pratiques largement quantifiables. La forme, d'abord source de légitimité, poursuit de nombreux enjeux qu'il est nécessaire d'identifier. Le cadre formel ne se suffisant pas à lui-même, laisse la porte ouverte à une certaine souplesse, dont le juge est le seul à établir la portée. Le juge se positionne en tant que clef de voûte de l'articulation du couple formel-informel, au sein duquel l'un ne peut se réaliser sans l'autre. Le premier membre du couple poursuit des enjeux justifiant la position du juge, mais dont la rigidité fonde ses limites (Section 1) ; le second permet de compenser ces dites limites, mais dont la portée informelle de cette liberté accordée au juge est au cœur de nouveaux questionnements (Section 2).

²⁷⁹ PORTALIS, « Discours préliminaire », in *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 2004, p. 41., cité par Guy CANIVET, *Imagination du juge et imaginaire du droit*, in *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2011, p. 248.

²⁸⁰ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 35.

²⁸¹ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 8.

²⁸² Jean-Louis BERGEL, « Introduction générale », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 18.

²⁸³ *Ibid.*, p. 18.

²⁸⁴ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 96.

Section 1 : La persistance d'un cadre formel dans la préservation de garanties

Le cadre formel est ici perçu comme source de garanties, tant pour les justiciables que pour les membres des juridictions eux-mêmes²⁸⁵. Les contraintes adressées au juge ainsi que les exigences qui pèsent sur la justice marchent de concert²⁸⁶, il convient alors de consacrer cet axe à l'identification des buts poursuivis par ce cadre formel, ses limites, ainsi que les réponses qu'il tente d'y apporter. L'étude porte alors sur le cadre formel s'appliquant au juge (§1), et celui s'appliquant à la justice (§2).

§1 : Des garanties tenant au juge

Une précision doit immédiatement être apportée. Il ne s'agit pas de faire l'inventaire des garanties tenant aux juges²⁸⁷. L'objectif de cet axe est de chercher à identifier les fonctions du cadre formel pesant sur le juge (A), ainsi que l'équilibre dans lequel se cadre semble s'inscrire. Si ces obligations représentent une garantie d'objectivité²⁸⁸ et de bon fonctionnement de la justice, il n'en est pas moins que la fonction de juger exige une certaine marge de manœuvre. Cette dernière paraît être la parfaite nuance d'une « souplesse dans la rigueur »²⁸⁹, condition sans laquelle la justice ne saurait être rendue. Cet équilibre ainsi dessiné retiendra notre attention, rendant compte à la fois la raison d'être du formel autant que sa limite (B).

²⁸⁵ S'agissant des justiciables, notamment pour qu'ils voient leur affaire traitée en toute impartialité ; s'agissant des juges, notamment en matière d'inamovibilité. Voir en ce sens Michaël POYET, *Procédure administrative et modes amiables de résolution des différends*, op. cit., p. 95.

²⁸⁶ Un exemple pour illustrer cette idée : il est aujourd'hui acquis que les exigences d'impartialité (pesant sur le juge) et de prévisibilité (pesant sur la justice) sont des composantes de l'Etat de droit. Ainsi, la cible du cadre formel n'altère pas la finalité qu'il poursuit. En ce sens, la doctrine est abondante, ne sont ici retenus : Sur l'impartialité : Vasleska BRAGA, « Les poids des « apparences » dans l'impartialité du juge administratif », *La Revue administrative*, Presses universitaires de France, n°356, 2007, p. 139. ; Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 13. ; Sur la prévisibilité : Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, op. cit., p. 96. ; Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Thèse précitée, p. 127.

²⁸⁷ Voir pour plus de précisions sur ce point Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 17^{ème} éd., 2023-2024, p. 591 et s. ISBN : 978-2-275-13072-9 ; ou plus généralement à propos de l'articulation des droit et devoirs du juge avec les principes directeurs de la justice, voir Michaël POYET, *Procédure administrative et modes amiables de résolution des différends*, op. cit., p. 87-100.

²⁸⁸ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 258.

²⁸⁹ Expression qui sera toutefois nuancée à propos du Conseil d'État, que l'auteur qualifiera plutôt de « rigueur dans la souplesse », p. 227., Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, op. cit., p. 225.

A) Une figure du juge formellement encadrée

Afin d'exposer le cadre formel pesant sur le juge administratif, il convient de se fonder sur un extrait bien connu de l'article 6§1 de la Convention : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi [...] »²⁹⁰.

En ces quelques termes se trouvent une part importante des notions dont l'équilibre est étudié au sein de cette partie. D'abord, la question de la forme en tant que source de garanties ; ensuite, celle de l'affirmation de devoirs pesant sur la justice et le juge ; enfin, la question de son articulation avec la loi. Concernant cette dernière, il conviendra de s'y attarder au cours de la seconde section, la présente vise à opérer un focus sur certaines formes pesant sur le juge : les exigences d'impartialité et d'indépendance. Il convient de se fonder sur ces deux exemples pour cibler le rôle de ce cadre formel afin d'en saisir les différents enjeux qui y sont rattachés.

Par une approche littérale d'abord, l'impartialité correspond à « l'absence de parti pris, de préjugé »²⁹¹. Le *Vocabulaire juridique* en retiendra une définition plus complète, ajoutant qu'il s'agit d'une « exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité »²⁹². Après avoir retenu l'attention des juges de façon plus générale dans l'arrêt Didier²⁹³, ce principe sera élevé au rang de PGD²⁹⁴ quelques années plus tard. La simple obligation morale²⁹⁵ qui prévalait à l'époque est donc remplacée, l'impartialité fait l'objet de nombreuses consécutions par le Conseil constitutionnel²⁹⁶, le Conseil d'État²⁹⁷, ainsi que par le législateur²⁹⁸. A titre d'exemple, si le juge craint de faire naître une suspicion de partialité, il peut, sur un fondement textuel²⁹⁹, ne pas statuer en exerçant la règle du « déport »³⁰⁰. Ainsi, les sources formelles pesant sur le juge prévoient un principe, ainsi

²⁹⁰ Article 6§1 Convention européenne des droits de l'homme.

²⁹¹ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 258.

²⁹² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 519.

²⁹³ CE ass., 3 déc. 1999, n° 207434, *Didier*.

²⁹⁴ CE 20 avr. 2005, n° 261706, *Karsenty*, Lebon 2005, concl. Guyomar

²⁹⁵ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, réimp. Dalloz, 2007, t.1, p. 731., cité par Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 269.

²⁹⁶ Il ne s'agit que d'un exemple, les jurisprudences du CC et du CE sont abondantes en la matière : CC 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC.

²⁹⁷ CE Sect., 20 juin 2003, *Stilnovic* ; CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited*.

²⁹⁸ Article L. 12 CJA.

²⁹⁹ Article R. 721-1 CJA.

³⁰⁰ Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 270.

que les cas de ses mises en œuvre. Ce cadre formel du droit semble se suffire à lui-même, et représente une source de garantie³⁰¹, tant pour le justiciable que pour le juge³⁰². S'agissant de l'indépendance³⁰³, elle peut être définie comme « l'incarnation du principe de séparation des pouvoirs »³⁰⁴, la source de la légitimité du juge³⁰⁵, et représente, avec l'impartialité, deux notions « complémentaires, indissociables »³⁰⁶.

Voici ici l'opportunité d'apporter une nuance. Il est possible de se consacrer indéfiniment à l'écriture de textes sur l'objectivité de la décision, sur la finalité qu'elle se doit de revêtir, ou encore sur les règles de nature déontologique à procédurale fondant sa validité, il ne faut oublier que rien n'est plus « indéterminable politiquement que l'amour ou la haine de la volonté »³⁰⁷. Ce cadre formel, aussi complet soit-il, semble trouver ses limites dans la raison pour laquelle il a été institué. La volonté est consubstantielle à l'action de juger³⁰⁸, le formel n'est là que pour dessiner les contours entre lesquels cette volonté peut s'étendre. Cette marge accordée à la volonté du juge est appréhendée dans ce propos comme une souplesse indispensable à l'action de juger, cette limite du formalisme mérite que lui soient consacrés quelques développements.

³⁰¹ Une nuance est tout-de-même à apporter. Même si la Charte de déontologie de la juridiction administrative présente de façon claire les obligations qui pèsent sur les juges, certains auteurs rappellent que des dérogations informelles subsistent, comme des coutumes, selon lesquelles les magistrats administratifs ne fassent pas réellement l'objet de poursuite disciplinaire pour des raisons d'expression d'opinions personnelles, selon Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 37.

³⁰² S'agissant des justiciables, notamment pour qu'ils voient leur affaire traitée en toute impartialité ; s'agissant des juges, notamment en matière d'inamovibilité. Voir en ce sens Michaël POYET, *Procédure administrative et modes amiables de résolution des différends*, *op. cit.*, p. 95. ; De même, les principes formels représentent une protection pour le juge de ne pas se sentir menacé lorsqu'il statue sur des affaires aux enjeux importants, voir en ce sens Daniel CHABANOL, « Statut et déontologie des magistrats administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 217.

³⁰³ Principe dont les contours ont été dessinés à toutes les juridictions, par la décision CC 22/07/1980, n° 80-119 DC.

³⁰⁴ Vasleska BRAGA, « Les poids des « apparences » dans l'impartialité du juge administratif », *op. cit.*, p. 141.

³⁰⁵ Dominique ROUSSEAU, « La légitimité du juge en question : l'affaire d'Outreau », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 440.

³⁰⁶ Vasleska BRAGA, « Les poids des « apparences » dans l'impartialité du juge administratif », *op. cit.*, p. 140.

³⁰⁷ Pierre ZAOUÏ, « vouloir sans jouir », *Vacarme*, n° 38, 2007, p. 74.

³⁰⁸ Par ailleurs, il convient de rappeler que l'action de juger ne peut se détacher d'appréciations subjectives, selon Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *op. cit.*, p. 511.

B) Une souplesse factuellement exigée

« Je jure de remplir mes fonctions avec indépendance, impartialité et humanité, de me comporter en tout comme un magistrat digne, intègre et loyal et de respecter le secret professionnel et celui des délibérations »³⁰⁹.

Même si ces dispositions ont fait l'objet de nombreuses actualisations par le législateur³¹⁰, les termes qui s'y trouvent retiennent l'attention de ce propos. Si d'un point de vue théorique les questions d'indépendance et d'impartialité ne posent pas réellement de difficultés, il n'en va pas de même pour le critère « d'humanité » que le juge est réputé remplir. « Le magistrat est avant tout un être humain [...], et l'acte de juger ne peut se concevoir sans reconnaissance préalable de l'humanité de l'autre »³¹¹. C'est à ce stade qu'il est possible de cerner la complexité de l'équilibre dans lequel le juge exerce ses fonctions. Il se doit d'user de sa « conscience d'homme »³¹² dans les limites tracées par le cadre formel évoqué jusqu'alors. Comment la volonté dont le juge fait usage peut-elle se garder d'envahir la décision rendue, au point où elle deviendrait « purement subjective »³¹³ ? Ce débat semble être particulièrement ambigu, la doctrine décide de lui porter un regard pragmatique.

Phillipe Waquet rappelait que « quelle que soit l'impartialité du juge, on ne peut exclure qu'il subisse l'influence de ses conditionnements »³¹⁴. Maryse Deguergue qualifiait d'idéaliste la vision selon laquelle les garanties formelles évoquées jusqu'alors seraient des « armures protégeant les juges des influences »³¹⁵. La question apparaît déjà tranchée. Le cadre formel pesant sur le juge vise à cerner des contours très généraux entre lesquels il exerce. Ce cadre formel permet alors de s'assurer que les libertés nécessaires à l'action de juger n'aillent pas au-delà du strict nécessaire formellement établi³¹⁶.

³⁰⁹ Article 6 Ordonnance n° 58-1270, 22/12/1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature

³¹⁰ L'exemple le plus récent et adapté à ce propos est celui de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, avec l'introduction de l'article L. 131-2 CJA : « Les membres du Conseil d'État exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité ». ; Rappelons à cet égard que ces dispositions sont répétées à l'identique à l'article L. 231-1-1 concernant les membres des TA et CAA.

³¹¹ Odile BARRAL, « L'émotion du juge », *Les cahiers de la justice*, 2014-1, n° 1, p. 73-74.

³¹² Emile DURKHEIM, « Débat sur le rapport entre les fonctionnaires et l'Etat », in *Textes*, Présentation de V. KARADY, t. 3, Paris, éd. De Minuit, 1975, p. 192.

³¹³ Charles PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 173.

³¹⁴ Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *op. cit.*, p. 511.

³¹⁵ Maryse DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 370.

³¹⁶ A ce sujet, Alain Bancaud apporte des précisions, et explique l'importance du lien unissant le juge et le cadre formel, dans l'évitement de ce qu'il nomme « l'arbitraire social », inhérent à l'action de juger. Il précise alors la

L'idée de cet axe de réflexion est de rendre compte de l'équilibre au sein duquel se trouve le juge. L'informalité se situe dans la fonction-même du juge, c'est-à-dire, dans la part qu'il accorde à sa sensibilité dans l'affaire qui lui est soumise. Cette façon de placer le curseur d'équilibre entre le respect des obligations formelles et sa liberté est perçue de deux façons. La première, énoncée plus tôt, correspond à appréhender cette marge de jeu comme la garantie d'une « adhérence des juges à la société à laquelle ils appartiennent »³¹⁷. En clair, il s'agit d'accepter que la limite de l'application des principes formels soit inévitable, et que cette marge de jeu dont le juge dispose ne soit pas perçue comme une défaillance, mais comme un atout. La seconde, permettant la première, qui correspond à la situation dans laquelle le juge placerait le curseur à une extrémité. Dans ce cas, serait caractérisée une violation des principes formels fondant la liberté de positionner le curseur là où l'intérêt de l'affaire l'exige, manœuvre manquant d'impartialité³¹⁸ pour certains, ou de « délicatesse »³¹⁹ pour d'autres.

Là n'est pas question de contester l'applicabilité du principe d'impartialité, mais de montrer dans notre étude que l'informel, c'est aussi la façon dont le juge conçoit les libertés qui lui sont confiées par les textes. Le juge n'est pas simplement la figure responsable de l'articulation du formel et de l'informel, il exerce au quotidien au sein de cet équilibre. La forme pose un cadre qui offre des garanties en établissant les limites à ne pas franchir. Également, la forme désigne les enjeux que sont censés poursuivre la justice.

§2 : Des garanties tenant à la justice

*Justice must not only be done, it must also seem to be done*³²⁰

La justice qui, par définition, est « un sentiment, une vertu, un idéal, un bienfait, une valeur »³²¹, peut être appréciée différemment au regard de cet adage. Le cadre formel pesant sur la justice vise à cerner à la fois la façon dont elle est rendue (A), et la façon dont elle est

seule solution : l'attache à « la loi et à la rigueur formelle ». Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 225.

³¹⁷ Maryse DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 370.

³¹⁸ Cass. Civ. 2^{ème}, 14 sept. 2006, n°04-20.524. La Cour concluait, à propos des termes « injurieux et manifestement incompatibles avec l'exigence d'impartialité », « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial et équitablement ».

³¹⁹ Frédéric BERENGER, « A propos du devoir de délicatesse et d'impartialité du juge », *AJDI*, 2006, p. 932-935.

³²⁰ Adage précisé dans l'arrêt de la CEDH du 28 juin 1984, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, §81, cité par Vasleska BRAGA, « Les poids des « apparences » dans l'impartialité du juge administratif », *op. cit.*, p. 140.

³²¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 589.

perçue (B). L'idée est alors, par l'analyse du cadre formel pesant sur la justice, d'identifier les enjeux dont la portée informelle est à mesurer. Le formalisme n'est plus le simple mode d'expression de la décision de justice, il devient aussi un « acte d'explication »³²².

A) Une justice faite pour être rendue

Un tel titre paraît incomplet. Il sous-entend d'abord que la justice a une fonction, et qu'elle se limite à, de façon très générale et abstraite, être réalisée³²³. De façon plus concrète, Benoît Frydman identifie cette finalité comme étant « l'exactitude, la fidélité à la volonté législative et le contrôle de légalité »³²⁴. Jacques-Henri Stahl y voit plutôt une fonction de trancher des litiges et de dire le droit³²⁵. Ces critères relatifs aux finalités de la justice ne sont que des pistes explorées par la doctrine pour tenter d'évaluer l'efficacité de cette dernière³²⁶. Il s'agit donc de se saisir des quelques rares éléments formels dont on dispose pour tenter de cerner un phénomène. Cherchons l'étendue des objectifs poursuivis par les garanties de forme pesant sur la justice. Le sens de ce propos est d'établir progressivement la limite du formel, et de cette méthode qui exige qu'il y ait des données sur lesquelles se fonder.

Il convient ici de se saisir d'un exemple d'un cas où la source formelle³²⁷ « ne lie pas »³²⁸, et que sa mesure ne permet d'avoir que des certitudes relatives, jusqu'aux prochains changements : le revirement de jurisprudence. Plusieurs précisions doivent ici être apportées. Quant à son impact sur le juge d'abord, son autorité est dite « morale »³²⁹, elle n'entraîne pas nécessairement une « influence sur la manière dont seront jugés les cas futurs »³³⁰. Ainsi, la source formelle du droit, ici la jurisprudence, n'est pas nécessairement gage de stabilité ou de

³²² Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, op. cit., p. 295.

³²³ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 8.

³²⁴ Benoît FRYDMAN, *L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice*, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/4.

³²⁵ Jacques-Henri STAHL, Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 783.

³²⁶ Jean-Marc SAUVÉ, « La qualité de la justice administrative », op. cit., p. 667.

³²⁷ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 119.

³²⁸ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, op. cit., p. 54. ; Evelyne SERVERIN, De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, in *La justice prédictive*, op. cit., p. 43.

³²⁹ Jacques-Henri STAHL, Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, op. cit., p. 789.

³³⁰ Evelyne SERVERIN, De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, in *La justice prédictive*, op. cit., p. 43.

prévisibilité, pour au moins deux raisons. D'abord, parce que la question de « qui fixe le temps en jurisprudence »³³¹ n'a pas encore de réponse claire³³². Ensuite, par la position que la décision de justice occupe. En effet, pour des raisons évoquées plus haut et développées plus bas, le juge est tenu de statuer lorsqu'il est saisi. Il n'a d'autres choix que de « mettre un terme à l'incertitude »³³³. Ce propos fait le choix de qualifier la certitude ainsi obtenue de relative, l'écrivain Éric-Emmanuel Schmitt peut apporter un éclaircissement.

« La vérité demeure inaccessible, il n'y a que des vérités provisoires, des tentatives de vérité. Au fond, votre théorie expose la façon moderne d'habiter l'ignorance »³³⁴.

La jurisprudence est ici qualifiée comme la solution apportée de façon ponctuelle, une vérité provisoire en réponse au « privilège du législateur de pouvoir passer sous silence les problèmes irritants »³³⁵. Ainsi, il est possible de constater la façon dont les sources formelles du droit sont utilisées en réponse à leurs propres limites. Ces limites et leur dépassement seront identifiés, l'attention est d'abord retenue à propos des dernières fonctions que la forme semble poursuivre.

B) Une justice faite pour être perçue

Un tel titre paraît, à son tour, incomplet. L'idée de cet axe est de proposer une réflexion autour des enjeux rattachés à la décision de justice, non plus sur le fond mais sur la forme. La question étudiée est celle des exigences de forme pesant sur la justice, pour ainsi percevoir les difficultés que pourraient être celles de l'informalité pour endosser ce rôle.

Il convient d'initier ce propos en rappelant que la forme, indépendamment des garanties lui étant rattachées développées jusqu'alors, représente aujourd'hui « une esthétique et un art

³³¹ Gilles DARCY, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, op. cit., p. 347.

³³² Cette étude évoquait cette citation plus haut concernant la profession d'avocat au conseil, mais, d'un regard pragmatique, il n'est pas réellement possible d'identifier avec précision la personne ou l'institution qui « fixe » le temps en jurisprudence. D'abord parce que les enjeux de la jurisprudence sont très nombreux, nous l'évoquons tout au long de ce devoir, mais aussi parce que le « temps » est relatif jusque dans le regard que le droit lui porte : voir en ce sens les premières pages d'introduction de Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 2-6.

³³³ Paul RICOEUR, *Le juste 1*, op. cit., p. 243.

³³⁴ Eric-Emmanuel SCHMITT, *La Nuit de feu*, Paris, Editions Albin Michel, Poche, 2015, p. 72. ISBN : 978-2-253-07068-9

³³⁵ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », op. cit., p. 283.

total »³³⁶. Bien que le droit dispose de « sa propre langue »³³⁷, le souci de la rendre plus intelligible s'est progressivement imposé. D'abord parce que « le droit est fait pour l'usage commun »³³⁸, mais surtout en raison du fait qu'il est aujourd'hui constitutionnellement exigé que le droit soit clair³³⁹, accessible et intelligible³⁴⁰. Le fait que la justice se doit d'être perçue, c'est une logique « simplification et d'accessibilité des règles »³⁴¹. Il est donc clair que des exigences formelles encadrent la justice : il n'est aujourd'hui plus concevable que la jurisprudence, « visage du droit »³⁴², avance masquée³⁴³.

Une véritable évolution peut alors se constater. La lisibilité des décisions représente désormais une préoccupation pour le juge³⁴⁴, « le souci de s'expliquer »³⁴⁵ occupe une place croissante dans les buts poursuivis du formel. Il ne s'agit pas simplement de « trancher des litiges et de dire le droit »³⁴⁶, mais de s'assurer que le droit soit perçu. Le juge devient alors garant de ce mouvement visant à passer de « l'énigme à la pédagogie »³⁴⁷, et de s'assurer que le droit demeure « un système intelligible et rigoureux dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent logiquement »³⁴⁸. Le formalisme n'est pas le simple aspect d'une décision de justice, il devient le vecteur de l'accès à la justice. La forme n'a donc pas qu'une fonction de s'assurer de l'existence de garanties, mais de poursuivre un autre but, ici, celui de rendre les

³³⁶ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 225.

³³⁷ Pierre-Yves GAUTIER, « Quelle langue parle le droit ? », *Pouvoirs*, 2023/3 (n° 186), p. 99.

³³⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 29.

³³⁹ CC 12/01/2002, n° 2001-455 DC, considérant 9 ; CC 27/11/2001, n° 2001-451 DC, considérant 13 ; CC 10/06/1998, n° 98-401 DC, considérant 10.

³⁴⁰ CC 28/04/2005, n° 2005-514 DC, considérant 14. ; CC 16/12/1999, n°99-421 DC.

³⁴¹ Ioanna PAPADAMAKI, « L'obligation de motivation en droit administratif français sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP*, n° 5, 2017, p. 1245.

³⁴² Pierre HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse 1974, p. 363.

³⁴³ L'auteur emploie cette expression dans le cadre de la construction prétorienne du droit administratif. Cette expression est citée à ce stade simplement pour sa forme, le fond fera l'objet d'une analyse plus aboutie dans la seconde partie. Denys De BECHILLON, *Le juge et son œuvre*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, *op. cit.*, p. 365.

³⁴⁴ Apportons tout-de-même une nuance, cette préoccupation est considérée comme « secondaire » par l'auteur : Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, *op. cit.*, p. 284.

³⁴⁵ Denys De BECHILLON, *Le juge et son œuvre*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, *op. cit.*, p. 371.

³⁴⁶ Jacques-Henri STAHL, *Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 783.

³⁴⁷ Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, *op. cit.*, p. 289.

³⁴⁸ Jacques CHEVALLIER, *Le droit autorise-t-il la rêverie ?*, in *L'imaginaire en droit*, *op. cit.*, p. 126.

normes « connaissables »³⁴⁹. La justice fait usage de la forme dans laquelle elle se matérialise pour s'inscrire dans une logique de plus grande ampleur : celle de la « loi pédagogique »³⁵⁰.

Il est possible de conclure cet axe en ayant identifié un certain nombre d'enjeux poursuivis par le formalisme³⁵¹. Une dernière citation résume et ouvre le débat développé jusqu'ici : « Une jurisprudence n'est pas fixée pour toujours ; elle peut être infléchie, nuancée, abandonnée ; mais ce doit être de façon consciente, délibérée, réfléchie, et selon les modalités appropriées »³⁵². Le cadre formel représente le fondement de toute légitimité, mais également ses limites. Son dépassement est nécessaire, ce cadre est conçu pour déterminer la latitude confiée au juge, reste à en apprécier la portée informelle de ses contours.

³⁴⁹ Sébastien ROBBE, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 339.

³⁵⁰ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001, p. 155. ISBN : 2-275-02008-X

³⁵¹ Etayer ce propos aurait pu s'opérer par une étude plus poussée de l'exigence d'intelligibilité pour laquelle il convient de se tourner vers la jurisprudence. En ce sens, deux exemples sur ce principe (CE 18 octobre 2002 n° 242896), et sur son interprétation extensive (CE, 18 février 2004, n°251016) ; La doctrine est également abondante sur ce point, l'exemple estimé à ce stade le plus pertinent : Ludovic BENEZECH, « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020/3 (N° 123), p. 547.

³⁵² Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka, in *Au carrefour des droits*, Mél. en l'honneur de Louis Dubouis, *op. cit.*, p. 84.

Section 2 : Le dépassement de la source formelle du droit

« La règle nue est éphémère [...], seul le raisonnement est durable »³⁵³. S'il est acquis que « la vie administrative ne se réduit pas à l'application mécanique et stéréotypée de normes préétablies »³⁵⁴, il en va de même pour la justice pour plusieurs raisons. Premièrement, les textes ne se suffisent pas toujours à eux-mêmes pour être appliqués³⁵⁵. Il est en effet d'usage pour le législateur d'employer des expressions « vagues, indéterminées, floues ou à contenu variable »³⁵⁶. Le juge alors saisi d'un litige, n'étant pas en mesure de se dérober comme l'aurait pu le législateur³⁵⁷, est contraint de trancher avec les éléments dont il dispose. Cette source formelle du droit³⁵⁸ semble être conçue pour être complétée, la solution retenue est l'interprétation³⁵⁹. Si le juge se présente d'abord comme une réponse à ces difficultés, il en est à l'origine de plusieurs autres. Les premières, développées dans la section précédente, portent sur la nécessité des délimitations formelles affectées au juge. Les suivantes concernent la portée informelle de l'interprétation, généralement classifiée en deux catégories. La première dite interprétation « statique » (« fondée sur la recherche de la volonté de législateur »³⁶⁰), et la seconde dite interprétation « dynamique »³⁶¹ (fondée sur la recherche du bien commun ou de l'équité, tels que le juge les conçoit dans l'espèce qui lui est soumise »³⁶²). Ainsi, l'interprétation revêt un double rôle. Lorsqu'il s'agit de préciser un texte pour assurer son application, l'interprétation est érigée en obligation formelle pesant sur le juge, assimilable à

³⁵³ Christian MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Petites Affiches*, Lextenso, 18 mars 1994, n° 33.

³⁵⁴ Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, 2019, 6^{ème} éd., Thémis droit, PUF, Paris, p. 57., ISBN : 978-2-13-081492-4

³⁵⁵ Article 4 du Code Civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

³⁵⁶ Sébastien ROBBE, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 343.

³⁵⁷ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 283.

