

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE NANTES

COMUE UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE

ECOLE DOCTORALE N° 599

Droit et Science politique

Spécialité : *Droit public*

Par

Manon CHATEAU-GRINE

La motivation des décisions du juge administratif

Thèse présentée et soutenue à Nantes, le 3 décembre 2018

Unité de recherche : Droit et changement social

Rapporteurs avant soutenance :

Delphine COSTA, Professeure à l'Université d'Aix-Marseille

Didier TRUCHET, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Composition du Jury :

Président : Jacques PETIT, Professeur à l'Université de Rennes I

Examineurs : Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes

Delphine COSTA, Professeure à l'Université d'Aix-Marseille

Bernard STIRN, Président de section au Conseil d'État, Professeur associé à Science Po

Didier TRUCHET, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Dir. de thèse : Agathe VAN LANG, Professeure à l'Université de Nantes

AVERTISSEMENT

L'Université de Nantes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus sincères remerciements à ma directrice de thèse, Madame la Professeure Agathe Van Lang. Je la remercie d'avoir cru en mes capacités pour traiter ce beau sujet de recherche sur le thème de la motivation des décisions du juge administratif. Je la remercie de sa disponibilité, de son implication et de son écoute attentive. Surtout, je la remercie d'avoir su chaque fois me guider et me conseiller tout en me laissant toujours pleinement libre de mes recherches et opinions. J'ai appris, beaucoup, de ces quelques années passées à son contact.

Je remercie les membres du jury, Madame la Professeure Delphine Costa, Monsieur le Professeur émérite Didier Truchet, Messieurs les Professeurs Jacques Petit et Grégoire Bigot, et Monsieur Bernard Stirn, président de section au Conseil d'État, qui m'ont fait l'honneur de lire et d'évaluer mon travail.

Mes remerciements vont également à Monsieur Robert Christien, président de chambre au Tribunal administratif de Nantes, qui a accepté de prendre de son temps pour répondre à mes quelques questions. Cet échange, particulièrement éclairant, m'aura permis d'avoir une vision plus précise de la pratique quotidienne de la motivation juridictionnelle administrative.

Je remercie grandement Thomas Delannoy et Julien Constantin, doctorants en histoire du droit à l'Université de Nantes, d'avoir bien voulu relire tout ou partie du premier chapitre de ma thèse. Je remercie également très chaleureusement Audrey Fauconnier, doctorante en droit public à l'Université de Nantes, de son obligeance sans faille.

Je tiens enfin à remercier Nathalie Le Bon, ma mère, et Lauriane Chateau, ma sœur cadette, d'avoir su m'épauler dans la dernière ligne droite.

À Sameh,
*sans qui la réalisation de cette thèse
n'aurait pas même été envisagée.*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	Affaire
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
BJCL	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
BJDU	<i>Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme</i>
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
cf.	<i>Confer</i>
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
cons.	Considérant(s)
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dact.	Dactylographié(e)
(dir.)	Sous la direction de...
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
Éd.	Édition(s)
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
ex	Exemple
GACA	<i>Les grands arrêts du contentieux administratif</i>
GAJA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCl.	<i>JurisClasseur Encyclopédie</i>
JCP. A	<i>La semaine juridique, Administrations et Collectivités territoriales</i>
JCP. G	<i>La semaine juridique, Édition générale</i>
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
n°	Numéro
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> : œuvre citée
ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Page... à page...
préc.	Précité(e-s)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RA	<i>Revue administrative</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
rec.	<i>Recueil Lebon</i>
rec. T.	Tables du <i>recueil Lebon</i>
rééd.	Réédition
réf.	Juge des référés
resp.	Respectivement
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RGA	<i>Revue générale d'administration</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RJE	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
RJF	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
RPP	<i>Revue politique et parlementaire</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RUDH	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
s.	Suivant(e-s)
SC	Sommaire commenté
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
spéc.	Spécifiquement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
TA	Tribunal administratif
t.	Tome
V.	Voyez

SOMMAIRE

Introduction générale

PARTIE I : La motivation, instrument du renouveau de l'office classique du juge administratif

TITRE I : La motivation, instrument de structuration des rapports juge administratif-administration active

CHAPITRE I : La motivation, instrument imparfait de distinction de la juridiction administrative

CHAPITRE II : La motivation, instrument du renouveau des rapports juge administratif-administration active

TITRE II : La motivation, instrument du jurislatureur

CHAPITRE I : La motivation, instrument amorcé de la pleine consécration du pouvoir normatif jurisprudentiel

CHAPITRE II : La motivation, instrument du Conseil d'État, Cour régulatrice gardienne de l'unité du droit

PARTIE II : La motivation, instrument d'un nouvel office du juge administratif

TITRE I : La motivation, instrument mobilisé face au pluralisme juridique

CHAPITRE I : La motivation, instrument mobilisé face à l'internationalisation du droit

CHAPITRE II : La motivation, instrument de sécurité juridique

TITRE II : La motivation, instrument du perfectionnement de la justice administrative

CHAPITRE I : La motivation, instrument du renouveau du procès administratif

CHAPITRE II : La motivation, instrument amorcé d'efficacité de la justice administrative

Conclusion générale

Introduction générale

1. « *Au-delà des évolutions de la jurisprudence, une cour régulatrice [peut] créer l'actualité par le renouvellement de ses méthodes, c'est pour elle ce qu'il y a finalement de plus novateur* »¹. C'est ainsi que le Conseil d'État a créé l'actualité en faisant évoluer la motivation de ses décisions au tournant des années 2000 et en amorçant en 2010 une phase de réflexion sur la rédaction des décisions juridictionnelles administratives.

Alors que la doctrine appelait le « *juge administratif [à] s'interrog[er] sur l'adéquation de sa manière de dire le droit aux attentes du justiciable* »², c'est précisément ce qu'il a fait à la fin de l'année 2010, date à laquelle J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, a missionné un groupe de travail présidé par P. Martin en vue d'une réflexion d'ensemble sur la rédaction et la présentation des décisions des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État. La réflexion ainsi engagée l'a été parce qu'elle est apparue centrale dès lors que les « *modes de rédaction [du juge] constituent à la fois [son] langage, une part de [son] identité, le lieu d'expression de [sa] pensée, mais aussi le cœur de [son] rapport avec les justiciables, la communauté juridique et la société* »³. Le rapport rendu à l'issue de ces travaux en avril 2012⁴ a proposé deux grands axes d'une réforme possible de la rédaction des décisions de la juridiction administrative. D'une part, les auteurs de ce rapport ont préconisé de repenser, pour l'améliorer, le contenu des décisions juridictionnelles administratives notamment en procédant à un allègement de leurs visas et à un enrichissement de leurs motifs. D'autre part, ils ont invité le juge administratif à simplifier le style de ses décisions pour en faciliter la lisibilité. À cette fin, l'abandon de la phrase unique a été préconisé. À l'occasion de ces travaux, c'est pour une bonne part la motivation juridictionnelle qui a été questionnée. Une telle réflexion menée sur ce qui constitue « *l'âme du jugement* »⁵ invite à se pencher plus précisément sur les pratiques du juge administratif en la matière.

2. Interroger la motivation juridictionnelle c'est interroger la technique juridique, entendue au sens de « *l'ensemble des méthodes, c'est-à-dire procédés d'investigation, de raisonnement et même*

¹ G. CANIVET, « Questions et évolutions majeures de la jurisprudence : une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit », 2005 (disponible sur le site internet officiel de la Cour de cassation).

² P. CASSIA, « Reformater la décision juridictionnelle », *AJDA*, 2008, p. 1913.

³ J.-M. SAUVÉ, « Conclusions et perspectives », dossier : « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, pp. 1220-1226, spéc. p. 1226.

⁴ Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative (disponible sur le site internet officiel du Conseil d'État).

⁵ C.-J. FERRIÈRES, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1779, tome 2, V. l'entrée « Jurisprudence des arrêts », spéc. p. 95 : l'auteur décrit le motif comme étant l'âme du jugement.

de présentation par lesquels le juriste élabore et exprime ses conclusions sur un problème particulier ou sur un groupe de problèmes de droit »⁶. Plus spécifiquement, c'est questionner la technique juridictionnelle c'est-à-dire les « *procédés habituels au juge* »⁷, les « *façons de penser et d'agir des juges* »⁸, par la voie desquels ceux-ci réalisent la mission de justice qui leur est impartie. S'intéresser à la motivation de ses décisions par le juge c'est en somme porter l'analyse sur le savoir-faire et le faire-savoir de celui-ci.

3. De cette technique juridictionnelle qu'est la motivation, il faut dire qu'elle est désormais au cœur de la fonction de juger. Il n'est dorénavant plus seulement attendu du juge qu'il tranche les litiges soumis à son office mais également qu'il donne ses raisons et cela parce que la motivation juridictionnelle répond à des enjeux essentiels en termes de justice. Du côté du juge, la motivation de ses décisions lui permet d'éviter les erreurs. Motiver ses jugements « *incite le juge à faire scrupuleusement son travail et à penser avec justesse* »⁹. La motivation lui permet une sorte d'auto-contrôle par lequel il vérifie lui-même la rigueur et la pertinence de son raisonnement. Du côté des parties au procès, la motivation juridictionnelle revêt une fonction explicative : elle leur permet de comprendre les raisons du jugement rendu. Aussi, la motivation protège les parties contre les erreurs et l'arbitraire du juge. Elle protège des erreurs du juge en permettant aux parties de vérifier que leur cause a été entendue et effectivement examinée par le juge. La motivation juridictionnelle garantit d'autant plus contre les erreurs du juge qu'elle conditionne l'effectivité même du contrôle susceptible d'être exercé par la juridiction supérieure. Elle protège de l'arbitraire parce qu'elle oblige le juge à avoir des raisons. En effet, en motivant sa décision, le juge se soumet à une discipline qui lui impose d'exposer ses motifs et donc, en premier lieu, d'avoir des raisons justifiant effectivement la solution qu'il prononce. La motivation juridictionnelle annihile l'arbitraire du juge aussi parce que, celui-ci faisant la lumière sur ses raisons, il est conduit, pour échapper à la critique, à trancher selon les mêmes termes des situations similaires. En cela, la motivation des jugements participe de l'égalité des justiciables devant la justice¹⁰. La motivation juridictionnelle permet également aux parties au procès, et particulièrement à la partie qui succombe, d'évaluer, en toute connaissance de cause, l'opportunité et les chances d'un éventuel recours. Du côté du droit, la motivation des jugements constitue la condition même de la formation d'un droit jurisprudentiel et de la connaissance de celui-ci par les

⁶ R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275, spéc. p. 181.

⁷ *Idem*, spéc. p. 183.

⁸ *Idem*.

⁹ S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, n°105 du 26 mai 2004, pp. 3-20, spéc. p. 3.

¹⁰ L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2004, V. l'entrée « motivation ».

sujets de droit. La motivation participe de la construction d'un droit jurisprudentiel en cela seulement qu'elle permet de garder trace du raisonnement mené par le juge.

4. Plus personne ne conteste désormais que la motivation de ses décisions par le juge est centrale dans l'activité de celui-ci et essentielle à la justice. C'est ainsi que la pratique de la motivation des décisions juridictionnelles est aujourd'hui de principe, au moins pour ce qui est des pays occidentaux¹¹. C'est en ce sens également que les juridictions européennes¹² et internationales¹³ motivent, amplement et densément¹⁴, leurs décisions. Les juges français n'échappent pas à ce mouvement et motivent leurs décisions de nature juridictionnelle.

Pourtant, l'Histoire révèle que la motivation juridictionnelle n'a pas toujours existé.

5. En France, sous l'Ancien Régime, les jugements ne sont pas motivés¹⁵. Cette absence de motivation des décisions de justice s'explique par les privilèges dont jouissent alors les juges et par la dimension religieuse et sacrée encore attachée à la justice, celle-ci étant rendue par la grâce et au nom de Dieu¹⁶. C'est à compter de la Révolution seulement, et parce que les textes le leur imposent¹⁷,

¹¹ Il peut exister des exceptions pour certaines catégories de jugements voire pour certaines juridictions, mais le principe demeure la motivation des décisions de justice.

Pour un aperçu comparatif de la motivation juridictionnelle, V. notamment : « L'élaboration de la décision de justice. Études de droit comparé », dossier : *RIDC*, n°3/1998, p. 755 et s. ; F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

¹² La Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de première instance motivent leurs décisions par application des articles 36 et 53 du statut de la Cour. La Cour européenne des droits de l'homme doit motiver ses décisions par application de l'article 45 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹³ Pour s'en tenir à cet exemple, la Cour internationale de justice motive ses décisions par application des articles 56 du statut de la Cour et 95, 1° du règlement de la Cour.

¹⁴ La Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour internationale de justice motivent leurs décisions dans un style direct de type narratif et dissertatif emprunté à la tradition de la *Common law*. Dans ce cadre, elles n'hésitent pas à se référer à leurs propres précédents et à faire état de considérations extra-juridiques. À noter que les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ont abandonné le modèle français de la phrase unique divisée en considérants dès le tournant des années 1970.

Sur la motivation de leurs décisions par les juridictions européennes et internationales, V. notamment : H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008.

¹⁵ Pour un aperçu historique de la motivation des jugements, V. notamment : T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-53 ; du même auteur, « Les demandes de motifs adressées par le Conseil du roi aux cours souveraines », *Revue historique de droit français et étranger*, 1957, pp. 529-548 ; P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in Association HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 5-15 ; S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Revue historique du droit*, n°2/2004, pp. 223-239.

Pour une analyse plus précise de l'histoire de la motivation juridictionnelle administrative, cf. *infra* le premier chapitre de la présente thèse (paragraphe n°57 et s. de la thèse).

¹⁶ G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 47-61.

¹⁷ L'article 15, titre V, de la loi (du décret) des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* faisait obligation aux tribunaux judiciaires de première instance et d'appel d'exprimer les motifs ayant déterminé leurs jugements : « La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes [...] Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés ». V. : J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du*

que les juges motivent les jugements qu'ils prononcent. Mais, même alors, la motivation juridictionnelle s'entend de manière restrictive. Il s'agit seulement pour les juges de fonder leurs décisions sur la loi. Il n'est pas attendu des juges un raisonnement véritable mené par rapprochement du droit et du fait, mais seulement qu'ils donnent à leurs jugements une base légale c'est-à-dire qu'ils énoncent les termes de la loi appliquée¹⁸. À cette époque « *le visa de la loi ainsi que son dévoilement importent plus que la façon dont le juge est supposé remonter logiquement jusqu'à elle en jugeant d'une affaire* »¹⁹. La motivation est imposée par les révolutionnaires pour brider le pouvoir des juges en les soumettant à la loi²⁰, magnifiée en ce qu'elle est censée traduire la volonté générale. De fait, en France, la motivation juridictionnelle répond historiquement à une conception restrictive de l'office du juge : elle donne à voir que le juge s'est borné à appliquer la loi.

6. Au sens courant, la motivation désigne à la fois l' « *action de justifier une action (déjà faite ou à accomplir) par l'exposé des motifs* »²¹ et le « *résultat de cette action* »²². La motivation juridictionnelle, quant à elle, « *consiste à rendre compte du raisonnement du juge, et peut être définie comme la réponse du Tribunal aux moyens [...] développés par les parties à l'appui de leurs demandes, de laquelle est tirée la solution qu'il donne au litige* »²³. Motiver, c'est pour le juge exprimer ou exposer les raisons de fait et de droit au fondement de ses décisions. Ainsi Odent a-t-il pu affirmer que « *motiver une décision, c'est indiquer et, par conséquent, faire connaître les considérations de fait et les raisonnements de droit sur le fondement desquels cette décision a été prise et qui ont entraîné la conviction du juge* »²⁴.

Le jugement est fondé sur des motifs et il est motivé en ce sens que le juge exprime et expose ses motifs au sein de la décision qu'il prononce. La motivation juridictionnelle est la formulation de ses motifs par le juge. La motivation se distingue ainsi des motifs en ce qu'elle est la « *communication* »²⁵ de ceux-ci. Le motif (du latin *motivus*, relatif au mouvement, qui meut ; de *movere* : mouvoir, remuer,

Conseil d'État, Paris, A. Guyot et Scribe, 1824, tome 1, spéc. p. 371.

¹⁸ L'article 208 de la Constitution de l'an III distinguait plus précisément entre l'énoncé des motifs et l'énoncé de la loi appliquée : « *les jugements [...] sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée* ».

¹⁹ G. BIGOT, *op. cit.*, spéc. p. 51.

²⁰ Le référé législatif répondait à ce même objectif de soumettre le juge à la loi. L'article 12, titre II, de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire disposait en ce sens que les juges « *ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle* ».

²¹ C. GODIN, *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Fayard, Éditions du temps, 2004, V. l'entrée « *motivation* », spéc. p. 838.

²² *Idem.*

²³ P. ESTOUP, « Du nécessaire rappel de principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. Pal.*, 1990, pp. 242-246, spéc. p. 244.

²⁴ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, réédition 2007, tome 1, spéc. p. 749.

²⁵ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46, spéc. p. 25.

agiter) correspond à la raison d'agir. Selon Kant, il est le principe objectif de la volonté²⁶. Les motifs ce sont les raisons du juge qui l'ont conduit à juger comme il l'a fait. En cela, et selon une distinction kantienne, le motif s'oppose au mobile, « *principe subjectif du désir, de nature « pathologique »* »²⁷. Le mobile émane de la sensibilité du sujet et est une fin subjective tandis que le motif est dicté par la raison et constitue une fin objective²⁸.

7. La motivation du juge est formalisée dans la décision de justice, laquelle est, en France, traditionnellement coulée dans un moule formel spécifique. La structure des jugements est normalisée. En effet, la décision juridictionnelle compte trois parties qui la composent : les visas qui résument les prétentions et moyens des parties et indiquent les textes applicables au litige ; les motifs ; et le dispositif qui contient la décision *stricto sensu* du juge sur le cas d'espèce soumis à son office. La motivation du juge, qui donc précède et « *accompagne* »²⁹ la décision de celui-ci, est contenue et prend corps dans les motifs du jugement. En ce sens, les motifs du jugement correspondent parfaitement à la définition du motif qui fait référence dans le domaine musical. En musique, le motif est « *le segment de composition assurant l'unité de l'œuvre* »³⁰. À l'image du motif entendu dans son acception musicale, les motifs du jugement, en ce qu'ils contiennent l'exposé des raisons du juge, font le lien entre la règle de droit applicable et la solution prononcée.

8. La motivation juridictionnelle répond à une exigence qui est, depuis la période révolutionnaire, imposée au juge français dans l'exercice de la *jurisdictio*. L'obligation de motiver les jugements bénéficie désormais d'une assise nationale et notamment constitutionnelle, mais également supranationale sous l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. « *L'obligation de motiver a [ainsi] gagné en importance dans la hiérarchie des normes* »³¹ à mesure qu'elle a connu des prolongements constitutionnel et conventionnel. De cette double consécration constitutionnelle et conventionnelle de l'obligation considérée, il apparaît une appréhension renouvelée de la motivation juridictionnelle. Celle-ci n'est plus seulement vue comme une obligation pesant sur le juge, elle est un droit fondamental reconnu au bénéfice des justiciables³².

²⁶ C. GODIN, *op. cit.*, V. l'entrée « *motif* », spéc. p. 838.

²⁷ C. GODIN, *op. cit.*, V. l'entrée « *mobile* », spéc. p. 812.

²⁸ Sur cette distinction : C. GODIN, *op. cit.*, V. l'entrée « *mobile* », spéc. p. 812.

²⁹ F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, spéc. p. 26.

³⁰ C. GODIN, *op. cit.*, V. l'entrée « *motif* », spéc. p. 838.

³¹ B. GENEVOIS, « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 225-236, spéc. p. 226.

³² V. sur ce point : B. GENEVOIS, *op. cit.*, spéc. pp. 227-228 ; S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, n°105 du 26 mai 2004, pp. 3-20.

9. La Convention européenne des droits de l'homme ne consacre pas explicitement l'exigence de motivation des jugements parmi les droits et libertés qu'elle détermine dans son titre premier. Mais, la Cour de Strasbourg juge que le respect du droit au procès équitable impose au juge de motiver ses décisions³³. Elle rattache ainsi l'obligation de motiver les décisions de justice à l'article 6§1 de la Convention³⁴. L'exigence ainsi fixée de la motivation juridictionnelle découle, d'une part, du droit à être entendu par un tribunal, et d'autre part, du droit à un tribunal impartial³⁵. Cette affirmation par la Cour européenne des droits de l'homme du principe de la motivation obligatoire des jugements est d'importance parce que « *la règle de l'épuisement des voies de recours internes conduit le juge européen à contrôler sur ce fondement, dans la plupart des cas, des décisions rendues par les Cours suprêmes nationales* »³⁶, parmi lesquelles le Conseil d'État français.

La Cour de Strasbourg rattache l'obligation de motivation au droit à être entendu par un tribunal³⁷. Car en effet, pour être effectif le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal implique que le juge réponde aux moyens invoqués par les parties. La motivation du jugement garantit aux parties que leur cause a été effectivement examinée par le juge. Plus spécifiquement, la Cour a pu fonder l'obligation de motivation sur le droit au recours³⁸ dès lors que l'effectivité même de ce droit suppose la motivation de la décision juridictionnelle contestée. En effet, pour que les parties puissent évaluer l'opportunité d'un éventuel recours et pour que la juridiction supérieure, si elle est saisie, puisse effectivement contrôler la décision juridictionnelle contestée, encore faut-il que celle-ci soit motivée.

La Cour européenne des droits de l'homme rattache également l'exigence de motivation juridictionnelle au droit à un tribunal impartial garanti par l'article 6§1 de la Convention³⁹. Un tel rattachement se justifie en ce que la motivation du jugement est censée manifester ou traduire l'impartialité du juge. Elle permet aux « *parties au litige [de] constater, à la lecture de la décision rendue, que le tribunal n'a pas statué en fonction d'un préjugé personnel mais s'est fondé, au contraire, sur un raisonnement juridique et cohérent* »⁴⁰.

³³ Cour EDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, req. n°16034/90.

³⁴ Cette analyse n'est pas démentie par le Conseil d'État qui rattache également l'exigence de motivation des jugements au droit au procès équitable, considérant que celui-ci inclut celle-là : CE, 14 décembre 1992, *Lanson*, n°130261, rec. T. p. 1217.

³⁵ Pour une telle lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, V. : L. BORÉ, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP. G*, n°3/2002, étude n°104.

³⁶ L. BORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 127.

³⁷ V. spécialement : Cour EDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, req. n°34553/97, §33.

³⁸ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grèce*, req. n°12945/87.

³⁹ Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, req. n°8950/80 ; Cour EDH, 31 août 1995, *Diennet c. France*, req. n°18160/91 ; Cour EDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*, req. n°21522/93.

⁴⁰ L. BORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 122.

10. Si la Cour de Strasbourg consacre et garantit le principe de l'obligation de motiver les jugements, elle « *veille simplement [...] au respect d'un degré minimum de motivation* »⁴¹. La portée qu'elle attache à l'exigence de motivation des décisions de justice n'est pas absolue. Certes, elle sanctionne l'absence de motifs⁴², le défaut de réponse à moyens⁴³ et l'insuffisance de motifs (notamment l'insuffisance des motifs de fait)⁴⁴, et se montre réticente à l'égard de la motivation par prétérition⁴⁵. Toutefois, d'une part, la Cour juge que l'obligation de motivation « *peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances* »⁴⁶. D'autre part, la Cour admet que le juge ne réponde pas à l'ensemble des arguments invoqués⁴⁷, ni aux moyens insusceptibles d'influer sur la solution du litige⁴⁸. Enfin, elle accepte la pratique de la motivation par adoption des motifs des juges inférieurs à la double condition que la juridiction supérieure se prononçant examine réellement les questions essentielles posées par le litige et qu'elle ne se contente pas d'entériner purement et simplement les conclusions de la juridiction inférieure⁴⁹.

11. En droit interne, l'obligation faite au juge de motiver ses jugements est consacrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁵⁰. Elle n'est pas en elle-même une obligation imposée par la Constitution comme cela peut être le cas dans d'autres pays⁵¹ ou comme cela a pu être le cas, en France, sous l'empire de la Constitution de l'an III qui, en son article 208, imposait aux juges la motivation de leurs décisions. Elle bénéficie cependant d'un ancrage constitutionnel en ce qu'elle est rattachée aux droits de la défense⁵², lesquels ont valeur constitutionnelle⁵³. De même, le Conseil constitutionnel a pu rattacher l'obligation de motiver les jugements au principe de légalité des délits

⁴¹ *Idem*, spéc. p. 125.

⁴² Cour EDH, 19 février 1998, *Higgins et autres c. France*, req. n°20124/92.

⁴³ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Hiro Balani c. Espagne* et *Ruiz Torija c. Espagne*, req. n°18064/91 et 18390/91.

⁴⁴ Cour EDH, 28 octobre 1987, *H. c. Belgique*, préc. ; 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*, préc.

⁴⁵ V. spécialement : Cour EDH, 11 janvier 2000, *Quadrelli c. Italie*, req. n°28168/95, §34.

⁴⁶ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Hiro Balani c. Espagne* et *Ruiz Torija c. Espagne*, préc.

⁴⁷ Cour EDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, préc. ; Cour EDH, 9 décembre 1994, *Hiro Balani c. Espagne* et *Ruiz Torija c. Espagne*, préc.

⁴⁸ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Hiro Balani c. Espagne* et *Ruiz Torija c. Espagne*, préc.

⁴⁹ Cour EDH, 19 décembre 1997, *Helle c. Finlande*, aff. n°157/1996/776/977.

⁵⁰ Le Conseil constitutionnel est lui-même tenu de motiver ses décisions. V. les articles 20 et 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*. Pour un aperçu de la motivation de ses décisions par le Conseil constitutionnel, V. notamment : G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013.

⁵¹ Par exemple, la Constitution des Pays-Bas (article 121), celle de l'Espagne (article 120.3) ou encore celle de l'Italie (article 111) imposent la motivation des jugements.

⁵² Pour un tel rattachement opéré par le Conseil constitutionnel, V. notamment : CC, Décision n°84-182 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise* ; V. spéc. le considérant n°8.

⁵³ CC, Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* : « les droits de la défense [...] constituent [...] un droit fondamental à caractère constitutionnel ».

et des peines⁵⁴. La loi également impose au juge, qu'il soit civil⁵⁵, pénal⁵⁶ ou administratif, de motiver ses jugements.

Spécifiquement, le juge administratif doit motiver ses décisions parce que la loi et la jurisprudence du Conseil d'État le contraignent en ce sens. L'article L. 9 du code de justice administrative en vertu duquel « *les jugements sont motivés* » impose aux tribunaux administratifs, cours administratives d'appel⁵⁷ et, de manière inédite⁵⁸, au Conseil d'État lui-même, la motivation de leurs jugements et arrêts. Le Conseil d'État a fait de l'exigence de motivation des décisions de justice une règle générale de procédure qui s'impose à toute juridiction administrative⁵⁹, même sans texte et dès lors qu'elle n'a pas été écartée par une disposition législative contraire et qu'elle n'est pas inconciliable avec l'organisation de ladite juridiction⁶⁰. Plus récemment, la juridiction administrative suprême s'est référée au « *principe général de motivation des décisions juridictionnelles* » pour censurer le juge des référés précontractuels qui, en l'absence de dispositions l'y autorisant, avait dissocié dans le temps la notification du dispositif et des motifs de son ordonnance⁶¹.

12. Contraint par les textes et la jurisprudence de motiver ses jugements, le juge administratif satisfait à cette exigence. Il le fait cependant traditionnellement sans renoncer à une certaine brièveté, caractéristique permise par la souplesse ou l'indétermination des textes et de la jurisprudence s'agissant du contenu exigé de la motivation. La motivation de ses décisions par le juge administratif est ainsi enfermée dans un moule traditionnel, celui de la « *concision structurée* »⁶².

Eu égard à sa structure, la décision du juge administratif est classiquement organisée en une phrase unique divisée en considérants et formulée dans un style indirect. Les considérants de la décision caractérisent les motifs de celle-ci. Le style de la décision juridictionnelle administrative est impersonnel. En cela il est censé traduire l'unité de la juridiction qui statue et ne pas trahir le secret du délibéré. Ce ne sont pas des juges qui s'expriment sur l'affaire mais la formation de jugement dans

⁵⁴ CC, Décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999, *Loi autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale*.

⁵⁵ Article 455 du code de procédure civile.

⁵⁶ Article 485 du code de procédure pénale.

⁵⁷ Lesdits tribunaux et cours étaient déjà tenus de motiver leurs décisions par application de l'article R. 200 du code des tribunaux et cours administratives d'appel. Les conseils de préfecture, ancêtres des actuels tribunaux administratifs, avaient, quant à eux, été soumis à l'obligation de motiver leurs arrêtés contentieux par le décret du 30 décembre 1862 (article 2 alinéa 2) et les lois du 21 juin 1865 (article 9) et du 22 juillet 1889 (article 48).

⁵⁸ C'est la première fois qu'un texte contraint le Conseil d'État lui-même à motiver ses arrêts. V. : R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDJ*, 2003, pp. 3-17, spéc. p. 7 : la prescription formulée à l'article L. 9 du code de justice administrative est « *sans précédent, en tant qu'elle s'adresse au Conseil d'État* ».

⁵⁹ L'intérêt a été de soumettre les juridictions administratives spécialisées à l'obligation de motiver leurs décisions.

⁶⁰ CE, 5 décembre 1924, *Sieurs Légillon*, rec. p. 985 ; CE, Sect., 1^{er} mars 1935, *Sieur Platon*, rec. p. 270.

⁶¹ CE, 19 juillet 2010, *Région Réunion*, n°337071, rec. T. p. 858 et p. 914.

⁶² J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 224 et s.

son ensemble qui se prononce sur le litige. Les positions individuelles des juges s'effacent derrière la décision rendue par la juridiction, par principe collégiale⁶³.

Eu égard à son contenu, la motivation de la décision du juge administratif est traditionnellement brève. Cela est particulièrement vrai de la motivation des arrêts du Conseil d'État dont il est de coutume de stigmatiser la brièveté⁶⁴ ou le caractère laconique. En effet, dans la tradition juridique française, le Conseil d'État, comme d'ailleurs son homologue judiciaire⁶⁵, motive ses décisions de manière concise. L'exposé de ses raisons par le juge administratif suprême ne donne pas lieu à de longs et amples développements. Ce laconisme traditionnel est nourri par le postulat essentiel et sans cesse réaffirmé⁶⁶ selon lequel seuls doivent apparaître au sein des motifs des jugements et arrêts les éléments strictement nécessaires à la justification du dispositif de la décision. Du reste, ce laconisme, s'il a été très tôt perçu par la doctrine, n'a pas toujours été contesté par celle-ci. La doctrine classique ne critiquait pas la concision du juge et, au contraire, avait tendance à en faire l'éloge. Pour Hauriou, l'*imperatoria brevis* permettait au juge une prudence bienvenue, « *en ce qu'elle évitait d'exprimer trop vite, en des concepts trop précis, l'inconnu des problèmes juridiques nouveaux, et en ce qu'elle laissait à la doctrine le soin de dégager les principes, se gardant ainsi même de l'apparence des arrêts de règlements* »⁶⁷. Ce n'est que passée la Seconde Guerre mondiale⁶⁸ que la critique contre le laconisme du Conseil d'État⁶⁹ s'est faite plus vive. Les auteurs ont alors et depuis lors mis en exergue deux faiblesses de cet *imperatoria brevis* traditionnel. D'une part, il ne permet pas de garantir la compréhension, par les justiciables, des décisions rendues. D'autre part, il empêche le Conseil d'État de remplir effectivement la mission de Cour régulatrice qu'il lui revient d'exercer depuis les réformes

⁶³ Sur ce point, V. : B. LASSERRE, « Jugement », fasc. 70-14, *Jurisclasseur Justice administrative*.

⁶⁴ V. particulièrement en ce sens : F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013.

⁶⁵ Il est classiquement fait état de la concision des arrêts de la Cour de cassation et de ce que cette brièveté est due à la fonction spécifique (juridiction de cassation et Cour régulatrice, gardienne de l'unité d'interprétation du droit) qui lui est dévolue.

On a pu faire valoir que le laconisme de la Cour de cassation a pris véritablement son essor au XX^e siècle. Au XIX^e siècle, la juridiction judiciaire suprême expliquait davantage sa démarche, œuvrant ainsi dans le sens d'une certaine pédagogie. Ce basculement d'une motivation explicative vers une motivation laconique serait dû à un facteur essentiel : l'évolution de la mentalité des magistrats judiciaires qui ont progressivement pris conscience qu'ils exercent un véritable pouvoir créateur *via* l'interprétation des textes et qui ont bénéficié progressivement de garanties renforcées en termes d'indépendance. V. : F. BÉRENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation : de l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003.

⁶⁶ Pour une dernière affirmation en date de ce postulat, V. le rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 15 : « *un principe cardinal de la rédaction des décisions de justice [...] : la motivation [...] ne devra contenir que ce qui justifie nécessairement la réponse à l'argumentation du justiciable [...]* ».

⁶⁷ M. HAURIOU, note sous CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, S., 1918-19, III, p. 33 et s.

⁶⁸ Sur cette chronologie, V. : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, spéc. pp. 410-418.

⁶⁹ La critique du laconisme de la Cour de cassation n'a pas été moins vive. V. particulièrement : A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ*, 1974, pp. 487-508.

de 1953⁷⁰ et de 1987 qui ont institué les actuels tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

13. Ce moule traditionnel de la « *concision structurée* »⁷¹ dans lequel se coule la décision juridictionnelle administrative trouve diverses raisons⁷² (le passé de la juridiction administrative marqué par la justice retenue ; la prudence d'un juge qui n'entend pas se lier trop pour l'avenir mais, au contraire, rester libre des évolutions de sa jurisprudence ; la recherche d'une certaine rigueur que permet le moule syllogistique⁷³ et d'une certaine clarté que permet la concision ; etc.). Surtout⁷⁴, il correspond à la conception française de la fonction de juger, à la conception restrictive de l'office du juge héritée de la révolution et répond au dogme de la séparation des pouvoirs.

14. La rédaction des décisions de justice et particulièrement la motivation de celles-ci révèlent une certaine appréhension de la fonction de juger, des pouvoirs et du rôle social impartis au juge. Il existe un « *rapport entre le mode de rédaction des décisions de justice et la compréhension de la fonction de juger* »⁷⁵. À cet égard, il est devenu classique d'opposer les décisions du juge français à celles des juges de *Common law*⁷⁶.

Les raisonnements développés par les juges, que ceux-ci œuvrent dans un système civiliste de tradition romano-germanique ou de *Common law*, ne diffèrent pas notablement. Classiquement, on oppose le raisonnement du juge anglo-saxon au raisonnement du juge français. L'on dit du premier qu'il est inductif, empirique et mené à partir de l'expérience et des précédents, et du second qu'il est déductif (raisonnement syllogistique), rationnel et mené à partir de la règle de droit générale et écrite. Pourtant, en réalité, les raisonnements de ces juges sont relativement similaires pour ne pas dire quasiment identiques⁷⁷. À l'image du juge anglo-saxon, le juge français s'appuie sur la jurisprudence

⁷⁰ V. particulièrement : J. RIVERO, « Le Conseil d'État, Cour régulatrice. », *D.*, 1954, Chronique, pp. 157-162.

⁷¹ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », *préc.*, spéc. p. 224 et s.

⁷² V. notamment en ce sens : B. GENEVOIS, « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 225-236, spéc. pp. 230-231 ; J. PETIT, *op. cit.*, pp. 213-230.

⁷³ V. en ce sens notamment : D. RIBES, « La motivation des décisions du Conseil d'État », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 183-195, spéc. p. 195.

⁷⁴ Sur cette prévalence, V. : J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 227.

⁷⁵ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, spéc. pp. 8-9.

⁷⁶ Faisant état d'une telle opposition, V. notamment : A. DE VITA, « Aperçu comparatif », *RIDC*, n°3/1998, dossier : « L'élaboration de la décision de justice. Études de droit comparé », pp. 809-815 ; J. R. SPENCER, « Quelques observations préliminaires », *RIDC*, n°3/1998, dossier *préc.*, pp. 823-826, spéc. pp. 824-825 ; J.-Y. POURRET, *Les systèmes de jurisprudence : étude comparative des conditions d'élaboration de la jurisprudence en droits anglais et français*, Thèse dact., Université Jean Monnet, Saint Étienne, 2005.

⁷⁷ Pour la mise en exergue de cette proximité, V. particulièrement l'étude comparative menée par M. Lasser, Professeur américain : M. LASSER, « La MacDonald-isation du discours judiciaire français », *APD*, tome 45, 2001, pp. 137-148.

antérieure, sur celle d'autres juridictions et parfois sur des travaux doctrinaux ; il raisonne à partir de considérations juridiques mais également extra-juridiques c'est-à-dire de « *données brutes* »⁷⁸ (circonstances historiques, sociales, économiques, morales ou éthiques, considérations d'ordre pratique liées à l'impératif de bonne administration de la justice, etc.). L'étude des travaux préparatoires des arrêts des juridictions suprêmes françaises le révèle particulièrement⁷⁹. Ce qui diffère, c'est moins donc la nature des raisonnements menés que la manière dont ceux-ci sont donnés à voir dans la décision de justice finalement prononcée. Tandis que la décision du juge de *Common law* a vocation à retranscrire le raisonnement mené et cela sous ses divers aspects juridiques et extra-juridiques, les motifs de la décision juridictionnelle française donnent à voir la solution rendue comme la conclusion logique d'une application mécanique de la règle de droit générale aux faits de l'espèce. Les décisions du juge français et celles du juge anglo-saxon ne s'opposent pas donc au regard du « *mode de raisonnement du juge* » mais bien davantage au regard du « *mode d'écriture de son raisonnement* » par le juge⁸⁰. En ce sens, le style syllogistique, concis et très formalisé du juge français tranche avec le style narratif de type conversationnel et dissertatif du juge anglais⁸¹ et du juge américain⁸². Or, précisément, cette différence de style s'explique par la conception, elle-même divergente, du rôle exercé par le juge. Par opposition au juge français qui est censé appliquer la loi sans jamais créer le Droit, le juge de *Common law* est reconnu en ce qu'il participe à la création du Droit, et son rôle créateur n'a pas été démenti par la multiplication de la loi écrite⁸³. Dès lors que le juge anglo-saxon est habilité à créer le Droit, il est censé « *parler à tous* »⁸⁴ et convaincre de ses décisions. De fait, la motivation de ses décisions est didactique et vise la persuasion ; elle est une démonstration à l'occasion de laquelle le juge n'hésite pas à donner à voir les considérations extra-juridiques guidant sa décision (arguments de nature économique, sociale, politique, éthique, etc.). Au contraire, le pouvoir de créer des règles de droit de portée générale étant refusé au juge

⁷⁸ R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275, spéc. pp. 188-192.

⁷⁹ P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013.

⁸⁰ Sur cette distinction, V. : D. DE BÉCHILLON, « Sur la diversité des méthodes et manières de juger : propos introductifs », Intervention du 29 novembre 2004, Cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, première conférence (disponible en ligne sur le site officiel de la Cour de cassation).

⁸¹ Sur la motivation de ses décisions par le juge anglais, V. notamment : C. JAUFFRET-SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, n°9/1989, pp. 57-67 ; J. R. SPENCER, « Quelques observations préliminaires », préc. ; S. SEDLEY, « La prise de décision par le juge anglais », *RIDC*, n°3/1998, dossier préc., pp. 817-819 ; J.-Y. POURRET, *Les systèmes de jurisprudence : étude comparative des conditions d'élaboration de la jurisprudence en droits anglais et français*, préc. ; F. RUEDA, « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 263-280.

⁸² Sur la motivation de ses décisions par le juge américain, V. particulièrement : M. LASSER, « La MacDonald-isation du discours judiciaire français », préc.

⁸³ A. DE VITA, « Aperçu comparatif », *RIDC*, n°3/1998, dossier préc., pp. 809-815, spéc. p. 810.

⁸⁴ *Idem*, spéc. p. 814.

français au nom de la séparation des pouvoirs, la motivation de ses décisions consiste à faire état de ce que la solution prise l'a été par application de la loi. En définitive, « *la décision juridictionnelle ne conserve [...] aucune trace des avatars de l'argumentation* »⁸⁵ ni des considérations extra-juridiques qui ont pu guider le juge. La motivation de la décision de justice administrative française « *ne permet pas de restituer la richesse des débats, la contradiction exigeante qui se déroule au sein de la juridiction* »⁸⁶ administrative et qui fait intervenir successivement trois acteurs principaux que sont le rapporteur, le rapporteur public et la formation de jugement. La forme et le contenu des décisions du juge français et notamment de leurs motivations expriment cette conception française de la fonction de juger. Ils traduisent autant qu'ils participent au maintien du mythe hérité de la Révolution d'un juge condamné à être seulement la « bouche de la loi ».

15. Les modèles français et anglo-saxon se distinguent également au regard du processus de production des décisions de justice, ce qui a des conséquences sur la motivation juridictionnelle⁸⁷. Le modèle français correspond à une « *culture organisationnelle ex ante* »⁸⁸ qui se caractérise par la recherche d'un consensus autour de la décision finale. Dans ce cadre, le travail de préparation et de rédaction de la décision et de sa motivation est concentré en amont du délibéré, en principe collégial. Le but est de parvenir à un consensus sur la décision c'est-à-dire sur son dispositif mais également sur ses motifs. Cette recherche de consensus implique en pratique bien souvent de nécessaires compromis entre les membres de la formation de jugement, qui touchent notamment aux motifs de la décision. La motivation finalement retenue peut souffrir, quant à sa clarté, du compromis ainsi trouvé. Le modèle anglo-saxon est opposé. Il correspond à une « *culture organisationnelle ex post* »⁸⁹. Dans ce modèle, le travail de préparation et de rédaction de la motivation de l'arrêt se poursuit après même le délibéré. Ce dernier vise avant tout à déterminer le dispositif de la décision, non pas ses motifs. L'objectif est principalement de parvenir à un accord sur le dispositif de la décision. Ce n'est qu'une fois cet accord trouvé sur le dispositif que débute véritablement le travail de détermination et de rédaction des motifs de la décision. Dans ce cadre, les juges ne sont pas dans la recherche du compromis. En effet, la pratique anglaise veut que chaque juge de la formation de jugement exprime son opinion propre c'est-à-dire délivre ses motifs. Il ne s'agit pas alors de parvenir à une motivation

⁸⁵ J. MORAND-DEVILLER, « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in CERAP, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Bilan critique*, Paris, Economica, 1991, pp. 183-201, spéc. p. 198.

⁸⁶ D. RIBES, « La motivation des décisions du Conseil d'État », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, préc., pp. 183-195, spéc. p. 189.

⁸⁷ Sur ce point, V. particulièrement le rapport de M. Cohen : M. COHEN, P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit. Le cas des cours souveraines et constitutionnelles, Rapport final*, CNRS, 2013.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

commune à la formation de jugement. La pratique américaine est plus mesurée mais elle n'est pas absolument opposée. Une opinion est rédigée par l'un des juges de la formation de jugement et a vocation à constituer l'opinion majoritaire du tribunal. Cette opinion majoritaire peut cependant être accompagnée d'opinions séparées qui peuvent être concordantes ou dissidentes et qui sont rédigées par d'autres juges de la formation de jugement.

I. Définition du sujet et ses conséquences en termes de méthodologie de la recherche

16. La présente étude ambitionne d'analyser la motivation des décisions du juge administratif français. Le thème de recherche ainsi envisagé, il s'agit de mettre en exergue ce qui fait l'unité caractéristique de *la* motivation (B) des décisions *du* juge administratif français (A).

A. La motivation des décisions *du* juge administratif

17. Le juge administratif n'est pas un mais multiple ; il n'exerce pas une fonction unique mais des fonctions plurielles. De fait, réduire cette diversité pour espérer étudier la motivation des décisions *du* juge administratif suppose des choix méthodologiques qu'il convient d'arrêter précisément.

18. L'expression générique « juge administratif » renvoie à de multiples réalités. Car en effet, à côté des juridictions administratives générales ou de droit commun que sont les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État, il existe une multitude de juridictions administratives spécialisées c'est-à-dire de « *juridictions qui ont une compétence d'attribution* »⁹⁰ « *limitée à des catégories déterminées de litiges ou de décisions* »⁹¹ (Cour de comptes ; Chambres régionales des comptes ; Cour nationale du droit d'asile ; juridictions ordinales ; juridictions universitaires et académiques ; etc.) et dont les décisions relèvent de la compétence du Conseil d'État en cassation.

19. La présente étude se bornera à l'analyse de la motivation des décisions rendues par les juridictions administratives de droit commun. Deux raisons postulent en ce sens. D'une part, le rapport d'avril 2012 qui a constitué le point de départ de notre réflexion s'intéresse aux seules

⁹⁰ D. COSTA, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. « Objectif droit », 2014, 2^e éd., spéc. p. 124.

⁹¹ A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2015, 7^e éd., V. l'entrée « *juridictions administratives spécialisées* ».

juridictions administratives de droit commun. En effet, le groupe de travail présidé par P. Martin et missionné par J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, a eu à porter sa réflexion sur la rédaction et la présentation des décisions du Conseil d'État, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs⁹². D'autre part et surtout, tant le très grand nombre⁹³ de juridictions administratives spécialisées que la diversité de celles-ci au regard de leurs composition, organisation et fonctions respectives⁹⁴ obligent, pour d'évidentes considérations pratiques, à restreindre le champ d'étude aux seules juridictions administratives générales.

20. Reste que les juridictions administratives de droit commun exercent des fonctions diverses d'ordre juridictionnel mais également non contentieux. Cette double casquette du juge administratif est nettement perceptible s'agissant du Conseil d'État. Ce dernier exerce une mission juridictionnelle et dans ce cadre peut être saisi en qualité de juge de cassation, de juge d'appel ou de juge de premier et dernier ressort. Il est également le conseiller historique du gouvernement. À cet égard, le code de justice administrative distingue entre les « *attributions contentieuses* »⁹⁵ du Conseil d'État et ses « *attributions en matière administrative et législative* »⁹⁶. Aussi, la haute juridiction rend des avis contentieux sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative. Dans ce cadre, le Conseil d'État est saisi par un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel qui, à l'occasion d'un litige dont il ou elle a à connaître, fait face à « *une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* »⁹⁷. La juridiction suprême est alors invitée à rendre un avis sur une question de droit. La procédure alors suivie devant elle est la même que celle mise en œuvre pour une requête contentieuse. En pratique, l'avis rendu est le plus souvent amplement motivé et cela dans un style courant, le Conseil d'État n'ayant pas recours en la matière au moule classique de la phrase unique rédigée dans un style indirect. Lorsqu'il se prononce par la voie d'un tel avis, le Conseil d'État, certes, participe à l'exercice de la fonction juridictionnelle puisque la position qu'il propose a vocation⁹⁸ à être celle appliquée par le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, auteur de la saisine. Cependant, le Conseil d'État n'exerce pas lui-même la *jurisdictio*. C'est bien, en effet, la juridiction inférieure qui a saisi le juge administratif suprême qui

⁹² Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 6 et pp. 218-219 (lettre de mission).

⁹³ Il existe environ 900 juridictions administratives spécialisées dont une trentaine au niveau national. La majorité de ces juridictions ont un ressort départemental ou régional. V. : A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *op. cit.*

⁹⁴ Sur cette diversité, V. particulièrement : D. COSTA, *op. cit.*, spéc. pp. 124-130.

⁹⁵ Article L. 111-1 du code de justice administrative.

⁹⁶ Article L. 112-1 et s. du code de justice administrative.

⁹⁷ V. l'article L. 113-1 du code de justice administrative.

⁹⁸ La juridiction auteur de la saisine n'est pas juridiquement tenue de suivre l'avis prononcé par le Conseil d'État. En pratique, ce sera le plus souvent le cas.

tranchera finalement le litige à l'origine de la saisine du Conseil d'État pour avis. D'ailleurs, l'avis rendu ne lie pas juridiquement la juridiction subordonnée qui peut dès lors s'en écarter. En ce sens, les avis sur question de droit prononcés par le Conseil d'État sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative ne peuvent être valablement considérés comme des décisions juridictionnelles à part entière.

21. Le choix a été fait de porter l'analyse sur la motivation des seules décisions juridictionnelles prononcées par les juridictions administratives de droit commun, à l'exclusion des décisions de toute autre nature susceptibles d'être rendues par celles-ci. Cette restriction a été guidée par deux considérations principales. D'une part, là encore, nous avons décidé de calquer notre champ d'étude sur celui retenu par le groupe de travail du Conseil d'État pour cela seulement que le rapport d'avril 2012 a constitué le point de départ de notre réflexion. D'autre part et surtout, quand bien même le juge administratif ne rend pas seulement des décisions de cette nature, le prononcé de décisions juridictionnelles constitue le cœur de sa mission. La mission originale et principale du juge est de rendre la justice, d'exercer la *jurisdictio*, c'est-à-dire de trancher les litiges par application du droit et à l'issue du procès. C'est par et dans l'exercice de cette mission que le juge se singularise. La spécificité et l'intérêt d'une étude de la motivation des décisions du juge administratif réside par conséquent dans l'analyse de la motivation des décisions juridictionnelles administratives.

Sera ainsi exclue du champ de la présente étude l'analyse de la motivation des actes du juge administratif qui ne traduisent pas, par essence et strictement, la fonction juridictionnelle. Par conséquent, ne seront pas étudiées la motivation des décisions rendues par le juge administratif dans l'exercice de ses fonctions consultatives et d'administration (autorisations de plaider), ni la motivation des actes d'administration de la justice, ni encore la motivation des avis contentieux prononcés par le Conseil d'État. La motivation de ces actes sera abordée⁹⁹ mais seulement alors pour mieux appréhender les contours de la motivation juridictionnelle administrative.

22. Le choix ainsi opéré de borner la présente étude à l'analyse de la motivation des seules décisions juridictionnelles prononcées par les juridictions administratives de droit commun suppose encore de questionner plus avant, d'une part, le cadre temporel de l'étude en vue de déterminer l'acte de naissance de la juridiction administrative (1), et d'autre part, la place qui doit être faite à l'analyse de la motivation para-juridictionnelle (2).

⁹⁹ Cf. *infra* les paragraphes n°89 et s. de la présente thèse.

1. Le choix d'une analyse historique de la motivation « juridictionnelle » administrative

23. S'agissant des limites temporelles de l'étude, le choix aurait pu être fait de centrer l'analyse sur la seule période contemporaine et, plus particulièrement, sur le tournant des années 2000 qui a vu se multiplier les motivations amples et précises. Un tel choix, qui aurait eu le mérite de la simplicité, nous a paru trop restrictif en ce qu'il n'aurait pas permis d'envisager l'évolution historique de la motivation de ses décisions par le juge administratif. Or, l'intérêt de l'étude réside pour bonne part dans l'analyse de cette évolution et de ses significations possibles au regard de l'office du juge administratif. L'aspect historique du sujet ne pouvait pas être négligé, sauf à borner par trop le prisme d'analyse. De fait, et bien que la période contemporaine ait été celle privilégiée pour l'étude de la motivation juridictionnelle administrative, l'approche historique du sujet n'a pas été totalement occultée. À ceci près que la présente thèse n'a aucunement la prétention d'une recherche réalisée selon les méthodes propres aux spécialistes de l'histoire du droit, l'histoire de la motivation de ses décisions par le juge administratif a fait l'objet de développements approfondis à partir notamment de travaux réalisés par des historiens du droit¹⁰⁰.

Ce choix fait, la difficulté a été de déterminer ou fixer un point de départ pertinent de cette étude historique envisagée de la motivation juridictionnelle administrative. La solution la plus consensuelle aurait été de retenir l'an VIII comme point de départ de l'analyse. L'an VIII, qui a vu la création du Conseil d'État par la Constitution du 22 frimaire et la création des conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse, a constitué en effet une date essentielle dans la construction de la justice administrative. Mais, d'autres options étaient également possibles. D'une part, suivant une approche exhaustive des critères modernes de la juridiction¹⁰¹, il aurait été possible de faire débiter l'étude à une date postérieure à l'an VIII. Le choix aurait pu se porter alors sur la grande loi du 24 mai 1872 qui a consacré la justice déléguée au profit du Conseil d'État ou même encore sur l'arrêt *Cadot* en date du 13 décembre 1889 qui a marqué le terme définitif de la pratique du ministre-juge. D'autre part, suivant le seul critère matériel de définition de la juridiction, il était possible de faire remonter l'analyse à une date antérieure à l'an VIII. Ce dernier choix ne va pas de soi. Il peut être contesté. En effet, avant l'an VIII, il n'existait pas de justice ni de juridiction administratives au sens que l'on attribue

¹⁰⁰ Cf. *infra* le premier chapitre de la présente thèse (paragraphes n°57 et s. de la thèse).

¹⁰¹ Selon une approche moderne, 3 critères cumulatifs doivent être réunis pour qu'un organe puisse être valablement qualifié de juridiction : un critère matériel (trancher les litiges par application du droit), un critère organique (spécialisation fonctionnelle, justice déléguée, indépendance et impartialité), un critère formel et procédural (principe du contradictoire, principe de publicité des audiences, etc.). V. notamment : J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in Mélanges en l'honneur de Michel STASSINOPOULOS, *Problèmes de droit public contemporain*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 275-290.

aujourd'hui à ces termes mais, tout au plus, un contentieux administratif¹⁰². Discutable au regard des critères modernes de la juridiction, ce choix paraît cependant très pertinent pour qui s'intéresse à la motivation des décisions du juge administratif précisément parce qu'il permet d'appréhender la place ou la part possibles de la motivation dans le processus de juridictionnalisation du contentieux administratif. Pour cette raison, la décision a été prise de fixer le point de départ de l'étude à la fin de l'Ancien Régime, date à partir de laquelle il est possible d'apercevoir, déjà, l'amorce d'une juridictionnalisation progressive mais continue du contentieux administratif¹⁰³.

2. Le rejet d'une analyse de la motivation para-juridictionnelle

24. À côté de la motivation des jugements c'est-à-dire de la motivation telle que contenue dans les motifs des décisions juridictionnelles administratives, il faut dorénavant constater l'existence de ce qu'il est permis d'appeler une motivation para-juridictionnelle ou externe. Cette sorte de motivation est extérieure à la décision de justice et prend corps dans un ensemble de documents émanant de la juridiction administrative ou de ses membres. Les conclusions des rapporteurs publics, régulièrement publiées désormais, sont la marque classique de la motivation externe. Celle-ci s'est particulièrement développée à la période contemporaine sous la forme de communiqués de presse, de notes et chroniques de jurisprudence élaborées par les membres de la juridiction administrative, etc. Au regard de l'essor de la motivation para-juridictionnelle, la question se pose de la part qui doit être accordée à l'analyse de cette sorte de motivation au sein de la présente étude. La motivation externe peut-elle être assimilée à la motivation de ses décisions par le juge administratif et par conséquent étudiée comme telle ?

25. Certes, la motivation externe permet une meilleure compréhension des décisions rendues et, en cela, constitue le prolongement de la motivation juridictionnelle. Mais, son existence même révèle les faiblesses ou carences de la motivation de ses décisions par le juge administratif. En outre, la motivation para-juridictionnelle ne peut être pleinement assimilée à la motivation juridictionnelle parce qu'elle n'est pas mise en œuvre à strictement parler dans l'exercice même de la *jurisdictio* et qu'elle ne reflète pas de façon certaine la position des membres de la formation de jugement. Ce constat vaut incontestablement s'agissant des notes et chroniques émises par les membres de la juridiction et autres communiqués de presse qui accompagnent certaines décisions mais qui

¹⁰² Sur cette distinction entre le contentieux et le juridictionnel, V. notamment : J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », préc. ; D. COSTA, *Contentieux administratif*, préc., spéc. pp. 1-7.

¹⁰³ Sur ce point, cf. *infra* les paragraphes n°59 et s. de la présente thèse.

interviennent après le prononcé de celles-ci et qui, donc, n'ont pas concouru à son élaboration. Ces documents visent à expliciter le sens voire la valeur et la portée de la décision rendue mais ne prétendent aucunement retracer fidèlement le raisonnement du juge lorsqu'il a eu à trancher le cas d'espèce. S'agissant des conclusions des rapporteurs publics, le doute est *a priori* permis. Car en effet, le rapporteur public compte parmi les principaux acteurs concourant à l'élaboration même de la décision juridictionnelle et l'on peut penser que ses conclusions « *sont révélatrices du débat contradictoire interne à la juridiction* »¹⁰⁴. L'hésitation doit être cependant écartée. D'une part, « *si le rapporteur public participe à la fonction de juger* »¹⁰⁵, il ne participe pas à la prise de décision elle-même. Devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, le rapporteur public n'est pas présent lorsque la décision est délibérée¹⁰⁶. Il ne participe pas au délibéré et n'y assiste pas même. Devant le Conseil d'État, le rapporteur public assiste au délibéré, sauf demande contraire d'une partie, mais il n'y prend pas part¹⁰⁷. D'autre part, ses conclusions n'ont pas vocation à retranscrire le cheminement du raisonnement de la formation de jugement mais à emporter la conviction de celle-ci. De fait, il n'est jamais certain que les arguments et raisons défendus par le rapporteur public à l'appui de la solution qu'il préconise soient effectivement ceux qui sont au fondement de la décision finalement rendue. Et d'ailleurs, la formation de jugement ne suit pas toujours les conclusions de son rapporteur public, celles-ci pouvant être dès lors discordantes.

26. L'analyse de la motivation externe est utile à l'étude de la motivation des décisions du juge administratif. Néanmoins, la motivation para-juridictionnelle ne peut être valablement assimilée à la motivation juridictionnelle. De fait, l'étude présentement engagée de la motivation juridictionnelle administrative ne peut consister en celle de la motivation para-juridictionnelle. Par conséquent, ce n'est que de manière incidente qu'il sera tenu compte de la motivation externe. Cette dernière ne sera pas envisagée en tant qu'elle constituerait un procédé à part entière de motivation de ses décisions par le juge administratif.