³⁵⁸ Est ici entendue comme source formelle du droit l'œuvre du législateur servant de fondement au juge dans sa décision de justice. Il convient toutefois de rappeler qu'aujourd'hui, et ce devoir l'étudiera plus loin, que la jurisprudence est perçue comme une source formelle du droit, selon Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 119.

³⁵⁹ Définition de l'interprétation : « Le processus ou le résultat de la détermination du sens des règles juridiques ou de leurs éléments », André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, rééd. Lextenso éditions, 2018, p. 314. ISBN : 978-2-275-05601-2

³⁶⁰ Chaïm PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Au-delà du positivisme juridique, Charles Eisenmann, Henri Batiffol, Michel Villey (dir.), Paris, LGDJ, Vol. XXIX, 1984, p. 103.

³⁶¹ « Libérer le juge, grâce à l'hypothèse de la lacune, de toute soumission à la loi », revient à l'ériger en créateur de la loi, selon Charles PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 151.

³⁶² Chaïm PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 103.

un véritable devoir (§1). Lorsqu'il est question d'apprécier de façon souveraine le caractère « obscur ou imprécis »³⁶³ d'un texte, fondant sa légitimité de l'interpréter, l'interprétation est marquée par sa portée informelle, semblable à un véritable pouvoir (§2).

§1 : L'interprétation en tant que devoir

Parfois, le devoir n'est pas d'interpréter, mais de disposer de textes clairs, compréhensibles et applicables sans difficultés³⁶⁴. Cette idée est exclue de ce devoir, qui vise à cerner l'importance de la place accordée à la portée informelle de l'interprétation du juge face à un texte de droit. Le juge est alors guidé dans son approche au texte (A), qu'il appréhende sans que ses méthodes d'interprétation ne soient précisément encadrées par le droit français³⁶⁵. Ainsi, la portée de ses interprétations doit être mesurée (B).

A) L'identification des raisons de l'interprétation

Il est possible de comprendre deux sens différents du terme « raison » employé ici. La raison peut être celle suivie par le juge dans sa prise de décision. Dans ce cas, l'idée du « juste » guide à la fois le juge et le législateur dans leur rôle respectif³⁶⁶. La raison peut également être celle qui pousserait le juge à interpréter, c'est-à-dire, celle qui amène le juge à estimer que le texte en présence mérite d'être interprété : c'est un choix³⁶⁷. Dans les deux cas, le juge se saisit d'une capacité qui lui est conférée formellement³⁶⁸, il en mesure ensuite lui-même la portée. Un premier constat émerge alors. La raison pour laquelle un texte est interprété revêt deux

³⁶³ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 97.

³⁶⁴ Bernard PACTEAU insistait sur ce point à propos des exigences européennes d'accorder aux règles internes qui concernent le droit communautaire une formulation « non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions d'en assurer le respect », Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° spécial du cinquantième, p. 151 et s.

³⁶⁵ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, *op. cit.*, p. 61.

³⁶⁶ Alain RENAULT, « Chapitre 19. La justice et le droit », in *La philosophie*, *op. cit.*, p. 371. ; Camille BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 273.

³⁶⁷ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *op. cit.*, p. 61.

³⁶⁸ Par déduction de l'interdiction faite à l'article 4 du Code Civil, le juge dispose d'un devoir d'interpréter la loi dans certains cas encadrés par le texte : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

conditions. La première, purement formelle, correspond à l'obscurité du texte, c'est-à-dire, l'impossibilité de l'appliquer de façon évidente et littérale à l'espèce. La seconde, purement informelle, correspondant à la volonté du juge³⁶⁹ de considérer qu'un texte ne peut être appliqué comme tel. Ainsi, le devoir d'interprétation reflète l'équilibre entre le formel et l'informel, entre ce qui est issu d'un texte et ce qui est issu d'une volonté.

Toutefois, même si le juge dispose d'une certaine flexibilité³⁷⁰, il faut relever que l'interprétation n'est pas à la totalement liée à sa discrétion. Une règle d'or subsiste : « la clarté exclut toute interprétation »³⁷¹. De même, il est aujourd'hui acquis de prohiber toute « fantaisie interprétative »³⁷². L'interprétation en tant qu'acte informel est ici plus que jamais appréhendé comme un acte de volonté sous contrainte³⁷³, pour lequel aucune dimension subjective n'est tolérée³⁷⁴. En ce sens, la raison suivie par le juge est guidée par l'objectivité : le dépassement de la source formelle du droit s'en trouve strictement délimité. La rigueur du droit semble implacable³⁷⁵, la raison informelle guidant le juge dans l'exercice de l'interprétation ne saurait faire place « à la rêverie »³⁷⁶. En réalité, l'articulation du formel et de l'informel dans les sens qui leur ont été ici assignés, correspond à la seule recherche de la finalité de l'interprétation. Quand bien même sa fonction est d'établir le sens des règles juridiques³⁷⁷, elle paraît également représenter une source de création de droit³⁷⁸.

Il n'est donc pas simplement question d'un devoir fondé sur une volonté de correctement articuler les sources du droit et de s'assurer de leur bonne application : il s'agit de se pencher sur un équilibre entraînant des conséquences juridiques non négligeables. Les fonctions de l'interprétation paraissent ambiguës, il convient de s'y arrêter un instant.

³⁶⁹ Ce type d'appréciation fait appel au « sens » du juge, selon Camille BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 277.

³⁷⁰ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 137.

³⁷¹ Jean BOULOUIS, Rapport de synthèse, in *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Travaux de l'Association H. Capitant, I. XXIX, 1978, p. 2.

³⁷² Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, LGDJ 1989, p. 450., préface de R. Drago, cité par DARCY Gilles, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 538.

³⁷³ Jacques CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil*, G. Fauré et G. Koubi (dir.), Economica, 2003, p. 128.

³⁷⁴ Jacques CHEVALLIER, *Le droit autorise-t-il la rêverie ?*, *op. cit.*, p. 130.

³⁷⁵ Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 207.

³⁷⁶ Jacques CHEVALLIER, *Le droit autorise-t-il la rêverie ?*, *op. cit.*, p. 129.

³⁷⁷ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 314.

³⁷⁸ Pascale DEUMIER, *Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions*, *op. cit.*, p. 53.

B) L'identification des fonctions de l'interprétation

Par définition, l'interprétation est « le processus ou le résultat de la détermination du sens des règles juridiques ou de leurs éléments »³⁷⁹. Sa première fonction apparente est d'accorder un sens aux règles qui par elles-mêmes ne le permettent pas. Or, le constat est que le juge interprète de façon libre, incontestable, même si sa position est contraire au sens littéral des textes³⁸⁰. A propos de ce devoir de pallier les insuffisances et carences³⁸¹ de la loi, il semble revêtir une portée très importante, allant même jusqu'à la création de droit³⁸². L'interprétation comprend alors diverses fonctions, qui ne sont pas réellement appréhendées dans le cadre juridique³⁸³, mais retenant tout-de-même l'attention de la doctrine. Pascale Deumier en identifie trois³⁸⁴. La première correspond à la finalité d'appliquer la loi, c'est-à-dire, à assurer « le passage de la règle abstraite aux cas concrets en en définissant le sens et la portée »³⁸⁵. La deuxième cible l'éclaircissement de la loi lorsqu'elle est silencieuse, insuffisante, ou obscure³⁸⁶, auquel cas le juge donne la règle d'application pratique³⁸⁷ (opération qui requiert un véritable travail de définition des termes dont la loi fait usage³⁸⁸). Enfin, l'interprétation poursuit une vocation d'enrichissement ou de modernisation d'une loi « sommaire ou dépassée » en considération des besoins de la société. L'idée qui ressort de cette dernière fonction vise la construction d'un droit soucieux d'être modulé dans le temps³⁸⁹. Ainsi, le fait d'accorder un sens à un texte de droit semble poursuivre plusieurs finalités. S'agissant d'abord des finalités correspondantes à l'adaptation des règles anciennes à des faits nouveaux³⁹⁰, cela correspond à un objectif de garantir l'application des principes formels. Dans ce cas, le risque sera celui d'un juge qui use de la portée informelle de l'interprétation pour endosser le rôle d'accommoder la

³⁷⁹ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 314.

³⁸⁰ Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », *L'office du juge*, op. cit., p. 31-32.

³⁸¹ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Paris : les Cours de droit, 1970-1971, p. 20.

³⁸² Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, op. cit., p. 53.

³⁸³ *Ibid.*, p. 61.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 57.

³⁸⁵ CEDH 15 novembre 1996, *Cantoni contre France*, §31 et 32, D. 1997, somm., 202, obs. C. Henry, *JCP*, II, 22836, note E. Fouassier et D. Vion, cité par Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 57.

³⁸⁶ Article 4 code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

³⁸⁷ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 386.

³⁸⁸ Charles PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, op. cit., p. 51. 4

³⁸⁹ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, op. cit., p. 63-64.

³⁹⁰ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 12.

loi sans laisser le temps au législateur de le faire³⁹¹. De même, le juge pourrait se saisir de ce pouvoir pour évaluer la bonne application du droit dans le temps avant l'intervention du législateur, seule autorité légitime en la matière³⁹².

Ainsi, qualifier l'interprétation comme un devoir dans cet axe de réflexion rend compte de son ambivalence. D'abord, parce qu'il est question de l'exigence formelle de la bonne application du droit à chaque cas d'espèce. Ensuite, parce qu'il est question d'une exigence de sécurité juridique. Pour illustrer cette idée, il convient de relever les propos du président de la section du contentieux du Conseil Bernard Stirn, le 13 octobre 2017, lors de l'audience solennelle de rentrée du Tribunal Administratif de Caen : « Tout en assurant la stabilité nécessaire à la sécurité juridique, la jurisprudence administrative apporte lorsque cela est nécessaire les compléments, les évolutions, les innovations dont le droit a besoin pour suivre le rythme de son temps »³⁹³.

La nécessité d'une telle pratique semble mettre sous silence les dangers bien réels qui menacent la sécurité juridique, au nom de laquelle la liberté d'interprétation est pourtant ici défendue. Outre la qualification de cette liberté à portée informelle en tant que complément nécessaire du formel (et réponse à son caractère statique), l'interprétation paraît dépasser le cadre du devoir, devant un réel pouvoir.

§2 : L'interprétation en tant que pouvoir

Saisi d'une affaire, le juge se tourne toujours vers les textes. Ces derniers n'étant pas toujours clairs, et le litige devant d'être résolu, le juge est contraint de trouver une solution pour les appliquer : l'interprétation. En raison des enjeux de l'interprétation évoqués plus tôt comme méthode retenue par le juge, il convient de rappeler que la jurisprudence administrative joue un rôle prépondérant dans la création de droit³⁹⁴. L'interprétation, processus permettant de déterminer le sens d'un texte³⁹⁵, représente un pouvoir « considérable »³⁹⁶ pour le juge. Avec

³⁹¹ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 12.

³⁹² Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, op. cit., p. 63-64.

³⁹³ Bernard STIRN, Structure, magistrats et procédures : les transformations de la justice administrative, Discours prononcé le 13 octobre 2017 lors de l'audience solennelle de rentrée du Tribunal administratif de Caen.

³⁹⁴ Pierre HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, op. cit., p. 349.

³⁹⁵ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 314.

³⁹⁶ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 12.,

sa finalité de « donner vie au texte »³⁹⁷, il est clair que ce pouvoir représente une nécessité pour la bonne application du droit (A). Or, si ce propos se contentait d'évoquer jusqu'alors la question de la légitimité des volontés du juge face à celles du législateur³⁹⁸, celle de la nécessité d'encadrer un tel pouvoir semble incontournable (B).

A) Un pouvoir nécessaire

Il est d'abord pertinent de rappeler que la loi, par principe, ne peut matériellement pas tout prévoir. Les textes, source formelle du droit, doivent être complétés. Le juge exerce ce pouvoir dans la nécessité de clarifier le texte, pour s'assurer de sa bonne application. Il est « l'interprète naturel » du droit³⁹⁹, disposant d'un pouvoir minutieusement encadré, lui permettant d'être la clef de voûte de son application. L'interprétation n'est pas l'exercice d'une « logique formelle », mais plutôt d'une « logique du raisonnable »⁴⁰⁰. En ce sens, l'interprétation est une pratique naturelle du juge, fondée sur des textes⁴⁰¹, mais dont la portée est informelle. Certes, « donner vie au texte »⁴⁰² est une nécessité, et occurrence de l'interprétation est limitée aux cas d'obscurité, de silence, ou d'insuffisance de la loi⁴⁰³. Le pouvoir du juge n'en est pas pour autant amoindri. Au contraire, le juge peut, en se cachant derrière l'obscurité d'un texte, retenir le sens de ce dernier qui lui semble opportun, le tout de façon incontestable⁴⁰⁴. La doctrine s'efforcera parfois de rappeler que cette liberté qui lui est confiée trouverait ses limites dans les textes eux-mêmes, sous-entendu qu'une marge d'interprétation légitime est celle qui respecte les contours tracés par « la règle du jeu »⁴⁰⁵. De

³⁹⁷ Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *op. cit.*, p. 511.

³⁹⁸ Bertrand MATHIEU, Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général, in *La création du droit par le juge*, *op. cit.*, p. 44.

³⁹⁹ Jean-Louis BERGEL, « Introduction générale », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰⁰ Chaïm PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Au-delà du positivisme juridique, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁰¹ Voir en ce sens l'article 4 du code civil, en ce qu'il contraint le juge de statuer, sous-entend une exigence d'interprétation de la loi lorsqu'elle est silencieuse, obscure, ou insuffisante.

⁴⁰² Philippe WAQUET, « L'officieux et le non-dit », *op. cit.*, p. 511.

⁴⁰³ Article 4 Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »

⁴⁰⁴ Rappelons que Michel Troper identifié le risque traduit en ces termes : « Ce n'est donc pas l'indétermination textuelle qui fonde la liberté de l'interprète, mais au contraire, la liberté de l'interprète qui permet d'établir l'indétermination textuelle ». Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰⁵ Jacques CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil*, *op. cit.*, p. 127.

façon plus réaliste, d'autres le considèreront comme le véritable auteur de la loi⁴⁰⁶, seule autorité appréciant souverainement la nécessité d'interpréter, et de lui accorder un sens nouveau.

Ainsi, le droit créé par le juge par l'interprétation est une exigence du droit lui-même : il s'agit d'une nécessité, alors même que les dangers qu'un tel procédé représente à l'égard de l'organisation des pouvoirs⁴⁰⁷ sont connus. Le constat est le suivant : c'est par l'aveu de l'insuffisance de la loi, donc du formel, que l'interprétation s'affirme. L'informel ne se trouve pas dans le fondement, mais dans la portée de l'interprétation⁴⁰⁸. Par déduction de cette idée, il est possible d'ajouter que le danger de la portée incertaine de ce pouvoir (c'est-à-dire, une liberté trop importante accordée au juge dans l'appréciation de la volonté du législateur⁴⁰⁹) a été jugé négligeable au regard de l'obligation d'appliquer un texte à chaque espèce. Cette exigence représente la conséquence de l'article L. 9 du Code de Justice Administrative, selon lequel la motivation est une obligation⁴¹⁰. Une telle obligation formelle rend une nouvelle fois compte de l'importance du rôle joué par l'informel dans sa mise en œuvre. En effet, si le juge est formellement contraint de viser une norme qui lui servira de fondement à sa décision, il est pour autant libre d'identifier la norme à mettre en œuvre ainsi que ses modalités d'application de façon totalement souveraine⁴¹¹.

Le fait que cette portée informelle soit purement à la discrétion d'un juge pour lequel « il est presque impossible d'interpréter sans créer »⁴¹² rend compte de l'importance de l'étendue de ce pouvoir, donc la nécessité de l'encadrer.

⁴⁰⁶ Jacques CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil, op. cit.*, p. 135.

⁴⁰⁷ La doctrine est très abondante sur ce point, seuls deux exemples retiennent à ce stade l'attention de ce propos : Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État, op. cit.*, p. 109. ; Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français, op. cit.*, p. 81.

⁴⁰⁸ Un pouvoir informel repose toujours sur une compétence préétablie, selon Philippe AZOUAOU, « Les pouvoirs informels », Etude par Philippe AZOUAOU, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 31.

⁴⁰⁹ Rappelons encore qu'à ce stade n'est pas encore appréhendée la réalité du pouvoir « créateur » du juge, mais simplement le principe-même de laisser à une autorité non-législative le soin d'évaluer le sens des textes de loi, et les motivations qui ont été celles du législateur.

⁴¹⁰ « Les jugements sont motivés » : article L. 9 Code de Justice Administrative

⁴¹¹ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français op. cit.*, p. 137.

⁴¹² Pierre LEMIEUX, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit administratif », in *Les Cahiers du droit*, 1980, vol. 21, n° 2, p. 280.

B) Un pouvoir nécessairement délimité

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »⁴¹³. Il semblait presque naturel d'initier cet axe sur la nécessité de limiter un pouvoir dont dispose un homme par les termes bien connus de Montesquieu. En réalité, les garanties formelles tenant à la fois au juge et à la justice développées dans la section précédente, ainsi que la stricte délimitation des cas d'exercice de ce pouvoir sont telles que le juge n'est théoriquement pas en mesure d'en abuser. L'objectif de ces prochaines lignes est de rappeler que ces limites sont purement théoriques, à l'égard d'un juge qui a se dirige parfois hors du « cadre tracé par la règle du jeu »⁴¹⁴. Ce cadre en dehors duquel le juge intervient ne pose pas réellement de difficulté quant à sa légitimité selon Danièle Lochak. L'important, selon elle, c'est qu'il ne « statue jamais *contra legem*, mais seulement *praeter legem* »⁴¹⁵. Pour d'autres, la légitimité de l'intervention du juge exige qu'il s'en tienne « strictement à la lettre du texte »⁴¹⁶. Son interprétation n'est alors qu'un reflet de la « la volonté du législateur »⁴¹⁷. En ce sens, le pouvoir d'interprétation ne semble pas être conçu comme un pouvoir, mais simplement comme une attribution, un outil permettant au législateur d'assurer l'application stricte de sa volonté.

Ce pouvoir en devient un dans les uniques cas où le législateur a souhaité laisser sa position en suspens. C'est dans cette situation précise que le juge se saisit de ce degré d'indétermination »⁴¹⁸ pour fonder son pouvoir, et en tirer les conséquences souhaitées. Cet instant de flottement lui permet alors d'apprécier lui-même la portée de son pouvoir, pour ainsi, selon Bruno Latour, non seulement juger l'affaire qui lui est soumise, mais aussi le droit lui-même, « en se servant de l'affaire pour le préciser »⁴¹⁹. L'exemple jurisprudentiel estimé ici comme le plus marquant de cette idée est l'arrêt Czabaj⁴²⁰. Dans sa décision, le Conseil d'État faisait valoir une exigence de sécurité juridique pour justifier une position *contra legem*. Son pouvoir d'interprétation ici exercé annihile complètement une disposition législative⁴²¹, lui ajoutant même une nuance : la loi ne prévoyait qu'aucun délai n'était opposable au requérant

⁴¹³ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, chap. IV.

⁴¹⁴ Jacques CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil*, *op. cit.*, p. 127.

⁴¹⁵ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 90.

⁴¹⁶ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, LGDJ, *op. cit.*, p. 60.

⁴¹⁷ Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.

⁴¹⁸ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 92.

⁴¹⁹ Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, U *op. cit.*, p. 115.

⁴²⁰ CE Ass., Czabaj, 13/07/2016, n°387763, Lebon

⁴²¹ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 99.

dans un cas précis, la voilà désormais assortie d'un délai dit « raisonnable » d'un an (délai fixé de façon totalement prétorienne). En ce sens, la loi n'est plus à l'origine de la caducité d'une « règle jurisprudentielle contraire »⁴²², le juge semble avoir inversé les rôles.

L'idée n'est pas d'y voir un abus de position de la part du juge, ni de considérer que la portée informelle de l'interprétation vise à écraser les sources textuelles du droit. En réalité, le juge se saisit cette liberté qui lui est accordée pour répondre à des besoins qui ne sont pas quantifiés dans les intérêts invoqués par les parties. Ces différents enjeux et méthodes informels se retranscrivent dans de nombreux arrêts du Conseil d'État, il faut, pour en appréhender la réalité de sa portée, examiner « l'usage qu'ils peuvent en faire »⁴²³.

⁴²² Marcel WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, II, p. 612 sq., spéc. n°22, p.629., cité par Nicolas MOLFESSIS, « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 91.

⁴²³ Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 36.

Conclusion Chapitre 2 :

Il était ici question de l'articulation du formel et de l'informel par le juge. Le constat portait initialement sur la définition de ces trois éléments. Le formel, d'abord, est caractérisé par sa rigidité et sa rigueur. Il représente une source de légitimité, de garanties, et de délimitations des libertés du juge. Cette délimitation vise à s'assurer qu'il dispose d'une liberté suffisamment étendue pour qu'il puisse répondre aux limites de ce cadre formel ; et suffisamment restreinte, pour qu'il ne poursuive pas d'autres intérêts que ceux présents dans l'affaire. L'informel, ensuite, est marqué la portée est incertaine, la limite formelle n'étant que théorique, le juge semble disposer d'une marge de manœuvre importante. Cette « souplesse dans la rigueur »⁴²⁴ que nous avons identifiée représente une nouvelle difficulté. C'est en raison de la rigidité du formel que l'informel s'est trouvé nécessaire, mais voilà que ce dernier offre au juge une liberté dont il est le seul à en apprécier le bienfondé, et la nécessité de la déployer.

Ainsi, par le constat des enjeux rattachés au cadre formel, et en réponse aux limites qu'il présentait, l'informel s'affirme. En ce sens, la liberté dont dispose le juge semble croître, le laissant maître de l'usage qu'il peut en faire⁴²⁵. L'informel n'apparaît plus comme une simple solution, mais comme un outil, une méthode aux finalités ambiguës, reste à les identifier

⁴²⁴ Expression qui sera toutefois nuancée s'agissant du Conseil d'État, que l'auteur qualifiera plutôt de « rigueur dans la souplesse », p. 227., Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, op. cit., p. 225.

⁴²⁵ Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », *L'office du juge*, op. cit., p. 36.

PARTIE 2 : L'INFORMEL COMME METHODE DE CREATION DE DROIT

Si le juge administratif a considéré que l'administration pouvait se « mettre en civil »⁴²⁶, pouvait-il juger de la même façon qu'il puisse se comporter en législateur ?

L'idée d'un pouvoir créateur du juge est une question complexe, à laquelle se heurtent des considérations d'ordre théorique et pratique. Théoriquement d'abord, parce que « c'est le Parlement et non le juge qui a la légitimité nécessaire pour changer la société »⁴²⁷. Concrètement ensuite, parce que le pouvoir créateur du juge est connu de tous, il est « évident »⁴²⁸, le nier reviendrait à « s'enfermer dans une fiction intenable »⁴²⁹. Rappelons également l'ampleur de cette relation « d'indépendance et d'interférence »⁴³⁰ qui unit le juge est le législateur. Le premier prospère en voyant son œuvre s'élever au rang de source de droit⁴³¹ ; Le second s'enlise, auteur d'un texte qui « ne se présente plus comme porteur d'une vérité incontestable »⁴³². Bien que nous évoquions jusqu'alors le fait que le juge ne puisse « vouloir à la place du législateur »⁴³³, il demeure le seul à être en mesure, par son « pouvoir créateur que sa propre croissance lui conférait »⁴³⁴, de dessiner les contours du « fait jurisprudentiel »⁴³⁵ dont il est l'auteur.

Appréhender l'informel comme une méthode permettant de cerner ses utilisations dans l'exercice de ce pouvoir créateur, seconde mission⁴³⁶ du juge. Le curseur se place ainsi au niveau de la seconde « fonction » de l'exercice juridictionnelle identifiée par Jacques-Henri

⁴²⁶ Jean-Marie PONTIER, « Les granits ont cent ans », *AJDA*, 2012, p. 1473., à propos de du grand arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille*, CE 31/07/1912, n° 30701.

⁴²⁷ Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 109.

⁴²⁸ Nicolas MOLFESSIS, « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008/3 (n° 126), p. 88.

⁴²⁹ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 54.

⁴³⁰ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, Le juge entre ordre et désordre, in *Dire le droit, faire le juste*, *op. cit.*, p. 74.

⁴³¹ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 79.

⁴³² Jacques CHEVALLIER, Le droit autorise-t-il la rêverie ?, in *L'imaginaire en droit*, *op. cit.*, p. 130.

⁴³³ Bertrand MATHIEU, Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 44.

⁴³⁴ Pierre HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, *op. cit.*, p. 350.

⁴³⁵ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 79.

⁴³⁶ Yves Gaudemet identique que le juge administratif « exerce simultanément une double mission ». La première correspond au fait de « donner leur solution aux différents litiges qu'on lui soumet », la seconde, dite « occasionnelle », d'être à l'origine de « règles du droit positif ». Etudions ici la seconde : la création de droit. Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 11.

Stahl : « dire le droit »⁴³⁷. Véritable « clef de voûte » de l'Etat de droit⁴³⁸, le juge se place au cœur de diverses méthodes informelles pour le garantir. L'informel se présente comme une solution de souplesse propice à l'évolution du droit, affectant les deux fonctions cardinales du juge : les fonctions juridictionnelles⁴³⁹ et jurisprudentielles⁴⁴⁰. D'abord, en ce qu'il fait usage d'informalité dans les méthodes qu'il déploie pour dessiner les contours de ses pouvoirs (Chapitre 1) ; ensuite, en ce qu'il exerce ses libertés ainsi fondées pour flexibiliser le droit (Chapitre 2).

⁴³⁷ « Trancher des litiges ; dire le droit. Fonctions inséparables de l'exercice juridictionnel, car l'une, normalement, ne va pas sans l'autre » : Jacques-Henri STAHL, *Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 783.

⁴³⁸ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 124.

⁴³⁹ La fonction juridictionnelle du juge administratif est définie par Damien Connil : « Trancher les litiges conformément au droit applicable pour donner au conflit la solution juridique qu'il réclame [...] ». Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 18.

⁴⁴⁰ La fonction jurisprudentielle a pour finalité de « combler une lacune ou améliorer une situation juridique perfectible », *Ibid.*, p. 20.

CHAPITRE 1 : LA MARQUE D'UNE FLEXIBILITE DU JUGE

« La mission des juges suppose dès lors moins la maîtrise d'une science que la possession d'une vertu : la prudence [...]. La prudence appartient en propre à l'homme d'action qui, sans perdre de vue les fins à poursuivre, sait adapter ses décisions et ses actes aux nécessités de l'heure et aux circonstances changeantes et incertaines de la vie »⁴⁴¹.

Le juge est un « homme faisant les traditions plutôt que se bornant à reproduire la tradition »⁴⁴². Outre une façon implicite de rappeler que le juge n'est pas tenu par ses positions antérieures, Alain Bancaud sous-entend la spécificité du regard que porte le juge sur le droit existant. Nous évoquons jusqu'alors qu'il l'interprète autant que nécessaire pour s'assurer de sa bonne application, et de son adaptation aux réalités actuelles⁴⁴³. Notons désormais que cette action d'interpréter fait appel « à la sagesse, à l'humanité, bref à l'éthique du magistrat »⁴⁴⁴. Sa volonté⁴⁴⁵ ne peut remplacer celle du législateur pour élaborer le droit⁴⁴⁶, mais elle peut, ou doit⁴⁴⁷, faire partie intégrante de son raisonnement. Cette volonté est un pouvoir que le juge exerce⁴⁴⁸ pour retranscrire sa passion : « défendre le droit »⁴⁴⁹.