¹⁰⁴ B. GENEVOIS, « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 225-236, spéc. p. 234.

¹⁰⁵ P. BLANC, « Le silence du juge », *RDP*, 2012, pp. 1133-1144, spéc. p. 1141.

¹⁰⁶ Article R. 732-2 du code de justice administrative.

¹⁰⁷ Article R. 733-3 du code de justice administrative.

B. La motivation juridictionnelle administrative

27. Prétendre étudier la motivation des décisions du juge administratif paraît constituer un défi de taille lorsque l'on sait la diversité de cet objet d'étude. La motivation juridictionnelle renvoie en effet à des réalités plurielles. Outre que chaque jugement repose sur une motivation propre (3), il faut distinguer entre la motivation du juge et la motivation du jugement (1), laquelle peut être définie selon une double acception formelle et substantielle (2).

1. Motivation du juge et motivation du jugement

28. Dans une première approche de la motivation juridictionnelle, nous avons dit que les motifs du jugement, lesquels constituent la seconde partie de la décision de justice qui s'intercale entre les visas et le dispositif, sont la formalisation de la motivation du juge¹⁰⁸. À cet égard, deux conceptions s'opposent. Selon un premier point de vue, la motivation telle qu'elle apparaît dans la décision du juge sera considérée comme retranscrivant fidèlement le raisonnement de celui-ci, c'est-à-dire le processus mental rationnel par lequel le juge est parvenu à la solution à donner au litige. Selon un second point de vue, la motivation telle qu'elle ressort des motifs du jugement consiste en une « construction »¹⁰⁹ *ex-post* opérée par le juge une fois seulement son raisonnement effectivement mené et sa solution déterminée. Dans ce second cas de figure, la motivation du jugement n'a pas vocation à retranscrire exactement le raisonnement véritablement mené par le juge, le cheminement véritable de sa pensée. Ce qui est exposé dans les motifs de la décision de justice ne correspond pas fidèlement au processus intellectuel mis en œuvre par le juge dans la découverte de la solution qu'il donne au litige. Il existe un certain décalage entre le raisonnement effectivement mené par le juge et la manière dont celui-ci le retranscrit dans les motifs de sa décision¹¹⁰. Ce décalage impose de distinguer entre deux facettes ou réalités de la motivation : la motivation du juge qui renvoie au raisonnement mené par le juge ; et la motivation du jugement qui consiste en la retranscription, au sein des motifs de la décision juridictionnelle, du raisonnement mené par le juge. Selon la complexité de l'affaire soumise au juge, le décalage considéré sera plus ou moins important. Lorsque le juge est saisi d'un litige qui ne présente pas de difficultés majeures pour sa résolution, l'on peut penser que le raisonnement reproduit dans les motifs du jugement sera proche de celui effectivement mené par le

¹⁰⁸ Cf. *supra* le paragraphe n°7 de la présente thèse.

¹⁰⁹ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46, spéc. p. 26.

¹¹⁰ Sur ce décalage, V. particulièrement : E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 251-285.

juge. Au contraire, dans l'hypothèse d'une affaire plus complexe qui appelle de la part du juge un travail d'interprétation voire de création, des jugements de valeurs, et la mise en balance d'intérêts opposés, il y a lieu de penser que la motivation du jugement sera plus éloignée du raisonnement effectivement mené par le juge pour parvenir à la solution à donner au litige.

29. Cette distinction entre la motivation du juge c'est-à-dire le raisonnement judiciaire et la motivation du jugement est d'importance pour l'observateur qui, donc, doit dissocier « *deux plans d'analyse* » : « *celui où l'on se demande comment pense réellement un juge* » et « *celui où l'on se demande comment, pourquoi et jusqu'où un juge donne à voir [...] qu'il raisonne et agit d'une certaine manière, juridiquement orthodoxe* »¹¹¹.

Cette dissociation faite, l'observateur doit encore garder à l'esprit que le premier plan d'analyse qui consiste à questionner le raisonnement judiciaire constitue en pratique la limite de toute étude qui a pour objet la motivation juridictionnelle. Quand bien même il aurait des connaissances en psychologie et/ou en sociologie et envisagerait à cet égard une approche psycho-sociologique de la motivation juridictionnelle administrative à partir d'un nombre significatif d'entretiens réalisés auprès de magistrats administratifs, l'observateur ne pourrait jamais pleinement connaître la réalité du raisonnement judiciaire c'est-à-dire la manière dont le juge/ un juge pense et raisonne effectivement lorsqu'il est face à un cas donné. Car en effet, il « *se heurterait toujours à une ultime aporie indépassable : [il] ne pourra jamais connaître complètement [...] ni jamais écarter complètement [...] le « contexte mental » du juge ou, si l'on préfère, les mécanismes internes de pensée à l'œuvre dans la conscience du juge qui seraient la traduction « vraie » de la motivation par la connaissance du raisonnement effectivement poursuivi par le juge* »¹¹². Le raisonnement judiciaire peut certes être approché, notamment au regard des divers procédés classiquement mis en œuvre par le juge lorsqu'il raisonne¹¹³. Mais, il est techniquement impossible de retracer *complètement et certainement* les arcanes du raisonnement effectivement mené par le juge sur une affaire donnée.

30. Au-delà de cette incertitude, il est intéressant d'interroger le décalage envisagé entre la motivation du jugement et le raisonnement effectivement mené par le juge au regard notamment des fonctions attachées à la motivation juridictionnelle. En effet, si les motifs du jugement ne reflètent pas fidèlement le raisonnement mené par le juge c'est que la motivation juridictionnelle sert moins à

¹¹¹ D. DE BÉCHILLON, « *Sur la diversité des méthodes et manières de juger : propos introductifs* », Intervention du 29 novembre 2004, Cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, première conférence (disponible sur le site officiel de la Cour de cassation).

¹¹² E. JOUANNET, *op. cit.*, spéc. p. 257.

¹¹³ Cf. *infra* les paragraphes n°38 et s. de la présente thèse.

expliquer c'est-à-dire à faire comprendre la décision retenue qu'à la justifier pour la faire admettre et accepter. La motivation juridictionnelle viserait moins à expliquer la décision rendue qu'à convaincre que la solution retenue est la bonne. Elle serait alors un procédé de justification de la décision rendue.

2. Motivation formelle et motivation substantielle

31. La motivation du jugement c'est-à-dire la motivation telle qu'elle ressort des motifs de la décision de justice peut se définir selon une double acception formelle et substantielle.

La motivation formelle renvoie au contenant de la motivation. Elle est la manière dont le juge rédige ses motifs ; la manière dont il expose, au plan formel, les raisons de sa décision. L'étude de la motivation formelle porte ainsi particulièrement sur la présentation formelle de la décision juridictionnelle (titrage, numérotation des paragraphes, etc.), sur sa structure rédactionnelle (structure syllogistique) et sur le style du juge c'est-à-dire la syntaxe, la grammaire et le vocabulaire qu'il mobilise (phrase unique, style indirect, vocabulaire caractéristique, etc.).

La motivation substantielle a trait au contenu même de la motivation. Elle renvoie aux raisons du juge, à la façon dont celui-ci dégage et articule les raisons de fait et de droit qui fondent ses décisions. En ce sens, l'analyse de la motivation substantielle fait porter l'intérêt particulièrement sur les étapes du raisonnement du juge, sur les opérations juridiques auxquelles il se livre c'est-à-dire essentiellement la détermination de la règle de droit applicable, la qualification juridique des faits et la conclusion découlant de l'application du droit aux faits de l'espèce. La difficulté, déjà aperçue¹¹⁴, est que la motivation substantielle du jugement ne retranscrit du raisonnement du juge que ce que celui-ci consent à en donner à voir.

3. Par-delà la diversité de la motivation juridictionnelle administrative

32. En toute rigueur, il n'existe pas une motivation mais des motivations juridictionnelles administratives. Chaque jugement est fondé sur une motivation qui lui est propre et spécifique. De fait, étudier la motivation des décisions du juge administratif implique de déterminer, au-delà de la diversité de la motivation juridictionnelle administrative, ce qui fait son unité (d). Cette tâche se révèle d'autant plus ardue que divers facteurs ont vocation à influencer sur la motivation de ses décisions par le juge administratif¹¹⁵. Ainsi en est-il notamment de la nature du contentieux en cause (a), de la position institutionnelle du juge qui statue (b) ou encore de la procédure mise en œuvre (c).

¹¹⁴ Cf. *supra* les paragraphes n°28 et s. de la présente thèse.

¹¹⁵ Sur ce point, V. notamment : B. GENEVOIS, « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », *in*

a. *Diversité de la motivation juridictionnelle administrative selon la nature du contentieux*

33. Selon un constat classique, « *la motivation n'est pas la même en excès de pouvoir et dans les différentes branches composant le contentieux de pleine juridiction* »¹¹⁶.

Se livrant à une étude historique de la forme et du contenu des motifs des arrêts du Conseil d'État selon que celui-ci statuait en excès de pouvoir ou en plein contentieux, M. Noël, dès 1924¹¹⁷, a cru pouvoir distinguer deux périodes. La première, antérieure à 1860, ne donnait à voir aucun particularisme de la motivation des décisions prononcées en excès de pouvoir. La seconde, postérieure à 1860, voyait se dessiner progressivement une différenciation quant à la motivation de ses décisions par le juge administratif selon qu'il intervenait en excès de pouvoir ou en contentieux de pleine juridiction. L'adoption du décret du 2 novembre 1864 a eu pour effet d'« *accentue[r] [les] caractères propres* »¹¹⁸ du recours pour excès de pouvoir. À compter de cette date, « *le Conseil d'État commence à motiver plus généreusement ses décisions en matière de plein contentieux qu'en matière d'excès de pouvoir* »¹¹⁹. *L'imperatoria brevitatis* du Conseil d'État caractérise alors davantage les décisions rendues en excès de pouvoir. Au contraire, en plein contentieux, le Conseil d'État tend à motiver ses décisions, si ce n'est toujours plus longuement, du moins plus précisément dès lors qu'il a tendance à ne plus chaque fois en revenir à des motivations purement affirmatives. À partir de 1872 et l'avènement de la justice déléguée, lorsqu'il statue en contentieux de pleine juridiction, le Conseil d'État tend à « *formuler des principes dans les motifs de ses arrêts et [à] exposer assez clairement les raisons de leur solution* »¹²⁰.

Plus de soixante-dix ans plus tard, B. Genevois¹²¹ parvient à une même conclusion : le laconisme du juge administratif marque davantage l'excès de pouvoir que le plein contentieux. La raison en est que le juge de l'excès de pouvoir « *privilégie une approche abstraite fondée sur la hiérarchie des normes* »¹²². De fait, un arrêt d'annulation sera par principe très bref, et cela d'autant plus que le juge pratiquera l'économie de moyens. Un arrêt de rejet sera plus ou moins long selon que le demandeur aura invoqué plus ou moins de moyens à l'appui de sa requête. Le contentieux de pleine juridiction donne lieu à des motivations plus développées. Ainsi, en contentieux de la responsabilité, « *la*

RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 225-236, spéc. pp. 231-233 ; D. DE BÉCHILLON, « *Sur la diversité des méthodes et manières de juger : propos introductifs* », préc.

¹¹⁶ B. GENEVOIS, *op. cit.*, spéc. p. 231.

¹¹⁷ M. NOËL, « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *RDPA*, 1924, pp. 350-384.

¹¹⁸ *Idem*, spéc. p. 363.

¹¹⁹ *Idem*, spéc. p. 362.

¹²⁰ *Idem*, spéc. p. 370.

¹²¹ B. GENEVOIS, *op. cit.*, spéc. pp. 231-232.

¹²² *Idem*, spéc. p. 231.

*motivation sera d'autant plus développée que le demandeur se trouve fondé dans ses prétentions. En effet, si la responsabilité de l'administration est engagée il faut alors chiffrer avec précision le préjudice indemnisable »*¹²³.

34. L'opposition ainsi opérée entre les contentieux de l'excès de pouvoir et de plein contentieux, si elle n'a pas perdu de sa pertinence, paraît devoir être nuancée. Car en effet, le juge administratif a consenti à de notables efforts s'agissant de la motivation de ses décisions, et cela y compris en excès de pouvoir. Le laconisme du juge de l'excès de pouvoir a régressé.

Certes, l'on peut encore admettre une divergence entre ces deux types de contentieux pour cette raison que le juge du plein contentieux a vocation à développer des motivations plus factuelles que le juge de l'excès de pouvoir. Mais alors, il faudrait formuler deux remarques qui apparaissent comme autant de tempéraments à une telle analyse. D'une part, quoiqu'il suppose de la part du juge administratif un contrôle de la légalité objective, le contentieux de l'excès de pouvoir demeure imprégné de considérations de fait depuis que le juge s'autorise, dans ce cadre, à contrôler le détournement de pouvoir et l'erreur de fait. Ainsi, par exemple, lorsque le juge de l'excès de pouvoir se prononce au titre du détournement de pouvoir et accueille le moyen formulé sur ce fondement, il tient compte des considérations de fait propres au cas d'espèce¹²⁴. D'autre part, la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir conduit le juge à des motivations désormais plus factuelles¹²⁵.

35. Outre l'opposition classique entre les contentieux de l'excès de pouvoir et de plein contentieux, l'exercice par le juge administratif de ses offices de juge de l'Union européenne et de juge européen des droits de l'homme est de nature à influencer sur la motivation de ses décisions. Juge communautaire de droit commun, le juge administratif a vocation par exemple à appliquer des principes propres au droit de l'Union européenne et par conséquent, à raisonner à partir de notions spécifiques à ce droit. Saisi d'un litige qui entre dans le champ du droit de l'Union européenne, le juge administratif peut ainsi être conduit à appliquer le principe de confiance légitime, lequel n'existe pas en tant que tel en droit français. De même, « *le droit communautaire [a] consacr[é] l'émergence d'une dimension économique de l'office du juge* »¹²⁶ national qui renouvelle la motivation juridictionnelle administrative. Car en effet, l'office économique du juge le conduit à raisonner plus

¹²³ *Idem*, spéc. p. 232.

¹²⁴ V. pour un exemple topique en ce sens : TA de Versailles, 16 septembre 2016, *Préfet des Yvelines et Association des musulmans de Mantes sud*, n°1505143, *AJDA*, 2016, p. 2312.

¹²⁵ Sur ce point, cf. *infra* le septième chapitre de la présente thèse (paragraphe n°583 et s. de la thèse).

¹²⁶ G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n°20-21/1992, pp. 133-141, spéc. p. 133.

fréquemment sur la base de notions économiques et appelle de sa part des motivations fondées sur une analyse économique des faits de l'espèce.

b. Diversité de la motivation juridictionnelle administrative selon la position institutionnelle du juge

36. La position institutionnelle du juge qui se prononce sur l'affaire influe également sur la motivation de la décision finalement adoptée.

Les juges de premier ressort et d'appel, qui connaissent du droit mais également du fait, ont tendance à des motivations plus précises, particulièrement s'agissant des éléments de fait, et cela pour éviter la censure par la juridiction supérieure. En ce sens, la perspective d'un recours devant la juridiction supérieure conduit les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel à des motivations plus amples et précises. La motivation de ses décisions par le Conseil d'État, lorsqu'il intervient en tant que juge de premier et dernier ressort ou d'appel, ne témoigne d'aucun particularisme¹²⁷. Au contraire, dans son office de juge de cassation, le Conseil d'État développe des motivations plus spécifiques car, en tant que juge suprême de l'ordre administratif, il assure une fonction elle-même spécifique : il est le gardien de l'unité du droit et fixe la jurisprudence. Juge de l'arrêt et non du litige, le Conseil d'État, juge de cassation, a tendance traditionnellement à des motivations concises, particulièrement en fait. Il se livre classiquement à des motivations peu circonstanciées et recourt à des formules types par lesquelles il renvoie à l'instruction, au dossier ou aux circonstances de l'espèce. « *Sa position de juge suprême condui[t] le Conseil d'État à donner la priorité aux questions de droit qu'il est appelé à trancher* »¹²⁸. À ce titre, il développe parfois des motivations denses par la voie desquelles il fixe très précisément la règle de droit applicable.

c. Diversité de la motivation juridictionnelle administrative selon la procédure suivie

37. La procédure mise en œuvre a également vocation à influencer sur la motivation développée par le juge. Ainsi, les ordonnances du juge unique des articles R. 222-1 et R. 222-13 du code de justice administrative « *sont souvent peu motivées et, lorsqu'elles le sont, elles recourent fréquemment à des formules trop codées pour être immédiatement compréhensibles par le néophyte* »¹²⁹. De même, les ordonnances du juge des référés d'urgence des articles L. 521-1 et suivants du code de justice

¹²⁷ B. GENEVOIS, « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », préc., spéc. p. 232.

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ B. SEILLER, « Le juge unique », dossier : « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, pp. 1205-1209, spéc. p. 1208.

administrative, parce qu'elles sont prononcées dans des délais raccourcis, ont vocation à être plus brièvement motivées que les décisions rendues par le juge saisi du fond de l'affaire. Le juge se prononçant alors dans des délais restreints et seulement sur la base de l'évidence, « *un jugement rendu selon une procédure d'urgence peut légitimement s'accompagner d'une motivation plus laconique qu'un jugement sur le fond* »¹³⁰.

d. *L'unité de la motivation juridictionnelle administrative par-delà la diversité : le choix d'une étude basée sur les techniques de motivation du juge administratif*

38. Au-delà de ces particularismes, il est néanmoins possible d'envisager la motivation juridictionnelle administrative dans son unité. Car en effet, le juge administratif recourt à un bloc commun de procédés ou techniques de motivation qu'il met en œuvre sans égard à la procédure suivie, à sa position institutionnelle ou encore au contentieux en cause. Ce sont ces méthodes ou techniques communes de motivation qu'il convient d'analyser pour espérer appréhender plus précisément la motivation des décisions du juge administratif. Une telle approche paraît d'autant plus pertinente qu'elle permet de dépasser la difficulté tenant à établir ou déterminer une base jurisprudentielle d'analyse.

39. Toute recherche, comme la présente, qui a pour base la jurisprudence suppose par principe au préalable l'établissement d'un ensemble jurisprudentiel servant d'échantillon à l'analyse. Parce qu'un dépouillement systématique de la jurisprudence des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État est impossible d'un point de vue pratique, il s'agit de faire des choix. Ceux-ci peuvent prendre deux voies privilégiées : circonscrire temporellement le champ de l'étude jurisprudentielle ou le circonscrire matériellement. Borner l'échantillonnage jurisprudentiel à une période donnée c'est prendre le risque d'en occulter d'autres, possiblement aussi riches pour l'analyse. Limiter la base jurisprudentielle de l'étude selon un critère matériel (étude des seules décisions publiées au Lebon ; étude des seules décisions prononcées par le Conseil d'État ou, plus restrictivement, par telle(s) formation(s) solennelle(s) du Conseil d'État ; étude des seules décisions rendues à propos de tel(s) contentieux ; etc.) c'est également contraindre artificiellement l'analyse et se priver de champs éventuels de comparaison potentiellement riches d'enseignements. En somme, établir en amont de l'étude un échantillon de jurisprudences supposé représentatif c'est risquer de biaiser les résultats de l'analyse menée.

¹³⁰ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 225.

40. Un tel risque nous a paru moins dirimant en faisant le choix de baser notre analyse, non pas sur un échantillon de décisions desquelles auraient été dégagées autant de pratiques de la motivation juridictionnelle administrative, mais sur un socle de techniques de motivation couramment utilisées par le juge administratif quels que soient le juge se prononçant, la portée de la décision ou encore le contentieux en cause. Le choix ainsi fait d'opérer selon une base d'analyse répertoriant les méthodes usuelles de motivation du juge administratif a pour lui qu'il ne comporte pas de difficultés majeures. En effet, et contrairement à l'élaboration d'un échantillon jurisprudentiel d'analyse, l'établissement d'un répertoire des techniques de motivation et de contrôle de celle-ci en cassation n'implique aucune restriction préalable essentielle d'ordre temporel ou matériel. Cela suppose seulement une bonne connaissance des méthodes mises en œuvre par le juge administratif pour motiver ses décisions et des techniques pratiquées par le Conseil d'État pour contrôler en cassation la motivation des décisions prononcées par les juridictions subordonnées. Évidemment, ces procédés de motivation et de contrôle de celle-ci sont le fruit de l'histoire de la pratique juridictionnelle administrative. De fait, ils ont pu évoluer au fil du temps et être plus ou moins fréquemment mobilisés par le juge selon les périodes. Néanmoins, bien que multiples et d'utilisation plus ou moins ancienne et régulière par le juge administratif, ces méthodes apparaissent suffisamment stables et récurrentes dans la pratique de ce juge pour être répertoriées sans trop de difficultés et de manière suffisamment consensuelle aux fins d'une étude de la motivation des décisions du juge administratif.

41. Le raisonnement mené par le juge sur un litige dont il a à connaître répond à des pratiques et opérations habituelles¹³¹ représentatives de son cheminement intellectuel. Lorsqu'il raisonne, le juge administratif porte usuellement son attention sur un ensemble de données diverses dans le but de déterminer la règle de droit applicable et de qualifier juridiquement les faits et finalement parvenir à arrêter la solution à donner au litige. Ainsi, le juge raisonne à partir de la règle textuelle (qu'il interprète au besoin en suivant des méthodes d'ailleurs diverses -interprétation littérale, interprétation de la volonté du législateur, interprétation téléologique, etc.), de la règle jurisprudentielle (telle qu'elle est issue de la jurisprudence administrative voire de la jurisprudence d'autres juridictions nationales, internationales ou étrangères), ou encore à partir de principes, notions et constructions juridiques qu'il élabore lui-même. Il raisonne également à partir des données factuelles propres au litige soumis à son office et tient compte de « *données brutes* » (considérations historiques, sociales, économiques,

¹³¹ Sur ce point, V. particulièrement : R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275 ; Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.

morales ou éthiques, etc.). Dans la recherche de la solution à donner au litige, le juge administratif suit également des modes de raisonnement qui se caractérisent par « *leur permanence et leur stabilité* »¹³². Il raisonne par déduction (raisonnement syllogistique), par analogie, par *a fortiori*, par *a contrario*, et pratique également le raisonnement finaliste ou inductif.

42. Lorsqu'il retranscrit son raisonnement dans les motifs de sa décision, le juge suit des pratiques et procédés eux aussi récurrents. Le juge administratif motive classiquement ses jugements selon un style donné (structure syllogistique ; phrase unique divisée en considérants ou, désormais parfois, usage du style courant ; etc.) et en suivant certains principes directeurs (lorsqu'il fait droit aux prétentions du demandeur, le juge peut se prononcer sur un seul des moyens invoqués en demande ou sur un seul moyen d'ordre public qu'il relève d'office¹³³ ; en cas de rejet au fond, le juge est tenu de répondre à l'ensemble des moyens, non inopérants, invoqués par le demandeur ; le juge n'est pas tenu de répondre aux moyens inopérants, il peut, après les avoir visés, les rejeter par préterition ; il n'a pas à répondre aux simples arguments ; il n'a pas à dévoiler les considérations extra-juridiques au fondement de ses décisions ; etc.) et procédés habituels (usage de formules types ou rituelles ; motivation par référence à la jurisprudence antérieure c'est-à-dire par « *emprunt [...d'] une motivation déjà utilisée par une autre juridiction* »¹³⁴ ; *obiter dicta* ; etc.) dont certains sont propres au juge d'appel (motivation par adoption des motifs des premiers juges ; substitution de motifs en appel ; etc.) ou de cassation (substitution de motifs en cassation ; etc.).

43. Quant au contrôle de la motivation en cassation, il répond lui aussi à des principes classiques ou techniques traditionnelles de contrôle.

Au titre du contrôle de la régularité externe de la décision juridictionnelle soumise à son contrôle, la haute juridiction administrative vérifie l'existence mais aussi la suffisance de la motivation. Elle sanctionne à ce titre les vices de forme que sont le défaut de motifs et l'insuffisance de la motivation. Le contrôle ainsi opéré sur la motivation permet au juge de cassation de vérifier finalement « *l'exactitude juridique et [...] la pertinence des motifs* »¹³⁵ retenus par les juges subordonnés au soutien de leur décision. Autrement dit, le contrôle de la motivation, lequel relève du contrôle de la régularité externe, conditionne l'effectivité du contrôle des motifs opéré, quant à lui, au titre de la

¹³² X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990, spéc. p. 240.

¹³³ Le juge pratique alors l'économie de moyens.

¹³⁴ R. TOURNIER, « Les techniques de motivation des décisions de justice », *Revue Lamy, Droit Civil*, n°89/2012, pp. 80-83.

¹³⁵ B. SEILLER, « Rapport de synthèse » in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 291-304, spéc. p. 295.

légalité interne de la décision juridictionnelle¹³⁶. Le contrôle de la forme que constitue le contrôle de la motivation permet et conditionne le contrôle du fond de la décision juridictionnelle contestée c'est-à-dire des motifs qui la fondent¹³⁷.

Le juge de cassation vérifie également la cohérence logique de la motivation. En ce sens, il censure, désormais au titre du contrôle de la légalité interne de la décision de justice attaquée¹³⁸, la contradiction de motifs et la contradiction entre les motifs et le dispositif.

44. Une connaissance solide de la jurisprudence administrative, confortée par la lecture d'œuvres doctrinales, et une analyse serrée de travaux réalisés, en tout ou partie, par des membres de la juridiction administrative¹³⁹ ont permis d'établir cet échantillon représentatif des procédés de motivation mis en œuvre par le juge administratif et des techniques de contrôle de la motivation pratiquées par le Conseil d'État en cassation.

Une fois répertoriés ces procédés de motivation et de contrôle de celle-ci, il reste à déterminer la signification attachée à leur utilisation, plus ou moins récente et plus ou moins récurrente, par le juge administratif.

II. Présentation de la problématique et annonce de plan

45. Parce que la forme, le style et le contenu de la motivation juridictionnelle traduisent le rôle imparti au juge dans la société, la ou les fonctions que le système lui reconnaît, la ou les missions qu'il est censé exercer¹⁴⁰, étudier la motivation des décisions du juge administratif revient à questionner l'office¹⁴¹ que ce juge remplit ou entend remplir. Car en effet, « *la réflexion sur la*

¹³⁶ Sur cette distinction entre le contrôle de la motivation et le contrôle des motifs de la décision de justice en cassation, V. particulièrement : B. SEILLER, *op. cit.*, spéc. p. 295.

¹³⁷ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *infra* le quatrième chapitre de la présente thèse (paragraphe n°333 et s. de la thèse).

¹³⁸ CE, 5 mai 1999, *Époux Gazeau*, rec. T. p. 984.

¹³⁹ R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275 ; M. GUYOMAR, J. MASSOT, J.-H. STAHL, O. FOUQUET, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 2001, 5^e éd. ; B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 et s. ; B. GENEVOIS, « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 225-236 ; J.C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd.; etc.

¹⁴⁰ Sur ce rapport entre la motivation des décisions de justice et l'office du juge, cf. *supra* les paragraphes n°13 et s. de la présente thèse.

¹⁴¹ La notion d' « office » du juge administratif est ici entendue *lato sensu* comme renvoyant aux fonctions et missions de ce juge, au rôle qui lui est imparti au sein de l'ordonnement juridique et à l'idée ou conception qu'il se fait lui-même de son métier, de ses fonctions, missions et rôle. V. en ce sens : L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2004, V. l'entrée « *office du juge* », spéc. p. 925 et s. ; F. DONAT, D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Dr. adm.*, n°5/2004, étude n°9.

motivation des décisions de justice n'est pas dissociable d'une réflexion plus large sur l'office du juge administratif »¹⁴². Il ne s'agit pas alors seulement de décrire la pratique de la motivation de ses décisions par ce juge mais de l'interroger au regard de l'office de celui-ci. À cet égard, la question se pose de la signification qu'il convient d'attacher au renouveau que connaît la motivation juridictionnelle administrative depuis particulièrement le tournant des années 2000¹⁴³.

46. La période récente a vu le modèle de la « *concision structurée* »¹⁴⁴ mis en cause. D'abord, le juge administratif a parfois rédigé ses décisions dans un style courant, délaissant alors la traditionnelle phrase unique divisée en considérants. Surtout, les décisions amplement motivées se sont multipliées. Le juge administratif a fait évoluer la motivation de ses décisions. Ce changement est tel qu'il s'observe dans la pratique du Conseil d'État lui-même. Le laconisme traditionnel de la juridiction suprême tend à céder le pas et laisse place parfois, mais de plus en plus fréquemment, à des motivations plus amples et précises. Une certaine « *prolixité contemporaine tranch[e] avec le laconisme d'autrefois* »¹⁴⁵, quand bien même celui-ci n'a pas pleinement disparu. Le modèle type de l'*imperatoria brevis* est bousculé à la faveur d'un juge qui sait désormais se faire pédagogue. Ce mouvement est conforté par le reflux de certaines pratiques traditionnelles, dont particulièrement celle de l'économie de moyens¹⁴⁶, qui favorisent la concision du juge dans l'exposé de ses motifs. La doctrine a parfaitement pris la mesure de ce tournant pédagogique ou didactique¹⁴⁷ de la motivation juridictionnelle administrative, à l'image du Professeur R. Chapus qui, dès 2003, faisait le constat « *de la généralisation de motivations qui [...] sont aussi développées qu'on peut le souhaiter dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* »¹⁴⁸. Cette « *tendance actuelle aux motivations développées* »¹⁴⁹ qui prennent parfois jusqu'à la forme du « *mode d'emploi* »¹⁵⁰ se manifeste

¹⁴² J.-P. JOUGUELET, « La motivation des décisions du juge administratif », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 237-240, spéc. p. 240.

¹⁴³ Sur cette datation qui nous paraît très pertinente, V. : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 1064.

¹⁴⁴ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 224 et s.

¹⁴⁵ P. DELVOLVÉ, « Le style et le Conseil d'État », *Justice et cassation*, 2013, pp. 296-309, spéc. p. 298.

¹⁴⁶ Le recul de la pratique de l'économie de moyens est dû essentiellement à l'introduction de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme et à l'intervention de la jurisprudence *Association AC !*. Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *infra* le deuxième chapitre de la présente thèse (paragraphe n°144 et s. de la thèse).

¹⁴⁷ V. notamment : F. BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue. À propos des arrêts *Société à objet sportif « Toulouse football club »* (C.E., section, 25 juin 2001), *Vassilikiotis* (C.E., assemblée, 29 juin 2001) et *Titran* (C.E., 27 juillet 2001) », *RRJ*, n°2/2003, pp. 1513-1553 ; C. ALONSO, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 161-184.

¹⁴⁸ R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, pp. 3-17, spéc. p. 7.

¹⁴⁹ *Idem*, spéc. p. 9.

¹⁵⁰ Pour l'utilisation de cette notion, V. notamment : C. ALONSO, *op. cit.*, spéc. pp. 169-171.

notamment par la multiplication de « *motivations professorales* »¹⁵¹, destinées à expliciter voire à préciser l'état du droit sur une question donnée, et de « *motivation[s] explicative[s]* »¹⁵² visant à expliciter, à destination première de l'administration, le dispositif de la décision. Si « *l'histoire de la motivation des décisions de la juridiction administrative est celle d'un enrichissement constant de l'expression des motifs* »¹⁵³, ce mouvement s'est notablement accéléré depuis le début des années 2000 posant, de fait, la question d'une mutation de l'office du juge administratif.

47. La mission traditionnelle du juge administratif, qui est de trancher les litiges opposant l'administration et les particuliers par application du droit, s'est progressivement complexifiée sous l'effet de contraintes modernes pesant sur son action. La post-modernité juridique a obligé le juge administratif à redéfinir son office pour espérer faire face aux défis nouveaux se posant à lui. Parce qu'il fait œuvre de justice dans un contexte désormais rénové, le juge administratif doit moderniser son office pour ne pas rester au ban de l'évolution du droit et pour pouvoir répondre aux attentes nouvelles des citoyens en termes de justice.

48. La post-modernité juridique se caractérise par quatre traits principaux¹⁵⁴. D'abord, elle marque « *l'avènement d'une société de droit* »¹⁵⁵ à la suite d'un profond mouvement de « *juridicisation* »¹⁵⁶ de la société, lequel se traduit par la multiplication des textes juridiques. Ce « *mouvement d'expansion du droit* »¹⁵⁷ se double en pratique d'un processus de subjectivisation. Le droit post-moderne fait en effet de l'individu « *la figure centrale de l'univers juridique* »¹⁵⁸. Aussi, la post-modernité juridique se caractérise par l'essor d'un droit pluriel. Le pluralisme juridique induit par la multiplication des foyers de droit à côté, au-delà et en deçà de l'État bouscule l'idéal d'un ordre juridique cohérent et stable. Il met en cause l'ordre juridique étatique traditionnel de type pyramidal fondé sur le principe hiérarchique. Également, la post-modernité juridique se concrétise par l'essor d'un « *droit pragmatique* »¹⁵⁹ « *sous-tend[u] par un souci d'efficacité* »¹⁶⁰ et qui a pour conséquence une conception modifiée de la normativité. À côté de la norme générale et abstraite, prescriptive et

¹⁵¹ R. CHAPUS, *op. cit.*, spéc. p. 10.

¹⁵² R. CHAPUS, *op. cit.*, spéc. p. 11.

¹⁵³ Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 10.

¹⁵⁴ Sur ce point, V. : J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, 4^e éd., p. 108 et s.

¹⁵⁵ *Idem*, spéc. p. 108.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Idem*, spéc. p. 115.

¹⁵⁹ *Idem*, spéc. p. 138.

¹⁶⁰ *Idem*, spéc. p. 148.

obligatoire issue de l'État et à laquelle les sujets de droit sont tenus de se conformer sous peine de sanction, de nouveaux procédés juridiques et de nouvelles formes de normativité prennent ainsi leur essor. Le procédé contractuel se développe, le droit est de plus en plus négocié et devient plus souple. L'émergence et le développement de la *soft law* sont d'ailleurs caractéristiques du droit post-moderne. Enfin, la post-modernité juridique est marquée par un mouvement de rationalisation du droit, lui-même empreint d'un « *souci permanent de perfectionnement de la production juridique* »¹⁶¹. Dans ce cadre, il s'agit essentiellement de préserver la cohérence de l'ordre juridique par-delà le pluralisme juridique et de garantir « *la rigueur [des] conditions d'élaboration* »¹⁶² du droit c'est-à-dire la qualité de ses processus de production.

49. La justice, notamment administrative, n'est pas épargnée par les modifications induites par ce basculement vers la post-modernité juridique.

La juridicisation de la société conduit à un recours plus fréquent au juge avec pour conséquence la montée en puissance de la figure du juge mais également l'augmentation du contentieux. Le juge bénéficie désormais d'un rôle social affermi. Il est un arbitre impartial chargé de régler les différends de tous ordres en tranchant entre les divers intérêts sociaux en présence. Le rôle imparti au juge est renforcé mais ce dernier doit, en retour, faire face à la « *massification du contentieux* »¹⁶³ et au risque qui s'y attache en termes d'encombrement des juridictions.

La subjectivisation du droit, qui accompagne son expansion, impose au juge d'appliquer des normes qui tiennent compte davantage des particularismes des situations individuelles. Surtout, la montée en puissance de l'individualisme modifie les pratiques mêmes du juge qui tend, à son tour et dans le cadre de son action, à faire une place privilégiée à l'individu.

Le pluralisme juridique à l'œuvre, sous l'effet notamment de l'internationalisation du droit, rend plus complexe la tâche du juge désormais contraint à articuler des droits et jurisprudences d'origines multiples tout en maintenant la cohérence du système afin que la sécurité juridique ne pâtisse pas de ce mouvement à l'œuvre.

Confronté à des normes d'origines diverses qu'il s'agit d'articuler ensemble, le juge doit également appliquer des normes qui, sous l'effet de l'essor du droit souple, n'ont pas toutes la même force normative. Le juge est conduit à manier un droit « *produit en de multiples lieux et sous des formes hétérogènes* »¹⁶⁴. Sa tâche n'en est que plus difficile.

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem*, spéc. p. 153.

¹⁶³ F. ROLIN, « La qualité des décisions du Conseil d'État », in MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 153-165, spéc. p. 165.

¹⁶⁴ *Idem*, spéc. p. 149.

Les objectifs d'efficacité et de perfectionnement du droit qui sous-tendent le processus de rationalisation de celui-ci touchent jusqu'à la mission de justice qui doit dorénavant répondre à des objectifs d'efficacité et de performance. L'action publique, dont la justice, doit être efficace et performante.

50. La société et le droit post-modernes ont ainsi pour conséquence l'émergence d'une figure renouvelée du juge. À l'image d'un Hermès¹⁶⁵, le juge contemporain fait le lien entre les acteurs pluriels d'un espace juridique désormais multipolaire et en réseau, et arbitre entre les divers intérêts et valeurs en présence au sein de la société. Dans ce cadre, l'office du juge administratif est redessiné.

Détenteur d'une fonction sociale raffermie (arbitre entre divers intérêts sociaux ; gardien des valeurs de la société ; régulateur des conflits de normes et en cela, garant de la cohérence de l'ordre juridique ; protecteur des droits fondamentaux ; etc.) et titulaire de pouvoirs élargis (pouvoir d'injonction, référés d'urgence, etc.), le juge administratif doit également faire face à des devoirs et exigences multipliés. Il doit garantir l'effectivité de ses décisions et notamment assurer le plein respect de celles-ci par l'administration, il doit articuler des normes d'origines diverses tout en préservant l'harmonie et la sécurité juridiques nécessaires à la bonne marche du droit, il doit rendre la justice dans des délais raisonnables, il doit être attentif à l'intelligibilité de ses décisions auprès d'un public désormais élargi et diversifié en demande d'une certaine transparence de l'action publique quelle qu'elle soit, etc.

51. Censé répondre à ces défis nombreux qui se posent à lui dans l'exercice de sa mission, l'on pressent l'intérêt qu'il y a pour le juge administratif à faire reculer son laconisme traditionnel à la faveur d'une pédagogie pour lui nouvelle. En expliquant davantage ses décisions, il peut espérer, en effet, faire face à certains au moins des enjeux modernes de la justice, particulièrement en termes d'effectivité et d'intelligibilité des jugements. En mobilisant le potentiel didactique de la motivation juridictionnelle, le juge administratif peut relever certains des défis qui se posent actuellement à lui. Il a y plus, en exploitant pleinement les ressorts de la motivation de ses décisions, ce juge peut espérer faire face à l'ensemble des enjeux et exigences de la justice contemporaine. De fait, l'évolution amorcée de la motivation juridictionnelle administrative ne doit pas être considérée comme la simple traduction ou manifestation de la modernisation en marche de l'office du juge administratif mais comme l'un des instruments¹⁶⁶ privilégiés de cette modernisation. Conscient de la nécessité qu'il y a,

¹⁶⁵ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » in BOURETZ (P.) (dir.), *La force du droit*, Paris, Éd. Esprit, 1991, pp. 241-272.

¹⁶⁶ Pour une appréhension de la motivation juridictionnelle en ce qu'elle constitue un instrument mobilisé par le juge au service d'objectifs ou de fins donnés, V. déjà en ce sens particulièrement : V. DONIER, « Style et structure des décisions du Conseil d'État : vers une évolution culturelle ? », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 197-207. La

dans un contexte désormais rénové, de moderniser son office, le juge administratif met la motivation juridictionnelle au service de l'évolution de sa mission.

52. Il est classiquement fait état de ce que l'appréhension qu'un juge a de sa fonction ou de son office rejaillit sur la manière qu'il a de rédiger et motiver ses décisions, la motivation n'étant en définitive que le reflet du rôle social imparti au juge¹⁶⁷ et de « *l'idée que se fait le juge de son office* »¹⁶⁸. C'est oublier alors la part active que le juge exerce dans la modernisation de son office et dans la détermination des contours de celui-ci. Car en effet, « *le juge administratif contribue lui-même largement à la définition de son office* »¹⁶⁹. C'est oublier également la marge d'action qu'il détient dans la mise en œuvre de ses procédés ou méthodes de motivation. Œuvrant dans un contexte modifié et devant y faire face, le juge administratif détermine lui-même pour bonne part l'office qu'il entend remplir, le rôle qu'il entend jouer. Dans ce cadre et à cette fin, il exploite le potentiel de la motivation de ses décisions. Certes donc, l'évolution actuelle de la motivation juridictionnelle administrative manifeste et traduit une mutation de l'office du juge administratif. Mais l'essentiel est ailleurs. L'étude de la motivation des décisions du juge administratif révèle surtout que ce dernier mobilise habilement la motivation juridictionnelle en vue de moderniser son office et ainsi répondre à des enjeux nouveaux devenus centraux en termes de justice. Ainsi, le juge administratif met la motivation de ses décisions au service du renouveau de ses offices classiques ou historiques de juge de l'activité administrative et de jurislatureur, mais encore la mobilise-t-il en vue de répondre à des aspects plus modernes de son office en lien avec le mouvement d'internationalisation du droit et l'essor des impératifs d'efficacité et de performance de la justice. La motivation juridictionnelle administrative est un instrument, un outil mobilisé par le juge en vue de la réalisation d'une fin donnée : la modernisation de son office.

PARTIE I : La motivation, instrument du renouveau de l'office classique du juge administratif

PARTIE II : La motivation, instrument d'un nouvel office du juge administratif

Professeure V. Donier fait valoir « *la vision stratégique que le juge du Palais-Royal semble développer de la motivation [... qui] semble être essentiellement utilisée au service d'une stratégie de défense de la sécurité juridique et du rôle du Conseil d'État en tant que juridiction suprême* » (spéc. p. 207).

¹⁶⁷ Cf. *supra* les paragraphes n°13 et s. et n°45 et s. de la présente thèse.

¹⁶⁸ M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation. Encore et toujours l'éclairage comparatif », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-24, spéc. p. 23.

¹⁶⁹ F. DONAT, D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Dr. adm.*, n°5/2004, étude n°9.

PARTIE I : La motivation, instrument du renouveau de

l'office classique du juge administratif

53. Selon le dogme de la séparation des pouvoirs, la juridiction se définit par opposition à l'administration et à la législation. Le principe de séparation des pouvoirs interdit « *de confier des fonctions judiciaires à des organes exécutifs ou législatifs et des fonctions exécutives ou législatives à des organes judiciaires* »¹⁷⁰.

54. Pourtant, deux traits essentiels caractérisent plus particulièrement la justice administrative et l'office classique du juge administratif : ce dernier trouve ses racines dans l'administration active et le Conseil d'État, dès l'an VIII, a dû pallier les carences de la loi et dégager des pans entiers du droit administratif moderne. La justice administrative se distingue ainsi classiquement par la proximité historique du juge administratif avec l'administration active et l'importance essentielle de la jurisprudence du Conseil d'État dans l'élaboration du droit appliqué par le juge administratif.

Ainsi caractérisé, l'office classique du juge administratif n'a pas été bouleversé mais il a cependant connu des évolutions. Pour qui entend appréhender un tel mouvement, le prisme de la motivation juridictionnelle se révèle particulièrement éclairant. Car en effet, le juge administratif sait mobiliser la motivation de ses décisions afin de dessiner les contours de son office et des relations qu'il entretient avec les autres pouvoirs. La motivation juridictionnelle constitue pour le juge administratif, et particulièrement pour le Conseil d'État, un utile instrument de régulation des relations internes à la juridiction administrative et de structuration des rapports entretenus avec les pouvoirs administratif (Titre 1) et législatif (Titre 2).

¹⁷⁰ P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in Mélanges René CHAPUS, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 135-145, spéc. p. 137.

TITRE I : La motivation, instrument de structuration des rapports juge administratif-administration active

55. L'étude des rapports qu'entretient le juge administratif avec l'administration active suppose d'en revenir plus spécifiquement au principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active¹⁷¹, lequel admet deux réalités ou facettes. Ce principe de séparation recouvre le principe d'indépendance de la juridiction administrative par rapport à l'administration active mais également le principe d'indépendance de l'administration active par rapport à la juridiction administrative.

56. Juridiction administrative et administration active ont été pleinement distinguées à compter seulement de l'extrême fin du XIX^e siècle¹⁷². De ce passé commun, la crainte a pu persister de voir les frontières de la juridiction administrative et de l'administration se brouiller à nouveau. C'est ainsi, par exemple, que le pouvoir d'injonction est classiquement refusé au juge administratif au nom du principe d'indépendance de l'administration active par rapport à la juridiction administrative. Cette position paraît dépassée au regard de l'application que le juge administratif fait désormais de la faculté que la loi du 8 février 1995 lui a reconnu d'enjoindre à l'administration pour la bonne exécution de ses jugements et arrêts. L'usage de ce pouvoir d'injonction est tel que le juge y recourt également en dehors des hypothèses prévues par la législation. À ce titre, la pratique de l'injonction par le juge administratif a pu être l'occasion d'identifier le « *retour du juge-administrateur* »¹⁷³. Lorsque l'on sait que le juge de l'injonction est un « *juge pédagogue* »¹⁷⁴ qui mobilise pleinement les motifs de ses décisions dans l'objectif de guider et diriger l'administration sur les voies de la légalité, la question se pose de savoir, plus globalement, si la motivation n'est pas devenue un instrument privilégié du juge administratif par lequel celui-ci dessine et structure les contours de la relation qu'il entretient avec l'administration active.

S'il devait apparaître que ce juge mobilise effectivement la motivation de ses décisions en vue de guider, accompagner et diriger l'activité administrative et, de la sorte, entreprendre plus avant sur la

¹⁷¹ J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970.

¹⁷² CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, rec. p. 1148.

¹⁷³ C. BROYELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge-administrateur », *Dr. adm.*, n°3/2004, chron. n°6.

¹⁷⁴ F. BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue. À propos des arrêts *Société à objet sportif « Toulouse football club »* (C.E., section, 25 juin 2001), *Vassilikiotis* (C.E., assemblée, 29 juin 2001) et *Titran* (C.E., 27 juillet 2001) », *RRJ*, n°2/2003, pp. 1513-1553.

sphère de l'administration active (Chapitre 2), il faudrait y voir un certain paradoxe de l'Histoire dès lors, en effet, que le Conseil d'État de l'an VIII a entendu imposer la motivation juridictionnelle dans l'objectif bien compris de caractériser et distinguer la juridiction administrative et cela, en premier lieu, pour mieux la dissocier de l'administration active (Chapitre 1).

CHAPITRE I : La motivation, instrument imparfait de distinction de la juridiction administrative

57. Selon une idée désormais communément admise qui repose sur le postulat d'une « *vocation naturelle des décisions de justice à expliciter leurs motifs* »¹⁷⁵, « *la justice est le berceau des motifs et de la motivation* »¹⁷⁶. Cette dernière apparaît comme étant l'apanage de la justice car, historiquement, « *elle est d'abord apparue dans les jugements, domaine dans lequel elle est longtemps restée cantonnée* »¹⁷⁷, avant de s'étendre finalement à d'autres domaines¹⁷⁸ dont l'administration active, pourtant traditionnellement plus accoutumée au secret.

Ainsi, historiquement, la motivation est la marque caractéristique de la fonction juridictionnelle. Toute décision de justice doit être motivée pour cette seule raison qu'elle traduit l'exercice du pouvoir de juger. Aussi, la motivation juridictionnelle a ceci de spécifique qu'elle se moule dans le carcan traditionnel de la phrase unique¹⁷⁹ divisée en *considérants*¹⁸⁰ dont l'utilisation marque, au plan formel, l'exercice de la fonction de juger.

58. Pourtant, l'histoire de la motivation suppose de nuancer grandement ce qui apparaît désormais comme évident. Le lien nécessaire, aujourd'hui acquis, entre la motivation obligatoire et la justice administrative est le fruit non pas tant d'une prétendue « *vocation naturelle* »¹⁸¹ du juge à exposer ses motifs que d'une construction volontaire, opérée dès le tournant de l'an VIII, en vue de spécifier la juridiction administrative et ainsi la distinguer plus nettement de l'administration active. Dès les premières années du XIX^e siècle, s'est ainsi opéré un rattachement certain entre la motivation obligatoire et la juridiction administrative (Section 1).

Au regard de l'histoire, cet étroit rapport entre motivation et juridiction doit cependant être interrogé plus avant. En effet, à la question de savoir si la motivation a toujours suivi l'exercice de la fonction juridictionnelle, une réponse négative s'impose. Le juge administratif n'a pas toujours donné ses raisons, y compris après le tournant de l'an VIII. À l'inverse, la pratique mais également l'exigence de

¹⁷⁵ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46, spéc. p. 28.

¹⁷⁶ *Idem*, spéc. p. 27.

¹⁷⁷ S. CAUDAL, « Rapport introductif », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, préc., spéc. p. 5.

¹⁷⁸ Outre les jugements, de nombreux autres actes juridiques sont désormais motivés. V. notamment : Association HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000 ; S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, préc.

¹⁷⁹ Le rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative préconisait l'abandon de la phrase unique. L'usage de la phrase unique divisée en *considérants* demeure néanmoins toujours de principe devant le juge administratif.

¹⁸⁰ Le juge judiciaire préfère la formule des *attendus*.

¹⁸¹ F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, spéc. p. 28.

motivation ainsi que la forme traditionnelle de la phrase unique ont pu avoir cours en dehors de la sphère juridictionnelle. Elles n'ont jamais été, de manière absolue, le propre de la juridiction, y compris à une époque, le XIX^e siècle, où la distinction entre la juridiction administrative et l'administrative active restait pourtant à construire (Section 2).

Section I : La construction d'un lien consubstantiel entre juridiction administrative et motivation

59. Sous l'Ancien Régime et la période révolutionnaire, le « juge administratif » n'est pas soumis à une exigence générale de motivation. Dès lors, et par principe, il tait ses raisons. Cette circonstance historique impose de nier l'existence d'un lien naturel ou absolument nécessaire entre la motivation et la fonction de juger (§1).

60. L'obligation de motivation est consacrée postérieurement à l'an VIII. Cette période a été décisive dans le rapprochement opéré entre la motivation et la fonction juridictionnelle. En effet, alors, et en dehors de toute exigence textuelle¹⁸², le Conseil d'État nouvellement institué impose aux conseils de préfecture la motivation de leurs arrêtés contentieux et expose lui-même les motifs de ses avis contentieux¹⁸³. Cette démarche du Conseil n'est pas désintéressée. Il utilise la motivation obligatoire en vue de spécifier la fonction de juger et ainsi distinguer plus nettement la juridiction administrative de l'administration active^{184 185}. L'enjeu est ambitieux. Il n'est pas purement formel. En imposant une obligation générale de motivation aux conseils de préfecture et en respectant lui-même cet impératif, le Conseil d'État a spécifié ou singularisé la fonction juridictionnelle. La justice administrative est tenue de donner ses raisons et de les exposer, tandis que l'administration peut taire ses motifs. Ainsi, « *en tant que méthode de rédaction [...], la motivation est [...] apparue comme un marqueur de la distinction de l'administration contentieuse et de l'administration active* »¹⁸⁶ (§2).

¹⁸² La loi des 16-24 août 1790 qui a consacré l'obligation de motiver les décisions de justice concernait les seules juridictions judiciaires.

¹⁸³ Exerçant dans le cadre de la justice retenue jusqu'en 1872, le Conseil d'État rendait seulement alors des avis. Toutefois, en pratique, la justice retenue revêtait déjà un caractère largement fictif. Les avis du Conseil d'État ont très tôt été considérés comme de véritables arrêts dès lors que le chef de l'État se bornait par principe à les valider.

¹⁸⁴ Déjà en ce sens, V. : G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 47-61, spéc. p. 57.

¹⁸⁵ Dans les relations qu'il entretenait avec les conseils de préfecture, l'obligation de motiver les jugements a également permis au Conseil d'État d'exercer effectivement son contrôle sur ces juridictions territoriales.

¹⁸⁶ H. DE GAUDEMAR, « L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, préc., spéc. p. 70.

§1 : L'absence de lien naturel entre juridiction et motivation

61. La motivation est désormais une règle essentielle attachée à l'exercice de la justice, notamment administrative. Toutefois, l'histoire impose de nuancer ce qui apparaît de nos jours comme définitivement consacré. Une étude historique révèle l'absence de lien nécessaire c'est-à-dire naturel entre l'exercice de la fonction de juger et la motivation de ses décisions par le juge. En effet, la justice administrative n'a pas de tous temps donné ses raisons. Sous l'Ancien Régime (A) puis encore largement sous la période révolutionnaire (B), la pratique a été celle de la non-motivation des décisions contentieuses administratives.

A. La pratique généralisée de non-motivation des décisions contentieuses administratives à la fin de l'Ancien Régime

62. Considérer que la motivation a toujours été attachée à l'exercice de la justice serait gravement déformer la réalité historique. L'histoire de la motivation judiciaire révèle que cette dernière n'a pas toujours accompagné l'exercice de la justice¹⁸⁷. Certes, il est possible de trouver trace d'une pratique de la motivation des décisions de justice à partir du XIII^e siècle. Cette motivation n'est toutefois pas un principe exigé. Si des jugements civils et criminels sont motivés, il existe des exceptions. La motivation judiciaire est un usage issu de la pratique. Elle n'est pas une exigence : si aucun texte ne l'interdit, aucun texte ne l'impose. Ainsi, elle disparaît dès le XIV^e siècle. Dès alors et durant toute la période d'Ancien Régime, l'usage général est la non-motivation des jugements. La motivation réapparaît seulement à la fin du XVIII^e siècle et répond alors à une exigence textuelle, celle fixée par la loi des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire*¹⁸⁸. Ainsi, durant plus de quatre siècles, la justice civile et criminelle s'est exercée sans être aucunement soumise à l'obligation d'exprimer ses raisons. Le lien entre l'exercice de la justice et l'impératif de motivation n'a rien de naturel. Il a été construit par l'histoire et imposé par la loi des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* dans une visée précise : soumettre le juge ordinaire à la loi.

¹⁸⁷ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-53 ; P. GODDING, « Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen-Âge à la fin de l'Ancien Régime », in PERELMAN (C.), FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 37-67 ; P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in Association HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 5-15.

¹⁸⁸ Avant même cette consécration législative, l'obligation de motivation avait connu quelques progrès durant le XVIII^e siècle, notamment en matières criminelle et fiscale. V. : C. BLERY, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Histoire de la Justice*, n°4/1991, pp. 79-97.

63. La pratique de la non-motivation n'a pas seulement concerné la justice ordinaire. La « justice administrative » d'Ancien Régime ne faisait pas exception en ce domaine : son exercice donnait également lieu au prononcé de décisions dépourvues de motifs.

Dire cela c'est admettre l'existence d'une justice administrative sous l'Ancien Régime. Au regard des critères modernes de la justice¹⁸⁹, cela ne va pas de soi. Les historiens du droit ne sont d'ailleurs pas unanimes quant à la question de savoir si une justice administrative a pu exister dès l'Ancien Régime¹⁹⁰. Toutefois, la majorité de la doctrine paraît admettre, dans son principe, l'existence d'une telle justice sous cette période, bien que sous une forme seulement embryonnaire et imparfaite¹⁹¹.

64. Dès l'Ancien Régime, la spécificité du contentieux administratif est perçue¹⁹². En effet, dès alors, est pressentie la nécessité de distinguer entre les affaires d'ordre privé qui opposent des particuliers et les affaires publiques mettant en cause les intérêts du roi. Sous cette période, le contentieux de l'administration est tranché par divers organes.

Des juridictions d'exception¹⁹³ ont une compétence spéciale pour trancher certaines catégories de litiges administratifs. À ce titre, elles ont pu être considérées comme des juridictions administratives véritables¹⁹⁴. Cela est d'autant plus vrai qu'elles offrent des garanties renforcées en termes d'organisation mais également de procédure¹⁹⁵. Suivant les formes de la justice ordinaire, elles ne motivent cependant pas leurs arrêts¹⁹⁶.

À mesure que ces juridictions spéciales, ou d'exception, se rapprochent des Parlements et gagnent en indépendance et en autonomie par rapport au pouvoir royal, ce dernier tente de ramener à lui le traitement des affaires intéressant le roi. La nécessité d'un traitement spécifique de ces sortes de litiges est clairement pressentie. En ce sens, la fonction d'Intendant de justice, police et finances est créée¹⁹⁷.

¹⁸⁹ Sur ces critères, cf. *infra* le paragraphe n°132 de la présente thèse.

¹⁹⁰ S. SOLEIL, « Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherche », in BIGOT (G.), BOUVET (M.) (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2006.

¹⁹¹ Sans prétendre aucunement trancher ce débat, nous retiendrons cependant la position retenue par la doctrine majoritaire.

¹⁹² La difficulté visant à dater plus précisément l'apparition du contentieux administratif ne nous retiendra pas. Sur ce point encore, les auteurs ne sont pas unanimes. Pour J. Chevallier, le contentieux administratif existe dès le XIV^e siècle (V. : J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, spéc. p. 49). Selon M. Boulet-Sautel ou encore J. Phytillis, le contentieux administratif se spécifie véritablement à l'extrême fin de l'Ancien Régime.

¹⁹³ La Chambre des comptes, la Cour des monnaies, la Chambre du Trésor, les Cours des Aides, etc.

¹⁹⁴ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, spéc. p. 50 et s.

¹⁹⁵ *Idem*, spéc. pp. 50-51.

¹⁹⁶ Pour preuve, dans le cadre de la procédure de cassation et au titre de la procédure dite de demande d'envoi ou d'apport des motifs, le Conseil du roi a pu demander à ces juridictions de lui rendre compte des motifs de leurs arrêts. V. : T. SAUVEL, « Les demandes de motifs adressées par le Conseil du roi aux cours souveraines », *Revue historique de droit français et étranger*, 1957, pp. 529-548, spéc. p. 535.

¹⁹⁷ La fonction s'installe progressivement à partir du milieu du XVI^e siècle. Elle est définitivement consacrée au cours du siècle suivant.