Par l'exercice de sa vertu de prudence⁴⁵⁰, deux axes sont retenus pour défendre le droit. D'abord, il s'assure de ne jamais perdre de vue son sens initial⁴⁵¹. Ensuite, il le protège le droit en ne s'écartant jamais d'un enjeu peu invoqué, pourtant toujours en présence, la sécurité

⁴⁴¹ Benoît FRYDMAN, Guy HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 72.

⁴⁴² Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴³ Selon Magalie BOUTEILLE-BRIGANT, le juge s'assure d'éviter que notre droit se transforme en droit « passéiste ». Magalie BOUTEILLE-BRIGANT, Pour un « transjuridisme » ?, in *La justice prédictive*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 60, p. 304. ISBN : 978-2-247-17959-6

⁴⁴⁴ François RIGAUD, *La loi des juges*, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁴⁵ Retenons « l'impartialité subjective » identifiée par Emmanuel Glasser, qui porte sur le juge en tant qu'homme. L'auteur tire cette distinction de l'arrêt CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack*, n° 8692/79. Emmanuel GLASER, Conclusions sur CE Sect., Avis, 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, RFDA 2004, p. 723.

⁴⁴⁶ Bertrand MATHIEU, Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁴⁷ « Le magistrat est avant tout un être humain [...], et l'acte de juger ne peut se concevoir sans reconnaissance préalable de l'humanité de l'autre », Odile BARRAL, « L'émotion du juge », *Les cahiers de la justice*, *op. cit.*, p. 73-74.

⁴⁴⁸ « Le désir est un attrait que l'on subit, la volonté un pouvoir que l'on exerce », Edmond GOBLOT, *Le Vocabulaire philosophique*, Paris, A. Colin, 1901, p. 173.

⁴⁴⁹ « Les juristes ne sont pas des intellectuels sans passions [...]. Ils déclarent tous défendre le droit », Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955, p. 114. ISBN : 2-275-00463-7

⁴⁵⁰ Benoît FRYDMAN, Guy HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 72.

⁴⁵¹ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, Retour sur l'interprétation, in *Dire le droit, faire le juste*, *op. cit.*, p. 89. ; Danièle Lochak précise que le juge n'a pas vocation à créer du droit « *ex nihilo* », il « s'appuie toujours – ou prétend s'appuyer – sur le droit existant ». Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 83.

juridique. Véritable « besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal »⁴⁵², le juge s'efforce d'en assurer le respect, sans jamais s'en laisser aveugler, au point de « voir la sécurité partout »⁴⁵³. Ainsi, il doit garder à l'esprit son rôle de maître de ce jeu des « poids et contrepoids »⁴⁵⁴, usant de l'informel pour concilier les intérêts invoqués des uns avec la cohérence du système juridique de tous. L'informel se présente comme une méthode, un outil. Un outil de mesure d'abord, pour un juge libre d'identifier et d'apprécier les intérêts à défendre (Section 1) ; Un outil pratique ensuite, au service d'un juge faisant usage « d'expressions stéréotypées »⁴⁵⁵, modulant ainsi « la portée de sa décision »⁴⁵⁶ (Section 2).

⁴⁵² Jean CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1992, 7^{ème} éd., cité par Manuel DELAMARRE, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, p. 186.

⁴⁵³ Préface de Jean-Pierre THERON, in *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Philippe RAIMBAULT, Thèse précitée, p. V.

⁴⁵⁴ Maryse DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA*, 1995, p. 211.

⁴⁵⁵ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 104.

Section 1 : L'informel comme outil de mesure

Damien Connil rappelle que le juge est à la recherche d'un « équilibre délicat entre la satisfaction nécessaire de l'intérêt général et la prise en considération des intérêts particuliers »⁴⁵⁷. Cette mission de « concilier l'inconciliable »⁴⁵⁸ se dresse devant lui chaque fois qu'une affaire lui est présentée. Bien que le juge soit tenu de trancher les litiges conformément au droit⁴⁵⁹, il est aujourd'hui acquis qu'il puisse être l'auteur d'un « droit spécial »⁴⁶⁰. Nous considérerons que ce « droit spécial » ne se limite pas à la conception d'un juge créateur de droit. Ce « droit spécial » illustre la méthode du juge par laquelle il fait usage des libertés qui lui sont conférées afin de voir en chaque « bonne espèce »⁴⁶¹ l'opportunité d'y affirmer ses positions, d'y exprimer sa passion : « défendre le droit »⁴⁶². Le juge dispose d'une certaine liberté tant dans le droit qu'il entend défendre (§1), que dans l'instant où il estime devoir le faire (§2).

§1 : Une liberté dans la défense du droit

Saisi d'une affaire, le juge est tenu de lui apporter une solution. Bien qu'elle représente pour lui l'opportunité d'affirmer sa position, les arrêts de règlements lui sont interdits⁴⁶³. S'il lui appartient pour se prononcer de « tenir compte des nécessités »⁴⁶⁴ des circonstances de l'affaire, il en demeure cependant libre de les apprécier. Ainsi, si Philippe Malaurie qualifiait les tribunaux de « redresseurs de torts, et non des lois »⁴⁶⁵, il ne faut pas perdre de vue qu'il revient au juge d'identifier ces torts, de les hiérarchiser, et de trancher. Or, « à la tentation du

⁴⁵⁷ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 29.

⁴⁵⁸ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 284.

⁴⁵⁹ C'est « l'Etat de droit qui en dépend », selon Jean-Louis BERGEL, « Introduction générale », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 25.

⁴⁶⁰ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶¹ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 639.

⁴⁶² « Les juristes ne sont pas des intellectuels sans passions [...]. Ils déclarent tous défendre le droit », Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 114

⁴⁶³ Article 5 code civil : « Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »

⁴⁶⁴ CE, 28/02/1919, *Dame Dol et Laurent*, n° 61593, concl. Berget.

⁴⁶⁵ Philippe MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi, in *Mélanges offerts à René Savatier*, *op. cit.*, p. 603.

juge-dieu, seul apte à tout savoir et tout faire, il faut savoir résister »⁴⁶⁶, affirmait le Président Pierre Drai. Voyons comment le juge fait usage de cette liberté qui lui est confiée, et de l'opportunité que chaque espèce représente pour qu'il module son office (B) au gré des enjeux qu'il entend défendre (A).

A) La liberté du juge dans l'identification des enjeux en présence

La fonction du juge de « dire le droit »⁴⁶⁷ est à nuancer. Nous la limitons jusqu'alors à son pouvoir « considérable »⁴⁶⁸ lui permettant d'appliquer un principe dont il est lui-même l'auteur, faute d'intervention du législateur. Plus encore que la définition du sens d'un texte⁴⁶⁹, cette fonction lui confère une liberté de déterminer le texte lui-même : la norme de référence du syllogisme⁴⁷⁰. Le juge fait également usage de cette liberté pour établir des considérations de bonne administration de la justice ou de sécurité juridique ; cette liberté est d'autant amplifiée par le fait que ces termes présentent des définitions suffisamment malléables⁴⁷¹ et incertaines⁴⁷². Le juge, « personnage-clé de l'Etat de droit »⁴⁷³, est ainsi en mesure d'adapter le « poids relatifs des arguments »⁴⁷⁴, pour dessiner un nouvel équilibre entre les intérêts invoqués, et, de façon générale, les « valeurs fondamentales du droit administratif »⁴⁷⁵. Loin d'être purement théorique, cette conciliation des intérêts⁴⁷⁶ retient l'attention du juge, européen

⁴⁶⁶ Discours du président Pierre DRAI, 1990, lors de l'audience solennelle de rentrée du 8 janvier 1990, en présence de M. Alain Poher, président du Sénat, et de M. Pierre Arpaillange, garde des Sceaux, ministre de la Justice.

⁴⁶⁷ « Trancher des litiges ; dire le droit. Fonctions inséparables de l'exercice juridictionnel, car l'une, normalement, ne va pas sans l'autre » : Jacques-Henri STAHL, *Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 783.

⁴⁶⁸ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶⁹ Rappelons que l'interprétation revient à « déterminer le sens » du texte, selon Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 1994, p. 293. ISBN : 9782130462033

⁴⁷⁰ Cette liberté s'étend du choix du texte applicable, jusqu'à la conclusion du syllogisme. Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 19.

⁴⁷¹ Bertrand SEILLER, *Droit administratif, 1. Les sources et le juge*, *op. cit.*, p. 335.

⁴⁷² Guillaume VALDELIEVRE, « La sécurité juridique – Le point de vue de l'avocat », *La sécurité juridique*, Titre VII [en ligne], n° 5, 2020.

⁴⁷³ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁴ Christian MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Petites Affiches*, Lextenso, 18 mars 1994, n° 33.

⁴⁷⁵ On y retrouve notamment l'intérêt général, La continuité de l'Etat, La puissance publique, la légalité, la sécurité juridique... Didier TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 46 et s.

⁴⁷⁶ Citons ici l'exemple d'une position du juge au-delà des prétentions des parties, à propos de la décision CC 23 janv., 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*. Thomas Perroud relève que « l'enjeu véritable du contentieux pour le justiciable n'étant aucunement la régulation d'une autorité administrative ». Les intérêts invoqués par le justiciable ne sont donc « aucunement » ceux que le juge a poursuivis. Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALLIER, Danièle LOCHAK, Thomas PERROUD (Dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 2019, p. 405.

d'abord⁴⁷⁷, suivi par le juge français du Conseil constitutionnel⁴⁷⁸ et du Conseil d'État⁴⁷⁹. Si Bernard Pacteau affirme que le souhait d'une sécurité est « sans doute une des finalités du droit »⁴⁸⁰, elle est aussi un argument devant être pris en compte pour trancher le litige.

C'est ce que peut illustrer l'arrêt *Société KPMG*⁴⁸¹. Le juge affirme que les dispositions litigieuses, en raison de leur « caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ». Le décret qui porte ces dispositions est annulé, notamment sur le fondement de la sécurité juridique. Ainsi érigée en principe général du droit⁴⁸², la sécurité juridique devient une justification de la position du juge, un intérêt qui pèse dans la balance. Elle permet également d'estimer nécessaire une position *contra legem* : la sécurité juridique « fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle »⁴⁸³. De cette façon, le juge apprécie les enjeux en présence, méthode par laquelle il expose le reflet de sa « propre éthique »⁴⁸⁴. Or, à cette appréciation peut être opposées celles des parties au litige, qui se heurtent parfois à des revirements imprévus. Rappelons pour exemple les propos de Denys de Béchillon au sujet d'une affaire bien connue : « Le nain de Morsang-sur-Orge s'est vu condamner, dans un enthousiasme assez général, à ne plus pouvoir gagner sa vie comme il l'entendait librement, parce que le Conseil d'État a eu le génie de placer sa décision sous les espèces scintillantes de la dignité de la personne humaine »⁴⁸⁵. Le juge dispose de la liberté de défendre les enjeux qu'il souhaite, ici la dignité humaine, en l'englobant dans une de ses préoccupations bien connues, l'ordre public⁴⁸⁶. Cette

⁴⁷⁷ CJCE, 22/03/1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, est fait la mention du « principe de sécurité juridique » ; CEDH, 13/06/1979, *Marcks contre Belgique*, n° 6833/74, §58 : « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire [...] ».

⁴⁷⁸ Le principe de sécurité juridique est, par lui-même, « absent de notre corpus constitutionnel ». Le Conseil constitutionnel ne l'invoque « expressément », il s'assure de garantir un « environnement juridique décentement stable, intelligible et paisible [...] », selon Michele De SALVA, « La sécurité juridique en droit français », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2011. ; Anne-Laure Cassard-Valembois définira la sécurité juridique comme la « trilogie clarté, stabilité, et prévisibilité du droit ». Les composantes de la sécurité juridique ainsi énoncées sont cependant constitutionnellement protégées : Anne-Laure CASSARD-VALEMBOIS, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : « je t'aime, moi non plus », *La sécurité juridique*, Titre VII, n° 5, 2020.

⁴⁷⁹ Le premier emploi du terme de « sécurité juridique » est au sein de l'arrêt CE Sect., 06/05/1996, n° 178426, concl. Bonichot, où est indiqué que la loi poursuit « l'objectif de sécurité juridique ».

⁴⁸⁰ Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *op. cit.*, p. 151.

⁴⁸¹ CE Ass, 24/03/2006, *Société KPMG*, n° 288460, concl. Aguila, *Rec.*, p. 154., GAJA 2007.

⁴⁸² Anne-Laure CASSARD-VALEMBOIS, *op. cit.*

⁴⁸³ CE Ass., 13/07/2016, *Czabaj*, n° 387763, concl. Olivier Henrard, considérant 5. ; Rappelons également que cet impératif de sécurité juridique en question dans l'arrêt *Czabaj* « n'est pas absent du contentieux de la communication des documents administratifs », selon les conclusions de M. Laurent Domingo, à propos de l'affaire qui les suivra CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres réunies, 11/03/2024, n° 488227, concl. Domingo.

⁴⁸⁴ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸⁵ Denys De BECHILLON, « Comment légitimer l'office du juge », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 473.

⁴⁸⁶ CE Ass., 27/10/1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, concl. Frydman.

méthode fonctionne également dans l'autre sens : il advient que le juge n'englobe pas certaines catégories d'actes⁴⁸⁷, il les exclu donc de son contrôle. Ainsi, le juge apprécie informellement la façon selon laquelle il articule son office selon les enjeux qu'il entend défendre. Identifions l'étendue de cette liberté.

B) La liberté du juge dans l'appréciation de ces enjeux

Le fait pour le juge de pouvoir choisir librement ses méthodes rendent compte de la complexité et de la liberté dont il dispose pour accomplir son rôle, à la fois juridictionnel, et jurisprudentiel⁴⁸⁸. C'est en vertu de cette liberté que le droit administratif a su évoluer⁴⁸⁹. Cette liberté est d'abord celle de statuer en tant que juge de plein contentieux ou de l'excès de pouvoir. C'est un choix de sa part, qu'il exerce sur le fondement de son « souci d'efficacité, de réalisme et de bonne administration de la justice »⁴⁹⁰. C'est notamment le cas dans son arrêt *ATOM* : le juge administratif est saisi d'une affaire portant sur une sanction infligée à un administré, il décide de statuer en tant que juge de plein contentieux⁴⁹¹. Précisons que cette position est un revirement de jurisprudence, ce contentieux relevait traditionnellement de l'excès de pouvoir⁴⁹². La liberté du juge s'étend également jusqu'au moment du choix du revirement de jurisprudence. Dès lors qu'il estime « être en mesure, compte tenu du contexte social, d'ajouter une nouvelle règle »⁴⁹³, qui visera à changer « le poids relatif des arguments »⁴⁹⁴ jusqu'à une nouvelle évolution jurisprudentielle. Le juge apprécie également « la modulation des effets dans le temps de la règle jurisprudentielle »⁴⁹⁵ dont il est l'auteur. Il « fixe le temps en jurisprudence »⁴⁹⁶, ou du moins, il est légitime d'être celui qui « lance l'idée »⁴⁹⁷ d'un éventuel

⁴⁸⁷ Mise à part la spécificité de la théorie de l'acte détachable, les actes de gouvernement représentent la catégorie d'actes la plus citée lorsqu'il est question des actes exclus du contrôle du juge administratif.

⁴⁸⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 267.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 268.

⁴⁹⁰ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 76.

⁴⁹¹ CE Sect., 16/02/2009, *Société ATOM*, n° 274000, concl. Vallée.

⁴⁹² Selon le site officiel du Conseil d'État, à propos de l'arrêt CE Ass., 01/03/1991, *Le Cun*, n° 112820, concl. Saint-Pulgent.

⁴⁹³ Bertrand SEILLER, *Droit administratif, 1. Les sources et le juge*, op. cit., p. 135.

⁴⁹⁴ Christian MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », op. cit.

⁴⁹⁵ Bertrand SEILLER, note sous l'arrêt CE Ass., 16/07/2007, *Société Tropic Travaux*, n° 291545, concl. Casas., « Contrats administratifs – Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif - », *JCP A*, n° 38, 17/09/2007, p. 2227.

⁴⁹⁶ Gilles DARCY, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, op. cit., p. 347.

⁴⁹⁷ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, op. cit., p. 99.

changement futur. Sans même discuter du sens des textes, nous faisons le constat qu'il apprécie l'étendue de son propre office. Tentons maintenant d'en mesurer les risques.

Prenons l'exemple des positions du juge administratif quant à l'appréciation d'un lien de causalité entre une vaccination obligatoire et la survenue d'une pathologie. Le juge administratif a, dans sa jurisprudence, considéré que « pour apprécier si une maladie est imputable au service, il y a lieu de prendre en compte le dernier état des connaissances scientifiques, lesquelles peuvent être de nature à révéler la probabilité d'un lien entre une affection et le service »⁴⁹⁸. Ainsi, une simple « probabilité » du lien est exigée, le juge a même précisé qu'exiger la certitude⁴⁹⁹ de ce lien constituerait une « qualification juridique erronée »⁵⁰⁰. Le juge emploie ce même raisonnement dans un arrêt de 2023⁵⁰¹, dans lequel la position scientifique ne peut établir la certitude du lien de causalité, sans pour autant l'exclure. Il en conclut qu'en l'état de ces connaissances scientifiques, il n'y a aucune probabilité d'un lien de causalité entre la vaccination obligatoire et la survenue d'une pathologie. Le juge décide alors de « mettre un terme à l'incertitude »⁵⁰², en tirant des conclusions différentes de celles établies par la position scientifique sur laquelle il se fonde. Il serait possible de justifier cette appréciation du fait qu'il s'agisse du juge du fond, libre d'analyser les faits. Or, le juge demeure libre dans ses appréciations, autant que dans l'identification de la « bonne espèce »⁵⁰³ pour les exprimer.

Le juge semble redéfinir sans cesse non pas uniquement les enjeux qu'il défend, mais également les contours de son office, en saisissant l'opportunité des recours qui lui sont adressés.

⁴⁹⁸ CE 3^{ème} et 8^{ème} Chambres réunies, 21/11/2012, *Ville de Paris*, n° 344561, concl. Daumas, considérant 9.

⁴⁹⁹ Conclusions de M. Thomas PEZ-LAVERGNE, sous les arrêts CE n° 451972, et n° 456390 : « Vous admettez donc la probabilité lorsqu'elle est suffisante, sans exiger la certitude absolue, comme critère de l'imputabilité de l'accident ou de la maladie ».

⁵⁰⁰ CE 3^{ème} et 8^{ème} Chambres réunies, 08/03/2023, n° 456390, concl. Thomas Pez-Lavergne, considérant 5 : « En rejetant la demande de l'intéressée tendant à l'annulation de la décision refusant de reconnaître l'imputabilité au service de l'accident vasculaire cérébral [...] au motif que les conclusions du rapport de l'expert ne reposaient que sur des probabilités [...] qui ne permettaient d'établir avec certitude un lien direct [...], la cour a donné aux faits de l'espèce une qualification juridique erronée ».

⁵⁰¹ CAA Nantes, 3^{ème} Chambre, 03/02/2023, n° 21NT02781, concl. Berthon.

⁵⁰² Par définition, trancher un litige revient à « mettre un terme à l'incertitude », selon Paul RICOEUR, *Le juste 1*, *op. cit.*, p. 243.

⁵⁰³ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 639.

§2 : Une liberté dans la création du droit

Par définition, l'office correspond à « l'ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique »⁵⁰⁴. Bien que la racine latine *Officium* n'englobe que le « devoir »⁵⁰⁵, l'office contemporaine du juge est également marqué par le pouvoir. Nous considérons ce pouvoir jusqu'à présent par la liberté dont dispose le juge pour faire usage d'un texte, allant parfois jusqu'à en annihiler le sens⁵⁰⁶, voyons désormais que ce pouvoir est bien plus étendu. Il comprend, notamment, une méthode par laquelle le juge s'approprie une disposition, et saisit l'opportunité d'une affaire pour créer du droit. Ce pouvoir, qui manquait à la racine étymologique, est aujourd'hui celui de juge de compléter son office⁵⁰⁷. La portée de cette méthode déployée par le juge est complexe à mesurer : Raymond Odent affirmait, dès les années 70, que les cas d'innovations prétoriennes sont innombrables⁵⁰⁸. Ce pouvoir est la faculté de percevoir en chaque affaire l'opportunité d'une « bonne espèce »⁵⁰⁹ pour développer son office, et préciser le droit. Il dépasse son rang de « censure des illégalités »⁵¹⁰, s'affirme de nouvelles facultés (A), en confère d'autres aux justiciables (B).

A) L'opportunité de redéfinir les contours de son office

Le silence d'un texte était jusqu'ici appréhendé comme l'opportunité pour le juge d'exercer son devoir, ou pouvoir, d'interprétation. L'opportunité de ce silence est également de le rompre. En présence de vide juridique⁵¹¹, le juge de cassation a été contraint d'aller jusqu'à « écrire »⁵¹² des principes. Les exemples sont très nombreux, autant pour la Cour de cassation⁵¹³ que pour le Conseil d'État⁵¹⁴. Le juge administratif va également consacrer dans un célèbre

⁵⁰⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 702.

⁵⁰⁵ *Ibid.* p. 702.

⁵⁰⁶ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 99.

⁵⁰⁷ David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626.

⁵⁰⁸ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Paris : les Cours de droit, 1970-1971, p. 22. ; certaines innovations du juge sont citées à titre d'illustration par Paul CASSIA, *Les grands textes de procédure administrative contentieuse*, op. cit., Avant-propos, p. VI.

⁵⁰⁹ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 639.

⁵¹⁰ David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », op. cit., p. 1626.

⁵¹¹ Cas dans lequel il est admis que le juge administratif puisse « créer ou préciser des règles législatives », selon Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 10.

⁵¹² Philippe AZOUAOU, « Les pouvoirs informels », op. cit., p. 31.

⁵¹³ Par exemple : théorie de l'enrichissement sans cause : Cass. Req. 15/06/1892, *Boudier*.

⁵¹⁴ Par exemple, théorie de l'imprévision : CE 30/03/1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, concl. Chardenet.

arrêt *Roubeau* la théorie des principes généraux du droit⁵¹⁵, pour combler une « légalité devenue défailante »⁵¹⁶. Or, plus qu'une réponse aux limites du formalisme, ce pouvoir du juge représente une méthode par laquelle le juge dépasse son rang de « censure des illégalités »⁵¹⁷, et développe son office⁵¹⁸.

Prenons l'exemple du pouvoir d'injonction. Initialement fondé sur la loi du 8 février 1995, le juge ne se limite plus à enjoindre aux « parties privées au litige »⁵¹⁹, il enjoint désormais à l'administration. Le juge se « substitue⁵²⁰ à l'administration, un changement de paradigme s'opère. Le juge s'écarte de sa position antérieure à cette loi qui entraînait, selon Camille Broyelle, « ce double effet de nuire à la fois aux intérêts des particuliers et à l'intérêt général »⁵²¹. En ce sens, le juge fait application de ce texte, et « s'est mis à exercer la part d'*imperium* qui lui revient »⁵²². Plusieurs exemples jurisprudentiels peuvent être cités, nous nous limiterons à l'arrêt *Société Eden*⁵²³, rendu en 2018 par le Conseil d'État. Le juge y appréhende que la demande principale du requérant tende non pas à la simple annulation, mais au prononcé de l'injonction demandée. Sous le point de vue de l'administration, l'injonction est semblable à un pouvoir, en ce qu'elle est « guidée »⁵²⁴ par le juge ; sous le point de vue du justiciable, l'injonction est un droit⁵²⁵, dont le respect est un devoir⁵²⁶ du juge.

Ce souhait de prendre en compte les effets de l'annulation qu'il prononce se retrouve dans d'autres exemples jurisprudentiels, pour lesquels le juge ne se fonde pas nécessairement

⁵¹⁵ CE 09/05/1913, *Roubeau*, n° 47115, concl. Laroque, Lebon p. 521

⁵¹⁶ Christophe De BERNARDINIS, « B. Une notion de libertés publiques qui a peu à peu révélé ses limites », *Revue générale du droit on line*, 2021, n° 54325, §75.

⁵¹⁷ David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *op. cit.*, p. 1626.

⁵¹⁸ Il affirme lui-même sa faculté de créer des règles jurisprudentielles, et de les reconnaître comme règle de droit, selon Chloé PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Thèse pour le doctorat, Paris, LGDJ, Lextenso, dirigée par Baptiste BONNET, 2018, p. 288.

⁵¹⁹ Florence MALVASIO, « Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif », *Petites affiches*, n° 18, 1997, p. 4., se fondant sur l'arrêt CE Sect., 13/07/1956, *OPHLM de la Seine*, n° 37656, concl. Chardeau : dans lequel le juge affirme qu'il est en mesure d'adresser des injonctions à « ceux qui ont contracté avec l'administration ».

⁵²⁰ David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626.

⁵²¹ Camille BROUELLE, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 2015, p. 441.

⁵²² Jean-Marc SAUVÉ, « L'injonction – la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique », discours du 05/09/2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives à Montpellier

⁵²³ CE Sect., 21/12/2018, *Société Eden*, n° 409678, concl. Roussel, Lebon p. 468.

⁵²⁴ David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *op. cit.*, p. 1626.

⁵²⁵ CE Sect., 21/12/2018, *Société Eden*, n° 409678, concl. Roussel, Lebon p. 468, considérant 11 : « Si le jugement est susceptible d'appel, le requérant est recevable à relever appel en tant que le jugement n'a pas fait droit à sa demande principale. Il appartient alors au juge d'appel, statuant dans le cadre de l'effet dévolutif, de se prononcer sur les moyens, soulevés devant lui, susceptibles de conduire à faire droit à la demande principale ».

⁵²⁶ CE Sect., 21/12/2018, *Société Eden*, n° 409678, concl. Roussel, Lebon p. 468., considérant 8 : « il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée ».

sur la loi de 1995. Relevons d'abord l'arrêt *M. Vassilokiotis*⁵²⁷, par lequel le juge prononce une « annulation partielle qui s'apparente à une injonction »⁵²⁸. La méthode selon laquelle le juge « s'empare »⁵²⁹ du texte est ainsi surprenante : la modulation semble occuper une place grandissante au sein de son office. Pour preuve, cette méthode du juge de moduler les effets de ses décisions dans le temps s'illustre notamment par l'arrêt *Titran*. Le juge y permet une modulation dans le temps des effets de l'annulation prononcée, afin de « respecter les intérêts que le législateur a entendu protéger »⁵³⁰. Comme le rappelle Jean-Marc Sauvé⁵³¹, cette modulation peut également être celle des effets de ses revirements, pour des motifs qu'il qualifie « d'impérieuses considérations de sécurité juridique »⁵³². Ainsi, le juge paraît déployer une méthode par laquelle il se saisit des opportunités des affaires qui lui sont présentées, pour affirmer ses positions, et ne plus « s'arrêter à mi-chemin »⁵³³ dans la protection des droits qu'il entend défendre.

B) L'opportunité d'affirmer ses positions

Le juge administratif voit son rôle progresser au fil de sa jurisprudence. Que ces évolutions soient induites par ses propres positions ou en raison des réformes législatives, notons qu'elles s'inscrivent dans la « culture du Conseil d'État »⁵³⁴. La méthode du juge se fonde sur un office dont la construction ne semble jamais arriver à son terme.

En effet, cet office dépend du regard que le juge porte sur les textes. Rappelons d'abord son rôle qu'il tire du droit européen d'assurer le contrôle de conventionnalité des lois, procédé par lequel il inflige au passage, selon Nicolas Molfessis, une « leçon de démocratie au

⁵²⁷ CE Sect., 29/06/2001, n° 213229, concl. Lamy.

⁵²⁸ Stéphanie DAMAREY, « De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle : nouvelles perspectives contentieuses », *Petites affiches*, n° 212, 2001, p. 12.

⁵²⁹ Camille BROUELLE, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif », *op. cit.*, p. 441.

⁵³⁰ CE Sect., 27/07/2001, *Titran*, n° 222509, concl. Lamy, considérant 4.

⁵³¹ Jean-Marc SAUVÉ, « Les critères de la qualité de la justice », discours pour la Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg, 25/09/2009.

⁵³² Cité par Jean-Marc SAUVÉ, il s'agit de l'arrêt CJCE 27/02/1985, *Société des produits de maïs SA contre Administration des douanes et droits indirects*, n° 112/83. ; En droit interne, voir l'arrêt CE Ass., 16/07/2007, *Société Tropic Travaux*, n° 291545, concl. Casas. ; Plus généralement encore, pour une étude approfondie, voir la thèse de Chloé PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Thèse précitée, 565 p.

⁵³³ Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, *Chronique* 39, p. 7., cité par Jean-Marc SAUVÉ, « L'injonction – la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique, discours du 05/09/2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives à Montpellier.

⁵³⁴ Daniel LABETOULLE, Une histoire de troïka in *Au carrefour des droits*, *op. cit.*, p. 84.

législateur »⁵³⁵. Face au législateur, le juge oscille entre rival et complément⁵³⁶ : un nouveau rapport se dessine. En ce sens, il affirmera dans sa jurisprudence que l'application d'une loi peut causer un préjudice devant être réparé aux justiciables, dans l'arrêt *Lafleurette*⁵³⁷. Le Conseil d'État lui-même affirme que cet arrêt pose le principe de « responsabilité du fait des lois »⁵³⁸, bien que, selon Alain Renaut, le législateur soit toujours guidé par le juste⁵³⁹. Pour cette raison sera rappelé dans le second considérant que le législateur n'a pas entendu « faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement », d'où il suit qu'il faille réparer le préjudice ainsi caractérisé. Cette méthode par laquelle le juge identifie la responsabilité du fait des lois témoigne de sa volonté d'apprécier la finalité qu'est réputée poursuivre le législateur. Constatons maintenant que le juge, lui-aussi motivé par le « juste »⁵⁴⁰, n'attend pas le législateur pour poursuivre lui-même ses objectifs⁵⁴¹.

En effet, le juge a précédé certains mouvements de réformes des années 70 en faveur du droit des administrés⁵⁴². Nous considérons jusqu'alors que le juge complétait les silences du législateur⁵⁴³, voilà que sa méthode consiste désormais à saisir l'opportunité d'une affaire pour créer ou nuancer un principe. Outre l'exemple du droit souple que nous avons évoqué plus tôt, le juge « se transforme et transforme le droit administratif avec lui »⁵⁴⁴, en poursuivant cet objectif de protection des administrés. Par l'arrêt *Dame Lamotte*⁵⁴⁵, le juge s'en tient à une interprétation littérale du texte, qui n'exclut pas explicitement la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir. Il affirme que ce recours est « ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du

⁵³⁵ Nicolas MOLFESSIS, « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 90.

⁵³⁶ Philippe MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi, in *Mélanges offerts à René Savatier*, *op. cit.*, p. 603.

⁵³⁷ CE Sect., 14/01/1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, n° 51704, concl. Roujou, GAJA n° 47, considérant 2.

⁵³⁸ Sur le site officiel du Conseil d'État (accessible en ligne : CE, 14 janvier 1938 - Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette" - Conseil d'État (conseil-etat.fr)), ces termes apparaissent en titre de la présentation de l'arrêt CE Sect., 14/01/1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, n° 51704, concl. Roujou.

⁵³⁹ Alain RENAUT, « Chapitre 19. La justice et le droit », in *La philosophie*, *op. cit.*, p. 371.

⁵⁴⁰ Camille BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 273.

⁵⁴¹ Yves GAUDEMET précise ainsi que le fait que le juge soit libre dans les méthodes qu'il déploie lui permet de faire usage de son « habileté », à sa « conscience qu'il a des fins qu'il poursuit », « à son libre arbitre ». Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 267.

⁵⁴² Les exemples sont nombreux, et dépassent largement le cadre du contentieux administratif. Jacques Chevallier en propose une synthèse : Jacques CHEVALLIER, « L'administration face au public », *Communication administration-administrés*, CURAPP, 1983, p. 13-60.

⁵⁴³ L'absence de texte n'est pas une contrainte pour le juge : Conclusions de M. Alexandre LALLET sous les affaires n° 393099 ; 3949822-397851 ; 397844 ; 424717 ; 424718, p. 27. : « Il y a bien longtemps que vous contrôlez, sans texte exprès, la légalité des refus d'édicter des mesures de police nécessaires à la préservation de l'ordre public ».

⁵⁴⁴ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 1.

⁵⁴⁵ CE Ass., 17/02/1950, *Dame Lamotte*, n° 86949, concl. Delvolvé, Rec. 110, GAJA n° 57, considérant 4.

droit, le respect de la légalité ». Par de tels termes, le juge justifie son interprétation littérale du texte en faisant valoir l'intérêt de cette méthode : ici, protéger les principes généraux du droit, et le respect de la légalité. Dans d'autres cas, sa méthode sera d'invoquer « l'impératif de sécurité juridique »⁵⁴⁶, pour justifier l'ouverture du droit au recours des tiers aux contrats, dès lors qu'ils prouvent être lésés de façon suffisamment directe et certaine. La finalité de la position du juge est éclaircie par les conclusions du rapporteur public, précisant que « l'accès des tiers au juge du contrat ne sera pas un facteur de déstabilisation, mais le gage d'une sécurité accrue »⁵⁴⁷.

Cette pratique de saisir l'opportunité des affaires, couplée à l'usage « d'expressions stéréotypées »⁵⁴⁸, témoigne d'une méthode d'un juge exprimant la « force du pouvoir juridictionnel »⁵⁴⁹. La place qu'il occupe sur le « contenu de la norme »⁵⁵⁰ croît, tentons de mesurer l'étendue de son « éventails des solutions potentielles »⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ CE Ass., 04/04/2014, *Tarn et Garonne*, n° 358994, concl. Dacosta, GAJA n° 114.

⁵⁴⁷ Conclusions de David DACOSSTA, sous l'arrêt CE Ass., 04/04/2014, *Tarn et Garonne*, n° 358994, p. 16., disponible en ligne sur Rechercher une décision (ArianeWeb) - Conseil d'État (conseil-etat.fr)

⁵⁴⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 104.

⁵⁴⁹ Pierre HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, op. cit., p. 361.

⁵⁵⁰ Jacques CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil*, G. Fauré et G. Koubi (dir.), Economica, 2003, p. 140.

⁵⁵¹ Damien Connil employait cette formule au sujet de la capacité du juge à moduler sa décision dans le temps. Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 405.

Section 2 : L'informel comme outil d'action

Etudier le contentieux administratif suppose nécessairement d'analyser « les méthodes et les tendances »⁵⁵² du juge administratif. Le juge ne perd aucun instant pour faire passer ses messages. Il mêle ainsi « la rigueur et la clarté du raisonnement juridique, la retenue et l'élégance du propos, l'exactitude et la précision des termes employés [...], sans digressions ni détails superflus »⁵⁵³. Ainsi, le juge s'assure que chaque terme, chaque silence, soit opportun. Indépendamment du sens de sa décision, le simple fait de dire ou de ne pas dire en reflète déjà une nuance. La position du juge ne se limite donc pas au dispositif de l'arrêt rendu⁵⁵⁴, étudions sa maîtrise des silences (§1) et des expressions (§2).

§1 : *Un silence au service du juge*

« Pourquoi décider en vertu d'une réponse savante à des interrogations difficiles, quand un « sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens » pouvait annoncer que le juge avait trouvé une raison directe et évidente de répondre au justiciable, plus expédiente que celle qu'aurait procurée la dissertation difficile ? »⁵⁵⁵. Le silence est une solution employée par le juge dans des finalités diverses. Ce silence, toujours porteur de sens, est parfois fondé sur l'évidence⁵⁵⁶, qui n'exige pas du juge qu'il développe davantage. Le silence représente une marque d'informalité qui, une fois encore, se trouve entre les mains du juge. Maître d'en identifier son sens et l'opportunité dans faire usage, le juge accorde plusieurs fonctions à ses silences. Dans certains cas, il représente une marque d'efficacité (A), dans d'autres, il témoigne de sa prudence (B).

⁵⁵² Il faut préciser ici que le président Odent inclut l'analyse des méthodes et tendances du tribunal des conflits, élément ici écarté, en raison du souhait de ce propos de se centrer sur les pratiques du juge. Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Paris : les Cours de droit, 1970-1971, p. 37.

⁵⁵³ *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, p. 3., accessible sur le site officiel du Conseil d'État, rubrique Actualité, « Juridiction administrative : nouveaux modes de rédaction des décisions », 10/12/2018.

⁵⁵⁴ « Ce n'est pas parce que le pouvoir juridique ne s'est pas exprimé formelle qu'il n'existe pas ». Il ne faut donc pas limiter la position du juge au dispositif de l'arrêt. Philippe AZOUAOU, « Les pouvoirs informels », *op. cit.*, p. 33.

⁵⁵⁵ Georges VEDEL, « Jurisprudence et doctrine : deux discours », *Rev. Adm.*, 1997, n° spécial, p. 7.

⁵⁵⁶ Le rapport particulier du juge à l'évidence est explicité par les propos de Camille BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 277.

A) Un silence synonyme d'efficacité

Au sujet du silence, ce propos se limitait à décrire celui du législateur, et la réponse que le juge lui apportait. Or, le silence joue un « rôle »⁵⁵⁷ dans l'argumentation du juge. « Le juge administratif ne peut ainsi jamais faire sans dire, même s'il n'est pas toujours tenu d'en dire beaucoup »⁵⁵⁸. Il doit s'assurer d'accorder l'importance « fondamentale »⁵⁵⁹, tirée de leur fonction jurisprudentielle⁵⁶⁰, aux moyens qui lui sont soumis. Pourtant parfois inopérant, il n'est jamais question d'en omettre⁵⁶¹, simplement d'exercer sa « double liberté [...] : liberté de statuer sur un seul moyen et liberté de choisir ce moyen, de manière discrétionnaire, parmi d'autres moyens fondés »⁵⁶². « Ni une règle, ni un principe du contentieux administratif »⁵⁶³, il s'agit d'une méthode informelle du juge, dont la limite apparente est qu'elle doit représenter un « vecteur d'efficacité », et non une « entrave à une bonne justice »⁵⁶⁴. Le juge fait ainsi usage de sa « prudence »⁵⁶⁵ afin d'assurer cet équilibre délicat, et d'articuler, à sa totale discrétion, l'étendue de son choix⁵⁶⁶. Le silence est une méthode par laquelle, d'une part, le lecteur perçoit le regard que le juge a souhaité porter sur les moyens invoqués, d'autre part, par laquelle le juge gagne du temps⁵⁶⁷.

Cette méthode du juge ne se limite pas à l'appréciation de son propre silence, ce silence peut également être celui du justiciable. Par silence du justiciable n'est pas entendu l'absence

⁵⁵⁷ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 102.

⁵⁵⁸ Jacques-Henri STAHL., « Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 783., spéc., p. 785.

⁵⁵⁹ Pascal CAILLE, « Présentation du dossier thématique », *Civitas Europa*, 2020/1, n° 44, p. 7.

⁵⁶⁰ Pierre-Yves. SAGNIER, *Le juge administratif et l'économie des moyens*, Thèse précitée, p. 8.

⁵⁶¹ Cela reviendrait à statuer *infra petita*, « termes latin signifiant littéralement « en deçà des choses demandées », encore utilisés pour caractériser le fait pour une juridiction de ne pas statuer sur tous les chefs de la demande : omission de statuer qui peut donner lieu à rectification du jugement par le juge ou donner ouverture à cassation », selon Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 543.

⁵⁶² Olga MAMOUDY, « L'économie des moyens : une pratique en voie d'extinction ? », *Civitas Europa*, 2020/1, n° 44, p. 79.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁶⁴ Pascal CAILLE, « Présentation du dossier thématique », *Civitas Europa*, 2020/1, n° 44, p. 7.

⁵⁶⁵ Pierre-Yves. SAGNIER, *Le juge administratif et l'économie des moyens*, Thèse précitée, p. 151.

⁵⁶⁶ Rappelons la nuance posée par l'arrêt *Société Eden*. Cette appréciation du moyen qu'il estime être le plus pertinent pour régler le litige doit également correspondre à la demande principale du requérant. En ces termes, l'arrêt précise : « il incombe au juge de l'excès de pouvoir de statuer en respectant cette hiérarchisation [des prétentions du requérant], c'est-à-dire en examinant prioritairement les moyens qui se rattachent à la cause juridique correspondant à la demande principale du requérant », CE Sect., 21/12/2018, *Société Eden*, n° 409678, concl. Roussel, Lebon p. 468.

⁵⁶⁷ Olga MAMOUDY, « L'économie des moyens : une pratique en voie d'extinction ? », *Civitas Europa*, 2020/1, n° 44, p. 80.

de requête, mais plutôt l'existence d'une requête incomplète, silencieuse là où elle devrait être précise. En ce sens, de la même façon que le juge appréhende ce qu'aurait « entendu » le législateur, il apprécie ce qu'aurait « entendu » le justiciable⁵⁶⁸. Le juge cherche si le requérant « doit être regardé comme ayant invoqué [tel] moyen »⁵⁶⁹, si ce dernier n'a pas correctement formulé un moyen mais semble tout-de-même avoir souhaité le manifester. En vertu de son « œuvre pédagogique »⁵⁷⁰, le juge fait également usage de l'expression « par le moyen invoqué »⁵⁷¹. Il indique alors au requérant que son action est « mal introduite ou mal développée », et qu'elle « aurait cependant pu prospérer si le ou les moyens invoqués avaient été différents »⁵⁷². Cependant, le juge ne peut procéder à une interprétation extensive de ce qu'il suppose être un moyen : il demeure tenu par les éléments qui lui sont fournis qu'il « traite en l'état »⁵⁷³.

Ainsi, le juge apprécie le silence et lui accorde une certaine valeur. Cette valeur retranscrit, dans les exemples que nous avons cités, son souhait d'être efficace et son ambition pédagogique⁵⁷⁴. Ces considérations purement informelles font partie intégrante de la décision rendue par le juge, poursuivant ses objectifs bien au-delà du dispositif. Voyons désormais que cette liberté dont le juge dispose représente un véritable outil, tant sur le plan juridictionnel que jurisprudentiel.

⁵⁶⁸ « On peut se demander s'il s'agit d'un véritable moyen car le requérant s'est borné à relever le fait que [...] et n'a pas développé d'argumentation juridique. Cependant, il est certain qu'il a entendu protester contre le procédé employé à son égard et il nous paraît difficile de négliger cet aspect de l'affaire en décidant qu'il n'a pas de moyen au sens contentieux du terme [...] ». Le juge recherche l'intention du justiciable, et ne souhaite pas lui écarter un moyen qui n'est pas suffisamment justifié, mais qu'il semble évident qu'il fait partie des prétentions du justiciable. Selon les conclusions de M. HEUMANN, CE Sect., 24/05/1957, *Blancheton*, (AJ 1958. II. 81 (cité par B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. 296.), cité par Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 185.

⁵⁶⁹ Expression relevée par Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 185. A titre d'exemple est cité l'arrêt CE, 30/04/1997, *Préfet de la Gironde*, n° 182436, concl. Combrexelle.

⁵⁷⁰ Voir en ce sens notamment l'arrêt CE 30/03/1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, concl. Chardenet, cité par *Rapport : Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, Avril 2012, p. 95.

⁵⁷¹ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, 1970, rééd., LGDJ, 2014, Anthologie du droit, p. 110. ISBN : 978-2-275-04186-5

⁵⁷² *Ibid.*, p. 110.

⁵⁷³ Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, Manuels, Paris, LGDJ, 2023, p. 186. ISBN : 2275054448

⁵⁷⁴ Damien BOTTEGHI, « L'ambition pédagogique du juge administratif », *La pédagogie au service du droit*, Philippe RAIMBAULT, Maryvonne HECQUART-THERON (dir.), Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ, Collection Actes de colloques de l'IFR, 2011, p. 153-160.

B) Un silence synonyme de prudence

Le silence du juge, traduit par l'usage de l'économie des moyens, est parfois motivé par un souhait de ne pas « s'avancer sur des terrains jurisprudentiels nouveaux »⁵⁷⁵. Le juge paraît ainsi ne pas vouloir trancher le litige plus que nécessaire. Outre une garantie d'efficacité que nous évoquions, son silence est une marque de prudence, par laquelle il s'assure de ne pas se « ligoter par des formules trop strictes »⁵⁷⁶. Même si nous avons rappelé que le juge n'est pas tenu par sa jurisprudence⁵⁷⁷, il souhaite par ce procédé conserver la liberté de se positionner dans un sens ou dans un autre à l'occasion d'une affaire prochaine. En d'autres termes, le juge reporte dans le temps sa faculté de statuer sur certaines questions, qu'il estime pouvoir « passer sous silence » au moment de l'affaire qui lui est soumise. Cette méthode du juge ne semble être qu'une transposition de ce que Prosper Weil qualifiait du « privilège du législateur de passer sous silence les problèmes irritants »⁵⁷⁸. Le juge et le législateur se saisissent du silence dans un objectif semblable : demeurer dans l'incertitude, « éviter au maximum les définitions trop précises qui contraignent »⁵⁷⁹. Peu explicite mais occupant une place certaine dans leurs raisonnements, tentons de cerner par un exemple cette méthode déployée par le juge et le législateur pour conserver une marge de manœuvre future.

Arrêtons-nous un instant sur l'exemple de l'arrêt *Commune de Biarritz*⁵⁸⁰ rendu en 2022 par le Conseil d'État, dans le contexte de l'arrêt *Promoimpresa*⁵⁸¹ de 2016. Très synthétiquement, il s'agissait par cet arrêt de rendre obligatoire le déroulé mécanismes de publicité et de transparence aux procédures d'attribution des autorisations d'occupation domaniale, pour des raisons de rareté et d'intérêt économique. Les réactions soudaines de la doctrine l'ont témoigné dès l'arrêt européen que cette question était susceptible de se poser pour

⁵⁷⁵ Pierre-Yves SAGNIER, *Le juge administratif et l'économie des moyens*, thèse précitée, p. 130.

⁵⁷⁶ Jean RIVERO, *Le Conseil d'État, cour régulatrice*, Dalloz, 1954, p. 157., cité par *Rapport : Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, Avril 2012, p. 95.

⁵⁷⁷ LOCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, Lextenso, LGDJ, Paris, éd. 2015, p. 48., ISBN : 978-2-275-04764-5

⁵⁷⁸ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », in *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, vol. 51, 1959, p. 283.

⁵⁷⁹ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁸⁰ CE 7^{ème} et 2^{ème} Chambres réunies, 02/12/2022, *Commune de Biarritz*, n° 460100, concl. Raquin.

⁵⁸¹ CJUE, 14/07/2016, *Promoimpresa Srl*, C-458/14 et C-67/15.

le domaine privé⁵⁸². Le législateur réceptionnera cet arrêt en fin d'année 2016⁵⁸³, laissant en suspens cette interrogation. Quelques éclaircissements peuvent être relevés par trois réponses ministérielles⁵⁸⁴, précisant qu'il découle de l'arrêt *Promoimpresa* que les procédures de mise en concurrence doivent concerner les autorisations d'occupation du domaine public et privé. Par l'arrêt *Commune de Biarritz*, le Conseil d'État affirmera qu'il « ne résulte ni des termes de cette directive ni de la jurisprudence de la Cour de justice que de telles obligations s'appliqueraient aux personnes publiques préalablement à la conclusion de baux portant sur des biens appartenant à leur domaine privé »⁵⁸⁵. Ainsi, le juge s'en tient à la lettre de l'arrêt *Promoimpresa*, silencieux sur la procédure à suivre en matière d'occupation du domaine privé. Ce silence provient du fait que le droit européen « se moque des qualifications nationales »⁵⁸⁶, d'où il suit que l'arrêt s'en tient à des considérations générales sur la domanialité, sans distinction de leur caractère public ou privé. Par son interprétation littérale, le juge se saisit du silence de l'arrêt comme d'une opportunité de l'appliquer comme il l'entend. En effet, sans former de question préjudicielle préalable pourtant souhaitée par la doctrine⁵⁸⁷, et contre les positions des réponses ministérielles précitées, le juge apprécie le silence de l'arrêt comme étant une « indétermination textuelle »⁵⁸⁸, lui laissant le soin d'en déterminer le sens⁵⁸⁹.

L'appréciation du silence représente ainsi une méthode informelle du juge, partie intégrante de sa décision. Le juge dispose de méthodes plus concrètes, ou du moins, plus visibles, dans cette même finalité. Il convient maintenant d'étudier les formules dont le juge fait usage, ainsi que la valeur qu'il leur accorde.

⁵⁸² La doctrine est ici abondante, relevons uniquement l'article de Nelly SUDRES, « Occupation du domaine privé, ordonnance du 19 avril 2017 et mise en concurrence », *AJDA*, 2017, p. 2110.

⁵⁸³ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Loi « Sapin 2 », suivie de l'Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

⁵⁸⁴ Relevées par Louise CADIN et Alexis GOIN, « Qui a deux maisons, perd sa raison ? Domaine privé et transparence », *AJDA*, 2024, p. 487., ces réponses ministérielles sont : Rép. min. n° 12868, JOAN 29 janv. 2019, p. 861. ; Rép. min. n° 13180, JO Sénat 30 janv. 2020, p. 537. ; Rép. min. n° 16130, JO Sénat 10 sept. 2020, p. 4096.

⁵⁸⁵ CE 7^{ème} et 2^{ème} Chambres réunies, 02/12/2022, *Commune de Biarritz*, n° 460100, concl. Raquin, considérant 6.

⁵⁸⁶ Rozen NOGUELLOU, « L'attribution des autorisations domaniales : feu l'arrêt *Jean Bouin...* », *AJDA*, 2016, p. 2176.

⁵⁸⁷ Cette question aurait « méritée » une question préjudicielle, selon Fabrice MELLERAY, « Retour à Biarritz », *AJDA*, 2022, p. 2369.

⁵⁸⁸ Reprenons les propos de Michel Troper : « Ce n'est donc pas l'indétermination textuelle qui fonde la liberté de l'interprète, mais au contraire, la liberté de l'interprète qui permet d'établir l'indétermination textuelle », « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 31.

⁵⁸⁹ La jurisprudence poursuivra cette position en reprenant strictement la même argumentation, notons quelques exemples d'application de l'arrêt *Commune de Biarritz* : CAA Toulouse, 21/03/2024, n° 22TL21077, considérant 10 ; CAA Marseille, 30/10/2023, n° 21MA00706, considérant 12.

§2 : Un langage au service du juge

« Chaque métier a son langage »⁵⁹⁰. Le juge en maîtrise les règles, et dispose d'une certaine liberté dans le choix des termes qu'il emploie. Cette liberté est d'abord consacrée par le droit lui-même, qui « ne comporte pas de cadre juridique précis de ses méthodes d'interprétation »⁵⁹¹, au bénéfice du juge, qui n'est pas soumis à une « méthodologie très stricte dans la façon de comprendre et de répondre »⁵⁹². Une telle liberté est source de complexité⁵⁹³, et représente une liberté pour le juge. Il convient donc d'appréhender l'aspect fonctionnel de ces expressions, qui semble bénéficier tant au justiciable (A) qu'au juge (B).

A) Un aspect fonctionnel au bénéfice du justiciable

« La rédaction [...] fait l'objet d'une formalisation extrêmement poussée »⁵⁹⁴. Face à ce constat, et à cet objectif que nous avons abondamment rappelé de rendre clair et intelligible le langage du juge et sa décision pour un public plus large⁵⁹⁵, deux types de réponses se sont imposées. D'abord, les réponses formelles, dont nous limiterons à citer les exemples de la modification du mode de rédaction des décisions⁵⁹⁶, et du renforcement des mécanismes de publicité des décisions⁵⁹⁷. Ensuite, les réponses informelles, guidées par le juge qui se saisit de cette formalisation. Il fait usage de l'exigence de « l'exactitude et [de] la précision des termes

⁵⁹⁰ Préface de Bernard STIRN, in *Le juge administratif et l'économie des moyens*, Pierre-Yves SAGNIER, Thèse précitée, p. IX.

⁵⁹¹ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 61.

⁵⁹² Laure BORDONABA, Nathalie CHOUCHAN, « Les libertés du juge », *Cahiers philosophiques*, 2016, n° 147, p. 111.

⁵⁹³ GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, 1970, rééd., LGDJ, 2014, Anthologie du droit, p. 267. ISBN : 978-2-275-04186-5

⁵⁹⁴ Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs » *op. cit.*, p. 282.

⁵⁹⁵ L'ambiguïté de cet objectif est retranscrite par les propos de Pierre Brunet : « Une décision n'est jamais lisible en soi mais seulement relativement à des lecteurs ». Pierre BRUNET, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », in *Droit et Société*, Editions juridiques associées, 2015, p. 550. ISBN : 9782275028972

⁵⁹⁶ Un style plus direct est favorisé, et les « considérant que » sont abandonnés, dans un objectif de rendre plus accessible la décision de justice. En témoigne le *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, accessible sur le site officiel du Conseil d'État, rubrique Actualité, « Juridiction administrative : nouveaux modes de rédaction des décisions », 10/12/2018. Le changement prendra effet au 1^{er} janvier 2019.

⁵⁹⁷ La publicité des décisions de justice contribue à une « meilleure compréhension de la justice », selon GGIAMBIASI Paolo, Les perspectives ouvertes par la mise à disposition du public des décisions de justice : quelle place et quelle régulation pour la justice prédictive, in *La justice prédictive*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 60, p. 117. ISBN : 978-2-247-17959-6

employés »⁵⁹⁸ dans les arrêts. Nous évoquons plus tôt l'exemple de l'expression « par le moyen invoqué », utilisée par le juge à des fins pédagogiques : guider le requérant. Ainsi, le juge fait usage de certaines formules non pas pour préciser sa position, mais simplement pour la rendre plus accessible. Ces formules peuvent donc être appréhendées comme des « méthodes rassurantes »⁵⁹⁹, que le juge déploie dans un objectif plus ample que de simplement motiver sa décision. Il en découle naturellement que « la décision de justice n'est plus seulement un acte d'autorité ; elle est aussi, et plus nettement qu'avant, un acte d'explication »⁶⁰⁰. Si le silence est un outil de juge : la maîtrise du langage également.