Au niveau central, la compétence du Conseil du roi¹⁹⁸ pour connaître des litiges de nature administrative est extrêmement vaste. Le Conseil connaît de certains litiges d'ordre administratif en premier et dernier ressort (c'est le cas notamment des affaires relatives aux finances royales) ; il connaît des appels portés contre les décisions contentieuses des Intendants de justice, police et finances ; il connaît des recours en cassation formés contre les arrêts des Cours souveraines intéressant le contentieux administratif ; et il s'estime compétent pour connaître, par la voie de l'évocation, de tout litige de nature administrative¹⁹⁹. Plusieurs des formations du Conseil connaissent des affaires contentieuses relatives à l'administration. L'exercice de cette compétence est ainsi éclaté entre diverses formations du Conseil du roi (Conseil des Dépêches, Conseil royal des Finances, Grande Direction des Finances, Petite Direction des Finances), sauf à échapper par principe au Conseil privé (ou Conseil des parties)²⁰⁰. Dès le milieu du XVII^e siècle et durant tout le XVIII^e siècle ensuite, les Intendants des provinces et le Conseil du roi exercent ainsi la compétence principale en matière contentieuse administrative. L'essentiel du contentieux administratif est alors réglé par l'administration elle-même.

65. Si l'on accepte de retenir, à titre principal, le seul critère matériel de définition de la juridiction²⁰¹, il est possible de considérer l'existence d'une forme embryonnaire de justice administrative dès la fin de l'Ancien Régime et particulièrement sous les traits des Intendants de justice, police et finances (α) ainsi que du Conseil du roi (β). « *Réceptacles d'une part importante du contentieux administratif, les intendants et le Conseil du roi sont souvent présentés comme des ancêtres du juge administratif* »²⁰². Certes, « *cette comparaison doit [...] être maniée avec*

¹⁹⁸ À compter du XVI^e siècle, le Conseil du roi, organe unique et issu du démembrement de la Cour du roi, se structure en plusieurs formations spécialisées. Ce mouvement est abouti sous le règne de Louis XIV. Le Conseil compte alors des conseils de gouvernement (le Conseil d'En haut, le Conseil des Dépêches, le Conseil royal des Finances et le Conseil royal du Commerce) ainsi que des formations contentieuses présidées par le chancelier (le Conseil des Parties -ou Conseil Privé- et le Conseil d'État et des Finances, auquel sont rattachées la Grande et la Petite Directions des Finances). Les Conseils de gouvernement sont présidés par le roi en personne et ont des attributions essentiellement politiques et administratives. Certains d'entre eux, dont principalement le Conseil royal des Dépêches, exercent également des fonctions contentieuses administratives. Le Conseil des Parties (ou Conseil privé) traite du contentieux entre particuliers. Le Conseil d'État et des Finances connaît en dernier ressort du contentieux administratif et fiscal. Il disparaît vers la fin du XVII^e siècle.

Cette organisation du Conseil du roi demeure pour une large part sous le règne de Louis XV et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Elle subit néanmoins quelques évolutions. Par exemple, certaines formations déclinent, à l'image des deux Directions des Finances qui ne se réunissent quasiment plus à la fin de l'Ancien Régime.

¹⁹⁹ Sur la compétence du Conseil du roi en matière contentieuse administrative, V. notamment : J.-L. MESTRE, « Le traitement du contentieux administratif au XVIII^e siècle », *RA*, n°3/1999, pp. 83-97.

²⁰⁰ J.-L. MESTRE, *op. cit.* ; du même auteur, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985, spéc. pp. 203-208.

²⁰¹ Critère selon lequel la juridiction consiste à trancher les litiges par application du droit. Sur les critères modernes de la juridiction, cf. *infra* le paragraphe n°132 de la présente thèse.

²⁰² K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, coll. « Corpus », 2010, spéc. p. 23.

précaution »²⁰³. Toute proportion gardée, ces institutions peuvent néanmoins être regardées comme exerçant une juridiction administrative. D'ailleurs, les auteurs ne s'y trompent pas. Le Conseil d'État actuel est présenté comme l'héritier direct du Conseil du roi²⁰⁴. Certains se sont même risqués à voir dans la figure de l'Intendant d'Ancien Régime les prémisses des conseils de préfecture de l'an VIII, au moins au plan des compétences²⁰⁵. Ainsi admise l'existence, sous une forme rudimentaire et lacunaire, de juges administratifs dès l'Ancien Régime, reste à vérifier, pour notre propos, s'ils sont contraints de motiver leurs décisions ou, *a minima*, s'ils pratiquent la motivation. Cette dernière a-t-elle été naturellement attachée à l'exercice de la justice administrative ?

1. La non-motivation de principe par les Intendants de justice, police et finances

66. Les Intendants de justice, police et finances exerçaient une compétence élargie en matière contentieuse administrative, notamment parce qu'ils connaissaient des contestations que leurs activités administratives suscitaient.

L'Intendant cumulait des fonctions administratives et contentieuses. Il était un administrateur-juge. « *Quant à la procédure suivie devant l'intendant, [...] il n'existait aucune règle spéciale* »²⁰⁶. Celui-ci exerçait ses attributions contentieuses « *dans la même forme qu'en matière administrative* »²⁰⁷. Les garanties d'ordre procédural étaient extrêmement limitées²⁰⁸. Des progrès sont néanmoins observables à la fin de l'Ancien Régime²⁰⁹. Quant aux garanties d'ordre formel, les ordonnances contentieuses des Intendants de province n'étaient pas motivées²¹⁰, sauf exception²¹¹. Ainsi, « *une décision inscrite en*

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ V. notamment : B. STIRN, *Le Conseil d'État. Son rôle, sa jurisprudence*, Paris, Hachette, 1994, 2^e éd., spéc. p. 12 ; L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, Éd. du CNRS, 1974, spéc. p. 3 et s.

V. toutefois, pour une nuance de cette filiation : B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, spéc. pp. 7-8.

²⁰⁵ A. COMBARIEU, « Étude historique sur la procédure devant les juridictions administratives et les conseils de préfecture », *RGA*, 1889, III, spéc. p. 134.

²⁰⁶ *Idem*, spéc. p. 135.

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ L'Intendant tranchait seul les litiges administratifs ordinaires, sauf à être accompagné, exceptionnellement, d'un conseil d'intendance au rôle seulement consultatif. Des voies de recours étaient ouvertes à l'encontre des décisions rendues par l'Intendant. Toutefois, l'appel de ses décisions étant porté devant le Conseil du roi, le réclamant obtenait rarement gain de cause.

²⁰⁹ Pour les affaires les plus graves, une forme de collégialité a été imposée : l'Intendant était tenu de juger de tels litiges au sein d'un tribunal royal ou en s'entourant d'assesseurs. De même, une forme embryonnaire de procédure, inspirée de celle à l'œuvre devant les juridictions ordinaires, paraît s'être progressivement développée tout au long du XVIII^e siècle. Sur la procédure suivie devant l'Intendant, V. notamment : J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, préc., spéc. pp. 200-203.

²¹⁰ J.-L. MESTRE, *op. cit.*, spéc. p. 201.

²¹¹ Combarieu rapporte une décision prise par un Intendant et dont on peut estimer qu'elle contient une forme sommaire de motivation. Saisi d'une requête tendant à la décharge d'un impôt à raison d'un incendie ayant touché les biens de la réclamante, l'Intendant rend une ordonnance dont la teneur suit : « *Vu la requête [...] Nous avons, en considération des pertes de la suppliante, réduit chacune de ses cotes de capitation des années 1736 et 1737 à la somme de dix livres de*

*marge de la requête [...] un seul mot même, « accordé » ou « rejeté », écrit au crayon suffisait »²¹². Ayant à connaître d'appels formés contre ces ordonnances, le Conseil du roi a dès lors parfois été contraint d'exiger des Intendants qu'ils lui communiquent, *a posteriori*, les motifs de leurs décisions²¹³. Une telle pratique du juge d'appel est la conséquence même de la non-motivation de leurs décisions par les Intendants de justice, police et finances.*

2. La non-motivation de principe par les formations du Conseil du roi

67. La procédure à suivre devant les formations du Conseil du roi compétentes pour trancher les affaires contentieuses a été fixée, en dernier lieu, par le règlement d'Aguesseau du 28 juin 1738²¹⁴. La procédure fixée par ce règlement s'appliquait au Conseil privé (ou Conseil des Parties). Elle a eu vocation à s'appliquer également aux Directions des Finances et aux Conseils de gouvernement, dont particulièrement le Conseil des Dépêches ainsi que le Conseil royal des Finances, lorsqu'ils avaient à connaître du contentieux administratif.

Le règlement de 1738 consacrait des garanties non négligeables en termes d'instruction des affaires, de célérité et de coût. Elle n'imposait cependant aucune exigence de motivation. Le texte, traitant « *De la manière de procéder aux jugements et de l'expédition des arrêts* », ne faisait ainsi aucune référence à d'éventuels motifs des décisions. L'arrêt pris en Conseil du roi contenait deux parties : le visa des pièces et le dispositif²¹⁵.

Dès lors, le roi, en son Conseil, ne motivait pas ses arrêts notamment contentieux²¹⁶, et ce y compris lorsqu'il intervenait en tant que juge de cassation²¹⁷. « *Les motifs restaient le secret du prince et de ses conseillers ou des juges qui statuaient en son nom* »²¹⁸. Sauf quelques cas exceptionnels apparus dès le règne de Louis XV²¹⁹, la pratique générale a ainsi été celle de la non-motivation. La très grande majorité des arrêts du Conseil du roi étaient dépourvus de motifs.

68. À la fin de l'Ancien Régime, un mouvement remarquable de juridictionnalisation²²⁰ du contentieux administratif s'est développé au niveau central. Au sein du Conseil du roi, les litiges

principal, et ordonné que le surplus sera passé en non-valeur ». V. : A. COMBARIEU, *op. cit.*, spéc. p. 137.

²¹² A. COMBARIEU, *op. cit.*, spéc. p. 135.

²¹³ A. LOGETTE, *Le Comité contentieux des Finances près le Conseil du roi (1777-1791)*, Nancy, Publications du centre lorrain d'histoire du droit, 1964, spéc. pp. 204-208.

²¹⁴ Recueil Isambert des anciennes lois françaises, t. 22 (1737-1774), pp. 42-106.

²¹⁵ V. les articles 3 et 4 du titre XIII de la seconde partie du règlement d'Aguesseau.

²¹⁶ M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Genève, Droz, 1970, spéc. pp. 351-353.

²¹⁷ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-53, spéc. p. 30.

²¹⁸ M. ANTOINE, *op. cit.*, spéc. p. 352.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ F. MONNIER, « Le contentieux de l'administration à la fin de l'Ancien Régime », *EDCE*, 1990, spéc. pp. 164-168.

administratifs ont été, pour une large part, remis à des commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil ainsi qu'à un comité contentieux des Finances créé en 1777. Outre qu'ils offraient des garanties procédurales non négligeables²²¹, ces organismes avaient ceci de particulier qu'ils traduisaient une volonté de distinguer plus nettement, au sein de l'appareil administratif, entre l'administration et la juridiction. En ce sens, ils ont constitué un progrès dans le sens de l'avènement d'une justice administrative, au sens moderne. Il paraît alors intéressant de déterminer si dans ce cadre nouveau et plus protecteur des intérêts des particuliers, la motivation a été imposée ou même seulement pratiquée.

69. Les commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil du roi²²² se sont multipliées sous le règne de Louis XV. Elles étaient « *des juridictions théoriquement temporaires, dont le roi détermin[ait] précisément les attributions, de son propre mouvement ou sur requête, composées de membres choisis à l'intérieur ou à l'extérieur du Conseil, soumises à celui-ci mais possédant une autorité distinguée pour régler les litiges de leur compétence selon une procédure souple, rapide et peu coûteuse* »²²³. Ces commissions exerçaient dans le cadre de la justice retenue du Conseil. Toutefois, elles doivent être considérées comme ayant disposé d'une autonomie juridictionnelle certaine. En effet, elles rendaient leurs jugements en leur nom propre. Ainsi, elles constituaient « *une justice déléguée au sein même de la justice retenue* »²²⁴ du Conseil. Certaines de ces commissions ont été créées pour traiter des litiges intéressant le roi. Elles ont ainsi eu vocation à connaître d'affaires à caractère administratif.

Véritables juridictions administratives avant l'heure²²⁵, ces commissions n'étaient toutefois pas tenues par l'obligation de motiver leurs décisions. Le règlement du 28 juin 1738 relatif à la procédure à suivre devant les commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil²²⁶ ne fixait aucune exigence en ce sens. En pratique, leurs jugements revêtaient une forme identique à celle des arrêts du Conseil. En conséquence, et par principe, ils ne contenaient aucun motif²²⁷. Les commissions ne donnaient pas explicitement leurs raisons. Ainsi, « *le plus souvent, et si l'on excepte quelques cas très rares où le dispositif précise lui-même les raisons de la décision, en est-on réduit à rechercher une motivation implicite dans la comparaison entre exposé et dispositif* »²²⁸ des jugements.

²²¹ Il est ainsi remarquable que le principe de collégialité ait été particulièrement respecté au sein des commissions extraordinaires de jugement.

²²² J. PHYTILIS, *Justice administrative et justice déléguée au XVIII^e siècle. L'exemple des commissions extraordinaires de jugement à la suite du conseil*, Paris, PUF, 1977.

²²³ *Idem*, spéc. p. 20.

²²⁴ *Idem*, spéc. p. 121.

²²⁵ *Idem*, spéc. p. 193.

²²⁶ Recueil Isambert des anciennes lois françaises, tome 22 (1737-1774), pp. 106-110.

²²⁷ J. PHYTILIS, *op. cit.*, spéc. p. 137.

²²⁸ *Idem*, spéc. p. 200.

70. Le Comité contentieux des Finances²²⁹ fut créé le 5 juin 1777. L'enjeu a été de mettre un terme définitif aux abus auxquels avaient pu donner lieu, jusqu'alors, le traitement du contentieux financier et fiscal²³⁰. Ce comité était spécialisé dans le traitement de ce contentieux. Il était composé de conseillers d'État, dont la plupart avaient un passé de magistrats, ainsi que de maîtres des requêtes exerçant la fonction de rapporteur. Une telle composition révèle l'ambition qui a été celle de faire de ce comité un organe de nature juridictionnelle. Toutefois, le comité contentieux des Finances avait un rôle seulement consultatif. Il était saisi pour avis. La décision finale qui tranchait le litige prenait la forme d'un arrêt en Conseil du roi. En ce sens, le comité contentieux n'était pas une juridiction, à proprement parler²³¹. Cette circonstance ne doit pas tromper toutefois. En effet, l'arrêt en Conseil était une pure fiction : le Conseil ne se réunissait plus que très rarement et seulement pour connaître des affaires les plus graves. En pratique, dans la très grande majorité des cas, la décision finale était adoptée par le Contrôleur général des Finances. Dans ce cadre, l'autorité des avis du comité contentieux n'était pas négligeable. En effet, par principe, le ministre suivait le sens des avis du comité lors du prononcé de la décision. En conséquence, le pouvoir juridictionnel était, dans les faits, détenu par le comité contentieux. De ce point de vue, et pour notre propos, il est ainsi intéressant d'examiner la forme de ses avis.

Il apparaît que le Comité contentieux des Finances ne donnait pas ses raisons. Ses avis n'étaient pas motivés, sauf hypothèses exceptionnelles. Il est raisonnablement possible de conclure en ce sens. En effet, le Comité contentieux des Départements créé en 1789²³² l'a été à l'image de son homologue des Finances. Dès lors, l'on peut penser qu'il exerçait selon les mêmes formes que ce dernier. Par conséquent, de la pratique de non-motivation de ses avis par le Comité contentieux des Départements, il peut être déduit que le Comité contentieux des Finances ne motivait pas ses avis. Cette conclusion est par ailleurs confirmée par l'analyse de la pratique. Ainsi, un avis rendu le 5 août 1790, à l'occasion de l'affaire *De Camps*, ne contient pas de motifs. Le Comité affirme seulement qu'il « *est d'avis de débouter le sieur De Camps de l'appel et de le condamner aux dépens* »²³³. Il en va de même de l'avis

²²⁹ A. LOGETTE, *Le Comité contentieux des Finances près le Conseil du roi (1777-1791)*, préc.

²³⁰ Sous le règne de Louis XV, le Conseil royal des Finances ne se réunissait quasiment plus et les affaires contentieuses en matières financière et fiscale étaient en réalité tranchées par un seul homme : le Contrôleur général des Finances voire par un de ses subordonnés, c'est-à-dire par un Intendant des Finances. Ces excès ont été stigmatisés à l'occasion des Remontrances formulées par la Cour des Aides de Paris entre 1756 et 1775.

²³¹ Au regard de nos critères modernes, un tel organisme ne pourrait pas être qualifié de juridiction. En effet, l'une des « *conditions nécessaires* » à l'existence d'une juridiction est que l'organisme dispose d'un pouvoir de décision. V. : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd, spéc. p. 116. Sur les critères modernes de la juridiction, cf. *infra* le paragraphe n°132 de la présente thèse.

²³² Cf. *infra* le paragraphe n°72 de la présente thèse.

²³³ A. LOGETTE, *op. cit.*, p. 207.

prononcé, en 1789, dans l'affaire *Berger*²³⁴. Une telle pratique de non-motivation se vérifie particulièrement dans le contentieux de la Régie générale. En cette matière, en effet, « *les avis du Comité contentieux [...] se présentent toujours sous une forme brève, dépourvue de toute solennité ; leur substance ne vise que la sentence figurant dans l'arrêt correspondant, sans fournir aucune argumentation à l'appui* »²³⁵. Exceptionnellement, le Comité a pu donner brièvement ses raisons, donnant à voir un commencement de motivation. Ainsi, en 1788, dans une affaire dite *des habitants de Cussey-sur-Lizon*, le Comité contentieux a rendu l'avis dont la teneur suit : « *Le Comité pense que cette affaire, ainsi que celles de pareille nature où le Roi n'a point d'intérêt, doivent être portées au Conseil privé* »²³⁶.

B. Le caractère précaire de la motivation des décisions contentieuses administratives sous la période révolutionnaire

71. La période révolutionnaire a sonné le glas du processus de juridictionnalisation du contentieux administratif timidement amorcé à la fin de l'Ancien Régime. Après avoir mis à bas l'édifice juridictionnel alors en place, les révolutionnaires avaient le choix entre trois options quant au règlement du contentieux administratif : instituer de véritables tribunaux spécialisés dans le contentieux de l'administration ; consacrer la compétence du juge ordinaire pour trancher les litiges administratifs ; ou conserver le système de l'administrateur-juge existant sous l'Ancien Régime. Les hommes de la Révolution ont attribué la compétence pour connaître du contentieux administratif à l'administration active. Ils ont ainsi maintenu et pleinement consacré la confusion des fonctions contentieuses et administratives entre les mains de l'administrateur.

72. Pour une courte période, l'activité contentieuse administrative du Conseil du roi s'est poursuivie. Le mouvement de réforme amorcé à l'extrême fin de l'Ancien Régime a continué. Dans ce cadre, au lendemain de la Révolution, à côté du Comité contentieux des Finances et à l'image de celui-ci, il fut créé un Comité contentieux des Départements, le 9 août 1789. Cette institution a répondu au souhait de décharger le Conseil des Dépêches des affaires de nature contentieuse dont il connaissait jusqu'alors. Il s'est agi de permettre audit Conseil de se consacrer aux seules affaires de pure administration.

Le Comité contentieux des Départements était saisi, pour avis, par les chefs des départements

²³⁴ *Idem*, spéc. p. 311.

²³⁵ *Idem*, spéc. p. 210.

²³⁶ *Idem*, spéc. p. 193.

ministériels. Il était un organe consultatif et non une juridiction véritable. En pratique, toutefois, et comme c'était le cas de son homologue des Finances, le Comité contentieux des Départements détenait le pouvoir juridictionnel²³⁷. Dans le cadre de son activité, il rendait des avis par principe dépourvus de motifs. L'avis prononcé était ainsi « *remarquable par sa sobriété : [il] n'[était] jamais autre chose que l'énoncé d'une proposition très brève par laquelle [le Comité contentieux] exprim[ait] la solution qu'il propos[ait] devoir adopter sur la question qui lui [était] soumise* »²³⁸. Il a existé quelques cas exceptionnels dans lesquels le Comité a donné ses raisons. Mais, même alors, il le fit très brièvement. Dans ces rares cas, l'avis contenait « *une très brève allusion aux motifs qui l' [avaient] dicté* »²³⁹.

73. Le Conseil du roi et les deux Comités contentieux sont supprimés par la loi des 27 avril-25 mai 1791. Le Conseil est remplacé par un Conseil d'État qui n'est autre alors qu'un comité des ministres réunis sous la présidence du roi. L'Exécutif exerce un contrôle sur l'activité, notamment contentieuse, des administrations locales^{240 241}.

74. Par le biais de plusieurs textes successifs, telle particulièrement la loi des 6, 7 et 11 septembre 1790, la compétence de principe pour traiter du contentieux de l'administration est dévolue aux autorités administratives. Ce contentieux relevait ainsi des directoires de district et des directoires de département puis, à compter de la Constitution du 5 fructidor an III, aux administrations centrales de département.

Cette forme de justice administrative offrait des garanties extrêmement limitées. Pourtant, au plan de la motivation obligatoire, la période révolutionnaire a constitué une première rupture par rapport à la pratique d'Ancien Régime. L'exigence de motivation a été expressément imposée par la législation, en matière de contentieux des contributions directes²⁴². Il semble que ce contentieux ait servi

²³⁷ A. BUOT DE L'ÉPINE, *Du Conseil du roi au Conseil d'État : le comité contentieux des départements (9 août 1789-27 avril 1791)*, Paris, PUF, 1972.

²³⁸ *Idem*, spéc. pp. 156-157.

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ Sous l'empire de la loi des 7-14 octobre 1790, les requêtes en annulation des actes pris par les administrations locales, notamment départementales, sont portées devant le roi, chef de l'administration. Elles sont portées devant le Conseil d'État, comité des ministres, sous l'empire de la loi des 27 avril-25 mai 1791. Ce recours de type hiérarchique joue indistinctement contre les actes administratifs et contentieux des administrateurs locaux.

V. particulièrement sur ce point : K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, coll. « Corpus », 2010, spéc. pp. 40-41.

²⁴¹ Sur le traitement du contentieux administratif à l'échelon central sous la période révolutionnaire V. : F. MONNIER, « D'un Conseil d'État à l'autre », in Institut français des sciences administratives, École pratique des hautes études de Paris et Association pour l'histoire de l'administration française, *L'administration de la France sous la Révolution*, Droz, 1992, pp. 115-142.

²⁴² L'article premier de la loi des 6, 7 et 11 septembre 1790 dispose que « *les contribuables qui, en matière de contributions directes, se plaindront du taux de leur cotisation, s'adresseront d'abord au directoire de district, lequel prononcera sur l'avis de la municipalité qui aura fait la répartition. La partie qui se croira lésée pourra se pourvoir ensuite au directoire*

d'exemple. En effet, et en dehors de toute exigence légale, l'administrateur-juge a motivé ses décisions rendues à l'occasion d'autres types de contentieux. Les directoires de district ont été relativement diligents dans la motivation de leurs avis et décisions²⁴³. Au contraire, les directoires de département ont pu rendre des arrêtés contentieux dépourvus de motifs²⁴⁴, y compris en contentieux fiscal²⁴⁵. Lorsqu'elle a effectivement été mise en œuvre, la motivation l'a souvent été sous forme de *considérants*²⁴⁶. L'usage de principe a ainsi été le recours aux *considérants* par l'administrateur-juge²⁴⁷.

75. La rupture révolutionnaire ne doit cependant pas être exagérée. D'une part, sous cette période, il n'a pas été consacré une exigence générale de motivation, en matière contentieuse administrative. D'autre part, la motivation n'a pas fait l'objet d'une pratique généralisée²⁴⁸, y compris lorsque la législation l'imposait pourtant. Enfin et surtout, les administrateurs exerçaient en matière contentieuse et administrative selon des procédures et des formes identiques²⁴⁹. La motivation n'était nullement spécifique à la fonction de juger. La confusion des fonctions administratives et contentieuses entre les mains de l'administrateur-juge se répercutait sur la forme de ses décisions²⁵⁰. Ainsi, « aucune particularité formelle ne marqu[ait] les décisions contentieuses »²⁵¹.

§2 : La motivation, instrument de spécification de la fonction juridictionnelle administrative après l'an VIII

76. Le principe de la motivation des décisions de justice administrative apparaît véritablement après l'an VIII. Le juge administratif se soumet alors à l'exigence de motivation, en dehors de toute prescription textuelle le lui imposant, et ceci dans un dessein précis : parer la justice administrative des formes judiciaires en vue de conforter la fonction juridictionnelle attribuée au Conseil d'État et

de département qui décidera en dernier ressort, sur simples mémoires et sans forme de procédure, sur la décision du directoire de district. Tous avis et décisions en cette matière seront motivés ». (Nous soulignons).

²⁴³ S. SÉGALA, *L'activité des autorités administratives départementales des Bouches-du-Rhône de 1790 à 1792*, PUAM, 1997, spéc. p. 292, pp. 304-305 et pp. 386-387.

²⁴⁴ P. DELAIGUE, *Un exemple de justice administrative départementale sous la Révolution*, Thèse dact., Lyon III, 1993, spéc. p. 314 et pp. 315-316.

²⁴⁵ S. SÉGALA, *op. cit.*, spéc. pp. 304-305.

²⁴⁶ Dans sa thèse, P. Delaigue reproduit de nombreux exemples de décisions contentieuses émanant de l'administrateur-juge motivées de la sorte, et ce à l'occasion de contentieux divers.

²⁴⁷ J.-L. MESTRE, « Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents », *RFDA*, 1996, p. 289 et s.

²⁴⁸ S. SÉGALA, *op. cit.*, spéc. pp. 304-305.

²⁴⁹ J.-L. MESTRE, *op. cit.*

²⁵⁰ P. DELAIGUE, *op. cit.*

²⁵¹ J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, spéc. p. 82.

aux conseils de préfecture nouvellement institués (A). D'un même mouvement, la motivation devient alors la marque de la juridiction et permet ainsi de distinguer plus nettement entre la juridiction administrative et l'administration active (B).

A. La motivation, instrument de la juridictionnalisation du contentieux administratif

77. Les réformes de l'an VIII ont constitué un progrès décisif dans le processus de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative. Pourtant, la visée principale de ces réformes « *n'[a] en aucun cas [été] l'exaltation de la juridiction administrative* »²⁵², ni au niveau local, ni encore moins à l'échelon central. Il n'était pas encore question de consacrer des tribunaux administratifs absolument indépendants de l'administration active et offrant aux particuliers l'ensemble des garanties d'une justice digne de ce nom. La justice administrative n'en était qu'à ses balbutiements.

78. Le Conseil d'État de l'an VIII²⁵³ est d'abord un conseil du gouvernement. Son activité contentieuse est secondaire. Il est très largement dépendant de l'Exécutif. Ses membres sont nommés et révoqués à la discrétion du Premier Consul. Il a une compétence seulement consultative, y compris en matière contentieuse. La justice déléguée ne lui est pas reconnue. Avant 1806 et la création de la commission du contentieux, il exerce ses attributions contentieuses selon une procédure et des formes identiques à celles mises en œuvre dans le cadre de ses activités consultatives non contentieuses²⁵⁴.

79. Les conseils de préfecture, quant à eux, sont pensés comme des juridictions à part entière lors même de leur création par la loi du 28 pluviôse an VIII²⁵⁵. La justice déléguée leur est reconnue. Toutefois, ils souffrent d'une proximité organique patente avec l'administration active dès lors qu'ils sont présidés par les préfets. En outre, ils exercent des attributions non contentieuses, et notamment consultatives. Enfin, les garanties procédurales sont extrêmement limitées devant ces juridictions qui ne bénéficient d'ailleurs pas d'une compétence générale mais seulement d'attribution. De telles

²⁵² P. DELAIGUE, *op. cit.*, spéc. p. 384. Le propos de l'auteur, qui vise spécialement la création des conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse an VIII, peut être étendu à l'institution du Conseil d'État.

²⁵³ Le Conseil d'État est créé par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), spécifiquement par son article 52. L'organisation du Conseil est fixée par le *Règlement pour l'organisation du Conseil d'État* en date du 5 nivôse an VIII.

²⁵⁴ Avant 1806, les affaires contentieuses portées à la connaissance du Conseil d'État étaient instruites, selon la nature de la question soulevée, par l'une des cinq sections du Conseil. L'instruction était de nature purement administrative. Elle ne faisait aucune place au contradictoire. V. sur ce point : L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, Éd. du CNRS, 1974, spéc. p. 131.

²⁵⁵ La loi du 28 pluviôse an VIII, *concernant la division du territoire français et l'administration* (rec. Duvergier, tome 12, p. 78 et s.) fixe la composition (article 2) et les attributions (article 4) des conseils de préfecture.

faiblesses ont pu faire craindre quant à la pérennité de ces institutions²⁵⁶. L'inquiétude s'est d'ailleurs vérifiée : les conseils de préfecture ont fait l'objet de critiques tout au long du XIX^e siècle, non pas quant à leur existence même, qui a été peu contestée²⁵⁷, mais s'agissant de leur organisation et de leur fonctionnement. Dès le début du XIX^e siècle, l'organisation et le fonctionnement des conseils de préfecture ont fait l'objet de graves critiques. La proximité de l'institution à l'égard du préfet ainsi que l'absence de procédure et de formes spécifiques devant ces tribunaux ont cristallisé les attaques²⁵⁸.