Reprenons ainsi les propos de Georges Vedel : « Pourquoi décider en vertu d'une réponse savante à des interrogations difficiles, quand un « sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens » pouvait annoncer que le juge avait trouvé une raison directe et évidente de répondre au justiciable, plus expédiente que celle qu'aurait procurée la dissertation difficile ? »⁶⁰¹. Les formules du juge, « expressions stéréotypées »⁶⁰² porteuses d'un sens par elle-même, représentent des moyens d'action du juge. Notamment pour des raisons d'efficacité et de prudence que nous évoquons, ces formules illustrent un moyen par lequel le juge se dispense de tout développement. De telles expressions sont semblables à des « formules magiques »⁶⁰³, dont le juge fait usage de façon informelle, dans des finalités bien précises. Plusieurs exemples peuvent être cités, prenons celui de la référence aux « circonstances de l'espèce »⁶⁰⁴, en vertu de laquelle le juge du Conseil d'État tranche l'affaire au fond après annulation de l'arrêt rendu en appel. Le juge apprécie également les exigences de « bonne administration de la justice » souhaitée par le législateur pour fonder sa compétence au fond⁶⁰⁵, et déclare, en ces uniques termes, qu'il « y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire

⁵⁹⁸ *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, p. 3., accessible sur le site officiel du Conseil d'État, rubrique Actualité, « Juridiction administrative : nouveaux modes de rédaction des décisions », 10/12/2018

⁵⁹⁹ Florian POULET, « L'organisation du procès administratif », *AJDA*, 2023, p. 2264.

⁶⁰⁰ Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs » *op. cit.*, p. 295.

⁶⁰¹ Georges VEDEL, « Jurisprudence et doctrine : deux discours », *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰² Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁰³ Bruno Latour s'interroge à propos de la valeur de la voie de fait, et propose une parallèle avec une « formule magique » permettant une justification toujours opportune et valide, telle qu'elle est employée par l'auteur Edgar P. JACOBS, *Le Mystère de la Grande Pyramide*, cité par Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁰⁴ Expression relevée par Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 84. Les applications jurisprudentielles sont très nombreuses, citons un arrêt récent à titre d'exemple : CE 9^{ème} Chambre, 22/04/2024, n° 475630, concl. Guibé.

⁶⁰⁵ Article L. 821-2 CJA : « S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut [...] régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ».

application de l'article »⁶⁰⁶ précité. Plus généralement, les considérations relatives à la bonne administration de la justice s'inscrivent dans cette même idée : le juge dispose la liberté de les apprécier et d'estimer la nécessité de les invoquer.

De telles formules permettent de rendre compte des interprétations qui ont été celles du juge au cours de son raisonnement : les identifier permet de concevoir leur rôle d'outil. Un outil d'abord pour le juge, qui lui permet de poursuivre ses objectifs, ici dans les exemples cités, de justifier sa compétence, ou d'assurer une certaine clarté dans son propos pour une meilleur intelligibilité. Un outil pour le lecteur de la décision également, qui, une fois en possession du sens de ces expressions, peut y voir une sorte de point de repère. Le langage maîtrisé dont le juge fait usage permet de refléter ses raisonnements, attardons-nous sur ses autres fonctions.

B) Un aspect fonctionnel au bénéfice du juge

Nous évoquions précédemment que le juge fait usage de ses formules pour redessiner les contours de son office. Les sens portés par ses expressions retranscrivent également ses « modes de raisonnement »⁶⁰⁷, permettant une meilleure compréhension de ces derniers. Plusieurs fonctions peuvent être identifiées. Parfois, ces formules du juge de marquer l'interprétation que le juge retient d'un principe⁶⁰⁸, de justifier l'attribution de la compétence d'un litige⁶⁰⁹, ou encore d'opérer, en toute légitimité, « un certain nombre d'entorses aux postulats et principes traditionnels »⁶¹⁰. Elles permettent également au juge de justifier l'exercice d'un pouvoir de correction. En ce sens, le juge affirme dans l'arrêt *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*⁶¹¹, au nom des « circonstances de l'espèce, compte tenu de l'absence de tout doute », dans une finalité de « donner le meilleur effet à sa décision »

⁶⁰⁶ Les exemples jurisprudentiels sont nombreux, citons à titre indicatif un arrêt récent : CE 8^{ème} et 3^{ème} Chambres réunies, 15/04/2024, n° 470475, concl. Ciavaldini.

⁶⁰⁷ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 51.

⁶⁰⁸ Le juge fait usage de certaines formules pour rendre compte de son fondement et de son raisonnement. A titre d'exemple, reprenons l'arrêt CE 7^{ème} et 2^{ème} Chambres réunies, 02/12/2022, *Commune de Biarritz*, n° 460100, concl. Raquin, le juge témoigne de son interprétation littérale par ces termes : « il ne résulte ni des termes de cette directive ni de la jurisprudence de la Cour de justice ». Il témoigne parfois de son interprétation de la volonté du législateur, par la formule « il résulte de l'intention du législateur », CE 6^{ème} et 1^{ère} SSR, 22/02/2016, n° 367901, concl. Von Coester.

⁶⁰⁹ Sur cette question, brèves remarques de Bertrand SEILLER, « La compétence du Conseil d'État au nom de la bonne administration de la justice », *La Gazette du Palais*, n° 4, p. 18.

⁶¹⁰ Jacques ROBERT, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, p. 117.

⁶¹¹ CE Sect., 25/03/2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, n° 224055, concl. Roul, considérant 10.

et de « conférer aux dispositions codifiées leur exacte portée », qu'il y a lieu de corriger et non d'annuler les dispositions litigieuses. Le juge rend ainsi compte, par les termes qu'il emploie, de l'exercice de ce pouvoir de correction. Il fait parfois usage d'expressions pour expliciter ou nuancer sa position. Prenons l'exemple de la locution « en tout état de cause »⁶¹², permettant « d'affirmer la portée générale de la solution qu'il adopte »⁶¹³. Yves Gaudemet précise en ce sens que cette formule est utilisée par le juge lorsqu'il souhaite démontrer que les circonstances de fait différentes n'auraient pas emporté une solution autre⁶¹⁴.

Ainsi, la précision du langage exigée au sein des décisions de justice permet au juge de s'en saisir, et d'employer des expressions dans des sens précis. Le langage du juge semble représenter un atout de clarté, dans l'hypothèse selon laquelle le sens des mots employés est clair, et surtout constant. Or, « une décision n'est jamais lisible en soi mais seulement relativement à des lecteurs »⁶¹⁵. De tels propos tenus par Pierre Brunet rendent compte des limites de notre constat. Certes, ces formules permettent théoriquement une meilleure intelligibilité de la décision, elles n'en demeurent pas moins floues pour un lecteur occasionnel. La doctrine, après des travaux de fond, a été en mesure d'identifier certaines habitudes du juge, permettant ainsi de dessiner le sens de ses expressions. L'expliquer aux justiciables représente encore une étape supplémentaire, ici estimée nécessaire à une meilleure compréhension de la justice. Par la maîtrise des termes qu'il emploie, le juge fait de son langage un outil. A titre d'exemple, il explicite parfois son souhait de ne pas appliquer un principe en le considérant comme « ne correspondant pas à l'espèce », plutôt qu'en le qualifiant de « stupide »⁶¹⁶. Son langage y explicite ici sa position, avec une certaine délicatesse⁶¹⁷, exigeant entre autres du juge qu'il s'exprime avec retenue et élégance⁶¹⁸. Ainsi, le langage du juge représente d'une part, une

⁶¹² Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 108. ISBN : 978-2-275-04186-5

⁶¹³ *Ibid*, p. 108.

⁶¹⁴ Cette formule est abondamment utilisée par le Conseil d'État. Citons à titre d'exemple un arrêt récent : CE, 19/04/2024, n° 488176, concl. Le Coq.

⁶¹⁵ Pierre BRUNET, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et Société*, Editions juridiques associées, 2015, p. 550.

⁶¹⁶ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, op. cit., p. 273.

⁶¹⁷ Un parallèle est ici fait avec le « devoir de délicatesse » du juge, issu d'un arrêt de la Cour de cassation (Cass. crim. 12 mai 1827, Bull. crim., 1827, n° 115, p. 411 et s), et transposé par Frédéric BERENGER, « A propos du devoir de délicatesse et d'impartialité du juge », *AJDI*, 2006, p. 932-935., à propos de l'affaire de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation (Cass. Civ. 2^{ème}, 14/09/2006, n°04-20.524), qui concluait que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial et équitablement ».

⁶¹⁸ Il s'agit ici de deux caractéristiques du langage du juge que nous ne pouvons écarter, selon *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, p. 3., accessible sur le site officiel du Conseil d'État, rubrique Actualité, « Juridiction administrative : nouveaux modes de rédaction des décisions », 10/12/2018.

méthode qu'il déploie dans des finalités précises, mais peu explicites ; d'autre part, une fonction qui retranscrit la « marque de fabrique »⁶¹⁹ des décisions de justice.

Le juge allie par ses termes le fond et la forme. Ses expressions ne se limitent pas à une simple clarification de ses raisonnements, mais permet une véritable flexibilisation des textes sur lesquels il se fonde. Les expressions du juge sont porteuses de sens, assurons-nous que ce sens ne dissimule pas celui des textes sur lesquels il se fonde.

Conclusion du chapitre 1 :

Le juge semble libre de poursuivre de multiples finalités. Le sens des méthodes qu'il déploie retranscrit sa volonté d'identifier et d'apprécier les enjeux en présence. Il perçoit l'opportunité de chaque affaire pour les défendre comme il l'entend, redessinant au passage les contours de son office. Il se saisit également du formalisme très important que présente les décisions de justice pour s'attacher au sens que revêt ses silences et ses formules. Chaque terme employé, chaque silence opportunément utilisé, font du juge le maître des méthodes qu'il déploie.

Sa liberté s'étend donc de l'identification des prétentions qui lui sont adressées, en passant par la façon d'y répondre, jusqu'à l'opportunité d'y défendre des enjeux plus vastes. La liberté n'est donc pas seulement celle d'un juge en sa qualité d'interprète⁶²⁰, mais plutôt celle d'un juge libre d'apprécier les opportunités de chaque affaire. Libre d'abord d'identifier et de défendre les enjeux en présence, libre ensuite de faire usage, dans un sens qu'il est le seul à établir, de silences et expressions. Ainsi, de telles libertés informelles conférées au juge représentent « un espace de souplesse bienvenu »⁶²¹, lui permettant une certaine flexibilité dans les méthodes qu'il emploie.

⁶¹⁹ *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, p. 3., accessible sur le site officiel du Conseil d'État, rubrique Actualité, « Juridiction administrative : nouveaux modes de rédaction des décisions », 10/12/2018.

⁶²⁰ Les méthodes informelles du juge dépassent les libertés de l'interprète, notamment identifiées par Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 36.

⁶²¹ Isabelle DE SILVA, « L'informel en droit administratif : réflexions, illustrations », *op. cit.*, p. 39.

Plus que de flexibiliser son office, il fait usage de ses libertés pour flexibiliser le droit. Loin de la conception des juges comme « êtres inanimés »⁶²², la portée de leurs libertés doit être mesurée. Il convient donc d'étudier des exemples concrets, afin de mesurer l'étendue d'un tel pouvoir créateur.

CHAPITRE 2 : LA MARQUE D'UNE FLEXIBILITE DU DROIT

« Le magistrat, comme tout juriste, se doit de croire et de faire croire que le droit n'est pas une suite de décisions opportunes mais obéit à un système cohérent, assuré et dépolitisé de principes, que le droit n'est pas le simple enregistrement des faits mais se révèle capable de transcender les intérêts et les époques, que le droit ne varie pas au gré des événements mais se montre apte à leur résister et à les organiser, à les discipliner »⁶²³.

Par principe, et contrairement à la loi, la jurisprudence « n'est pas une norme définitivement fixée »⁶²⁴. Le juge dispose alors d'une certaine faculté d'adaptation de ses positions, par des procédés que nous avons relevés. Cette mission permet d'ériger la jurisprudence en « source la plus abondante et la plus sûre du droit administratif »⁶²⁵ : une source adaptée au temps dans lequel elle est déployée. Ce souci de statuer conformément aux exigences de l'instant présent n'est pas une préoccupation nouvelle, le juge a toujours été « attentif au Droit tel qu'il est vécu »⁶²⁶. En vertu de cette conscience, le juge administratif sera qualifié de juge « situé »⁶²⁷, c'est-à-dire, conscient des exigences de l'époque dans laquelle il exerce. Ne se bornant pas à statuer exclusivement pour le présent, le juge tend à se tourner vers l'avenir⁶²⁸, s'assurant ainsi que le droit ne soit pas « tourné vers le passé »⁶²⁹.

Véritable pouvoir lui permettant de faire évoluer les textes⁶³⁰ et leur application⁶³¹, il demeure « subordonné à la loi »⁶³². Un « équilibre des rapports entre le juge et le pouvoir »⁶³³

⁶²² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, cité par Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 10.

⁶²³ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, *op. cit.*, p. 102.

⁶²⁴ Jeanne DE GLINIASTY, « La force du discours en droit administratif », *RIDJ*, 2017/2, vol. 79, p. 88.

⁶²⁵ Denis SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, Joubert, 1842, p. IV., cité par Jeanne DE GLINIASTY, « La force du discours en droit administratif », *op. cit.*, p. 87.

⁶²⁶ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 31.

⁶²⁷ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 14.

⁶²⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 13.

⁶²⁹ Magalie BOUTEILLE-BRIGANT, Pour un « transjuridisme » ?, in *La justice prédictive*, *op. cit.*, p. 304.

⁶³⁰ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 17^{ème} éd., 2023-2024, p. 142. ISBN : 978-2-275-13072-9

⁶³¹ Didier TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France / Humensis, 10^{ème} éd., 2023, p. 44.

⁶³² Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 10.

⁶³³ Danièle LOCHAK, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, 2007/4, n° 123, p. 31.

doit être identifié, il convient de cerner les finalités de l'exercice de son pouvoir. D'une part, il s'assure de flexibiliser le droit (Section 1), dont il nuancera son application au fil de sa jurisprudence (Section 2).

Section 1 : La construction d'un droit adapté dans le temps

« La séparation des pouvoirs ne saurait tolérer que le juge se fasse législateur »⁶³⁴. Il ne relève donc théoriquement pas de la responsabilité du juge d'assurer la construction d'un droit adapté dans le temps. Cependant, il est clair que la « volonté du Conseil d'État »⁶³⁵ occupe une place certaine dans les innovations du droit administratif. Nous évoquions jusqu'alors le fait que le juge adapte dans le temps son office ainsi que les enjeux qu'il défend, il convient désormais d'identifier les méthodes qu'il déploie pour adapter le droit dans le temps. Elles se traduisent par ses positions jurisprudentielles, par lesquelles il semble transformer sa façon de faire usage des textes. Le juge mêle dans son approche son « libéralisme »⁶³⁶ et son « aspect conservateur »⁶³⁷ : il convient de cerner l'étendue de la liberté qui lui est accordée, tant pour identifier les textes (§1) que pour préciser la valeur qu'il leur accorde (§2).

§1 : Un pouvoir flexible dans l'application des textes

Traditionnellement, il est reconnu que les incomplétudes du droit confèrent au juge « une fonction proprement créatrice »⁶³⁸. Même en l'absence d'incomplétudes, le juge fait usage de ses méthodes pour flexibiliser les textes. Nous évoquions plusieurs de ces méthodes à propos du message que le juge entendait faire passer par leur utilisation. Plus qu'un simple atout d'efficacité ou de pédagogie, les méthodes du juge permettent une véritable flexibilisation des textes ou, *a minima*, témoignent de la flexibilité que le juge leur accorde. Dans certains cas, le

⁶³⁴ Nicolas MOLFESSIS, « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 88.

⁶³⁵ Laurence HELMLINGER, « Les réflexions du Conseil d'État sur la « justice administrative du XXI^{ème} siècle » », *RDP*, n° 5, 2017, p. 1170.

⁶³⁶ Préface de Prosper WEIL, Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. X.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. X.

⁶³⁸ François RIGAUD, *La loi des juges*, *op. cit.*, p. 65.

juge fait usage de la méthode de « l'assouplissement des textes »⁶³⁹. Cette souplesse porte tant sur l'application de ces textes (A), que sur les précisions qui leur sont apportées au fil de la jurisprudence (B).

A) Des méthodes témoins de la variabilité d'utilisation des textes

Nous évoquons que le juge dispose d'une certaine liberté en cas de silence des textes. Dans certains cas, le législateur prévoit un principe, mais ne précise pas sa définition. Ce cas de figure est courant en droit administratif, il convient de prendre l'exemple de l'acte réglementaire. Identifié au sein du code de justice administrative⁶⁴⁰, ce type d'acte ne présente pas de classification précise de ce qu'il recouvre⁶⁴¹. Toutefois, en raison des questions de compétence en cas de contentieux, et du fait que « l'acte réglementaire est susceptible d'être mis en cause à tout moment »⁶⁴², sa définition présente un enjeu important pour le juge. Résumée parfois en ces termes d'acte « général et impersonnel »⁶⁴³, cette définition présente des difficultés d'application, qui se retranscrivent dans la jurisprudence du Conseil d'État. Pour dessiner les contours de cette définition, le juge s'est ainsi permis d'ajouter un critère supplémentaire : celui de l'organisation du service public. Par l'arrêt *Commune de Clefcy*, le juge affirme, en des termes clairs : un acte ayant « pour objet l'organisation même d'un service public ; [...] revêtait ainsi un caractère réglementaire »⁶⁴⁴.

Le terme « ainsi » est employé par le juge pour rendre compte de sa déduction. L'emploi de ce terme permet de comprendre que le juge n'entend pas justifier sa position autrement que par son simple constat. Si l'acte vise à organiser par lui-même un service public, en découle son

⁶³⁹ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, op. cit., p. 171.

⁶⁴⁰ Article R. 311-1 CJA, alinéa 2 : « Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale ».

⁶⁴¹ Précisons tout-de-même que de nombreux articles encadrent notamment les modalités de son entrée en vigueur (L. 221-2 et s. CRPA), sa modification, son retrait ou son abrogation (L. 242-1 et s. CRPA).

⁶⁴² Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *AJDA*, 2018, p. 1206.

⁶⁴³ Définition reprise par la doctrine, ces critères sont cités par Raymond Odent, *Contentieux administratif*, réimp. Dalloz, 2007, t. I, p. 867, cité par Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *AJDA*, 2018, p. 1206. Nous pouvons également citer les éléments de caractérisation de l'acte réglementaire selon Jean Lessi : « sa généralité, son caractère impersonnel, et généralement mais pas toujours, sa permanence. Jean LESSI, « L'organisation du service public comme critère de l'acte réglementaire », *RFDA*, 2016, p. 1107.

⁶⁴⁴ CE Sect., 13/06/1969, *Commune de Clefcy*, n° 76261, concl. Rigaud.

caractère réglementaire. Une telle déduction lui permet d'affirmer explicitement les critères qu'il entend regarder à propos des actes qui lui seront soumis. De surcroît, par une telle méthode, le juge se détache du critère d'acte à portée « générale et impersonnelle »⁶⁴⁵, et affirme son souhait de le remplacer par celui de l'organisation du service public. Cette méthode sera déployée dans de nombreux autres arrêts⁶⁴⁶, témoin d'une interprétation très souple de l'acte réglementaire⁶⁴⁷.

Cette même déduction s'opère dans l'arrêt *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*⁶⁴⁸, cette fois dans un sens différent. Le juge précise que « l'acte, dépourvu de caractère général et impersonnel, [...] n'a pas, par lui-même, pour objet l'organisation d'un service public et ne revêt donc pas un caractère réglementaire ». Outre le revirement de jurisprudence qui intéressera la doctrine⁶⁴⁹, cet arrêt rend compte de deux mouvements opérés par le juge. D'abord, il représente une « nouvelle illustration des incertitudes de la jurisprudence »⁶⁵⁰. Ensuite, il rend compte de la « plasticité »⁶⁵¹ des notions employées par le juge. Le fait de disposer de la faculté de dessiner les contours des principes dont il fait usage lui permet de les articuler au fil de sa jurisprudence. L'étendue de la marge de jeu qui lui est ainsi conférée se matérialise en des formules, il convient de tenter de les mesurer.

B) Des méthodes témoins de la variabilité des définitions des textes

Dans l'appréciation du caractère réglementaire d'un acte administratif, il est nécessaire de prendre en compte le contexte posé par l'arrêt *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*⁶⁵². Le juge fait usage des formules que nous évoquions pour se détacher du critère de la portée générale et

⁶⁴⁵ Jean LESSI, « L'organisation du service public comme critère de l'acte réglementaire », *RFDA*, 2016, p. 1107.

⁶⁴⁶ A titre d'exemple, voir l'arrêt CE Sect., 03/12/1976, n° 95769, concl. Gentot., dans lequel la formule de l'arrêt *Commune de Clefcy* est employée à l'identique.

⁶⁴⁷ Exemples : CE Sect., 27/07/2001, n° 224032, concl. Mitjavile, dans lequel le juge précise que le simple fait que l'acte « touche l'organisation du service public, a le caractère d'un acte réglementaire » ; Autre exemple, par lequel l'acte touche personnellement un aéroport, mais est considéré comme réglementaire car portant organisation d'un service public : CE 8/9 SSR, 21/08/1996, n° 170221 / n° 170223 / n° 170243 / n° 177521 / n° 177529, concl. Arrighi de Casanova.

⁶⁴⁸ CE Sect., 01/07/2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082, concl. Lessi.

⁶⁴⁹ Les références sont nombreuses, citons simplement l'article d'Elise UNTERMAIER-KERLEO, « La double définition de l'acte réglementaire. Encore des zones d'ombre ! », *AJDA*, 2017, p. 1725.

⁶⁵⁰ Fabrice MELLERAY, « Qu'est-ce qu'un acte réglementaire ? », *AJDA*, 2018, p. 2082.

⁶⁵¹ Pierre SOLER-COUTEAUX, « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p.400., cité par Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Thèse précitée, p. 17.

⁶⁵² CE Sect., 01/07/2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082, concl. Lessi.

impersonnelle de l'acte, et le remplacer par celui de l'organisation du service public. Dans d'autres arrêts, rendus sensiblement à la même période, le juge décide de s'écarter une fois encore des critères qu'il a lui-même posé. Il arrive parfois au juge de simplement affirmer que les actes litigieux « ne revêtent pas le caractère d'actes réglementaires »⁶⁵³, sans poser les critères qui ne seraient pas présents en l'espèce. Il n'est pas uniquement question pour le juge de créer des critères de qualification pour l'acte réglementaire : il est également en mesure de choisir de ne pas appliquer ces critères. Ainsi, quand Yves Gaudemet discutait de la méthode de « l'assouplissement des textes »⁶⁵⁴, il est dans notre cas nécessaire de ne pas voir la souplesse uniquement dans la définition d'une notion, mais aussi dans son emploi. Le juge nuance avec progressivité ses positions au fil des affaires qui lui sont soumises, il construit à « petit pas »⁶⁵⁵ sa jurisprudence.

Il se laisse porter par ses libertés, sans freiner « la machine *Commune de Clefcy* »⁶⁵⁶, qui l'amènera à en faire usage dans des proportions encore différentes. Par l'arrêt *SAGESS*⁶⁵⁷, le juge discutera le caractère réglementaire d'un arrêté. Sont examinés alternativement « d'une part » le critère de la portée générale et impersonnelle, et « d'autre part » celui de l'organisation du service public. Ces deux critères étant jugés absents en l'espèce, il n'y a pas lieu de reconnaître le critère réglementaire de l'arrêté litigieux. Cette formule « d'une part ; d'autre part » rend compte du regard nouveau que le juge porte sur la définition dont il est pourtant à l'origine. Une certaine « confusion »⁶⁵⁸ se répand sur la question de la définition de l'acte réglementaire. Le juge semble être le point de départ de la « plasticité »⁶⁵⁹ des notions que nous évoquons, par des méthodes informelles lui permettant de justifier ses positions.

⁶⁵³ Les exemples sont nombreux, voici quelques illustrations : CE Sect., 01/07/2016, *Commune d'Emerainville*, n° 363047, concl. Daumas, considérant 7. ; CE 3^{ème} Chambre, 31/07/2019, n° 416005, concl. Cytermann ; CE 3^{ème} et 8^{ème} Chambres réunies, 21/10/2016, n° 390052, concl. Daumas.

⁶⁵⁴ Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, op. cit., p. 171.

⁶⁵⁵ Expression empruntée à Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, op. cit., p. 61.

⁶⁵⁶ Conclusions de M. Jean LESSI, sous l'arrêt CE Sect., 01/07/2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082, p. 10.

⁶⁵⁷ CE 9^{ème} et 10^{ème} Chambres réunies, 19/06/2017, *Société anonyme de gestion et de stocks de sécurité (SAGESS)*, n° 403316, concl. Nicolazo de Barmon.

⁶⁵⁸ Quentin ALLIEZ, « Une définition de la clause réglementaire ? Oui. Une simplification du contentieux ? Non. », *AJDA*, 2018, p. 1168.

⁶⁵⁹ Pierre SOLER-COUTEAUX, « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », *Gouverner, administrer, juger*, Liber amicorum Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002, p.400., cité par Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Thèse précitée, p. 17.

Ces incertitudes se poursuivront dans le temps au sein de nombreux arrêts, pour lesquels le juge appliquera parfois uniquement le critère de la portée générale et impersonnelle⁶⁶⁰, ou à l'inverse, exclusivement le critère du lien avec l'organisation du service public⁶⁶¹. Si cette confusion peut être perçue comme une « simplification contentieuse manquée »⁶⁶², elle exprime dans notre étude une autre fonction de l'utilisation des formules du juge. Certes, elles permettent d'explicitier le raisonnement du juge⁶⁶³, mais elles rendent surtout compte de l'étendue de la liberté dont il dispose dans l'appréhension des notions qu'il emploie. Les formules du juge, méthodes informelles, ne sont limitées donc pas à être un simple outil : elles sont des témoins de cette liberté, témoins de cette flexibilisation des principes opérée par le juge.

§2 : Un pouvoir nuancé dans l'interprétation des textes

Le pouvoir créateur du juge est nuancé pour plusieurs raisons. Nous avons confronté les raisons théoriques, qui ne laissent la place à un juge créateur de droit, aux exigences pratiques, d'un droit qui « ne peut être figé »⁶⁶⁴. Il est d'abord nécessaire de s'entendre sur la définition du « pouvoir créateur » qui serait confié au juge, lui permettant d'adapter le droit dans le temps. L'exercice du pouvoir créateur correspond notamment à la faculté confiée au juge de reconnaître et d'affirmer un principe, et de s'en servir de fondement pour rendre sa décision. En ce sens, cette fonction de création de droit n'est pas nécessairement synonyme d'invention de principe. Elle correspond à la capacité du juge d'identifier informellement la présence de ce principe dans l'affaire qui lui est soumise, et l'opportunité de l'affirmer. Il convient d'étudier des exemples de méthodes du juge, par lesquelles il identifie lui-même les principes fondant sa décision (A), et d'en nuancer l'application dans le temps au fil de ses positions jurisprudentielles (B).