80. Dans ce contexte encore incertain, il a donc fallu construire, à l'endroit du Conseil d'État et des conseils de préfecture, l'image de juridictions véritables : « *il a fallu qu'ils soient mis en l'état de faire office de juges* »²⁵⁹ ; il a fallu donner à ces institutions nouvelles « *les allures et les apparences juridictionnelles* »²⁶⁰. Cela a été d'autant plus nécessaire que, quand bien même la haute institution s'est vue attribuer des compétences en matière contentieuse²⁶¹, les textes constitutifs n'ont prévu aucune procédure ni formes spéciales en ce domaine. De même, la loi de pluviôse an VIII est demeurée largement silencieuse concernant la procédure à suivre devant les conseils de préfecture²⁶².

81. Pour parvenir à construire une juridiction administrative digne de ce nom, le Conseil d'État va notamment imposer la motivation des décisions contentieuses. Il va ainsi faire un usage pragmatique de la motivation en vue de donner à son activité contentieuse et à celle des conseils territoriaux les formes de la justice ordinaire.

²⁵⁶ À l'occasion d'un rapport présenté à propos du livre IV d'un projet de loi *relatif à l'administration intérieure* datant de 1850, Boulatignier affirmera ainsi que la faiblesse des règles de procédure est « *une des causes les plus fréquentes d'attaques contre les conseils de préfecture* » car en effet, « *ces conseils ne sont liés, dans le jugement des affaires, par aucune de ces règles de procédure qui existent devant toutes les juridictions françaises, et que les citoyens considèrent avec raison comme des garanties d'une bonne décision* ». V. : Le Moniteur universel, n°32, 1^{er} février 1851, supplément D.

²⁵⁷ Sous la Restauration, et alors que le Conseil d'État fait l'objet d'intenses attaques, les juridictions administratives territoriales sont relativement préservées. La suppression des conseils de préfecture sera, à plusieurs reprises, demandée mais seulement à partir des années 1870 et jusqu'au tournant du XX^e siècle.

²⁵⁸ Ces critiques ont notamment été formulées par Macarel dès 1828, à l'occasion de son ouvrage *Des tribunaux administratifs, ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*. Elles ont été renouvelées ensuite sous la plume de Proudhon ou encore de Serrigny, au milieu des années 1800. V. : J.-J. CLÈRE, « Genèse des tribunaux administratifs français (1800-1953) », in GOJOSSO (E.) (dir.), *Les conseils de préfecture (an VIII-1953)*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, coll. « Actes et Colloques », 2006, pp. 43-77, spéc. pp. 49-52.

²⁵⁹ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920-1922, tome 1, rééd. du CNRS, 1962, spéc. p. 777.

²⁶⁰ B. PACTEAU, « Les conseils de préfecture au XIX^e siècle. Installation, implantation et interrogations », in GOJOSSO (E.) (dir.), *Les conseils de préfecture (an VIII-1953)*, préc., pp. 3-42, spéc. p. 14.

²⁶¹ L'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII consacre la compétence contentieuse du Conseil d'État en fixant que ce dernier est chargé « *de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ». L'article 11 du Règlement de nivôse an VIII précise les attributions contentieuses du Conseil : celui-ci se prononce, sur renvoi des Consuls, « *sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux* » et « *sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres* ».

²⁶² Le texte prévoit seulement, en son article 5, la présidence des conseils par les préfets de département et la voix prépondérante de ceux-ci en cas de partage.

Ainsi, avant même les réformes de 1806²⁶³ qui ont marqué une étape décisive dans l'avènement de la justice administrative au sens moderne²⁶⁴, le Conseil d'État s'oblige au respect de certaines formes. Dès les premières années de son existence, il motive ses avis contentieux. Il applique les formes prescrites au juge judiciaire, par la loi des 16-24 août 1790. Cette attitude du Conseil traduit sa volonté de parer ses décisions contentieuses des formes de la justice ordinaire. Ce faisant, le Conseil tend à apparaître comme une juridiction véritable, alors même toutefois qu'il ne bénéficie pas encore de la justice déléguée. En s'appropriant les formes de la justice judiciaire lorsqu'il intervient dans le règlement des litiges administratifs, le Conseil s'affirme en tant que juge du contentieux administratif. C'est pour conforter cette qualité de juge que le Conseil d'État prend l'habitude, de son propre mouvement, de motiver ses avis contentieux. À ce titre, il est particulièrement frappant de constater que la motivation de ses décisions a été une des toutes premières garanties accordées aux justiciables devant le Conseil d'État. La motivation de ses avis contentieux par le Conseil a ainsi participé de la légitimation de son activité contentieuse et de son affirmation en tant que juridiction à part entière.

82. Deux séries de nuances peuvent être apportées à cette conclusion qui ne permettent cependant pas de la renverser. D'une part, il est alors habituel que les décisions contentieuses soient très brièvement motivées. Cette concision d'usage est très tôt mise en lumière et regrettée par la doctrine²⁶⁵. Ce laconisme traditionnel du Conseil d'État tranche avec la tendance de la Cour de cassation à motiver longuement ses arrêts, durant le XIX^e siècle²⁶⁶. Malgré cette réserve, il demeure remarquable que le Conseil se soit imposé pour principe de motiver ses avis contentieux alors même qu'aucun texte spécifique à la juridiction administrative ne le contraignait alors à cette exigence. D'autre part, à compter des réformes de 1806 et à mesure que les attributions contentieuses du Conseil d'État s'affirmaient, les textes n'ont eu de cesse de renforcer la juridictionnalisation du contentieux

²⁶³ Ces réformes ont procédé du décret du 11 juin 1806 *sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État* (rec. Duvergier, tome 15, p. 376 et s.) et du décret du 22 juillet 1806 *contenant règlement sur les affaires contentieuses portées au Conseil d'État* (rec. Duvergier, tome 16, p. 11 et s.). Le premier de ces textes a institué (art. 24 et s.), au sein du Conseil d'État, la commission du contentieux. Celle-ci était chargée d'instruire les affaires contentieuses dont le Conseil était saisi. Sur cette commission, V. : L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque*, préc., spéc. l'annexe V, pp. 945-946. Le décret du 22 juillet, quant à lui, a organisé la procédure à suivre devant le Conseil d'État concernant le traitement des affaires contentieuses. En son article 27, il a spécifié le contenu des décisions du Conseil d'État. Il n'était pas alors fait mention de l'exigence de motifs.

²⁶⁴ Ces réformes ont marqué un premier progrès d'importance dans la distinction des attributions non juridictionnelles et de la fonction juridictionnelle du Conseil d'État ainsi qu'un premier mouvement en faveur de la reconnaissance de garanties à l'intention des justiciables.

²⁶⁵ V. en ce sens, notamment : G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, 1854, 2^e éd., tome 2, pp. 382-383 ; A. CHAUX, *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, Paris, Cosse et Marchal, 1867, 3^e éd., tome 1, pp. 241-243.

²⁶⁶ F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation : de l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003.

administratif porté devant le Conseil²⁶⁷. Pourtant, jamais ces textes²⁶⁸ n'ont fait de la motivation de ses décisions par le Conseil d'État une obligation impérative, y compris lorsque la justice déléguée est reconnue à l'institution par la loi du 24 mai 1872. Cette circonstance ne doit toutefois pas faire douter. En effet, il a pu paraître inutile de consacrer une pratique ancrée et jamais plus remise en cause depuis le début du XIX^e siècle. Au surplus, dès lors que le Conseil d'État imposait aux juridictions subordonnées de motiver leurs décisions, il ne pouvait pas se départir lui-même de cette contrainte.

83. Le Conseil d'État a ainsi mobilisé la motivation en vue de conforter sa qualité de juge du contentieux administratif. Cette démarche, il l'a également mise en œuvre à l'égard des juridictions territoriales. Les « *conseils de préfecture du début du XIX^e siècle [...] étaient de piètres tribunaux* »²⁶⁹. Il a donc fallu favoriser « *leur déploiement en véritables juges administratifs* »²⁷⁰. En ce sens, et dès les premières années d'existence de ces juridictions départementales, le Conseil d'État n'a eu de cesse de leur appliquer les règles et formes de la justice ordinaire, dont particulièrement l'exigence de motivation²⁷¹. Le Conseil d'État impose aux conseils de préfecture de motiver leurs arrêtés contentieux dès sa jurisprudence *Fouquet*²⁷² de 1818. Il annule pour défaut de motifs les arrêtés contentieux des juges territoriaux qui ne satisfont pas à cette exigence en ne répondant pas à un ou des moyens formulé(s) par le requérant à l'appui de sa requête. L'arrêt *Andouard*²⁷³ est topique de cette démarche du Conseil d'État. En l'espèce, le sieur Andouard était poursuivi pour avoir arraché, sans autorisation, des arbres implantés le long d'une route départementale. En guise de motivation, l'arrêté contentieux attaqué du conseil de préfecture indiquait dans un tableau joint à son dispositif la nature de la contravention commise et l'article de la loi le réprimant. Le Conseil d'État annule cet arrêté pour défaut de motifs. Il estime que le conseil de préfecture n'a pas répondu à un moyen précisément formulé par le requérant à l'appui de sa demande : le tableau joint au dispositif de la décision prononcée ne suffit pas à répondre au moyen soulevé par le sieur Andouard tenant à ce que

²⁶⁷ V. particulièrement l'ordonnance royale du 2 février 1831 (rec. Duvergier, 1831, pp. 71-72) et l'ordonnance royale du 12 mars 1831 (rec. Duvergier, 1831, pp. 117-119), lesquelles marquent un progrès non négligeable des garanties procédurales offertes devant le Conseil d'État statuant au contentieux (publicité des audiences, possibilité pour les parties de présenter des observations orales, institution d'un ministère public, etc.) ; la loi du 19 juillet 1845 qui pérennise les avancées acquises notamment concernant les garanties procédurales et d'indépendance ; ou encore la loi du 24 mai 1872 qui consacre la justice déléguée en faveur du Conseil d'État.

²⁶⁸ Il faudra attendre l'entrée en vigueur du code de justice administrative pour voir consacrée, à l'endroit du Conseil d'État, l'exigence de motivation. L'article L. 9 de ce code qui impose la motivation des jugements s'applique aux arrêts du Conseil.

²⁶⁹ B. PACTEAU, « Les conseils de préfecture au XIX^e siècle. Installation, implantation et interrogations », préc., spéc. p. 14.

²⁷⁰ *Idem*, p. 36.

²⁷¹ Sur les limites de cette exigence, cf. *infra* le paragraphe n°88 de la présente thèse.

²⁷² CE, 12 décembre 1818, *Fouquet et Consorts c. Grasleuil*, rec. général des arrêts du Conseil d'État, 1839, tome 2, p. 434.

²⁷³ CE, 7 février 1856, *Andouard*, rec. p. 125.

les arbres arrachés se trouvaient sur une parcelle vendue à une compagnie de chemin de fer et que leur enlèvement, ayant constitué une condition de cette vente, ne nécessitait pas d'autorisation²⁷⁴. En imposant de la sorte aux conseils de préfecture de motiver leurs arrêtés contentieux, il s'est agi pour le Conseil d'État de construire ces tribunaux à l'image de leurs homologues judiciaires. La jurisprudence par laquelle le Conseil d'État impose aux conseils de préfecture de motiver leurs arrêtés contentieux, doit ainsi être lue dans un mouvement plus vaste consistant à affirmer la nature fondamentalement juridictionnelle de ces conseils. En une dizaine d'années seulement, le Conseil d'État aura ainsi pour ambition de consacrer les conseils de préfecture en tant que juridictions véritables avec tout ce que cette qualification emporte de conséquences : respect du principe de collégialité, conformément à l'arrêté du 19 fructidor an IX²⁷⁵ ; interdiction de réformer leurs propres arrêtés contentieux²⁷⁶ ; caractère directement exécutoire de leurs arrêtés contentieux²⁷⁷ ; exigence de motivation de leurs arrêtés contentieux²⁷⁸ ; etc.

Une telle attitude du Conseil d'État pourrait être considérée comme seulement inévitable et passablement cohérente : la législation ayant eu pour ambition de faire des conseils de préfecture des juridictions à part entière, il leur applique logiquement les conséquences attachées à l'exercice de la juridiction. Mais, le comportement du Conseil permet d'y voir une volonté affirmée de défendre et conforter la nature juridictionnelle des conseils de préfecture. Le Conseil d'État en appliquant à ces derniers les règles valant devant les tribunaux judiciaires n'a d'autre visée que celle de les affirmer en tant que juges véritables. La lecture de plusieurs décisions du Conseil, par lesquelles celui-ci martèle la qualité de juge des conseils de préfecture et leur applique les principes et formes de la justice ordinaire²⁷⁹, illustre particulièrement cette ambition.

84. Progressivement ensuite, et en réponse aux critiques visant les conseils de préfecture, les textes prendront le relais de la jurisprudence. Dès les années 1830, des réglementations spécifiques²⁸⁰

²⁷⁴ Sur l'arrêt *Andouard*, V. : G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 47-61, spéc. pp. 53-54.

²⁷⁵ CE, 22 janvier 1808, *Trugnier*, rec. général des arrêts du Conseil d'État, 1839, tome 1, p. 112 : le Conseil d'État précise que nulle délibération ne peut être prise par le conseil de préfecture « si les membres ne sont pas, au moins, au nombre de trois », sous peine d'annulation.

²⁷⁶ CE, 21 juin 1812, *Urban c. Wick*, recueil général des arrêts du Conseil d'État, 1839, tome 1, p. 352.

²⁷⁷ CE, 5 mars 1814, *Commune de Vigneul c. Hardy*, rec. général des arrêts du Conseil d'État, 1839, tome 1, p. 515.

²⁷⁸ CE, 12 décembre 1818, *Fouquet et Consorts c. Grasleuil*, préc.

²⁷⁹ V. spécialement : CE, 21 juin 1812, *Urban c. Wick*, préc. : « Considérant que, dans les affaires de leur compétence, les conseils de préfecture sont de véritables juges, dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires ; [...] qu'il en résulte que les conseils de préfecture, comme les tribunaux ordinaires [...] » ; CE, 5 mars 1814, *Commune de Vigneul c. Hardy*, préc.

²⁸⁰ L'article 29 de l'ordonnance du 31 août 1828, sur le mode de procéder devant les conseils privés des colonies dispose que « La rédaction des décisions du conseil du contentieux administratif contiendra [...] le motif et le dispositif [...] ». V. : recueil Duvergier, tome 28, p. 318 et s., spéc. p. 327.

ainsi que des arrêtés préfectoraux²⁸¹ tendent à fixer la procédure à suivre devant certains conseils de préfecture. Une réforme globale dans le sens du renforcement des garanties d'indépendance et de procédure devant ces conseils est envisagée dès la Monarchie de Juillet puis de nouveau sous la Seconde République. Toutefois, les projets n'aboutissent pas²⁸². Il faudra ainsi attendre le Second Empire pour que soit organisée la procédure à suivre devant les juridictions départementales. Il est procédé à la réforme de ces institutions par le décret impérial du 30 décembre 1862²⁸³, la loi du 21 juin 1865²⁸⁴ et le décret impérial du 12 juillet 1865²⁸⁵. Les progrès accomplis sont pérennisés et poursuivis sous la Troisième République par loi du 22 juillet 1889²⁸⁶. À l'occasion de chacun de ces textes, l'exigence de motivation est confirmée²⁸⁷.

85. Si l'on s'attache plus précisément encore à la chronologie des événements, paraît devoir être confirmée l'hypothèse selon laquelle le Conseil d'État a imposé l'exigence de motivation afin de construire et confirmer le caractère juridictionnel de son activité et de celle des conseils de préfecture, en opposition avec l'administration active.

Au lendemain du Premier Empire qui l'avait consacrée, la justice administrative est fortement remise en cause dans son fonctionnement mais également dans son existence. Sous la Restauration monarchique, les attaques visent particulièrement le Conseil d'État. Celui-ci est contesté, à titre principal, dans ses attributions contentieuses²⁸⁸. La compétence même du Conseil en cette matière est critiquée. Le défaut d'indépendance de l'institution fait l'objet de graves attaques. De même, les modalités d'exercice de la compétence juridictionnelle sont discutées. La procédure mise en œuvre

²⁸¹ Entre 1830 et 1831, le préfet de l'Isère, Gasparin, rend trois arrêtés réglementant la procédure à suivre devant le conseil de préfecture du département. L'article 12 de l'arrêté du 13 novembre 1830, *sur la procédure devant le conseil de préfecture de l'Isère en matière de police du roulage et de grande voirie*, dispose que « *La partie ou son défenseur sera entendu, ou le mémoire en défense par elle adressé sera lu. Le ministère public [...] sera aussi entendu, et le jugement sera prononcé à la même audience*, ainsi que les motifs, *après délibéré, pris hors de la présence des parties [...]* ». (Nous soulignons).

Les trois arrêtés du préfet Gasparin sont annexés au rapport Boulatignier publié au Moniteur universel, n°32, 1^{er} février 1851, Supplément D.

²⁸² V. particulièrement le projet de loi *relatif à l'administration intérieure* datant de 1850 qui prévoyait notamment la publicité des audiences et la motivation des arrêtés contentieux des conseils de préfecture. Le livre IV de ce projet de loi qui avait trait aux conseils de préfecture avait fait l'objet d'un rapport conséquent par Boulatignier. V. : Le Moniteur universel, n°32, 1^{er} février 1851, supplément D.

²⁸³ Décret impérial du 30 décembre 1862 *portant qu'à l'avenir les audiences des conseils de préfecture statuant sur les affaires contentieuses seront publiques*, Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine ... 1863, partie IV, p. 5.

²⁸⁴ Loi du 21 juin 1865, *relative aux conseils de préfecture*, rec. Duvergier, 1865, p. 249 et s.

²⁸⁵ Décret impérial du 12 juillet 1865, *concernant le mode de procéder devant les conseils de préfecture*, rec. Duvergier, 1865, p. 390 et s.

²⁸⁶ Loi du 22 juillet 1889, *sur la procédure devant les conseils de préfecture*, rec. Duvergier, 1889, p. 420 et s.

²⁸⁷ Article 2 alinéa 2 du décret du 30 décembre 1862, préc. ; article 9 de la loi du 21 juin 1865, préc. ; article 13 du décret du 12 juillet 1865, préc. ; article 48 de la loi du 22 juillet 1889, préc.

²⁸⁸ L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, Éd. du CNRS, 1974. spéc. p. 285 et s.

devant le Conseil agissant au contentieux est contestée parce que jugée insuffisamment protectrice des intérêts des justiciables. Sont ainsi particulièrement stigmatisées la partialité du Conseil et l'absence de publicité des débats²⁸⁹. Sous cette même période, les conseils de préfecture subissent également des critiques, bien que plus modérées, concernant leur organisation et leur fonctionnement. Or, c'est précisément sous la Restauration monarchique que le Conseil d'État va généraliser sa pratique de la motivation. De même, c'est précisément sous cette période que, par sa jurisprudence *Fouquet* de 1818, le Conseil va expressément consacrer l'exigence de motivation pesant sur les conseils de préfecture dans l'exercice de leurs attributions contentieuses.

B. La motivation, instrument de distinction de la juridiction administrative et de l'administration active

86. La démarche du Conseil d'État visant à confirmer et fortifier le caractère juridictionnel de son action ainsi que de celle des conseils de préfecture par l'emploi de la motivation a eu pour conséquence, en définitive, de lier ces deux éléments. La motivation a ainsi été, et du même mouvement, rattachée à la juridiction. Elle est devenue un marqueur de l'exercice de la fonction juridictionnelle. En ce sens, la période postérieure à l'an VIII a été une étape cruciale dans le rattachement opéré entre la motivation obligatoire et la fonction juridictionnelle. L'ambition a été de consacrer la motivation comme une exigence s'imposant de manière générale au juge administratif issu des réformes de l'an VIII. La motivation a dès lors permis de spécifier l'action de juger.

87. Ce lien entre la motivation et la juridiction est précisément établi par la jurisprudence du Conseil d'État, dès l'arrêt *Fouquet* de 1818. Dans l'exercice de la fonction de juger, les conseils de préfecture adoptent des décisions. Ces décisions sont, par conséquent, de nature juridictionnelle. Dès lors, elles doivent être motivées. C'est parce qu'ils rendent de véritables jugements que les conseils de préfecture sont contraints, dès 1818, à motiver leurs arrêtés contentieux. Cette relation de cause à effet est établie à l'occasion de la jurisprudence *Fouquet* lorsque Conseil d'État affirme « *que les arrêtés des conseils de préfecture ont le même caractère et les mêmes effets que les jugements des tribunaux, et qu'il est d'ordre public que lesdits arrêtés soient motivés de même que les jugements* »²⁹⁰. Un raisonnement analogue est mis en œuvre à l'occasion de plusieurs décisions rendues en 1834²⁹¹.

²⁸⁹ V. sur ces débats autour du Conseil d'État sous la Restauration : B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^{ème} siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, spéc. p. 80 et s.

²⁹⁰ CE, 12 décembre 1818, *Fouquet et Consorts c. Grasleuil*, préc.

²⁹¹ CE, 18 juillet 1834, *Delucenay*, recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, 1834, partie II, p. 626 ; CE, 8 août 1834, *Ministre des finances c. Leclerc*, rec. Macarel, 1834, p. 537 ; CE, 19 décembre 1834, *Vasilières*, rec. Macarel, p. 832.

Ainsi, dans une affaire *Delucenay*, le Conseil annule un arrêté contentieux du conseil de préfecture du Rhône au motif que celui-ci « *en ne motivant pas son arrêté, a contrevenu aux formes substantielles de toute décision en matière contentieuse* »²⁹².

L'analyse doctrinale faite de ce mouvement jurisprudentiel confirme ce lien opéré entre le caractère juridictionnel de l'acte et l'obligation faite au juge de motiver ses décisions. Les propos formulés par Dufour dans la deuxième édition de son *Traité général de droit administratif appliqué*²⁹³ et selon lesquels « *la jurisprudence a proclamé, comme une conséquence du principe qui attribue aux arrêtés des conseils de préfecture le caractère et les effets de jugements, l'obligation d'en motiver les dispositions* », ne laissent ainsi aucune place au doute. Le caractère juridictionnel de l'acte impose sa motivation. Selon la jurisprudence administrative, le fondement originel de l'exigence de motivation réside dans la nature juridictionnelle de l'acte²⁹⁴.

88. La jurisprudence du Conseil d'État a ainsi véhiculé, très tôt, l'idée d'un contraste nécessaire entre la procédure contentieuse administrative et la procédure administrative non contentieuse ; seule la première intégrant l'exigence de motivation. Cette opposition n'aura de cesse ensuite d'être confirmée.

Tandis que le juge est contraint à donner ses raisons, l'administrateur est exempté de cette exigence. Le Conseil d'État consacre le principe de non-motivation obligatoire des actes administratifs à la fin du XIX^e siècle²⁹⁵. Cette règle paraît même avoir été aperçue plus tôt, dès le milieu de ce siècle²⁹⁶. Quant aux textes, ils ne fixent aucune exigence générale de motivation s'imposant à l'administrateur dont particulièrement les ministres²⁹⁷. Dans le même temps, et selon un mouvement inverse, le Conseil d'État n'a eu de cesse de réaffirmer le principe de la motivation obligatoire des jugements et de renforcer ses exigences en la matière. Certes, des lacunes persisteront. D'une part, le laconisme du Conseil d'État perdurera. D'autre part, la portée de l'obligation de motivation qui pèse sur les conseils de préfecture est limitée. Le Conseil d'État se montre en effet particulièrement tolérant et « *laisse aux*

²⁹² CE, 18 juillet 1834, *Delucenay*, préc.

²⁹³ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, 1854, 2^e éd., tome 2, spéc. p. 72.

²⁹⁴ G. GIUDICELLI DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, Thèse dact, Poitiers, 1979, 2 tomes.

L'auteur fait toutefois valoir une position nouvelle sur ce point : l'obligation de motivation doit être considérée comme le corollaire du pouvoir du juge. Ce n'est plus tant la nature juridictionnelle ou l'objet de l'acte du juge mais le pouvoir de ce dernier qui impose la motivation de la décision prise. Tout acte traduisant une volonté, une prise de décision c'est-à-dire un choix de la part du juge doit être motivé dès lors qu'il n'est pas neutre, indifférent mais peut, au contraire, conduire à un abus ou à l'arbitraire. La décision juridictionnelle, par laquelle le juge tranche un litige, étant de celles traduisant l'exercice d'un pouvoir par le juge, elle doit par conséquent être motivée.

²⁹⁵ CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, rec. p. 419 ; CE, 2 juillet 1880, *Maillard*, rec. p. 631.

²⁹⁶ CE, 12 mars 1846, *Cartirade et consorts*, D., III, p. 131.

²⁹⁷ V. : É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1^{re} éd., 1887, tome 1, spéc. pp. 406-407.

conseils de préfecture une assez grande latitude dans leur façon de motiver leurs arrêtés »²⁹⁸. En ce sens, il admet les motivations de type purement affirmatif par lesquelles les juges territoriaux renvoient à l'instruction et aux débats²⁹⁹. Surtout, il admet largement la pratique de la motivation par référence à des documents ou avis de l'administration et à des rapports d'experts. Cette tolérance de la haute juridiction est particulièrement affirmée en ce qui concerne le contentieux des contributions directes. Jusque dans les années 1940, dans le cadre de ce contentieux, le Conseil d'État a jugé suffisante la motivation par laquelle les conseils de préfecture se bornaient à se référer à des avis émanant d'agents administratifs et dont ils adoptaient les motifs³⁰⁰. Cette tolérance du Conseil d'État a souvent été stigmatisée par la doctrine³⁰¹ et même par les pouvoirs publics³⁰². Toutefois, malgré ces lacunes persistantes, le sens de l'évolution a été celui d'un renforcement de la motivation juridictionnelle administrative. Car en effet, le Conseil d'État a, de manière continue, précisé les contours de l'exigence de motivation. Ainsi, il a imposé aux conseils de préfecture de motiver leurs décisions sur chacun des chefs des demandes dont ils étaient saisis³⁰³. Il a sanctionné les contradictions entre les motifs et le dispositif des jugements³⁰⁴. Il a encadré la pratique de la motivation par référence : il a interdit la pratique consistant pour les conseils de préfecture à seulement viser des documents ou avis pris par des agents de l'administration³⁰⁵ et a interdit également la technique de la motivation par référence en cascade³⁰⁶. Plus avant, dès la première moitié du XX^e siècle, il a proscrit la motivation par référence à des avis émanant de l'administration, dans le contentieux des contributions directes³⁰⁷. De même, il a imposé la motivation explicite des jugements rendus par les conseils de révision³⁰⁸.

²⁹⁸ M. NOËL, « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *RDP*, 1924, pp. 350-384, spéc. p. 355.

²⁹⁹ CE, 19 juillet 1889, *Romefort*, rec. p. 877.

³⁰⁰ CE, 16 janvier 1822, *Boivin*, rec. Macarel, p. 24 ; CE, 5 septembre 1838, *Delanglade*, rec. Macarel, p. 536 ; CE, 8 juin 1850, *Gannil*, rec., p. 554 ; CE, 21 juin 1851, *Lepreux-Jarlot*, rec. p. 455 ; CE, 20 février 1869, *Mosnier*, rec. p. 175 ; CE, 20 décembre 1878, *Pesci*, rec. p. 1044 ; CE, 25 juin 1926, *Sieur X*, rec. p. 645 ; CE, 28 janvier 1935, *Société commerciale française au Chili*, rec. p. 116.

³⁰¹ V. notamment : G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, préc., p. 46 et s. ; F. LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, Paris, Rédaction et administration, 1890, tome IV, p. 106 et s. ; L. BEQUET, *Répertoire du droit administratif*, Paris, Paul Dupont, 1891, tome VIII, p. 381 et s.

³⁰² Par une circulaire en date du 4 juillet 1856, le Ministre de l'Intérieur rappelle à l'ordre les préfets en attirant leur attention sur les faiblesses de la motivation mise en œuvre par les conseils de préfecture, principalement dans le contentieux des contributions directes. V. : Bulletin officiel du Ministère de l'intérieur, n°7/1856, p. 155.

³⁰³ V. par ex. : CE, 9 mai 1834, *Ministre du commerce c. Lafargue*, recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, 1834, partie II, p. 564 ; CE, 17 mai 1851, *Dame Picque c. la ville de Paris*, rec. p. 361.

³⁰⁴ V. par ex. : CE, 26 novembre 1892, *Élections de Melay*, rec. p. 831.

³⁰⁵ CE, 14 juin 1851, *Valette*, rec. p. 438 ; CE, 10 janvier 1865, *Pioch*, rec. p. 18.

³⁰⁶ CE, Sect., 25 janvier 1935, *Société théâtrale du gymnase*, rec. p. 106 : le Conseil d'État juge insuffisamment motivé l'arrêté contentieux du conseil de préfecture qui se référerait à un rapport de l'administration des contributions directes qui lui-même se référerait à un avis d'une autre autorité.