⁶⁶⁰ Par exemple, voir l'arrêt CE 1^{ère} Chambre, 16/03/2020, n° 433228, n° 431315, concl. Sirinelli

⁶⁶¹ En ce sens, voir le raisonnement du juge des référés dans l'affaire CE référé, 19/05/2023, n° 473873. Le juge y affirmera que l'acte litigieux est relatif au fonctionnement d'un service public, et non pas à son organisation, d'où il suit qu'il soit dépourvu de caractère réglementaire.

⁶⁶² Quentin ALLIEZ, « Une définition de la clause réglementaire ? Oui. Une simplification du contentieux ? Non. », *AJDA*, 2018, p. 1168.

⁶⁶³ Véritables outils du juge, elles permettent de clarifier un raisonnement : exemple de l'expression « d'une part ; d'autre part », qui permet d'y voir une analyse alternative de deux critères, que l'on peut interpréter comme représentant une valeur égale aux yeux du juge.

⁶⁶⁴ Jean-Marie RAINAUD, « Le passé. Présentation », in « 50^{ème} anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2007, p. 229.

A) Une flexibilité dans l'identification des principes fondant sa décision

Le pouvoir créateur du juge est tel que la doctrine qualifie parfois la jurisprudence de « source principale du droit »⁶⁶⁵. Le juge n'a pas manqué d'illustrer cette idée au fil de sa jurisprudence. Par l'arrêt *Dame veuve Trompier-Gravier*⁶⁶⁶, le juge pose un principe général de respect des droits de la défense, dès lors que la décision administrative présente une sanction à l'encontre de son destinataire, et qu'elle revêt une certaine gravité⁶⁶⁷. Cette position sera assignée aux « principes généraux du droit » un an plus tard, dans l'arrêt *Aramu*⁶⁶⁸. Les principes généraux du droit représentent une expression du pouvoir créateur : ces principes sont « créés ou découverts »⁶⁶⁹ par le juge. Cette idée de création ne fait pas l'unanimité dans la doctrine, qui considère parfois que le principe n'est simplement « découvert »⁶⁷⁰ par le juge. En ce sens, son identification ne proviendrait pas d'une volonté du juge, mais simplement de l'opportunité flagrante de pouvoir l'affirmer⁶⁷¹. Auteur ou non, le simple fait pour le juge de se saisir de sa liberté d'apprécier l'existence dans une espèce dudit principe retient notre attention. Cette réflexion doit alors être nuancée : face à un principe général du droit, le juge ne poursuit pas un rôle de créateur, mais uniquement d'observateur. Il se saisit de l'opportunité du principe qui semble se présenter de lui-même face à lui, et l'explicite en l'assimilant à la grande catégorie des « principes généraux du droit ». Cependant, il reste libre de les identifier, de les préférer à l'emploi d'un principe législatif⁶⁷², mais demeure limité par la portée de ces principes, considérée comme infra-législative⁶⁷³. Dans ce cas, la flexibilité du juge ici recherchée ne se

⁶⁶⁵ Philippe MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi, in *Mélanges offerts à René Savatier*, *op. cit.*, p. 620.

⁶⁶⁶ CE Sect., 05/05/1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, concl. Chenot.

⁶⁶⁷ Il s'agit de l'analyse retenue par le Conseil d'État lui-même, à propos de l'arrêt précité.

⁶⁶⁸ CE Ass., 26/10/1945, *Sieur Aramu*, n° 77726, RDP n° 17088. ; *Lebon* 2013 ; Ce mouvement a également été commenté par Guillaume PROTIERE, Fiche 17. Les principes généraux du droit, in *Fiche de Droit administratif*, 2018, p. 105. ; Giles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁶⁹ Guillaume PROTIERE, Fiche 17. Les principes généraux du droit, in *Fiche de Droit administratif*, 2018, p. 105

⁶⁷⁰ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, coll. Domat, Montchrestien 8^{ème} éd., 2013, p. 108., cité par Pierre TIFINE, « Droit administratif français – Deuxième partie – Chapitre 1 – Section V », *Revue générale du droit on line*, 2013, n° 5630.

⁶⁷¹ Proposons un parallèle avec l'interprétation. Tout texte dispose d'un sens initial, l'interprétation du juge est déclarative de ce sens, et non constitutive d'un sens nouveau (selon OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, Retour sur l'interprétation, *op. cit.*, p. 79.). Lorsque le juge interprète, il vise à expliciter ce sens. Ainsi, dans le cas d'un principe général du droit, il y a, selon cette même idée, de le mettre en exergue plutôt que de le créer. Ce principe est alors explicité, puis élevé au rang de « normes jurisprudentielles créées par le juge », selon Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁷² Selon Danièle LOCHAK, le juge administratif est libre d'employer le droit issu du législateur, autant que celui issu de sa propre jurisprudence. Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁷³ C'est ce qu'affirmait le président Odent dans son cours de contentieux administratif : ces principes ont une « une valeur inférieure à celle de la loi », éditions 1957-1958, cité par Bruno GENEVOIS, Mattias GUYOMAR,

trouve pas réellement dans un pouvoir créateur, mais plutôt dans sa faculté d'identifier un principe dans une affaire plutôt qu'une autre. De très nombreux exemples⁶⁷⁴ ressortent de la jurisprudence, devenant ainsi de véritables « éléments constitutifs du droit administratif »⁶⁷⁵.

Ces quelques exemples rendent compte du fait que les méthodes informelles du juge englobent également le fait de reconnaître dans une espèce un principe général du droit. Par cette méthode, le juge flexibilise, ou du moins, dessine les contours des principes existants. Il convient de citer l'exemple du droit de mener une vie familiale normale. Par un arrêt *Gisti*⁶⁷⁶, le juge administratif reconnaît, par le prisme des principes généraux du droit, qu'il « résulte du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ». L'invocation des principes généraux du droit ne doit pas être appréhendée sous l'unique angle d'une invocation créatrice de droit. De façon très concrète, le juge en fait usage pour consacrer des droits qui, de toute évidence, auraient dû être consacrés. C'est la raison pour laquelle la doctrine évoque le fait que le juge « découvre » le principe en l'espèce, et qu'il n'en est pas l'auteur. Il est possible de se questionner si cette méthode du juge ne reviendrait pas à lui permettre de soumettre aux pouvoirs publics l'expression de son éthique⁶⁷⁷, procédé qui lui est traditionnellement proscrit⁶⁷⁸.

La liberté informelle dont dispose le juge ne semble être créatrice que dans sa finalité. Dans le cas des principes généraux du droit, le juge identifie un principe préexistant, et lui accorde la place qu'il est censé occuper, pour ainsi l'employer. La flexibilité du juge se limite ici à l'identification de ces principes, il convient d'étudier la flexibilité dont il dispose pour les apprécier.

Principes généraux du droit : panorama d'ensemble - Titre 3 : Portée des principes généraux du droit, in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2017, p. 232.

⁶⁷⁴ Quelques exemples sont cités par Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 134 et s ; ou encore par Giles DUMONT, Jean SIRINELLI, *Droit administratif, op. cit.*, p. 43. Notons à titre d'exemple, à propos de l'interdiction de licencier une femme enceinte occupant un poste d'agent public, CE Sect., 08/06/1973, *Mme Peynet*, n° 80232, concl. Grévisse.

⁶⁷⁵ Bernard STIRN, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État », Séminaire sur les principes généraux du droit en droit national, européen et international, 15 et 16 février 2018.

⁶⁷⁶ CE Ass., 08/12/1978, *GISTI*, n° 10097, n° 10677, n° 10679, concl. Dondoux.

⁶⁷⁷ Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 281-282.

⁶⁷⁸ Premièrement, parce que le juge n'a pas à s'immiscer dans la vie politique (selon Pierre DRAI, « Interview », *Le Figaro*, 28 juin 1989, cité par Alain BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes, op. cit.*, p. 192.) ; ensuite, parce qu'il « n'appartient pas au juge de se substituer aux pouvoirs publics pour y déterminer une politique publique », selon CE Ass., 11/10/2023, *Amnesty International France et autres*, n° 454836, concl. De Moustier, considérant 8.

B) Une flexibilité dans l'appréciation des principes fondant sa décision

Est immédiatement opposée à la conception selon laquelle le juge apprécie de façon flexible les principes qu'il emploie une série de problématiques. Sans revenir sur celles portant sur sa légitimité, comment s'assurer que le juge demeure objectif⁶⁷⁹ et indépendant⁶⁸⁰, dès lors qu'il apprécie avec souplesse les principes dont il fait usage pour rendre sa décision. S'élèvent également la question de la prévisibilité de la justice. La flexibilité du juge ne doit pas conduire à ce que le juge puisse traiter différemment deux affaires similaires. Cette liberté ainsi nuancée représenterait « le cran d'arrêt ultime empêchant la chute dans l'arbitraire absolu »⁶⁸¹. Cette réflexion est au cœur de ce propos : comment placer le curseur entre la flexibilité du juge, garante d'un droit adapté et précisé dans le temps, et la prévisibilité de sa position, garante quant à elle de stabilité, mais aussi de rigidité. Nous évoquons les enjeux de cet équilibre, et la part inévitable de l'insécurité dans le fait de rendre justice, il convient maintenant de l'explicitier en s'appuyant sur un exemple : la formation de l'Assemblée du contentieux. Il est admis qu'elle se positionne sur les affaires les plus importantes qui, « eu égard à leur retentissement sur l'activité des pouvoirs publics ou auprès de l'opinion, appellent une solennité particulière »⁶⁸².

Est alors apprécié le retentissement de l'affaire, il convient de se fonder sur un exemple d'un arrêt dans lequel le juge flexibilise les principes applicables, dans cas considéré comme « sensible politiquement »⁶⁸³ par la doctrine, à propos des élections régionales d'Ile-de-France. Cet arrêt⁶⁸⁴ portait sur un recours à l'encontre des opérations électorales du conseil régional en Ile-de-France, ayant eu lieu entre le 14 et le 21 mars 2010. Il était question du prononcé d'une sanction d'inéligibilité d'un candidat, qui n'avait pas chiffré dans ses comptes de campagne certains messages publicitaires présentant selon le juge un caractère promotionnel. Les mois qui se sont écoulés du fait d'une réouverture d'instruction et de la formation d'une question prioritaire de constitutionnalité, ont laissé s'ajouter un nouvel élément au débat : la survenue

⁶⁷⁹ « L'objectivité du juge, telle qu'on l'entend habituellement, n'est qu'un leurre », selon Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 241.

⁶⁸⁰ Il y a une tradition qui vise à penser qu'avec le droit « on quitte le terrain chaotique du politique pour accéder à l'espace apaisé du juridique », selon Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALLIER, Danièle LOCHAK, Thomas PERROUD (Dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸¹ Benoît FRYDMAN, Guy HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 13.

⁶⁸² Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁸³ Jean-Claude DOUENCE, « Elections », *Annuaire des Collectivités Locales*, 2012, n° 32, p. 367.

⁶⁸⁴ CE Ass., 04/07/2011, *Elections régionales d'Ile-de-France*, n° 338033, concl. Geffray.

d'une réforme législative. Le législateur est animé par la volonté de « rationaliser et de simplifier »⁶⁸⁵ les dispositions ici en cause, que le juge va apprécier avec une certaine flexibilité. Reprenant les indications de son rapporteur public, le juge précise que l'inéligibilité est une sanction qui revêt un caractère de punition⁶⁸⁶. En ce sens, le juge se doit d'apprécier l'éventualité du caractère plus souple de la loi nouvelle ainsi invoquée, il convient d'étudier la flexibilité de son approche. Le rapporteur public le rappelle, « pour l'appréciation du caractère plus sévère ou plus doux de la loi pénale nouvelle, c'est bien sûr la peine maximale qu'il convient de prendre en compte », ici aggravée par la loi invoquée en l'espèce⁶⁸⁷. Or, cette loi est dite « complexe » par le rapporteur public, car elle comporte à la fois des dispositions plus souples et plus sévères⁶⁸⁸. Le juge administratif opte ainsi pour un raisonnement téléologique⁶⁸⁹, et estime qu'il y a lieu d'appliquer uniquement les dispositions plus souples de la loi nouvelle, pourtant globalement plus sévère. Le juge fait ainsi prévaloir sa propre appréciation du texte sur celle du législateur⁶⁹⁰. Sa flexibilité ne relève de la création de droit qu'au regard de sa finalité : le juge s'appuie sur le texte, mais l'apprécie selon sa propre volonté.

Le pouvoir créateur du juge est à nuancer, non pas sur son ampleur, mais sur la forme dans laquelle il se matérialise. Il ne s'agit pas pour le juge, dans les exemples que nous avons cités, d'inventer des principes ou de créer des fondements nouveaux, mais plutôt de justifier l'existence de ces fondements dans les faits de l'espèce, ou dans l'intention du législateur à l'origine d'une loi nouvelle. Le juge flexibilise le droit en étant le « guide »⁶⁹¹ de son application, il convient d'étudier maintenant les méthodes qu'il déploie pour en assurer l'adaptation dans le temps.

⁶⁸⁵ Richard GHEVONTIAN, « Le contentieux des élections régionales en Île-de-France : tout ça pour ça », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4, n° 88, p. 878.

⁶⁸⁶ Le rapporteur public Edouard Geffray se fonde sur CE Sect., Avis, 28/07/1993, n° 147104.

⁶⁸⁷ Il précise que doit être regardé comme une loi plus douce « une loi qui supprime une incrimination, en réduit le champ, la soumet à des conditions nouvelles, ou encore prévoit qu'il est tenu compte de l'intention de son auteur (Cass. Crim. 29/02/1988, Bull. n° 102) ».

⁶⁸⁸ En ce cas, le juge est tenu d'apprécier si « les dispositions sont divisibles ou pas », toujours selon le rapporteur public Edouard Geffray. Si le juge estime que les dispositions de la loi sont indivisibles, il doit appréhender la loi dans sa globalité. S'il estime qu'elles sont divisibles, il admettra la rétroactivité de celles jugées plus souples.

⁶⁸⁹ Jean-Claude DOUENCE, « Elections », *Annuaire des Collectivités Locales*, 2012, n° 32, p. 368.

⁶⁹⁰ Bertrand MATHIEU, Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 47.

⁶⁹¹ « Juger, c'est à la fois être un rempart et un guide », selon Gaëlle DUMORTIER, *rapports d'activité du Conseil d'État*, 2020.

Section 2 : La construction d'un droit en adéquation avec les circonstances de son temps

Comme nous avons pu l'observer précédemment, que le juge redéfinit les contours de son office, et plus généralement ceux du droit qu'il emploie, au fil de sa jurisprudence. Cette faculté de nuancer progressivement le droit vise à éviter qu'il soit « passéiste »⁶⁹², faculté traditionnellement accordée au législateur⁶⁹³. A l'évidence : le législateur, par des lois nouvelles, actualise sans cesse le droit, là où le juge, par sa jurisprudence, « adapte le droit vivant à mesure des cas »⁶⁹⁴. Lorsque le législateur poursuit cette finalité par l'édiction d'une loi nouvelle au cours d'une affaire, le juge est tenu, dans des cas bien précis, d'en tenir compte. Il s'agit pour lui de faire correspondre sa décision avec les préoccupations actuelles du législateur, exprimées en une loi nouvelle.

Une décision du Conseil constitutionnel illustre cette idée, rappelant l'intérêt pour le juge d'appliquer une loi pénale plus douce survenue après les faits⁶⁹⁵. Ainsi, le juge est tenu de laisser une place dans son raisonnement à l'éventualité d'une incertitude inopinée : un changement imprévu de fondement, reflétant une évolution de la volonté du législateur, dont il ne peut se détacher⁶⁹⁶. L'idée d'un droit adapté aux circonstances de temps nouvelles est une nécessité pour le droit de « suivre le rythme de son temps »⁶⁹⁷. Ainsi, il incombe au juge d'appréhender ces circonstances temporelles dans lesquelles l'affaire se situe, illustrées parfois par une loi nouvelle (§1). En l'absence d'une telle loi, il revient au juge d'apprécier ces dites circonstances. Il recherche, par des raisonnements et méthodes informels, les exigences du contexte de l'affaire (§2).

⁶⁹² Magalie BOUTEILLE-BRIGANT, Pour un « transjuridisme » ?, in *La justice prédictive*, *op. cit.*, p. 304.

⁶⁹³ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *op. cit.*, p. 63-64.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁶⁹⁵ « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Qu'en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ». CC 20/01/1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté*, n° 80-127 DC, §75.

⁶⁹⁶ Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.

⁶⁹⁷ Il convient ici de reprendre les propos de Bernard STIRN, Structure, magistrats et procédures : les transformations de la justice administrative, Discours prononcé le 13 octobre 2017 lors de l'audience solennelle de rentrée du Tribunal administratif de Caen.

§1 : L'appréciation des circonstances de temps

Le contentieux administratif est marqué par un « mouvement global de transformation et d'affinement de l'office du juge administratif dans un souci de bonne administration de la justice, de réalisme et de respect des garanties reconnues aux justiciables »⁶⁹⁸. Nous avons étendu cette idée à l'affinement du droit de façon générale, par l'œuvre du juge. Lorsque le droit est précisé au fil des réformes et jurisprudences, il s'adapte aux circonstances temporelles nouvelles. « Le juge ne fait que traduire, dans sa jurisprudence, les options idéologiques dominantes dans ce milieu »⁶⁹⁹.

Le juge se saisit des circonstances temporelles de l'affaire afin de proposer une réponse adaptée. Par divers raisonnements et méthodes, il flexibilise le droit pour s'assurer qu'il corresponde à ces circonstances. L'édiction d'une loi nouvelle reflète les préoccupations actuelles du législateur, auxquelles doit se rattacher une décision de justice se voulant adaptée dans le temps. Les modalités de son application, sur lesquelles le juge garde la main par des méthodes informelles (B), lui confèrent la possibilité d'inscrire sa décision en conformité avec cette loi. Elle représente ainsi une véritable faculté d'adaptation de la décision dans le temps (A).

A) Une opportunité d'adaptation d'une décision dans le temps

Pour s'inscrire en conformité avec les exigences de son temps, le juge est au cœur de plusieurs influences. Il n'est pas tenu « de lire la doctrine »⁷⁰⁰, mais au moins d'entendre le « contexte politique dont il ne peut faire abstraction : l'état de l'opinion, les exigences gouvernementales »⁷⁰¹. Bien que le droit administratif puisse être regardé sous l'angle d'un droit politique⁷⁰², il en va d'une exigence de l'Etat de droit qu'il ne soit pas soumis à une telle influence⁷⁰³. Le contexte de l'affaire sert au juge à cerner les circonstances de temps en

⁶⁹⁸ Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse précitée, p. 127.

⁶⁹⁹ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 322.

⁷⁰⁰ Georges VEDEL, « Jurisprudence et doctrine : deux discours », *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰¹ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁰² Olivier BEAUD, « L'Etat », *Traité de droit administratif*, sous la direction de Pascale Gonod, Fabrice Melleray, Philippe Yolka, Dalloz, 2011, p. 209., cité par Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALLIER, Danièle LOCHAK, Thomas PERROUD (Dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, 2019, p. 16.

⁷⁰³ Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 9.

conformité desquelles il doit insérer sa décision. Ce contexte est explicité par une loi nouvelle élaborée par le législateur, retranscrivant une évolution du regard qu'il porte sur une situation juridique. Pour illustrer la place que le juge accorde à ce changement, il convient de se fonder sur l'exemple de l'application singulière de la rétroactivité *in mitius* par le juge administratif. Le point de départ⁷⁰⁴ de cette appréciation singulière est illustré par la première étape d'une évolution jurisprudentielle retranscrite par Jacques Petit⁷⁰⁵. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel rend une décision par laquelle il précise que l'intérêt de l'application de la rétroactivité de la loi pénale plus douce se fonde sur le principe de nécessité des peines⁷⁰⁶. Il est alors question pour le juge d'appréhender l'opportunité de l'application de la loi nouvelle⁷⁰⁷. Malgré quelques appréciations dessinant une forme de raisonnement au cas par cas⁷⁰⁸, le juge s'assure de la conformité de sa décision aux préoccupations actuelles du législateur, qui se matérialisent par l'élaboration d'une loi nouvelle plus douce. La réception de la rétroactivité *in mitius* se précise à l'occasion d'une nouvelle décision du Conseil constitutionnel, jugeant cette fois-ci que ce principe de nécessité des peines s'étend à « toute sanction ayant le caractère d'une punition »⁷⁰⁹, punition qu'il appréciera souverainement⁷¹⁰. Jacques Petit affirmera que « la

⁷⁰⁴ Historiquement, le point de départ de cette appréciation est bien plus ancien, tel que rappelé par Claire Legras, reprenant A. Wermer, in Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public, *RDP.*, 1982, p. 740., pour affirmer que « la règle de la rétroactivité de la loi pénale plus douce a été exprimée pour la première fois par un avis du Conseil d'État du 28 Prairial An VIII aux termes duquel "en matière criminelle, il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence" ». Claire LEGRAS, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux, *RFDA*, 2009, p. 259., conclusions sur l'arrêt CE Ass., 16/02/2009, *Société ATOM*, n° 274000.

⁷⁰⁵ Jacques PETIT, « La rétroactivité *in mitius* », *AJDA*, 2014, p. 486.

⁷⁰⁶ Article 8 DDHC : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Il convient ici de reprendre le §75 de la décision précitée : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». CC 20/01/1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté*, n° 80-127 DC, §75. Cette décision élève par ailleurs le principe de rétroactivité *in mitius* au rang constitutionnel.

⁷⁰⁷ Le juge doit apprécier si le législateur a entendu supprimer une incrimination, ou simplement modifier la sanction qui est assortie à ce comportement, toujours jugé répréhensible. Jacques Petit indique en ce sens « que la règle de la *lex mitior* doit jouer quand la disparition d'une incrimination signifie que le législateur n'estime plus nécessaire de réprimer tel ou tel acte, elle ne vaut plus, au contraire, quand la suppression d'une sanction ne revêt pas cette signification mais résulte, par exemple, de l'abrogation de l'impôt auquel elle était liée ». Jacques PETIT, « La rétroactivité *in mitius* », *op. cit.*, p. 486.

⁷⁰⁸ Benjamin Defoort précise que « cette qualification s'applique à une loi qui « abroge une incrimination ou prévoit des peines moins sévères que la loi ancienne » (CE 17/03/1997, *Office des migrations internationales*, n° 124588 ; CE 11/02/2022, *Société Distribution Casino France*, n° 448372 ; CE 03/02/2021, *Société Aribus Helicopters*, n° 430130, CE 04/07/2001, *Élections régionales d'Île-de-France*, n° 338033, Benjamin DEFOORT, « La loi pénale plus douce devant le juge de cassation », *La Gazette du Palais*, 31/01/2023, n° 03, p. 7.

⁷⁰⁹ CC, 30/12/1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, n° 82-155 DC, §33 : « Considérant que le principe de non-rétroactivité ainsi formulé ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ».

⁷¹⁰ A titre d'exemple, il convient de relever l'avis contentieux CE Sect., Avis, 05/04/1996, *Houdmond*, n° 176611, dans lequel le juge estime qu'une majoration pour mauvaise foi « présentent le caractère d'une punition », alors que les « intérêts de retard n'ont pas le caractère d'une sanction mais celui d'une réparation du préjudice subi [...] ».

rétroactivité de la loi pénale plus douce a connu son heure de gloire jurisprudentielle »⁷¹¹ par l'arrêt *Société ATOM*⁷¹², par lequel le juge administratif rend compte de la spécificité son approche.

Avant de se pencher sur le détail des méthodes déployées par le juge pour réceptionner la rétroactivité *in mitius* dans les différentes branches de sa jurisprudence, il convient de porter un regard plus global sur cette évolution. Le juge administratif a flexibilisé son office pour être en mesure d'appliquer une loi pénale nouvelle plus douce⁷¹³. Par ce procédé, il s'est accordé la faculté de conformer sa décision avec les préoccupations nouvelles du législateur, exprimées par une loi plus souple survenue après les faits. Si d'apparence, cette capacité d'adaptation du droit semble bénéficier au justiciable⁷¹⁴, le juge s'en saisit pour y développer une « conception propre »⁷¹⁵ de ce principe. Il convient de s'arrêter un instant non pas sur les fonctions de ce principe, mais sur son appropriation par le juge, opportunité pour lui de flexibiliser plus encore son office et le droit qu'il emploie.

B) Une opportunité d'appropriation d'un principe

Si le juge, par les jurisprudences citées plus haut, assure l'application d'une loi pénale nouvelle plus douce, œuvre d'un législateur changeant son appréciation d'une situation juridique, il ne lui est pas pour autant subordonné. Le juge demeure libre dans l'appréciation des situations dans lesquelles la *lex mitior* est susceptible de s'appliquer. La portée de cette appréciation rend compte du fait que cette rétroactivité *in mitius* ne représente pas pour le juge l'unique possibilité d'adapter au mieux sa décision aux circonstances temporelles actuelles. Elle illustre également une opportunité pour le juge de flexibiliser, par des méthodes informelles,

⁷¹¹ Jacques PETIT, « La rétroactivité *in mitius* », *op. cit.*, *AJDA*, 2014, p. 486.

⁷¹² CE Ass., 16/02/2009, *Société ATOM*, n° 274000, concl. Legras.

⁷¹³ Dans l'arrêt CE Ass., 16/02/2009, *Société ATOM*, n° 274000, concl. Legras, il s'agissait pour le juge, alors saisi d'un recours pour excès de pouvoir, de statuer en tant que juge de plein contentieux. Cette transformation de la façon du juge de répondre aux requêtes qui lui sont adressées est explicitée par Damien BOTTEGHI, Alexandre LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, p. 156. : « Si le premier [juge de l'excès de pouvoir] statue à la date à laquelle la décision a été prise, le second [juge de plein contentieux] "se placera pour apprécier ce que doit être la décision de remplacement [...] à la date même à laquelle il se prononce", reprenant les propos de René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., § 259, p. 234.

⁷¹⁴ "en matière criminelle, il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence", selon A. Wermer, in Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public, *RDP.*, 1982, p. 740., cité par Claire LEGRAS, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux, *RFDA*, 2009, p. 259., conclusions sur l'arrêt CE Ass., 16/02/2009, *Société ATOM*, n° 274000.

⁷¹⁵ Jacques PETIT, « La rétroactivité *in mitius* », *op. cit.*, p. 486.

son office, et les contours de ce principe nouveau. Il convient de s'arrêter sur l'exemple de la spécificité du cadre de la répression disciplinaire.