³⁰⁷ CE, Sect., 12 juillet 1932, *Sieur de Montesquiou Fezensac*, rec. p. 705 et CE, 19 janv. 1942, *Sieur X*, rec. p. 22.

³⁰⁸ CE, Ass., 23 déc. 1959, *Gliksman*, rec. p. 708.

Section II : Vicissitudes de la motivation dans ses rapports avec la juridiction

89. Le Conseil d'État de l'an VIII a eu pour ambition certaine de rattacher la motivation obligatoire à l'exercice de la fonction de juger. Toutefois, cette démarche volontariste du Conseil ne doit pas masquer le caractère incertain de ce lien alors naissant entre motivation et juridiction qui a été et continue d'être imparfait. D'une part, ce lien n'a jamais été exclusif : la motivation a pu et continue d'exister en dehors de la sphère juridictionnelle (§1). D'autre part, ce lien n'a jamais été absolu : l'exercice de la fonction juridictionnelle n'est pas toujours synonyme de motivation. Plusieurs indices démontrent en ce sens la fragilité de ce lien trop souvent encore considéré comme absolument nécessaire entre justice administrative et motivation (§2).

§1 : La motivation hors la sphère juridictionnelle

90. La motivation n'a jamais été, de manière absolue, le propre de la fonction de juger. Volontairement ou parce qu'il a été contraint en ce sens, le juge administratif lui-même a motivé certains de ses actes pourtant de nature non juridictionnelle (A). *A fortiori*, la motivation a été pratiquée voire imposée dans le cadre de l'administration active. La motivation administrative a connu, en effet, de larges développements (B).

A. La motivation dans le cadre des activités non juridictionnelles du juge administratif

91. Alors même qu'il n'exerce pas la fonction de juger, le juge administratif peut recourir à la motivation, voire même y être contraint. Ainsi en est-il, de longue date, dans le cadre de ses attributions administratives (1) mais également consultatives (2). Aussi, quand bien même il ne fait pas alors œuvre de juridiction, le juge administratif, lorsqu'il prend des mesures d'administration de la justice est parfois expressément soumis à l'obligation de motiver ses actes (3).

1. La motivation dans le cadre des activités administratives du juge administratif

92. Dans l'exercice de ses attributions d'ordre administratif, le juge a pu être tenu de motiver ses décisions. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII³⁰⁹ prévoyait la compétence des conseils de

³⁰⁹ Loi du 28 pluviôse an VIII *concernant la division du territoire français et l'administration*, rec. Duvergier, tome 12,

préfecture pour se prononcer sur les « *demandes qui seront présentées par les communautés des villes, bourgs ou villages, pour être autorisées à plaider* ». L'article 49 alinéa 1^{er} de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale et l'article 121 de la loi relative à l'organisation municipale du 5 avril 1884 ont confirmé ce dispositif à l'égard des communes. Ces dispositions prévoyaient que pour agir en justice, une commune ou section de commune devait être préalablement autorisée à le faire par le conseil de préfecture. Ce dernier agissait, en ce domaine, non pas en tant que juge, mais au titre de ses fonctions de tutelle à l'égard des administrations municipales³¹⁰. En son alinéa 3, l'article 49 de la loi de 1837 prévoyait en outre que « *tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, à ses frais et risques, avec l'autorisation du conseil de préfecture, les actions qu'il croirait appartenir à la commune ou section, et que la commune ou section, préalablement appelée à en délibérer, aurait refusé ou négligé d'exercer* ». Ce dispositif a été confirmé par l'article 123 de la loi municipale de 1884. Dans ce cadre, encore, les décisions du conseil de préfecture n'étaient pas de nature juridictionnelle mais administrative. Pourtant, l'article 53 de la loi du 18 juillet 1837 imposait que « *toute décision du conseil de préfecture portant refus d'autorisation devra être motivée* ». Cette prescription a été réaffirmée par l'article 126 de la loi municipale du 5 avril 1884. À l'inverse, la décision qui accordait l'autorisation de plaider n'avait pas, quant à elle, à être motivée. Cette exigence dissymétrique de motivation s'expliquait aisément : « *en cas de refus d'autorisation, il faut que le Conseil d'État, devant qui le recours doit être porté, puisse apprécier les motifs qui ont décidé le conseil de préfecture. Au contraire, une décision portant autorisation qui serait motivée préjugerait le fond du procès* »³¹¹.

93. Ces solutions anciennes ont été maintenues, pour une large part. La loi du 8 janvier 1905 a toutefois supprimé le premier de ces deux régimes d'autorisation. Depuis lors, le dispositif d'autorisation de plaider des communes n'existe plus. Au contraire, désormais encore, « *à condition d'y avoir été autorisés par le tribunal administratif (ou par le Conseil d'État), les contribuables locaux ont [...] la possibilité d'agir, pour le compte de leur commune, département ou région, et « à leurs frais et risques », aussi bien devant les tribunaux civils ou répressifs que devant la juridiction administrative* »³¹².

Le régime de l'autorisation de plaider des contribuables locaux³¹³ est désormais inscrit au code général

p. 78 et s., spéc. p. 87.

³¹⁰ F. LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, préc., spéc. pp. 58-60.

³¹¹ *Idem*, p. 60, §33.

³¹² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 460.

³¹³ Ce dispositif a été notablement réformé par le décret n°92-180 du 26 février 1992 relatif à l'exercice, par un contribuable, des actions en justice appartenant à la commune, JO n°49 du 27 février 1992, p. 2983.

V. sur ce point : G. LE CHATELLIER, conclusions sur CE, Ass., 26 juin 1992, (plusieurs décisions du même jour), *AJDA*,

des collectivités territoriales³¹⁴. À cet égard, la législation fixe une exigence dissymétrique de motivation. La décision accordant l'autorisation de plaider n'a pas à être motivée. Au contraire, la décision, pourtant non juridictionnelle³¹⁵, par laquelle le tribunal administratif refuse d'accorder une autorisation de plaider doit, encore aujourd'hui, être motivée³¹⁶. Dans ce cas, en effet, le juge doit « *mentionner dans sa décision les considérations de droit et de fait qui le conduisent à estimer que l'une ou l'autre de ces deux conditions [de succès de la demande d'autorisation] n'est pas remplie* »³¹⁷, en l'espèce.

2. La motivation dans le cadre des activités consultatives du juge administratif

94. Les conseils de préfecture ont reçu des compétences non contentieuses, et notamment consultatives³¹⁸. La loi de pluviôse an VIII n'avait pas expressément prévu la fonction consultative des juridictions territoriales. Celle-ci s'est pourtant développée à l'occasion de divers textes postérieurs qui ont obligé le préfet à prendre l'avis du conseil de préfecture, dans certaines hypothèses, de plus en plus nombreuses.

La compétence consultative des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est désormais prévue par l'article L. 212-1 du code de justice administrative. Cette compétence demeure secondaire toutefois, au sein des activités de ces juridictions.

95. S'agissant du Conseil d'État, sa « *première fonction [...] fut consultative* »³¹⁹. Lors de sa création en l'an VIII, le Conseil d'État a été pensé, avant tout, comme un conseil du gouvernement. Si elle est désormais très diversifiée³²⁰, la compétence consultative du Conseil d'État se résumait originellement à deux types d'attributions essentielles. D'une part, il était consulté sur des projets de

1992, pp. 506-521.

³¹⁴ Le mécanisme de l'autorisation de plaider est prévu par l'article L. 212-2 du code de justice administrative. Concernant les communes, il est fixé par les articles L. 2132-5 et s. et R. 2132-1 et s. du code général des collectivités territoriales. Concernant les départements, le mécanisme est fixé par les articles L. 3133-1 et R. 3133-1 et s. de ce même code. Concernant les régions, il est prévu par les articles L. 4143-1 et R. 4143-1 et s. de ce même code.

³¹⁵ CE, 13 mai 1994, *Levais*, n°150047, rec. p. 235 ; CE, 30 avril 1997, *Commune de Cahors*, n°183379, rec. T. p. 711 : lorsqu'il se prononce sur une demande d'autorisation de plaider présentée par un contribuable, le juge administratif statue comme autorité administrative, et non pas comme autorité juridictionnelle.

³¹⁶ Articles R. 2132-1 alinéa 4, R. 3133-1 alinéa 4 et R. 4143-1 alinéa 4 du code général des collectivités territoriales : « *Toute décision qui porte refus d'autorisation doit être motivée* ».

³¹⁷ CE, 13 octobre 2003, *Mme Duhamel et M Pilet*, n°253701, rec. T. p. 681.

³¹⁸ Y. LAIDIÉ, « La fonction consultative des tribunaux administratifs », in CURAPP, *La loi du 28 pluviôse an VIII deux cents ans après : survivance ou pérennité ?*, Paris, PUF, 2000, spéc. pp. 259-267.

³¹⁹ Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, 3^e éd., spéc. p. 3.

³²⁰ Ainsi est-il possible de faire état d'une « *fonction consultative au sens large* » qui recouvre notamment la rédaction par le Conseil d'État (section du rapport et des études) de rapports publics annuels et d'études. V. : Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *op. cit.*, spéc. p. 15 et s.

textes (α). D'autre part, il était saisi de questions émanant des ministres³²¹ (β). En ces deux hypothèses, le Conseil d'État formulait des avis³²².

96. Au-delà des variations historiques³²³, les compétences consultatives du Conseil ont sans cesse été réaffirmées depuis l'an VIII³²⁴. Sous le Consulat et le Premier Empire, le Conseil d'État a reçu de larges attributions en ce sens³²⁵. À cet égard, Cormenin a pu écrire du Conseil d'État impérial qu'il était « *une immense fabrique d'avis, d'interprétations, de décrets, de lois déguisées sous la forme de décrets, et de réglemens d'administration publique* »³²⁶. La compétence consultative du Conseil décline sous la monarchie mais elle subsiste. De même, les Seconde, Troisième et Quatrième Républiques ont maintenu les attributions consultatives du Conseil d'État. La Constitution de 1958 consacre la compétence consultative du Conseil³²⁷ dont les attributions en la matière sont désormais fixées par les articles L. 112-1 et suivants du code de justice administrative.

α. La compétence consultative du Conseil d'État s'agissant des projets de textes

97. L'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII prévoyait la compétence du Conseil d'État pour rédiger, sous la direction des Consuls, les projets de lois et les règlements d'administration publique. La procédure à suivre dans l'exercice de cette compétence a été précisée par l'article 8 du *Règlement pour l'organisation du Conseil d'État* du 5 nivôse an VIII³²⁸ en vertu duquel « La

³²¹ Nous limiterons l'étude à ces deux types d'attributions consultatives traditionnelles du Conseil d'État dès lors que notre intérêt est avant tout de déterminer dans quelle mesure la motivation a pu être pensée, *aux origines*, comme un outil permettant de distinguer la fonction et l'acte juridictionnels.

³²² Les avis non contentieux du Conseil d'État ont été largement reproduits au recueil Duvergier (*Collection complète des lois, décrets...*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834-1845), tomes 12 et s. Pour les périodes postérieures au Consulat et au Premier Empire ces avis sont disponibles en nombre plus restreint. Sans doute faut-il y voir la conséquence du recul de la compétence consultative du Conseil. L'émergence progressive de la tradition du secret en ce domaine semble également pouvoir expliquer cette circonstance.

³²³ Sur ce point, V. : Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARFA, F. ROLIN, *op. cit.*, pp. 3-13.

³²⁴ V. particulièrement : l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII ainsi que l'article 8 du règlement du 5 nivôse an VIII (rec. Duvergier, tome 12, pp. 48-49) ; l'article 8 de l'ordonnance royale des 29 juin-6 juillet 1814 (rec. Duvergier, tome 19, p. 95) ainsi que l'article 11 de l'ordonnance royale des 23-27 août 1815 (rec. Duvergier, tome 20, p. 35) ; l'article 12 de la loi du 21 juillet 1845 (rec. Duvergier, 1845, p. 342) ; l'article 75 de la Constitution du 4 novembre 1848 ainsi que les articles 1^{er} à 5 de la loi du 3 mars 1849 (rec. Duvergier, tome 49, p. 50) ; l'article 50 de la Constitution du 14 janvier 1852 ainsi que l'article 1^{er} du décret organique du 25 janvier 1852 *sur le Conseil d'État* (rec. Duvergier, 1852, p. 71) ; l'article 8 de la loi du 24 mai 1872 ; les articles 21 et s. de l'ordonnance du 31 juillet 1945 *relative au Conseil d'État*.

³²⁵ Au delà de sa compétence pour connaître des projets de textes et des questions soumises par les ministres, le Conseil d'État exerçait également une fonction en interprétation des lois, en vertu de l'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII. Cette compétence s'exerçait par le biais d'avis rendus par le Conseil et qui avaient force de loi. Elle a été largement utilisée avant de disparaître avec l'Empire. V. : B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, pp. 26-27.

³²⁶ CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818, spéc. p. 31.

³²⁷ V. spéc. les articles 37 alinéa 2, 38 alinéa 2, 39 alinéas 2 et 5 et 74-1 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

³²⁸ Rec. Duvergier, tome 12, p. 48 et s.

proposition d'une loi ou d'un règlement d'administration publique est provoquée par les ministres, chacun dans l'étendue de ses attributions. / Si les Consuls adoptent leur opinion, ils renvoient le projet à la section compétente pour rédiger la loi ou le règlement. / Aussitôt le travail achevé, le président de la section se transporte auprès des Consuls pour les en informer. / Le Premier Consul convoque alors l'Assemblée générale du Conseil d'État. / Le projet y est discuté sur le rapport de la section qui l'a rédigé. / Le Conseil d'État transmet son avis motivé aux Consuls »³²⁹. Ainsi, dans le cadre de ses attributions non contentieuses, le Conseil d'État a été expressément tenu de motiver certains de ses avis. La prescription issue de l'article 8 du règlement de nivôse démontre que l'exigence de motivation a pu être imposée par les textes en dehors même de la sphère strictement juridictionnelle.

Cette obligation de motivation n'a pas été réaffirmée par les textes postérieurs. Peu importe, la pratique était ancrée. Le Conseil d'État, qui avait pris l'habitude de motiver ses avis sur les projets de textes sous les périodes consulaire et impériale, a perpétué cette pratique après la chute de l'Empire. Ainsi, et particulièrement lorsqu'il émettait un avis en tout ou partie défavorable sur un projet de texte, le Conseil d'État motivait son avis³³⁰, comme c'est encore le cas désormais³³¹. Dans ce cadre, la formule des *considérants* a pu être utilisée³³². Ce formalisme n'a cependant pas été maintenu.

98. Dans l'exercice de sa compétence consultative, le Conseil d'État ne s'est pas chaque fois borné à émettre un avis favorable ou défavorable sur le projet de texte dont il était saisi. Il a pu, en effet, soumettre à l'Exécutif un projet rédigé par lui. La spécificité de la fonction consultative du Conseil concernant les projets de textes trouve des origines anciennes et se manifeste encore aujourd'hui. Lorsqu'il est consulté sur un projet de texte, le Conseil d'État participe activement à la confection du texte. Très souvent, bien plus que de donner un avis favorable ou défavorable sur le projet qui lui est soumis, il donne des conseils de rédaction voire même procède, dans une large mesure, à la réécriture

³²⁹ (Nous soulignons).

³³⁰ V. : avis du 5 juillet 1800 *sur le mode de rectification des erreurs de noms...* (rec. Duvergier, tome 12, pp. 254-255) ; avis du 30 juillet 1804 *relatif au droit de pêche dans les rivières navigables* (rec. Duvergier, tome 15, p. 53) ; avis du 4 juin 1805 *sur l'impression et l'affiche des jugements...* (rec. Duvergier, tome 15, pp. 211-212) ; avis du 17 mai 1809 *relatif aux moyens de réprimer l'exercice illicite...* (rec. Duvergier, tome 16, pp. 367-368) ; avis du CE du 22 août 1810 *relatif au service de la navigation au passage des ponts de Paris* (rec. Duvergier, tome 17, p. 154) ; avis du 23 juillet 1874 *sur un projet de loi relatif aux conseils d'administration...* (L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque*, préc., spéc. p. 665 et p. 668) ; avis du 2 août 1888 *sur un projet de loi ayant pour objet de réduire à 22 le nombre des conseils de préfecture...* (RGA, 1888, III, p. 216 et s.).

³³¹ Lorsqu'il rejette le projet du Gouvernement ou qu'il adopte une rédaction différente de celle du projet gouvernemental et que cette modification n'a pas l'accord des représentants du Gouvernement, le Conseil d'État rédige une note expliquant sa position. Cette note expose et explicite les motifs du rejet ou des modifications proposées. V. : J. MASSOT, T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, Paris, La documentation française, 1999, spéc. p. 73 ; Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'État*, préc., spéc. p. 39.

³³² V. : avis du 4 juin 1805 *sur l'impression et l'affiche des jugements...*, préc. ; avis du 17 mai 1809 *relatif aux moyens de réprimer l'exercice illicite...*, préc. ; avis du 23 juillet 1874 *sur un projet de loi relatif aux conseils d'administration...*, préc. ; avis du 2 août 1888 *sur un projet de loi ayant pour objet de réduire à 22 le nombre des conseils de préfecture...*, préc.

du texte initial. Il est ainsi, dans bien des cas, le coauteur de la décision³³³.

β *La compétence consultative du Conseil d'État s'agissant des questions posées par les ministres*

99. La compétence du Conseil d'État pour connaître de toute question d'ordre administratif soumise à lui par les ministres a été consacrée dès l'an VIII³³⁴. Elle n'a plus été remise en cause par la suite. Dans ce cadre, aucun texte n'a jamais expressément imposé la motivation des avis du Conseil d'État. Pourtant, l'usage a été celui d'avis motivés. Des exceptions ont pu exister mais la règle issue de la pratique était celle de la motivation. Cela n'est guère surprenant au regard de la fonction même de tels avis. Ceux-ci visent, en effet, à éclairer le gouvernement. Ils sont une « *réponse argumentée à une question juridique* »³³⁵ précise.

100. Le Conseil d'État, saisi de questions relatives à des difficultés en matière administrative, a très tôt motivé ses avis non contentieux. Progressivement d'ailleurs, la tendance s'est imposée de la motivation de tels avis en *considérants*. Ainsi, à compter du Premier Empire, la pratique s'est répandue d'avis non contentieux motivés en *considérants*³³⁶. Les motifs rédigés sous la forme de *considérants* n'étaient pas alors le propre des avis contentieux. De fait, au regard de leur forme, il était délicat de distinguer certainement entre les avis contentieux et non contentieux émanant du Conseil³³⁷.

La pratique de la motivation des avis rendus sur questions des ministres s'est poursuivie sous la Restauration monarchique puis sous les régimes suivants. Les avis ont continué d'être motivés en *considérants*, le plus souvent³³⁸. Cette pratique ne surprend guère. L'on sait, en effet, que les avis du

³³³ M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 787 et s. ; H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, pp. 895-909.

³³⁴ C'est en ce sens qu'il faut également comprendre la formule de l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII selon laquelle le Conseil d'État est chargé « *de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ». V. : Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'État*, préc., spéc. p. 11.

³³⁵ J. MASSOT, T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, préc., spéc. p. 78, note 1.

³³⁶ V. : avis du 3 novembre 1809 *sur les droits à exercer...* (rec. Duvergier, tome 16, pp. 423-424) ; avis du 27 janvier 1814 *sur une question relative au protêt...* (rec. Duvergier, tome 18, p. 413).

Certains avis sont motivés mais sans le recours à la formule du *considérant*. Pour un exemple, V. l'avis du 20 septembre 1812 *sur la question de savoir par qui...* (rec. Duvergier, tome 18, p. 172).

³³⁷ Après 1806, la distinction a été plus aisée dès lors que les décrets de caractère contentieux pris sur l'avis du Conseil d'État ont été « *toujours précédés de la mention « Vu l'avis » ou « Sur le rapport de notre section du Contentieux »* ». V. : L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, Éd. du CNRS, 1974, spéc. p. 138, note 1.

³³⁸ V. pour des exemples : avis du 13 avril 1831 *sur le concours à l'élection des officiers ...* (rec. Duvergier, tome 31, p. 194) ; avis du 21 mai 1831 *sur la question de savoir si les greffiers ...* (rec. Duvergier, tome 31, p. 293) ; avis du 16 juin 1881, (L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *op. cit.*, spéc. pp. 657-658) ; avis du 19 juin 1888 *sur l'interprétation de l'article 23 de la loi ...* (RGA, 1888, III, pp. 85-86).

Conseil d'État sur les questions soumises par les ministres ont été motivés selon le modèle de la phrase unique divisée en *considérants* jusque dans le milieu des années 1970³³⁹. La rédaction dans un style courant est une pratique récente. Elle a cours seulement depuis 1974. Avant cette date, « *les avis étaient [...] rédigés presque comme les arrêts, chaque paragraphe commençant par la formule « considérant » et se terminant par un point-virgule pour montrer que les avis ne constituaient qu'une seule phrase ; la conclusion renvoyait aux considérants qui précédaient* »³⁴⁰.

3. La motivation de certaines mesures d'administration de la justice

101. Par principe, les actes judiciaires non juridictionnels ne sont pas soumis à l'exigence de motivation précisément parce que « *le juge, en prenant de tels actes, ne dit pas le droit. Il ne tranche pas de différend* »³⁴¹.

102. Cette règle de non-motivation vaut ainsi particulièrement concernant les mesures d'administration de la justice, mesures par lesquelles le juge « *assur[e] le fonctionnement du service et le bon déroulement de l'instance* »³⁴². Par principe, de telles mesures ne sont pas motivées car elles ne traduisent pas l'exercice de la fonction de juger. En droit judiciaire privé, il ressort de l'article 499 du code de procédure civile³⁴³ que ces actes ne sont pas soumis à l'exigence de motivation. Une telle dispense générale n'existe pas en contentieux administratif. Toutefois, le code de justice administrative fixe également des dispenses de motivation concernant certaines mesures d'administration de la justice. En vertu de l'article R. 351-6 alinéa 1^{er} de ce code, les ordonnances prises par le président de la Section du contentieux du Conseil d'État ainsi que par les présidents des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs notamment au titre des articles R. 351-1 à 3 et R. 351-6 alinéa 2 et relatives au règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative ne sont pas motivées. Selon l'article R. 613-1 alinéa 1^{er} du même code³⁴⁴, l'ordonnance de clôture de l'instruction prise au titre de cette disposition n'est pas motivée. De même, la décision portant réouverture de l'instruction prise sur le fondement de l'article R. 613-4 alinéa 1^{er} du code de

³³⁹ J. MASSOT, T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1999, spéc. p. 75.

³⁴⁰ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, pp. 895-909, spéc. §28.

³⁴¹ J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in Association HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, spéc. p. 22.

³⁴² *Idem*.

³⁴³ L'article 455 du code de procédure civile dispose que « *Le jugement doit être motivé* ». Cette disposition est insérée au titre XIV du code. Ce titre est relatif au jugement. Or, l'article 499 inséré au sein de ce même titre prévoit que « *Les dispositions du présent titre ne sont pas applicables aux mesures d'administration judiciaire* ».

³⁴⁴ « *Le président de la formation de jugement peut, par une ordonnance, fixer la date à partir de laquelle l'instruction sera close. Cette ordonnance n'est pas motivée et ne peut faire l'objet d'aucun recours* ».

justice administrative³⁴⁵ n'est pas motivée. Certaines dispenses de motivation sont en outre consacrées par la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi, le juge qui rejette la demande d'une partie tendant au report de l'audience n'est pas tenu de motiver cette décision de refus³⁴⁶.

103. Le principe de non-motivation des mesures d'administration de la justice n'est cependant pas absolu. La réglementation impose, dans certains cas, la motivation de ces actes. Ainsi, l'ordonnance prise sur le fondement de l'article R. 351-8 du code de justice administrative³⁴⁷ est motivée³⁴⁸. Également, l'usage impose la motivation de la décision de jonction de requêtes, dont on peut raisonnablement considérer qu'elle constitue une mesure d'administration de la justice³⁴⁹. En ce sens, « *le mode de rédaction des « considérants de jonction » fait [...] l'objet d'une rubrique dans le « guide du rapporteur »* »³⁵⁰. En pratique, cette motivation est laconique. De même enfin, la jurisprudence révèle que certaines mesures d'administration de la justice sont rédigées à l'image du jugement. Ainsi, la décision par laquelle le juge du fond, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, saisit le Conseil d'État d'une demande d'avis contentieux sur une question de droit, bien que prononcée et rédigée dans les formes habituelles de toute décision juridictionnelle, constitue une mesure d'administration de la justice³⁵¹.

³⁴⁵ « *Le président de la formation de jugement peut rouvrir l'instruction par une décision qui n'est pas motivée et ne peut faire l'objet d'aucun recours. Cette décision est notifiée dans les mêmes formes que l'ordonnance de clôture* ».

³⁴⁶ CE, Sect., 16 juillet 2010, *Colomb*, n°294239, rec. p. 298.

³⁴⁷ « *Lorsque des considérations de bonne administration de la justice l'imposent, le président de la section du contentieux du Conseil d'État, de sa propre initiative ou sur la demande d'un président de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel, attribue, par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible de recours, le jugement d'une ou plusieurs affaires à la juridiction qu'il désigne* ».

³⁴⁸ Cette exception au principe de non-motivation peut être expliquée par la volonté d'encadrer le mécanisme prévu par l'article R. 351-8 du code de justice administrative et par lequel le juge unique du Conseil d'État peut déroger aux règles de compétences. V. en ce sens le commentaire sous l'article R. 351-8 développé dans le code de justice administrative annoté : D. CHABANOL, *Code de justice administrative. Annotations. Commentaires. Jurisprudence*, Paris, Le Moniteur.

³⁴⁹ V. en ce sens : R. ROUQUETTE, *Dictionnaire du droit administratif. Terminologie, Expressions, Noms Propres*, Paris, Moniteur, 2002 : la jonction des requêtes est une « *mesure purement formelle d'administration de la justice, pratiquée au moment du jugement, par laquelle le juge décide de trancher par un seul jugement plusieurs litiges portés devant lui, qui sont semblables ou ont le même objet, ou un lien suffisant, dès lors que cela favorise l'administration de la justice* ».

³⁵⁰ G. JAEHNERT, « La jonction : le point sur une technique contentieuse », *AJDA*, 2003, pp. 2363-2365.

³⁵¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 763. V. : CE, 7 juillet 2000, *Clinique chirurgicale du Coudon*, n°199324, rec. p. 313.

B. La motivation dans la sphère de l'administration active

104. En dehors de toute exigence légale, la motivation des actes administratifs³⁵² a pu être pratiquée, dès les premières années du XIX^e siècle. Elle n'a ainsi jamais été totalement absente de la sphère administrative, sous la période moderne. Bien que demeurant l'exception, la motivation administrative n'a nullement été anecdotique.

Les autorités locales ont ainsi pu motiver leurs actes de nature administrative sous la forme de *considérants*³⁵³. De même, et de manière d'autant plus remarquable car touchant le sommet de l'État, les autorités administratives centrales, dans l'exercice de leurs compétences, ont parfois donné leurs raisons. Dans ce cadre encore, la phrase unique et la formule du *considérant* ont parfois été utilisées³⁵⁴. Ainsi, avant l'énoncé de son dispositif, l'ordonnance royale des 23-27 août 1815 *portant organisation du Conseil d'État* comporte l'exposé des raisons ayant justifié son prononcé. Celles-ci sont, pour partie, énoncées sous la forme d'un *considérant*.

« Louis, etc. Sur le compte qui nous a été rendu de la nécessité de mettre l'organisation et les attributions du notre Conseil-d'État en harmonie avec les formes de notre Gouvernement et avec le caractère d'unité et de solidarité que nous avons jugé à propos de donner à notre ministère ; Considérant que notre ordonnance du 29 juin de l'an de grace 1814 ne saurait, à cet égard, remplir le but que nous proposons, et qu'il est indispensable d'opérer sans délai les changemens nécessaires à cet effet, tant afin de pourvoir à la prompte expédition des affaires contentieuses que notre Conseil-d'État est appelé à examiner; que pour donner à notre ministère les secours dont il peut avoir besoin pour la préparation des ordonnances et travaux législatifs qui doivent nous être soumis : A ces causes, Nous avons ordonné et ordonnons ce qui suit : Art. 1^{er} [...] » (Ordonnance royale des 23-27 août 1815 *portant organisation du Conseil d'État*, recueil Duvergier, tome 20, p. 35).

De même, l'ordonnance royale du 12 mars 1831 qui modifie celle du 2 février précédent contient, après la formulation de quelques visas et avant l'exposé de son dispositif, quatre *considérants* explicitant les raisons et justifications de l'intervention de cet acte³⁵⁵.

³⁵² La notion d'acte administratif est entendue dans son sens générique, par opposition à la loi et à l'acte juridictionnel. Plus précisément, elle est ici employée comme renvoyant à l'acte administratif *unilatéral*, par opposition à l'acte administratif contractuel -ou contrat administratif- dont il sera question ultérieurement. Sur la notion d'acte administratif, V. : B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

³⁵³ V. un arrêté du maire de la Ville d'Avignon reproduit au recueil Macarel (*recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales...*), 1821, tome 1, pp. 144-146.