Nous évoquions que la reconnaissance du caractère de punition d'une sanction soit à la discrétion du juge⁷¹⁶. Par l'arrêt *Guiton*, le juge administratif refuse d'appliquer une loi nouvelle plus douce, « eu égard à la nature propre de la répression disciplinaire »⁷¹⁷. Georges Vedel rappelait qu'un « sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens »⁷¹⁸ permettait au juge de trancher sans préciser sa justification : cette formulation du « eu égard » semble jouer un rôle similaire. Le juge témoigne d'une forme de « réticence »⁷¹⁹ dans la reconnaissance de la *lex mitior*, sans que les termes qu'il emploie n'en expliquent la raison⁷²⁰. Il faudra attendre près de quinze ans pour obtenir une explication du Conseil d'État à propos de la « spécificité »⁷²¹ de la répression disciplinaire : les conclusions de Rémi Keller sur l'affaire *Dahan*. Le rapporteur public précise que les sanctions disciplinaires sont « réservées à un groupe déterminé de personnes [...], elles concernent des personnes qui ont choisi d'entrer dans un groupe social organisé »⁷²². Le juge a donc été en mesure, dans l'arrêt *Guiton*, de se prononcer sans autre justification qu'un « eu égard », faisant découler de « la nature des choses »⁷²³ sa position. Demeurer ainsi dans l'incertitude lui a permis de préciser à l'occasion de certaines autres affaires les contours de l'application de ce principe d'essence de droit pénal. Il jugera d'abord dans l'arrêt *Voydeville*⁷²⁴ que le principe de légalité des délits et des peines n'est pas applicable en matière disciplinaire, avant de revenir sur cette position par l'arrêt *Petit*⁷²⁵. Sans entrer dans le détail de ces affaires, constatons que le juge administratif exerce un pouvoir d'appréciation d'une ampleur certaine. Le juge, toujours en quête d'un droit adapté dans le temps, nuance ce principe nouveau au fil de sa jurisprudence. D'abord pour des raisons de définition à propos de la répression disciplinaire, jusqu'à des questions de compétence : il convient d'illustrer cette

⁷¹⁶ Nous avons cité diverses positions du Conseil d'État, voir principalement : CE Sect., 05/04/1996, *Houdmond*, n° 176611 ; CE 17/03/1997, *Office des migrations internationales*, n° 124588.

⁷¹⁷ CE Sect., 08/11/1999, *Guiton*, n° 191630, concl. Salah-Baroux, considérant 3.

⁷¹⁸ Georges VEDEL, « Jurisprudence et doctrine : deux discours », *op. cit.*, p. 7.

⁷¹⁹ Marianne MOLINER-DUBOST, « A propos d'une autre "jurisprudence immobile" », *AJDA*, 2013, p. 1380.

⁷²⁰ Danièle Lochak précise que, dans certain cas, « La discrétion même du juge montre qu'il est conscient de la portée politique des décisions qu'il rend ». Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 152.

⁷²¹ Jacques PETIT, « La rétroactivité *in mitius* », *op. cit.*, p. 486.

⁷²² Conclusions de Rémi KELLER, sur l'arrêt CE Ass., 13/11/2013, *Dahan*, n° 347704, p. 9.

⁷²³ Expression empruntée à Danièle LOCHAK, qui l'employait pour expliquer que le juge se fonde parfois sur des textes lointains, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 86.

⁷²⁴ CE Sect., 30/03/2005, *Voydeville*, n° 254244, concl. Roul.

⁷²⁵ CE Sect., 12/10/2009, *Petit*, n° 311641, concl. Guyomar. ; Précisons que le rapporteur public Mattias Guyomar, page 11 de ses conclusions, conteste « le bien-fondé » des solutions *Guiton* et *Voydeville*, et présente au juge la « nécessité d'une évolution » de sa jurisprudence.

idée par l'exemple de l'arrêt *SAS KF3 Plus*. Dans cet arrêt, le juge affirme qu'il appartient au juge du fond d'appliquer la rétroactivité *in mitius*. Il étend cette compétence en ces termes : « il en va de même pour le juge de cassation »⁷²⁶. Il s'agissait pour le juge d'apprécier la portée de la rétroactivité *in mitius* dans son office : est alors jugé qu'une loi nouvelle plus douce intervenue postérieurement à la décision d'appel doit être prise en compte par le juge de cassation. Outre des conséquences sur la nuance du principe de l'autorité de la force jugée par cette décision⁷²⁷, le juge fait une nouvelle fois usage de ses méthodes d'appréciation pour poursuivre plusieurs enjeux.

Il se saisit d'abord de ce principe pour l'articuler dans les diverses branches spécifiques de son contentieux. Ensuite, et surtout, il se l'approprie pour permettre, d'une part, au justiciable de bénéficier d'une éventuelle loi nouvelle plus clémentine ; d'autre part, pour s'auto-confier une faculté nouvelle d'inscrire sa décision en conformité avec le regard actuel du législateur. Une loi nouvelle représente donc pour le juge à la fois une opportunité de s'y conformer, gage d'une décision inscrite en conformité des circonstances temporelles actuelles guidées par la loi nouvelle, qu'une occasion d'affirmer les spécificités des diverses branches de son contentieux.

Cependant, l'exemple étudié ici exige une loi nouvelle plus douce, rares sont les cas dans lesquels le juge dispose d'une telle opportunité. Le juge déploie de nombreuses méthodes informelles pour s'assurer de rendre une décision adaptée aux circonstances de temps de l'affaire en l'absence d'une loi nouvelle. Un nouveau champ d'appréciation s'ouvre alors au juge, il convient de s'y arrêter un instant.

§2 : L'adaptation du droit aux circonstances de temps

Flexibiliser le droit pour qu'il réponde aux circonstances de temps de l'affaire exige nécessairement l'appréciation de ces circonstances. En l'absence d'une loi nouvelle, le juge doit les apprécier seul, au croisement de nombreuses influences. Il n'est évidemment pas question

⁷²⁶ CE Sect., 07/10/2022, *SAS KF3 Plus*, n° 443476, concl. Guibé.

⁷²⁷ Benjamin DEFOORT, « La loi pénale plus douce devant le juge de cassation », *La Gazette du Palais*, 31/01/2023, n° 03, p. 7.

pour le juge d'opter pour l'arbitraire⁷²⁸ ou de prendre parti⁷²⁹, mais simplement de sous-peser le contexte dans lequel l'affaire se situe. Pour le juge, la prise en compte de ce contexte est une garantie de son adhérence à la société à laquelle il appartient⁷³⁰. Pour le justiciable, l'étude du contexte d'une décision est nécessaire pour la comprendre⁷³¹. Ainsi, la flexibilisation du droit par le juge ne dépend pas exclusivement de ses méthodes informelles : il est également question de sa faculté d'identifier le contexte dans lequel s'insère l'affaire qui lui est soumise. Souvent, il revient au rapporteur public de guider le juge dans l'appréhension des enjeux de l'affaire, et donc dans le déploiement de ses méthodes informelles de flexibilisation du droit (A). Ainsi, le juge rend sa décision en réponse directe à ce contexte : il s'agit ici d'une autre finalité des méthodes du juge qu'il convient d'identifier (B).

A) Une appréciation guidée

La construction d'un droit correspondant aux exigences de son temps nécessite naturellement que le juge cerne ces circonstances. Elles sont exposées par le rapporteur public, dont la mission est rappelée en ces termes par Jean-Marc SAUVÉ : « *exposer les questions que présente à juger le recours sur lequel il conclut et de faire connaître, en toute indépendance, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient* »⁷³². Le juge n'est pas tenu de suivre son rapporteur public, mais au moins d'entendre⁷³³ ses remarques, qui visent à attirer son attention « sur ce qui, d'après lui, devrait le plus logiquement être conclu, en fonction de sa propre vision

⁷²⁸ Par définition, l'arbitraire provient de la subjectivité, de la prise de position sans règle la fondant, selon Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*. Presses Universitaires de France, « Les voies du droit », 2005, p. 147. ISBN : 9782130543688.

⁷²⁹ Le fait pour le juge de ne pas prendre parti est une exigence pour rendre effectivement la justice, selon Vasleska BRAGA, « Les poids des "apparences" dans l'impartialité du juge administratif », *La Revue administrative*, Presses universitaires de France, n°356, 2007, p. 139.

⁷³⁰ Idée développée par Maryse DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 370.

⁷³¹ Joël GAUTIER, *Réflexions sur les décisions du juge français en dehors de la règle de droit*, in *Porosités du droit / Law's porosities*, Viviane Grosswald Curran (dir.), Paris, Collection colloques, Vol. 45, 2020, p. 267. ISBN : 978-2-36517-101-4

⁷³² Discours de Jean-Marc SAUVÉ, « Le rapporteur public dans la juridiction administrative », 28 juin 2016. Le vice-président du Conseil d'État reprend ainsi les termes exacts du juge administratif, employés pour la première fois dans l'arrêt *Gervaise* (CE 19/07/1957, Rec. 466), puis dans l'arrêt *Esclatine* (CE 29/07/1998, Rec. 320). Notons que ces termes sont repris à l'identique dans un arrêt plus récent : CE 6^{ème} et 5^{ème} Chambre, 07/03/2022, n° 443804, concl. Agnoux.

⁷³³ Selon la formule bien connue du juge « Après avoir entendu en séance publique », placée juste après le visa.

du droit administratif »⁷³⁴. Ainsi, l'informel ne se limite pas à la marge d'interprétation dont le juge se saisit face à la loi : le juge estime seul s'il convient de suivre son rapporteur public, exerçant sur lui une véritable autorité « morale »⁷³⁵. De ce fait, dès lors que « l'initiative des innovations jurisprudentielles »⁷³⁶ est parfois reconnue au rapporteur public, il n'est pas possible de simplement considérer que le juge demeure le seul acteur de la flexibilisation du droit. L'adaptation du droit aux circonstances temporelles de l'affaire provient parfois des propositions du rapporteur public, son « rôle »⁷³⁷ s'illustre dans de nombreux exemples concrets⁷³⁸.

Il convient d'illustrer cette idée par les conclusions de Jean Romieu sur l'arrêt *Martin*, dans lesquelles il soumet au juge l'idée selon laquelle sa position à propos du contrat administratif « n'est plus aujourd'hui en harmonie avec les tendances de votre jurisprudence la plus récente »⁷³⁹. Il lui est généralement attribué la théorie de l'acte détachable. Bien plus récemment, l'exemple de la spécificité du pouvoir de contrôle dans la commande publique, commentée par la doctrine⁷⁴⁰, dont l'articulation est développée par le rapporteur public Bertrand Dacosta, sur l'arrêt *Commune de Douai*⁷⁴¹. Ajoutons sur ce point que les définitions proposées par le rapporteur public seront abandonnées par le législateur, regroupant en un seul article les prérogatives de l'administration sur le contrat⁷⁴².

Nous constatons ainsi par ces quelques exemples que la question de la flexibilisation du droit dans le temps ne peut se limiter au constat des formules informelles déployées par le juge. Il est soumis à de nombreuses influences, lui suggérant une position à prendre, mais surtout, lui permettant de cerner les enjeux de la question qui lui fait face. Le juge « balance selon les

⁷³⁴ Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, Une ethnographie du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 17.

⁷³⁵ Michaël REVERT, « Positionnement du rapporteur public et des parties dans le procès administratif : théorie(s) et pratique », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 268.

⁷³⁶ Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 38.

⁷³⁷ Bruno Latour cerne ce l'ambivalence de ce rôle par ces termes : « On dirait que le commissaire joue tantôt le rôle d'un père grondant un enfant, tantôt celui d'un haruspice interrogeant les viscères d'une bête immolée, tantôt celui d'un dompteur cherchant à faire sauter un lion à travers un cerceau enflammé ». Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 178.

⁷³⁸ Il convient d'illustrer cette idée par un discours de Jean-Marc SAUVÉ, le 19 avril 2011, lors de la cérémonie organisée à l'occasion de la parution du livre d'hommage au président Braibant (Bruno GENEVOIS, *Guy Braibant, juriste et citoyen*, Dalloz, Paris, 2011, 296 p.). Sont alors cités de très nombreux exemples : « le président Braibant s'est attaché à le faire progresser, en œuvrant pour le développement de ce qui fait sa force et sa pertinence. [...] il a bien sûr contribué à clarifier ou faire évoluer de nombreuses constructions jurisprudentielles [...] ».

⁷³⁹ Conclusions du rapporteur public Jean Romieu, sur l'arrêt CE 04/08/1905, *Martin*, n° 14220, *rec.* p. 749.

⁷⁴⁰ Fabrice MELLERAY, Rozen NOGUELLOU « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA*, 2019 p. 381.

⁷⁴¹ CE Ass., 21/12/2012, *Commune de Douai*, n° 342788, concl. Dacosta.

⁷⁴² Article L. 6, Code de la commande publique.

époques entre deux logiques, souplesse ou fermeté [...] »⁷⁴³, et ne limite plus sa jurisprudence à une simple « réponse pragmatique » à ses besoins⁷⁴⁴. Sa décision sera la synthèse des influences qui pèsent sur lui. Bien que la flexibilisation du droit dans le temps ne semble donc pas être l'œuvre d'un seul, il convient d'identifier des exemples concrets de flexibilisation, en réponse directe à un contexte apprécié par le juge lui-même.

B) Une appréciation adaptée

Nous évoquons jusqu'à présent les cas dans lesquels le juge se trouve guidé pour apprécier les enjeux de l'affaire, par son rapporteur public, ou par le législateur. Dans de nombreux cas, le juge flexibilise le droit par ses méthodes en réponse à un contexte. La décision ainsi rendue témoigne de la position du juge à l'égard des circonstances temporelles dans lesquelles s'inscrit l'affaire. Par ses flexibilisations, le juge emporte diverses innovations. Il convient de citer l'exemple du principe de la compétence de l'auteur d'un acte, duquel le juge fonde la théorie du fonctionnaire de fait⁷⁴⁵. Dans un autre « mouvement jurisprudentiel »⁷⁴⁶, le juge a eu l'occasion d'exprimer sa conception très libérale de l'intérêt à agir⁷⁴⁷. Notons surtout que par ce mouvement, le juge a transformé l'importance de son appréciation des circonstances de l'espèce. Il devait autrefois apprécier le caractère « exceptionnel »⁷⁴⁸ des circonstances de l'espèce, justifiant la dérogation à un principe, il n'appréciera par la suite que des circonstances « particulières »⁷⁴⁹. Le juge dessine au fil de sa jurisprudence l'importance de ces circonstances

⁷⁴³ Philippe YOLKA, « Vers une exception de référé parallèle ? », *AJDA*, 2004, p. 57.

⁷⁴⁴ Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 52-82.

⁷⁴⁵ CE Ass., 02/11/1923, *Assemblée des fonctionnaires de l'administration centrale des Postes et télégraphes*, *Rec.*, p. 699., méthode du juge étudiée et citée par Chloé PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Thèse précitée, 2018, p. 91.

⁷⁴⁶ L'arrêt *Casanova* (CE 29/03/1901, *Casanova*, n° 94580, Rec. 780.) en est le point de départ, cette conception s'est étendue tout au long du XXème siècle. Cet arrêt sera suivi des arrêts CE 21/12/1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Crois de Segyet Tivoli*, n° 19167 ; puis CE 28/12/1906, *Syndicats des patrons coiffeurs de Limoges*, n° 25521. Cette évolution est commentée notamment par Fabrice MELLERAY, qu'il qualifiera de « mouvement jurisprudentiel », Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, p. 170.

⁷⁴⁷ Fabrice MELLERAY y verra une « politique jurisprudentielle libérale », *Ibid.*, p. 171.

⁷⁴⁸ CE 29/03/1901, *Casanova*, n° 94580, Rec. 780.

⁷⁴⁹ CE 30/05/1930, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, n° 6781, concl. Josse.

dont il est le seul interprète⁷⁵⁰. L'analyse des formules qu'il emploie illustre cette idée, en témoigne notamment l'arrêt *Ville nouvelle-Est*⁷⁵¹.

S'il s'agit pour le juge, dans certains cas, de procéder « sans aucun doute de choix politiques »⁷⁵², il s'en tient parfois à simplement adapter sa jurisprudence à « l'évolution des mœurs elles-mêmes »⁷⁵³. Le contexte de l'affaire ne représente ainsi qu'un cadre servant à identifier les besoins, que le juge recherche à satisfaire en flexibilisant le droit. Cette faculté lui confère la possibilité de flexibiliser le droit de façon à l'occasion de besoins ponctuels. Outre les abondantes illustrations de cette idée en période d'urgence⁷⁵⁴, ces réponses adaptées aux circonstances de temps se sont retranscrites à de nombreuses reprises dans sa jurisprudence. Il convient de citer l'arrêt *Zenard*, dans lequel le juge admet la légalité d'une intervention publique conduisant à l'ouverture d'une boucherie, qui ne remplace pas les boucheries privées, et qui permet surtout « une meilleure adaptation des cours du détail aux conditions économiques et, par suite, la régularisation des prix d'une denrée de première nécessité »⁷⁵⁵. Bien que cette position soit jugée comme purement politique par Mickaël Lavaine⁷⁵⁶, force est de constater que l'appréciation des circonstances de l'espèce par le juge soit au cœur de la décision rendue. Le principe de non-intervention publique est alors nuancé, du fait de la nécessité de l'adapter à un contexte. La flexibilisation du droit par le juge s'opère par la nécessité d'apporter une réponse concrète à des besoins⁷⁵⁷. Ces besoins retranscrivent parfois les « impératifs de la vie

⁷⁵⁰ Le juge ira même jusqu'à constater un intérêt local dans le fait de financer avec l'argent communal un voyage à la Guadeloupe aux habitants de la commune. CE Sect., 07/07/2004, *Commune de CELOUX*, n° 254165, concl. Séners.

⁷⁵¹ CE Sect., 28/05/1971, *Ville Nouvelle Est*, n° 78825, concl. BRAIBANT, *Rec.*, 409. Dans cet arrêt, le juge décide de rompre avec ses positions antérieures, qui estimaient que la simple invocation de l'intérêt général justifie l'expropriation. Dans l'arrêt *Ville Nouvelle-Est*, le juge nuance sa position en recherchant un équilibre entre les nécessités de l'intérêt général, et les atteintes opposées à la propriété privée. Le juge développe un « regard neuf » sur cette question, selon le commentaire de Jacques CAILLOSSE sous cet arrêt, dans sa contribution à l'ouvrage *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 366.

⁷⁵² Prosper WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *op. cit.*, p. 281.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. p. 288., l'auteur cite alors l'exemple de la rigueur du juge administratif en 1946 à propos de l'égalité des sexes en matière d'accès aux emplois publics.

⁷⁵⁴ Pendant cette période, le juge appréciait régulièrement, saisi de référés, la proportionnalité des mesures déployées pour lutter contre la pandémie, avec les libertés fondamentales. Il convient de citer l'exemple de l'arrêt CE, référé, 17/04/2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057.

⁷⁵⁵ CE Sect., 24/11/1933, *Sieur Zénard*, n° 21871. CAILLOSSE Jacques, CHEVALLIER Jacques, LOCHAK Danièle, PERROUD Thomas (Dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 2024, p. 482.

⁷⁵⁶ Il conclura son propos en affirmant que les trois acteurs majeurs de cette affaire (le maire ayant autorisé l'implantation de la boucherie, le requérant, et le haut fonctionnaire ayant présidé au jugement de l'affaire), que chacun « a continué à défendre ses intérêts en les assimilant le plus possible à l'intérêt public » Mickaël LAVAINÉ,

⁷⁵⁷ De très nombreux exemples peuvent être cités. Il convient de se limiter à l'exemple de l'arrêt *Dame V* (CE 10/04/1992, *Dame V*, n° 79027, concl. Legal), par lequel le juge nuance sa propre jurisprudence. La preuve d'une faute lourde n'est plus exigée pour l'engagement de la responsabilité du service public hospitalier en cas d'acte

administrative »⁷⁵⁸, auxquels le juge répond par sa jurisprudence. Si nous nous interrogeons sur la question de « qui fixe le temps jurisprudence »⁷⁵⁹, constatons ainsi qu'il revient au juge d'apprécier les exigences de son temps, et d'y répondre par en flexibilisant le droit, selon la proportion qu'il estime adaptée. Les circonstances de temps représentent une raison pour laquelle le juge flexibilise, adapte, le droit.

Conclusion du chapitre 2 :

Les libertés dont le juge dispose pour flexibiliser le droit représentent un atout de son adaptabilité. Nous dépassons les arguments théoriques, visant à limiter le juge à n'être que la « bouche de la loi »⁷⁶⁰, en raison de notre souhait de flexibiliser le droit, condition de son adaptation dans le temps. Cette adaptation ne doit pas être attribuée exclusivement au juge. Le législateur revient sur ses propres positions par des lois nouvelles, nuance ou précise celles du juge, lorsque ce n'est pas l'inverse qui se produit. Le rapporteur public insuffle quant à lui l'éventualité d'un changement de position, que le juge apprécie au cas par cas. Le « droit en action »⁷⁶¹ que représente la jurisprudence se construit donc au croisement de nombreuses influences, impulsées par des acteurs revenant sans-cesse sur leurs positions, toujours portés par ce souhait de flexibiliser le droit en vue d'assurer son adaptation dans le temps.

Lois, conclusions de rapporteurs publics ou décisions de justice, toutes ces expressions n'illustrent que l'aboutissement temporaire d'une recherche continue d'une position optimale. La flexibilisation du droit ne se résume donc pas aux uniques méthodes informelles du juge. Rappelons qu'étudier le contentieux administratif suppose de se pencher sur « les méthodes et les tendances »⁷⁶² du juge : les méthodes demeurent entre ses mains, les tendances sont suggérées par un contexte, retranscrit par plusieurs acteurs.

médical : il s'agit ici d'un moyen pour le juge de « remédier à l'absence d'indemnisation de l'aléa thérapeutique », selon l'analyse du Conseil d'État.

⁷⁵⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 200.

⁷⁵⁹ Gilles DARCY, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 347.

⁷⁶⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

⁷⁶¹ Pascale DEUMIER, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge*, *Archive philosophique du droit*, op. cit., p. 56.

⁷⁶² Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Paris : les Cours de droit, 1970-1971, p. 37.

CONCLUSION GENERALE

Ce travail présentait une approche visant à identifier et quantifier les diverses fonctions et usages de l'informel en contentieux administratif. Initialement abordé sous l'angle de ses atouts de souplesse, l'informel semblait représenter un outil d'efficacité, permettant un traitement rapide des flux de contentieux. La première fonction apparente de l'informalité repose donc sur ses qualités de flexibilité, semblable à « l'huile dans le moteur »⁷⁶³ du contentieux administratif. Elle apporte donc une part nécessaire de souplesse dans ce référentiel marqué par la procédure.

Le juge s'est également saisi de cette flexibilité, et en a fait de nombreux usages. Au fil de sa jurisprudence, le juge redessine les contours de son office, et des principes qu'il emploie. Le juge saisi l'opportunités des affaires qui lui sont soumises pour nuancer ses positions, et préciser celles du législateur. Il dispose ainsi d'une liberté d'appréciation des textes, de leur application, des enjeux qu'il entend défendre, jusqu'aux moments où il décide de s'en saisir. Outre la réaffirmation de son rang de « maître du droit administratif »⁷⁶⁴, de telles facultés rendent compte de la place qu'occupe l'informel en contentieux administratif. Dès la gestion des recours, passant par la définition du droit applicable, des enjeux à défendre, jusqu'à l'exercice pratique de la fonction juridictionnelle et jurisprudentielle, l'informalité s'affirme. Elle ne doit donc pas être limitée au simple constat du pouvoir créateur du juge, mais plutôt englober sa maîtrise de la flexibilité du droit, et celle de l'opportunité d'y recourir⁷⁶⁵. L'informel représente une façon de répondre aux limites du formalisme, autant que d'apporter des solutions nouvelles dans la construction d'un droit adapté dans le temps.

L'étude des fonctions de l'informel a également permis de mettre en exergue les limites du formalisme dans la recherche d'une meilleure qualité de la justice⁷⁶⁶. Les réponses formelles ainsi déployées semblaient être confrontées à des difficultés insolubles. Deux méthodes se répètent alors. La première est synonyme d'augmentation des coûts, lorsqu'il est par exemple

⁷⁶³ L'informel représentait « l'huile dans le moteur » de l'administration, comblant ainsi sa rigidité, selon Julia SCHMITZ, « L'institutionnalisation du droit administratif informel », *op. cit.*, p. 23.

⁷⁶⁴ Yves ROBINEAU, Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁶⁵ L'étude des pratiques du juge permet de s'insérer dans un débat très dense de la doctrine : le juge dicte-t-il les évolutions du droit ? Cette question est soulevée dans de nombreux écrits, il convient de se limiter aux propos de Jean-Louis Berger, ouvrant un colloque sur l'office du juge. Jean-Louis BERGEL, « Introduction générale », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 15.

⁷⁶⁶ Jean-Marc SAUVÉ, « Les critères de la qualité de la justice », discours pour la Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg, 25/09/2009.

question d'augmenter les capacités de jugement des juridictions. La seconde correspond plutôt à un recul des procédures qui, dans certains contentieux dont le flux est très important, représentent une contrainte plus qu'une garantie. Le débat semble ainsi se limiter à des questions de choix, de « compromis »⁷⁶⁷. Les réponses formelles poursuivant le souhait d'une meilleure qualité de la justice sont bornées au sein d'un équilibre : entre le coût et l'avantage, entre la qualité et l'efficacité, l'un semblant devoir nécessairement céder au profit de l'autre.

Nous croyons, après ces recherches, et voyant l'étendue des places occupées par l'informalité, qu'elle représente une solution nouvelle, en dehors des grilles de lecture habituelles. Chaque étape de la procédure contentieuse présente une part d'informalité. Il n'est pas question d'imaginer une justice sans cadre ni texte, mais simplement de se saisir de cette part irréductible d'informalité à chaque stade de la procédure contentieuse. Il est également nécessaire à notre sens d'assumer l'insuffisance du formalisme à répondre, seul, à ce souhait d'améliorer la qualité de la justice. Les pratiques informelles ne doivent plus être appréhendées comme des défauts, mais comme des atouts. Elles représentent l'opportunité de nouvelles solutions, tendant à accroître la lisibilité et l'efficacité de ce contentieux. L'exhaustivité du formalisme n'étant pas une solution viable, l'informalité se présente comme une solution nouvelle.

⁷⁶⁷ Conclusions Jean-Claude BONICHOT sous l'arrêt Conseil d'État, Section, 5 avril 1996, Syndicat des avocats de France, *RFDA*, 1996, p. 1195.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., tome 2, 1984, 1014 p.

BONNET Julien, GAHDOUN Pierre-Yves, ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 13^{ème} éd., Collection Précis Domat, 2023, 1090 p. ISBN : 978-2-275-13068-2

BONICHOT Jean-Claude, CASSIA Paul, POUJADE Bernard, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz 8^{ème} éd., 2022, 1592 p. ISBN : 978-2-247-21482-2

BROYELLE Camille, *Contentieux administratif*, Manuels, Paris, LGDJ, 2023, 582 p. ISBN : 2275054448

CAILLOSSE Jacques, CHEVALLIER Jacques, LOCHAK Danièle, PERROUD Thomas (Dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 2019, 567 p. ISBN : 978-2-275-06547-2

CAILLOSSE Jacques, CHEVALLIER Jacques, LOCHAK Danièle, PERROUD Thomas (Dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2024, 1086 p. ISBN : 978-2-275-13902-9

CASSIA Paul, *Les grands textes de procédure administrative contentieuse*, Grands arrêts, Paris, DALLOZ, 8^{ème} éd., 2023, 1000 p. ISBN 978-2-247-22333-6

DOMINGO Laurent, GAÏA Patrick, GUERRINI Marc, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, OLIVA Éric, ROUX André, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 20^{ème} éd., 2022, 1128 p. ISBN : 978-2-247-21613-0

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, réédition La Mémoire du droit, 1999, 306 p.

DUMONT Giles, SIRINELLI Jean, *Droit administratif*, Paris, DALLOZ, 14^{ème} éd., 2021, 690 p. ISBN : 978-2-247-20658-2

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 17^{ème} éd., 2023-2024, 824 p. ISBN : 978-2-275-13072-9

POYET Michaël, *Procédure administrative et modes amiables de résolution des différends*, LGDJ, Paris, 5^{ème} éd., 576 p. ISBN : 978-2-275-10200-9

SEILLER Bertrand, *Droit administratif, 1. Les sources et le juge*, sous la direction de ROUVILLOIS Frédéric, Paris, Flammarion, « Champs – Université », 9^{ème} éd., 2023, 356 p. ISBN : 978-2080431370

TRUCHET Didier, *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France / Humensis, 10^{ème} éd., 2023, 526 p. ISBN : 978-2-13-084757-1

Ouvrages spécialisés :

BANCAUD Alain, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdotale ou le culte des vertus moyennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Collection Droit et Société, 1993, 301 p. ISBN : 2-275-00534-X

BOUSTA Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Préface de Gérard Marcou, Avant-propos de Jacques Caillosse, Paris, L'Harmattan, 2010, 566 p. ISBN : 978-2-296-13090-6

CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001, 493 p. ISBN : 2-275-02008-X

CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, LGDJ, Lextenso, Paris, 7^{ème} éd., 2023, 163 p. ISBN : 978-2-275-13122-1

CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, 2019, 6^{ème} éd., Thémis droit, PUF, Paris, 636 p., ISBN : 978-2-13-081492-4

FRYDMAN Benoît, HAARSCHER Guy, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, 141 p. ISBN : 2 247 04417 4

GARAPON Antoine, *Bien juger*, Essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, « Hors collection », 2001, 352 p. ISBN : 9782738110497.

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, 1970, rééd., LGDJ, 2014, Anthologie du droit, 321 p. ISBN : 978-2-275-04186-5

LATOURET Bruno, *La fabrique du droit*, Une ethnographie du Conseil d'État, Éditions La Découverte, Paris, 2004, 320 p., ISBN : 978-2-7071-4472-0

LOCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, Lextenso, LGDJ, Paris, éd. 2015, 356 p., ISBN : 978-2-275-04764-5

MOORE Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*. Presses Universitaires de France, « Les voies du droit », 2005, 272 p. ISBN : 9782130543688.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Dire le droit, faire le juste*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2012, 222 p. ISBN : 978-2-8027-3849-7

PERELMAN Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Au-delà du positivisme juridique, Eisenmann Charles, Batiffol Henri, Villey Michel (dir.), Paris, LGDJ, Vol. XXIX, 1984, 203 p.

PERELMAN Charles, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, rééd. 1999., 193 p. ISBN : 2 247 03764

RENAUT Alain, *La philosophie*, Avec la collaboration de BILLIER Jean-Cassien, SAVIDAN Patrick, THIAW-PO-UNE Ludivine, Paris, Odile Jacob, Hors collection, 2006, 522 p.

RICOEUR Paul, *Le juste I*, Présentation inédite d'Antoine Garapon, Points, Paris, Editions du Seuil, 2022, 291 p. ISBN : 978-2-7578-9512-2

RIGAUD François, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, 319 p. ISBN : 2-7381-0510-6

RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955, 431 p. ISBN : 2-275-00463-7

ROBINEAU Yves, TRUCHET Didier, *Le Conseil d'État*, Que sais-je ?, 2^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2002, 128 p., ISBN : 2 13 053052 4

TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Presses Universitaires de France, 1^{ère} éd., Paris, « Léviathan », 1994, 360 p. ISBN : 9782130462033

Ouvrages collectifs et Mélanges :

BARTHELEMY Jean, « Le droit au pourvoi », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 185-202.
ISBN : 2 247 036295

BOLARD Georges, « L'arbitraire du juge », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 225-241.

BOULOUIS Jean, Rapport de synthèse, in *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Travaux de l'Association H. Capitant, I. XXIX, 1978, p. 2.

De BÉCHILLON Denys, « Le juge et son œuvre – un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *L'architecture du droit*, Mélanges Michel Troper, Paris, Economica, 2006, p. 329-357.

BREDIN Jean-Denis, « La loi du juge », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 15-27.

CANIVET Guy, Imagination du juge et imaginaire du droit, in *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2011, p. 239-249. ISBN : 978-2-8027-3464-2

CHABANOL Daniel, « Statut et déontologie des magistrats administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, 321 p.

CHAUVAUX Didier, De la contradiction entre les juges, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 175-184.

CHEVALLIER Jacques, « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil*, G. Fauré et G. Koubi (dir.), Economica, 2003, p. 127-141. ISBN : 2-7178-4697-2

CHEVALLIER Jacques, Le droit autorise-t-il la rêverie ?, in *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Penser le droit », 2011, p. 125-139. ISBN : 978-2-8027-3464-2

DAGORY Jacques, LEBRETON-DERRIEN Sylvie, TERRÉ Dominique, VALLANÇON François, *La justice prédictive*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 60, 2018, 398 p. ISBN : 978-2-247-17959-6

DARCY Gilles, Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 329-357.

DEGUERGUE Maryse, La montée irrésistible du juge unique, in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 95-113.

DEUMIER Pascale, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, in *La création du droit par le juge, Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 49-76.

GAUTIER Joël, Réflexions sur les décisions du juge français en dehors de la règle de droit, in *Porosités du droit / Law's porosities*, Viviane Grosswald Curran (dir.), Paris, Collection colloques, Vol. 45, 2020, p. 265-275. ISBN : 978-2-36517-101-4

HEBRAUD Pierre, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse 1974, p. 329-371.

LABETOULLE Daniel, Une histoire de troïka in *Au carrefour des droits*, Mél. en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002, p. 83-90.

Olivier LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 281-296.

MALAUURIE Philippe, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603-620.

MATHIEU Bertrand, Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général, in *La création du droit par le juge, Archive philosophique du droit*, Dalloz, n° 50, 2006, p. 41-48.

PIWNICA Emmanuel, L'initiative des revirements du juge administratif, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Bertrand SEILLER (dir.), Economica, 2007, p. 75-86.

REVERT Michaël, « Positionnement du rapporteur public et des parties dans le procès administratif : théorie(s) et pratique », in Michel PAILLET (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 268.

REVEL Thierry, « La Légisprudence », in *Mélanges Ph. MALAUURIE*, Defrénois, 2005, p. 377-391. ISBN : 2-85623-055-5

STAHL Jacques-Henri, « Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 783-794.

STAHL Jacques-Henri, Les conséquences des revirements de jurisprudence, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Bertrand SEILLER (dir.), Economica, 2007, p. 87-95.

SOLER-COUTEAUX Pierre, « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », in *Gouverner, administrer, juger*, Liber amicorum Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002, p. 377 et s. ISBN : 2 247 04719 X

Thèses et monographies :

CONNIL Damien, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse pour le doctorat de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Dalloz, 2012, Dirigée par Denys de Béchillon, 904 p.

GOBLOT Edmond, *Le Vocabulaire philosophique*, Paris, A. Colin, 1901, 525 p.

LESAGE Michel, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, thèse pour le doctorat, Lille, 1960, préface de M. Drago.

MELLERAY Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, 466 p.

PROS-PHALIPPON Chloé, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Thèse pour le doctorat, Paris, LGDJ, Lextenso, dirigée par Baptiste BONNET, 2018, 565 p.

RAIMBAULT Philippe, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Thèse pour le doctorat, Paris, LGDJ, Lextenso, 2009, Dirigée par Yves GAUDEMET, 693 p. ISBN : 978-2-275-03478-2

SAGNIER Pierre-Yves, *Le juge administratif et l'économie des moyens*, Thèse pour le doctorat, Paris, LGDJ, Lextenso, 2022, Dirigée par Yves GAUDEMET, 638 p. ISBN : 978-2-275-10860-5

Articles de doctrine :

ALLIEZ Quentin, « Une définition de la clause réglementaire ? Oui. Une simplification du contentieux ? Non. », *AJDA*, 2018, p. 1168

APCHAIN Hélène, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA* 2012 p. 587.

BAILLEUL David, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626.

BARRAL Odile, « L'émotion du juge », in *Les cahiers de la justice*, 2014-1, n° 1, p. 73-77.

BENEZECH Ludovic, « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020/3 (N° 123), p. 541-563.

BERENGER Frédéric, « A propos du devoir de délicatesse et d'impartialité du juge », *AJDI*, 2006, p. 932-935.

De BERNARDINIS Christophe, « La protection des droits fondamentaux en France », *Revue générale du droit on line*, 2^{ème} éd., 2022, n° 55571.

BIRNBAUM Pierre, « La conception durkheimienne de l'État : l'apolitisme des fonctionnaires », *Revue française de sociologie*, 1976, 17-2, p. 247-258.

BONNOTTE Christophe, « L'acceptabilité sociale est-elle un indice de la qualité de la justice administrative ? », *Revue française d'administration publique*, 2016/3, n° 159, p. 689-700.

BORDONABA Laure, CHOUCAN Nathalie, « Les libertés du juge », *Cahiers philosophiques*, 2016, n° 147, p. 111.

BOTTEGHI Damien, LALLET Alexandre, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, p. 156

BRAGA Vasleska, « Les poids des « apparences » dans l'impartialité du juge administratif », *La Revue administrative*, Presses universitaires de France, 2007, n°356, p. 139-151.

BROYELLE Camille, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 2015, p. 441

BRUNET Pierre, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et Société*, Editions juridiques associées, 2015, p. 545-561.

CADIN Louise, GOIN Alexis, « Qui a deux maisons, perd sa raison ? Domaine privé et transparence », *AJDA*, 2024, p. 487.

Guy CANIVET, « L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité », *Petites affiches*, n° 238, 28/11/2002, p. 15.

CASAS Didier, DONNAT Francis, « Le juge ne peut totalement ignorer les productions postérieures à la clôture de l'instruction », *AJDA*, 2004, p. 651.

CASSARD-VALEMBOIS Anne-Laure, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : « je t'aime, moi non plus », *La sécurité juridique*, Titre VII, n° 5, 2020.

CASSIA Paul, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », Dalloz, 2006, p. 1190.

CHEVALLIER Jacques, « L'administration face au public », *Communication administration-administrés*, CURAPP, 1983, p. 13-60.

CHEVALLIER Jacques, « Changement politique et droit administratif », CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 293-326.

CLUZEL-MÉTAYER Lucie, SAUVIAT Agnès, « Les notions de qualité et de performance de la justice administrative », in *Revue française d'administration publique*, 2016/3, n° 159, p. 675-688.

COQUET Franck, « La « fabrique du droit » et la mise à jour de l'indemnité pour charges militaires », *AJDA*, p. 612.

DAMAREY Stéphanie, « De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle : nouvelles perspectives contentieuses », *Petites affiches*, n° 212, 2001, p. 12.

DEFOORT Benjamin, « La loi pénale plus douce devant le juge de cassation », *La Gazette du Palais*, 31/01/2023, n° 03, p. 7.

DEGBOE Dario, « Procédure administrative – La cassation administrative et la bonne administration de la justice », *RDA*, n° 1, 2017, étude 1, p. 17.

DEGUERGUE Maryse, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA*, 1995, p. 211.

DELAMARRE Manuel, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, p. 186.

DOUENCE Jean-Claude, « Elections », *Annuaire des Collectivités Locales*, 2012, n° 32, p. 367-374.

EMERIC Nicolas, « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2 (Vol. 79), p. 5-38.

FARDET Christophe, « Le droit souple : un droit qui va trop loin ? », *AJDA*, 2024, p. 129.

GABARDA Olivier, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDA*, n° 1, 2006, p. 153.

GARRIGOU Alain, 1993, « La construction sociale du vote. Fétichisme et raison instrumentale », *Politix*, 6(22), p. 5-42.

GAUDEMET Yves, « Les actions administratives informelles », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, n°2, Avril-juin 1994, p. 645-654.

GAUTIER Pierre-Yves, « Quelle langue parle le droit ? », *Pouvoirs*, 2023/3 (n° 186), p. 99-110.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.

GEOFFROY François, « Penser l'informel. Non-concept ou méta-concept pour le management ? », *Revue internationale de psychosociologie*, 2011/43 (Vol. XVII), p. 49-62.

GHEVONTIAN Richard, « Le contentieux des élections régionales en Île-de-France : tout ça pour ça », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4, n° 88, p. 878.

De GLINIASTY Jeanne, « La force du discours en droit administratif », *RIDJ*, 2017/2, vol. 79, p. 77-92.

GONOD Pascale, « Le vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative ? », in *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 117-132.

GONOD Pascale, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit public », *AJDA*, 2013, p. 31.

HEMLINGER Laurence, « Les réflexions du Conseil d'État sur la "justice administrative du XXIème siècle" », *RDP*, n° 5, 2017, p. 1170.

LEGRAS Claire, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux », *RFDA*, 2009, p. 259.

LEMIEUX Pierre, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit administratif », *Les Cahiers du droit*, 1980, vol. 21, n° 2, p. 277-291.

LESSI Jean, « L'organisation du service public comme critère de l'acte réglementaire », *RFDA*, 2016, p. 1107.

LINOTTE Didier, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980, p. 635.

LOCHAK Danièle, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, 2007/4 (n° 123), p. 19-32.

MAMOUDY Olga, « L'économie des moyens : une pratique en voie d'extinction ? », *Civitas Europa*, 2020/1, n° 44, p. 79.

MELLERAY Fabrice, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? » *AJDA*, 2005, p. 637.

MELLERAY Fabrice, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 2016, p. 679.

MELLERAY Fabrice, NOGUELLOU Rozen « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA*, 2019 p. 381.

MELLERAY Fabrice, « Retour à Biarritz », *AJDA*, 2022, p. 2369.

MEYNAUD Ariane, « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA* 2013 p. 1029.

MINET Alice., « Le droit administratif, "droit essentiellement jurisprudentiel" : l'intuition pionnière de Macarel ? », in *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD, 2014, n° 34, p. 103-122. ISBN : 978-2-9525-1937-3

MOLFESSIS Nicolas, « Loi et jurisprudence », in *Pouvoirs*, 2008/3 (n° 126), p. 87-100.

MOLINER-DUBOST Marianne, « A propos d'une autre "jurisprudence immobile" », *AJDA*, 2013, p. 1380.

MOULY Christian, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Petites Affiches*, Lextenso, 18 mars 1994, n° 33.

NOGUELLOU Rozen, « L'attribution des autorisations domaniales : feu l'arrêt *Jean Bouin...* », *AJDA*, 2016, p. 2176.

NOVAK Stéphanie, « La prise de décision peut-elle être informelle ? », *Négociations*, 2017/1 (n° 27), p. 91-107.

PACTEAU Bernard, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° spécial du cinquantenaire, p. 151 et s.

PAPADAMAKI Ioanna, « L'obligation de motivation en droit administratif français sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP*, n° 5, 2017, p. 1245.

POLIZZI Francis, « Qu'entend-on par bonne administration de la justice (administrative) – retour sur 40 ans de fonctionnement de la juridiction administrative », *La semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 29, 2021, p. 2241.

PONTIER Jean-Marie, « Les granits ont cent ans », *AJDA*, 2012, p. 1473.,

PONTIER Jean-Marie, « Qu'est-ce que le droit administratif ? », *AJDA*, 2006, n° 35, p. 1937.

POTIER DE LA VARDE Bruno, « Les avocats aux Conseils et les grands arrêts : 50^{ème} anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2007, p. 249.

POTTIER Xavier, « L'avis *Sanvoisin* : simple explication ou revirement implicite de jurisprudence ? », *AJDA*, 2021, p. 2174.

POULET Florian, « L'organisation du procès administratif », *AJDA*, p. 2264.

RAINAUD Jean-Marie, « Le passé. Présentation », in « 50^{ème} anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2007, p. 229.

ROBBE Sébastien, « La clarté des lois sans la sécurité juridique », in *Revue du notariat*, vol. 110, n° 2, 2008, p. 337-358.

ROBERT Jacques, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, p. 117.

ROLIN Frédéric, « L'inflation normative du Code de justice administrative : d'une géante rouge vers un trou noir ? », *AJDA*, 2021, p. 1881.

ROLIN Frédéric, « Contribution à la théorie des normes jurisprudentielles : la généalogie du caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse », *RFDA*, 2019, p. 481.

ROUSSEL Sophie, NICOLAS Charline, « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *AJDA*, 2018, p. 1206.

De SALVA Michele, « La sécurité juridique en droit français », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2011.

SAUVÉ Jean-Marc, « La qualité de la justice administrative », *Revue française d'administration publique*, 2016/3 (N° 159), p. 667-674.

SEILLER Bertrand, « La compétence du Conseil d'État au nom de la bonne administration de la justice », *La Gazette du Palais*, n° 4, p. 18.

SUDRES Nelly, « Occupation du domaine privé, ordonnance du 19 avril 2017 et mise en concurrence », *AJDA*, 2017, p. 2110.

THERON Sophie, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA*, 2004, p. 230.

VALDELIEVRE Guillaume, « La sécurité juridique – Le point de vue de l'avocat », *La sécurité juridique*, Titre VII [en ligne], n° 5, 2020.

VEDEL Georges, « Jurisprudence et doctrine : deux discours », *Rev. Adm.*, 1997, n° spécial p. 7.

WAQUET Philippe, « L'officieux et le non-dit », *Droit social*, 2009, p. 511.

WEIL Prosper, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, vol. 51, 1959, p. 281-290.

YOLKA Philippe, « Vers une exception de référé parallèle ? », *AJDA*, 2004, p. 57.

« Les exigences constitutionnelles du droit d'accès au juge », *Cahiers du GRIDAUH*, 2018/1, n° 32, p. 99-112.

Actes de colloque :

AZOUAOU Philippe, « Les pouvoirs informels », Etude par Philippe AZOUAOU, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 31-33.

De BECHILLON Denys, « Comment légitimer l'office du juge », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 473.

BERGEL Jean-Louis, « Introduction générale », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 12-25.

BOTTEGHI Damien, « L'ambition pédagogique du juge administratif », *La pédagogie au service du droit*, Philippe RAIMBAULT, Maryvonne HECQUART-THERON (dir.), Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ, Collection Actes de colloques de l'IFR, 2011, p. 153-160.

BROYELLE Camille, « Le juge et l'évidence », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 273-282.

DARCY Gilles, « Regard elliptique sur l'office du juge », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 528-544.

DEGUERGUE Maryse, « Des influences sur les jugements des juges », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 370-387.

DE SILVA Isabelle, « L'informel en droit administratif : réflexions, illustrations », Etude par Isabelle DE SILVA, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 38-43.

GENEVOIS Bruno, « Comment tranche-t-on au Conseil d'État », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 296-316.

IDOUX Pascale, « Le droit administratif de demain, droit essentiellement procédural ? », *RDA*, 2023, n° 10, p. 51-56.

IDOUX Pascale, « L'informel en droit administratif », Journée d'études de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), 10 décembre 2021, Université de Lille, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 11-12.

RENAUDIE Olivier, « Les organes administratifs informels », Etude par Olivier RENAUDIE, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 26-30.

ROUSSEAU Dominique, « La légitimité du juge en question : l'affaire d'Outreau », *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 440-446.

SAUNIER Sébastien, « La doctrine et l’informel en droit administratif », Etude par Sébastien SAUNIER, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 44-49.

SCHMITZ Julia, « L’institutionnalisation du droit administratif informel », Etude par Julia SCHMITZ, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 19-25.

SPIRE Alexis, « Approche socio-historique des terrains d’élection de l’informel », Etude par Alexis SPIRE, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 34-37.

TEBOUL Gérard, « Le juge administratif français, le droit international non écrit et informel », Etude par Gérard TEBOUL, *RDA*, n° 8-9 Août-Septembre 2022, p. 13-18.

TROPER Michel, « La liberté de l’interprète », *L’office du juge*, Actes du colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006, p. 28-41.

Rapports officiels :

Conseil d’État, étude annuelle, dirigée par Jean-Marc Sauvé, Bernard Stirn, Henri Toutée, Philippe Martin, Christian Vigouroux, Maryvonne de Saint Pulgent, Jean-Denis Combrexelle, Jacques Arrighi de Casanova, Catherine Bergeal, Patrick Gérard, « Simplification et qualité du droit », 25 septembre 2016, 198 p.

Conseil d’État, Rapporteur public, *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, 411 p.

Rapport : Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Avril 2012, 221 p.

Gaëlle DUMORTIER, *rapports d’activité du Conseil d’État*, 2020.

Lois :

Loi n° 78-753, 17 juillet 1978 sur le droit d’accès au document administratif.

Loi n° 79-587, 11 juillet 1979 sur la transparence administrative.

Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l’indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d’appel.

Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO n° 34 du 9 février 1995, p. 2175.

Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JOFR n° 0272 du 24 novembre 2018.

Ordonnances :

Ordonnance n° 58-1270, 22/12/1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature

Ordonnance n° 2015-1341, 23 oct. 2015, relative aux dispositions législatives du Code des relations entre le public et l'Administration : JO 25 oct. 2015.

Décrets :

Décret n° 53-934, 30/09/1953 portant réforme du contentieux administratif et Décret n° 53-936, 30/09/1953 portant règlement d'administration publique pour la fixation du statut particulier des membres des tribunaux administratifs.

Décret n° 80-433 du 17 juin 1980

Décret n° 2023-146 du 1^{er} mars 2023 relatif au code de déontologie des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Conclusions de rapporteur public :

Jean Romieu, CE 04/08/1905, *Martin*, n° 14220, *rec.* p. 749.

BONICHOT Jean-Claude CE Sect., 5 avril 1996, *Syndicat des avocats de France, RFDA*, 1996, p. 1195.

GLASER Emmanuel, Conclusions sur CE, Section (avis), 12/05/2004, *Commune de Rogerville, RFDA*, 2004, p. 723.

LEGRAS Claire, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux, *RFDA*, 2009, p. 259., conclusions sur l'arrêt CE Ass., 16/02/2009, *Société ATOM*, n° 274000

GUYOMAR Mattias, CE Sect., 12/10/2009, *Petit*, n° 311641.

KELLER Rémi, CE Ass., 13/11/2013, *Dahan*, n° 347704.

LESSI Jean, CE Sect., 01/07/2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082.

GUIBÉ Céline, CE 9^{ème} et 10^{ème} Chambres réunies, 17/10/2023, *Société Protexsur*, n° 475983.

DOMINGO Laurent, CE 10^{ème} et 9^{ème} Chambres réunies, 11/03/2024, n° 488227.

Répertoires, encyclopédies, dictionnaires :

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, rééd. Lextenso éditions, 2018, 758 p. ISBN : 978-2-275-05601-2

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France / Humensis, PUF, 13^{ème} éd., 2020, 1091 p., ISBN : 978-2-13-081741-3

Conférences et discours :

MOLINIER François, conférence sur *La profession d'avocat aux conseils et sa contribution à l'élaboration de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (UPVD, 20 octobre 2023, Sous la direction de Walid CHAIEHLOUDJ

SAUVÉ Jean-Marc, « Les critères de la qualité de la justice », discours pour la Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg, 25/09/2009

SAUVÉ Jean-Marc, « L'injonction – la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique », discours du 05/09/2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives à Montpellier

SAUVÉ Jean-Marc, « Le rapporteur public dans la juridiction administrative », discours du 28 juin 2016

STIRN Bernard, Structure, magistrats et procédures : les transformations de la justice administrative, Discours prononcé le 13 octobre 2017 lors de l'audience solennelle de rentrée du Tribunal administratif de Caen

TABLE DES MATIERES

Sommaire	7
Introduction	9
Partie 1 : L'informel comme réponse aux limites du formalisme	21
Chapitre 1 : L'exercice d'une souplesse par le couple formel-informel	23
Section 1 : L'usage de l'informel dans la gestion des flux de contentieux	25
§1 : L'informel dans la recherche d'une appréhension efficace des recours contentieux	26
A)L'insuffisance des réponses formelles.....	26
B)Le développement de réponses informelles	29
§2 : L'informel dans la recherche d'une gestion efficace des recours contentieux.....	31
A)Une gestion informelle des contentieux.....	32
B)Une appréciation informelle de l'accès aux contentieux.....	34
Section 2 : L'usage de l'informel par le juge	37
§1 : L'informel comme complément	37
A)Le constat des lacunes.....	38
B)La réponse aux lacunes	40
§2 : L'informel comme supplément	42
A)La liberté dans l'élaboration d'une réponse informelle	42
B)La liberté dans la modulation de la réponse informelle	45
Chapitre 2 : L'articulation du couple formel-informel par le juge	48
Section 1 : La persistance d'un cadre formel dans la préservation de garanties	49
§1 : Des garanties tenant au juge.....	49
A)Une figure du juge formellement encadrée.....	50
B)Une souplesse factuellement exigée.....	52
§2 : Des garanties tenant à la justice	53
A)Une justice faite pour être rendue	54

B)Une justice faite pour être perçue.....	55
Section 2 : Le dépassement de la source formelle du droit	58
§1 : L'interprétation en tant que devoir	59
A)L'identification des raisons de l'interprétation.....	59
B)L'identification des fonctions de l'interprétation	61
§2 : L'interprétation en tant que pouvoir.....	62
A)Un pouvoir nécessaire	63
B)Un pouvoir nécessairement délimité	65
Partie 2 : L'informel comme méthode de création de droit.....	69
Chapitre 1 : La marque d'une flexibilité du juge	71
Section 1 : L'informel comme outil de mesure	73
§1 : Une liberté dans la défense du droit.....	73
A)La liberté du juge dans l'identification des enjeux en présence	74
B)La liberté du juge dans l'appréciation de ces enjeux	76
§2 : Une liberté dans la création du droit	78
A)L'opportunité de redéfinir les contours de son office	78
B)L'opportunité d'affirmer ses positions	80
Section 2 : L'informel comme outil d'action	83
§1 : Un silence au service du juge.....	83
A)Un silence synonyme d'efficacité	84
B)Un silence synonyme de prudence	85
§2 : Un langage au service du juge	87
A)Un aspect fonctionnel au bénéfice du justiciable.....	88
B)Un aspect fonctionnel au bénéfice du juge.....	90
Chapitre 2 : La marque d'une flexibilité du droit.....	93
Section 1 : La construction d'un droit adapté dans le temps.....	94
§1 : Un pouvoir flexible dans l'application des textes	94

A)Des méthodes témoins de la variabilité d'utilisation des textes.....	95
B)Des méthodes témoins de la variabilité des définitions des textes.....	96
§2 : Un pouvoir nuancé dans l'interprétation des textes	98
A)Une flexibilité dans l'identification des principes fondant sa décision	98
B)Une flexibilité dans l'appréciation des principes fondant sa décision	101
Section 2 : La construction d'un droit en adéquation avec les circonstances de son temps	103
§1 : L'appréciation des circonstances de temps	104
A)Une opportunité d'adaptation d'une décision dans le temps	104
B)Une opportunité d'appropriation d'un principe	106
§2 : L'adaptation du droit aux circonstances de temps.....	108
A)Une appréciation guidée.....	109
B)Une appréciation adaptée	111
Conclusion générale	114
Bibliographie.....	116
Table des matières	133