³⁵⁴ La motivation n'a pas toujours pris cette forme. Elle a pu être rédigée sans le recours à la formule des *considérants*. Ex : décret impérial du 15 septembre 1807 (L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, préc., spéc. p. 108) ; ordonnance royale du 29 juin 1814 *concernant l'organisation du Conseil d'État* (rec. Duvergier, tome 19, p. 95). Sous la Restauration, les ordonnances royales ont souvent contenu la formule « *voulant que* », celle-ci permettant au roi d'introduire avant le dispositif de son acte, un court exposé des raisons justifiant l'intervention de la décision (ex : ordonnance du 1^{er} juin 1814, rec. Duvergier, tome 19, p. 57).

³⁵⁵ Pour d'autres exemples relatifs à la justice administrative, V. notamment l'ordonnance royale du 20 août 1830 qui a

« Louis-Philippe, etc., [...] considérant les inconvénients qu'il y aurait à ce que le comité de justice administrative arrêtât et lût un projet d'ordonnance avant que la défense ait été complétée par les observations verbales des avocats ; considérant qu'au moment où les parties obtiennent les avantages de la publicité et de la discussion orale, il est convenable que l'administration et l'ordre public trouvent des moyens de défense analogues à ceux qui leur sont assurés devant les tribunaux ordinaires ; considérant que les autorisations de plaider demandées par les communes et établissements publics, les autorisations de poursuivre les fonctionnaires publics, pour raison de leurs fonctions, sont des actes de tutelle ou de haute administration rendus sous la responsabilité des ministres, et qui n'appartiennent point à la juridiction contentieuse, et que les formes établies par la loi encore subsistante du 18 germinal an 10, concernant les appels comme d'abus, ne permettent pas de les traiter en séance publique ; considérant qu'il est nécessaire de modifier l'ordonnance sur les conflits en raison des délais que la publicité apportera à la décision des affaires, etc., Art. 1^{er} [...] » (Ordonnance du roi du 12 mars 1831 qui modifie celle du 2 février dernier sur la publicité des séances du Conseil d'État..., recueil Duvergier, tome 31, pp. 117-119).

105. Une telle pratique de la motivation administrative et notamment sous la forme de *considéran*ts s'est poursuivie bien au-delà du XIX^e siècle. Plus encore, dès la fin de ce siècle, cette pratique a fait l'objet d'une certaine rationalisation puisqu'elle a été imposée dans certaines matières. Des textes particuliers ont ainsi fixé l'exigence de motivation concernant certains actes administratifs. Cela a été particulièrement le cas en matière de tutelle sur les collectivités locales et notamment sous l'effet des lois du 10 août 1871 et du 5 avril 1884³⁵⁶.

106. Le principe consacré a cependant été celui de la non-motivation obligatoire des actes administratifs. Cette règle a été expressément formulée dans les dernières années du XIX^e siècle, à l'occasion des arrêts *Harouel* et *Maillard*³⁵⁷ qui ont fixé « les principes [...] régiss[ant] la forme des décisions administratives »³⁵⁸. Ces décisions n'ont semble-t-il fait qu'entériner une règle issue de la pratique et déjà acquise depuis le milieu des années 1800³⁵⁹.

Tout acte administratif doit reposer sur des motifs, sans quoi il est arbitraire. Toutefois, son auteur

réorganisé provisoirement le Conseil d'État (L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, préc., spéc. p. 314) et le décret impérial du 18 décembre 1852 qui a institué au sein du Conseil d'État une commission des pétitions (L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 516).

³⁵⁶ S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA*, 1974, pp. 349-367.

³⁵⁷ CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, rec. p. 419 ; CE, 2 juillet 1880, *Maillard*, rec. p. 631.

³⁵⁸ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, réédition 2007, tome 1, spéc. p. 749.

³⁵⁹ À l'occasion d'une affaire *Cartirade* du 12 mars 1846 (*D.*, III, p. 131), le ministre de l'Intérieur, en défense, faisait valoir que les opérations des conseils de recensement de la garde nationale relatives à la composition des compagnies sont purement administratives et que dès lors les décisions rendues en la matière n'ont pas à être motivées puisque l'obligation de motivation ne concerne que les décisions de nature contentieuse. Les motifs de l'arrêt sont laconiques mais tout laisse à penser que le Conseil d'État a repris à son compte l'argumentation du ministre. La haute juridiction a décidé en effet « que le conseil de recensement de la garde nationale de Caen, en ne motivant pas lesdites décisions [contestées], n'a pas non plus excédé sa compétence ni commis d'excès de pouvoir ».

n'est pas tenu d'en donner les motifs, sauf texte contraire. Il peut le faire, mais il n'y est nullement contraint. Le principe est ainsi résumé par la formule : « *pas de motivation sans texte* ». Cette règle, consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État concernant plus particulièrement les actes administratifs unilatéraux décisifs, a sans cesse été réaffirmée ensuite.

107. Progressivement toutefois, et particulièrement à compter de la seconde moitié du XX^e siècle, le principe de non-motivation s'est trouvé notablement bousculé. Parce que « *l'administration s'est mise spontanément, dans certains cas, à accompagner ses décisions de motifs* », « *le droit a accompagné cette évolution des pratiques, allant dans le sens d'une obligation de motiver* »³⁶⁰ certaines décisions administratives, par hypothèse écrites³⁶¹. Le Conseil d'État a toujours refusé d'ériger l'obligation de motivation des actes administratifs en principe général du droit³⁶². Néanmoins, la règle de la non-motivation a connu des exceptions d'origine textuelle³⁶³ puis jurisprudentielle³⁶⁴. Dans ce contexte, la loi du 11 juillet 1979³⁶⁵ modifiée par celle du 17 janvier 1986³⁶⁶ a constitué une étape décisive dans la progression de la motivation obligatoire. Même si elle n'a pas renversé le principe de non-motivation³⁶⁷, elle a eu pour effet d'étendre substantiellement les hypothèses de motivation exigée. En effet, elle a imposé la motivation de certaines décisions administratives individuelles défavorables qu'elle énumère ainsi que des décisions administratives individuelles

³⁶⁰ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46, spéc. p. 30.

³⁶¹ « Rien n'interdit pourtant de penser qu'un acte verbal est nécessairement « signé » par l'autorité qui l'énonce et que son caractère oral n'empêche pas de le motiver ». V. : B. SEILLER, « Acte administratif : régime », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

³⁶² CE, 26 janvier 1973, *Ministre de la Justice c. Lang*, rec. p. 72 ; note B. Pacteau, *D.*, 1973, JP, pp. 606-610.

³⁶³ S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA*, 1974, pp. 349-367.

³⁶⁴ V. particulièrement : CE, Sect., 27 janvier 1950, *Billard*, rec. p. 58, conclusions Letourneur, S., 1950, III, pp. 41-45 ; CE, Ass., 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille-Fret*, rec. p. 704, conclusions Gentot, *RDP*, 1971, pp. 987-1004 et note B. Pacteau, *D.*, 1971, JP, p. 345 et s.

L'arrêt *Ministre de la Justice c. Lang* de 1973 a systématisé les solutions jurisprudentielles antérieures et a ainsi fixé l'état du droit jurisprudentiel quant à la motivation des décisions administratives : « *Cons. qu'en principe les décisions des autorités administratives n'ont pas à être motivées ; que, s'il en va autrement pour les décisions de certains organismes en raison de leur composition, de leur nature et de leurs attributions, cette exception ne résulte pas de l'application d'un principe général du droit dont la méconnaissance par l'autorité réglementaire constituerait une illégalité et n'est applicable qu'en l'absence de textes législatifs ou réglementaires contraires* ».

³⁶⁵ Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ; JO du 12 juillet 1979, et rectificatif JO du 13 juillet 1979. Pour un commentaire de cette loi, V. : D. LINOTTE, « La motivation obligatoire de certaines décisions administratives », *RDP*, 1980, pp. 1699-1715.

³⁶⁶ Loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social (JO du 18 janvier 1986 p. 888).

Les dispositions de la loi de 1979 modifiée sont désormais codifiées aux articles L. 211-2 et s. du code des relations entre le public et l'administration.

³⁶⁷ De nombreux actes administratifs unilatéraux, dont particulièrement les actes réglementaires mais également certains actes individuels, ne sont nullement soumis à l'exigence de motivation.

De même, la loi de 1979 prévoit une exception (le secret) et des tempéraments (l'urgence absolue et la décision implicite) à l'obligation de motivation qu'elle fixe (articles 4 et 5 de la loi de 1979 ; articles L. 211-6 et L. 232-4 du code des relations entre le public et l'administration). V. sur ce point : B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1993, spéc. pp. 486-490.

dérogeant aux règles générales issues de la loi ou du règlement³⁶⁸. D'autres textes particuliers imposent la motivation d'actes administratifs, notamment réglementaires³⁶⁹. Le champ de l'exigence de motivation paraît désormais si vaste que le principe de non-motivation apparaît presque comme l'exception à la règle³⁷⁰. En ce sens, à plusieurs reprises, la question a été posée de la généralisation de la motivation des actes administratifs unilatéraux³⁷¹.

108. Désormais, la motivation se développe également dans le domaine du contrat. Certes, « *la motivation interne des contrats administratifs [...] demeure assez embryonnaire* »³⁷². D'une part, elle fait l'objet d'une pratique très limitée. D'autre part, en ce domaine, les textes obligent rarement l'administration à donner ses raisons. Pourtant, même si cette démarche demeure encore exceptionnelle, l'administration pratique la motivation, sans y être tenue par les textes. De même, désormais, certaines dispositions particulières contraignent l'administration à donner ses raisons³⁷³.

109. Un tel recul de la pratique mais surtout du principe de non-motivation des actes administratifs pose la question de la spécificité de la motivation juridictionnelle au regard de la motivation administrative et, plus restrictivement, de la motivation des actes administratifs unilatéraux décisionnels. L'opposition classiquement opérée³⁷⁴ entre la motivation des actes administratifs et celle des décisions juridictionnelles doit être relativisée. Plusieurs éléments traduisent et démontrent, en effet, la réalité du rapprochement entre l'acte administratif et le jugement, au regard du principe de la motivation obligatoire.

110. Acte administratif et jugement sont traditionnellement opposés quant au champ d'application de l'exigence de motivation. L'idée commune est que « *si l'existence d'une motivation des décisions est inhérente à l'histoire du juge administratif, il n'en va pas de même en ce qui concerne l'administration* »³⁷⁵. Ainsi, au principe de motivation des décisions juridictionnelles s'oppose la règle

³⁶⁸ V. les articles 1^{er} et 2 de la loi du 11 juillet 1979, préc. ; les articles L. 211-1 et s. du code des relations entre le public et l'administration.

³⁶⁹ V. les articles L. 2213-2 et s. du code général des collectivités territoriales.

³⁷⁰ H. DE GAUDEMAR, « L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 69-89.

³⁷¹ V. : G. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, pp. 13-40 ; la table ronde sur le thème « Faut-il un principe général de motivation des actes administratifs », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, préc., pp. 149-158.

³⁷² C. ROUX, « La motivation en droit des contrats administratifs », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, préc., pp. 123-145.

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ V. : R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1974, spéc. pp. 169-170.

³⁷⁵ H. DE GAUDEMAR, *op. cit.*, spéc. p. 69.

de non-motivation des actes administratifs.

La motivation obligatoire est de principe concernant les décisions de justice. En ce domaine, l'exigence de motivation a une portée générale. Au contraire, elle constitue l'exception à la règle de la non-motivation des actes administratifs. Mais, du fait de l'extension continue de la motivation obligatoire dans le champ de l'administration active, cette opposition traditionnelle tend, pour partie, à être démentie.

111. Au-delà, la définition de la motivation et des motifs est similaire, qu'elle concerne l'acte administratif ou la décision juridictionnelle. Quelle que soit l'hypothèse, en droit, la motivation consiste en la formulation c'est-à-dire en l'expression ainsi qu'en la formalisation des motifs qui sont au fondement de l'acte.

La doctrine publiciste classique retenait une conception étroite des motifs -et par conséquent, de la motivation- de l'acte administratif, cantonnée aux motifs de fait³⁷⁶. Toutefois, il est désormais admis que les motifs d'un acte administratif³⁷⁷, à l'image de ceux d'un jugement, sont de deux ordres : les motifs de fait mais également les motifs de droit. Les motifs de fait renvoient à la situation concrète et particulière sur laquelle l'autorité administrative s'est fondée pour prendre sa décision. Les motifs de droit sont constitués par le fondement, la base juridique de la décision. Ils sont les raisons de droit qui justifient l'acte. Le doute n'est plus permis quant à la définition de la motivation des actes administratifs : en vertu des textes, il est acquis que la motivation d'un acte administratif consiste en « *l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision* »³⁷⁸.

112. Lorsque la motivation de l'acte administratif est imposée, son contenu est très analogue à celui de la motivation de la décision de justice. Les exigences en ce domaine sont très similaires. Ainsi, par principe, la motivation doit être suffisante c'est-à-dire suffisamment circonstanciée et non stéréotypée³⁷⁹. Les formes imposées de la motivation sont proches, également. Dans les deux cas, la

³⁷⁶ G. Isaac explique cette position de la doctrine publiciste classique par le fait que « *les actes administratifs étant habituellement motivés en droit par la pratique des visas, la motivation exprime quand elle est prescrite, se confond avec l'indication complémentaire des seuls motifs de fait qui, eux, ne sont généralement pas formulés spontanément* ». V. : G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1968, spéc. pp. 541-545.

³⁷⁷ Les motifs de l'acte administratif se distinguent des mobiles de celui-ci. Les motifs sont constitués des raisons objectives qui fondent l'acte. Les mobiles, au contraire, visent les intentions qui animent l'administrateur lorsqu'il prend la décision. En ce sens, ils ont une dimension subjective.

³⁷⁸ Article 3 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 désormais codifié à l'article L. 211-5 du code des relations entre le public et l'administration.

³⁷⁹ Concernant le contenu imposé de la motivation des actes administratifs, V. notamment : le III de la circulaire du 28 septembre 1987 *relative à la motivation des actes administratifs*, JO n°0243 du 20 octobre 1987 p.12173 ; H. PAULIAT, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in Association HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 49-70.

motivation doit être écrite et, par principe, interne à la décision c'est-à-dire contenue dans l'acte³⁸⁰. En ce sens, la motivation par référence, si elle n'est pas absolument proscrite, est encadrée, qu'il s'agisse de l'acte administratif ou de la décision de justice. Concernant les actes administratifs, la motivation par référence est régulière à la triple condition que le document auquel il est fait référence soit lui-même suffisamment motivé, que l'auteur de l'acte administratif s'approprie explicitement les motifs du document et que le texte du document contenant les motifs soit incorporé dans l'acte administratif ou joint à celui-ci³⁸¹. S'agissant des décisions de justice, la jurisprudence n'est pas favorable à la motivation par référence. D'une part, la motivation par simple référence à des documents ou avis de l'administration est désormais interdite dans son principe³⁸². D'autre part, la motivation par seule référence à un précédent jugement est particulièrement encadrée. Le Conseil d'État prohibe dans son principe la motivation « *par simple référence à une autre décision rendue par la même juridiction dans un autre litige, même lorsque les parties sont identiques* »³⁸³. Malgré cette interdiction de principe, la motivation par référence à un jugement antérieur n'est pas absolument exclue. D'abord, elle est tolérée au titre de la procédure de l'article L. 521-4 du code de justice administrative³⁸⁴, mais précisément encadrée. Lorsqu'il est à nouveau saisi des moyens déjà examinés par lui dans l'ordonnance prise dans le cadre initial de la procédure de référé d'urgence, le juge des référés de l'article L. 521-4 de ce code peut se prononcer sur ces moyens par référence à sa première ordonnance³⁸⁵. Cette faculté lui est ouverte à deux conditions seulement : la motivation de la première ordonnance doit être elle-même suffisante ; l'argumentation présentée dans l'instance aux fins de réexamen ne doit pas appeler de nouvelles précisions³⁸⁶. Aussi, la pratique de l'adoption des motifs des premiers juges par le juge d'appel, laquelle peut être rapprochée de la motivation par référence à un précédent jugement, est admise. Dans les conditions que la jurisprudence détermine, le juge d'appel peut rejeter le recours dont il est saisi par adoption des motifs des premiers juges³⁸⁷.

³⁸⁰ Pour de plus amples développements sur le contenu et les formes exigés de la motivation des décisions administratives, V. : B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, préc., spéc. pp. 490-494.

³⁸¹ V. le 2 du III de la circulaire du 28 septembre 1987 *relative à la motivation des actes administratifs*, préc.

³⁸² Le Conseil d'État a interdit la motivation par référence à des avis de l'administration, pratique qui était largement mise en œuvre dans le contentieux des contributions directes (sur cette prohibition, V. : CE, Sect., 12 juillet 1932, *Sieur de Montesquiou-Fezensac*, rec. p. 705 ; CE, 19 janvier 1942, *Sieur X*, rec. p. 22). Dans le même sens, par l'arrêt *Glikzman*, le Conseil d'État a imposé la motivation explicite des jugements rendus par les conseils de révision (CE, Ass., 23 déc. 1959, *Sieur Glikzman*, rec. p. 709).

³⁸³ CE, 1^{er} juillet 2009, *Département du Nord*, n°318960, rec. T. p. 903.

³⁸⁴ « *Saisi par toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin* ».

³⁸⁵ Cette tolérance s'explique par la spécificité de cette procédure prévue par l'article L. 521-4 qui témoigne de la continuité d'une même affaire.

³⁸⁶ CE, 2 juillet 2008, *Syndicat des copropriétaires de la résidence le rond-point des pistes...*, n°312836, rec. T. p. 858.

³⁸⁷ CE, 22 mai 1968, *Slove de Lory*, rec. p. 328 ; CE, 8 juin 1979, *Gogny-Goubert*, rec. p. 267. Sur la technique de l'adoption de motifs en appel, cf. *infra* le paragraphe n°701 de la présente thèse.

113. Le contenu exigé de la motivation est défini, de manière pragmatique, au regard de la justification première de la motivation obligatoire. Quel que soit l'acte en cause, acte administratif ou décision de justice, l'exigence de motivation a pour raison d'être et pour but de faciliter le contrôle de l'acte, et notamment son contrôle juridictionnel. Certes, la motivation obligatoire est désormais appréhendée comme une garantie de l'administré et du justiciable contre l'arbitraire de l'administration et de son juge. Toutefois, cette présentation moderne ne doit pas masquer l'enjeu originel au fondement de la consécration continue de l'exigence de motivation. La motivation des décisions de justice a d'abord été imposée pour permettre le contrôle opéré par le juge supérieur. Historiquement, c'est lorsque le procédé de la cassation s'est développé que les inconvénients de l'absence de motivation des jugements ont été stigmatisés³⁸⁸. De même, la problématique de la motivation des actes administratifs a d'abord été appréhendée sous l'angle contentieux. L'ambition première a été de faciliter³⁸⁹ le contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif. Les exceptions jurisprudentielles au principe de non-motivation ont pu être expliquées en ce sens par la doctrine³⁹⁰. Ce sont avant tout des considérations d'ordre contentieux qui ont guidé le Conseil d'État lorsqu'il a admis des exceptions au principe de non-motivation des actes administratifs³⁹¹. Dans un second temps, seulement, et avec le développement de la démocratie et de la transparence administratives, la motivation des actes administratifs a été perçue comme favorable à l'administré et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

114. Au regard de la consistance, de la substance même de la motivation, il paraîtrait encore possible d'opposer l'acte administratif et le jugement. La motivation de l'acte administratif, lorsqu'elle existe, consiste en une justification de la décision précisément parce qu'elle est la formulation des motifs c'est-à-dire des « *raisons de fait et de droit qui justifient l'acte et son contenu* »³⁹². Au-delà, la motivation revêt une dimension argumentative ou rhétorique certaine. Elle est une (re)construction *a*

³⁸⁸ T. SAUVEL, « Les demandes de motifs adressées par le Conseil du roi aux cours souveraines », *Revue historique de droit français et étranger*, 1957, pp. 529-548.

³⁸⁹ La motivation des actes administratifs facilite l'exercice du contrôle des motifs opéré par le juge mais ne constitue pas une condition nécessaire de ce contrôle. En effet, les pouvoirs inquisitoriaux du juge administratif lui permettent d'exiger de l'administration qu'elle dévoile ses raisons. V. : CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, rec. p. 308 ; CE, 21 décembre 1960, *Premier ministre c. Vicat-Blanc*, rec. p. 1093 ; CE, Sect., 26 janvier 1968, *Société « Maison Genestal »*, rec. p. 62.

³⁹⁰ V. : G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, préc., spéc. pp. 564-567 ; S. SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », préc., spéc. pp. 357-358 ; G. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », préc., spéc. p. 27, à propos de l'arrêt *Billard*.

³⁹¹ Cela ressort nettement des conclusions précitées des commissaires du gouvernement Letourneur et Gentot prononcées respectivement sur les arrêts *Billard* et *Agence maritime Marseille-Fret*. Les commissaires du gouvernement font état de l'intérêt de la motivation comme garantie accordée aux administrés face à l'administration. Cette considération n'est pas totalement absente de leurs conclusions mais elle y est secondaire. L'intérêt principal et bien compris de la motivation obligatoire de certains actes administratifs est de faciliter le contrôle de ceux-ci par le juge.

³⁹² J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2017, 17^e éd., V. le commentaire sur CE, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*.

posteriori des raisons de l'acte administratif en vue de convaincre du bien-fondé et de la légitimité de celui-ci³⁹³. À l'inverse, la motivation des jugements, selon la théorie classique, prend la forme d'une déduction logique. C'est le syllogisme judiciaire. De l'application de la règle de droit aux faits de l'espèce découle logiquement la solution à donner au litige.

Pourtant, au vu du caractère largement fictif du syllogisme judiciaire³⁹⁴, il doit être perçu encore sur ce point un rapprochement certain de l'acte administratif et de la décision juridictionnelle au regard de leur motivation. Dans les deux cas, en effet, l'on retrouve une dimension argumentative ou rhétorique de l'acte³⁹⁵. Au-delà d'une simple volonté d'explication, il s'agit, chaque fois, de persuader, par une reconstruction *a posteriori* du raisonnement, du bien-fondé de la décision.

115. Le rapprochement ainsi perceptible entre l'acte administratif et la décision juridictionnelle au regard de la motivation s'explique par la liaison désormais opérée entre l'impératif de motivation et le caractère volitif des actes. L'obligation de motiver un acte ne se justifie plus tant en raison de la nature de cet acte que du pouvoir de décision qu'il traduit. Dès lors qu'il traduit une prise de décision, un acte de volonté de la part de son auteur, un pouvoir en somme, l'acte doit être motivé³⁹⁶.

§2 : Le rattachement imparfait de la motivation à la juridiction

116. La motivation n'a jamais été rattachée à la fonction de juger de manière absolument parfaite. Des îlots de non-motivation ont pu et paraissent encore persister au sein même de la sphère juridictionnelle (A). Cette circonstance, ajoutée à celle tenant à l'existence de la motivation en dehors du cadre de la justice, conduit à nier fermement à la motivation la qualité de critère de la fonction et de l'acte juridictionnels. Le doute n'est ainsi plus permis désormais : la motivation ne constitue pas un critère certain de la juridiction (B).

A. La persistance de la non-motivation dans la sphère juridictionnelle

117. L'ambition du Conseil d'État de lier la motivation à la juridiction n'a pas empêché la persistance de la non-motivation dans le cadre de la fonction de juger tout au long du XIX^e siècle,

³⁹³ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46.

³⁹⁴ Pour une critique du syllogisme judiciaire, cf. *infra* le troisième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°271 et s.

³⁹⁵ Sur la dimension rhétorique de la motivation juridictionnelle, cf. *infra* particulièrement le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°675 et s.

³⁹⁶ G. GIUDICELLI DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, Thèse dact., Poitiers, 1979, 2 tomes ; F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, pp. 25-46.

sous les traits de l'administrateur-juge (1). Au-delà de sa dimension historique, la problématique de la non-motivation des jugements administratifs peut être discutée au regard de certains éléments modernes (2).

1. La pratique fluctuante de la motivation par l'administrateur-juge au XIX^e siècle

118. Les réformes de l'an VIII portant création du Conseil d'État et des conseils de préfecture n'ont pas empêché la survivance du système de l'administrateur-juge. Ainsi, et particulièrement à compter de la Restauration monarchique, profitant de la perte d'influence du Conseil d'État, les ministres revendiquent une compétence d'ordre contentieux. Le Conseil consacre, à l'occasion de sa jurisprudence, la juridiction ministérielle. La doctrine participe de cet enracinement de la théorie du ministre-juge. Elle présente les ministres comme de véritables juges et leurs décisions en matière contentieuse comme des jugements³⁹⁷. Les administrateurs locaux, dont particulièrement les préfets, se voient également reconnaître des attributions propres en matière contentieuse³⁹⁸.

Ainsi, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, il est admis que les administrateurs et particulièrement les ministres exercent une compétence de nature contentieuse. En ce sens, et parce que le critère matériel de définition de la juridiction est encore alors privilégié, ils sont considérés comme des juges véritables.

119. Dans l'exercice de leurs compétences contentieuses, les administrateurs locaux n'étaient contraints par aucune procédure spéciale ni expressément soumis à l'obligation de motiver leurs décisions. Plus spécifiquement, « aucune forme n'[était] prescrite aux préfets pour l'instruction des affaires qui leurs [étaient] soumises, ni pour les décisions administratives ou contentieuses qu'ils [étaient] dans le cas de prendre »³⁹⁹. Pourtant, il apparaît que ces autorités ont été relativement diligentes quant à la motivation de leurs décisions contentieuses. En effet, dans le cadre de leur juridiction propre, les préfets ont eu tendance à motiver leurs actes. « La forme de ces arrêtés offr[ait], en général, une grande régularité. On y trouv[ait] le visa des pièces et documents fournis, des motifs exprimés sous formes de considérants, et, enfin un dispositif [...] Ces formalités [n'étaient] pourtant pas rigoureusement exigées »⁴⁰⁰. Ainsi et selon un usage consacré par la pratique, « quelle qu'en soit

³⁹⁷ G. BIGOT, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in BIGOT (G.), BOUVET (M.) (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2006, pp. 229-255.

³⁹⁸ Ainsi, en 1885, à l'occasion de la troisième édition de ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Aucoc expose encore quelques cas dans lesquels le maire et le préfet disposent d'une juridiction propre. V. : L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1885, 3^e éd.

³⁹⁹ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, A. Durand, 1865, 2^e éd., tome 3, pp. 259-260.

⁴⁰⁰ A. CHAUVEAU, *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, Paris, Cosse et Marchal,

la nature », les arrêtés préfectoraux en ce qu'ils « *imit[ai]ent la forme des arrêtés des conseils de préfecture [...], renferm[ai]ent des motifs exprimés sous forme de considérants* »⁴⁰¹.

120. Du rapport entre la motivation obligatoire et la compétence contentieuse des ministres, on connaît surtout les décisions *Harouel* et *Maillard*⁴⁰² de 1880 par lesquelles le Conseil d'État affirme que les décisions ministérielles contestées à l'occasion de ces deux affaires, et jusqu'alors considérées comme de nature contentieuse, ne sont pas soumises à l'exigence de motivation.

Une lecture *a contrario* de ces deux décisions pourrait sans doute révéler l'obligation jurisprudentielle faite jusqu'alors aux ministres de motiver leurs décisions contentieuses. L'analyse serait ainsi la suivante : antérieurement à ces deux arrêts, les décisions contentieuses des ministres étaient perçues comme de véritables jugements et devaient, par conséquent, être motivées. Toutefois, et parce qu'ils ont été rendus dans un contexte très particulier, ces arrêts apportent, en définitive, peu de renseignements sur une éventuelle exigence de motivation s'imposant aux ministres dans l'exercice de leurs compétences contentieuses. En effet, par ces deux arrêts, le Conseil d'État a eu pour ambition essentielle de confirmer le mouvement doctrinal amorcé depuis les années 1860 et tendant à contester la qualité de juge des ministres. En ce sens, ces deux arrêts ont marqué une première étape dans la remise en cause jurisprudentielle de la théorie du ministre-juge. Pour notre propos, il s'agit de constater que ces deux arrêts intéressent moins la motivation de ses décisions contentieuses par le ministre-juge que celle de ses décisions de nature administrative par le ministre. Les arrêts *Harouel* et *Maillard* doivent être lus comme ayant exempté le ministre de l'obligation de motiver ses actes de nature administrative⁴⁰³.

121. La procédure à suivre devant le ministre-juge a été fixée relativement tardivement par le décret impérial du 2 novembre 1864⁴⁰⁴. En son article 6, celui-ci prévoit que « *les ministres statuent sur des décisions spéciales sur les affaires qui peuvent être l'objet d'un recours par la voie contentieuse* ». Selon Aucoc⁴⁰⁵, cette disposition doit être lue comme imposant au ministre-juge de motiver ses décisions contentieuses⁴⁰⁶ : « *les ministres doivent indiquer les motifs de leurs décisions et ne pas se*

1867, 3^e éd., tome 1, spéc. p.235.

⁴⁰¹ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Cotillon, 1854, 2^e éd., tome 1, spéc. pp. 383-384.

⁴⁰² CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin c. Ministre de la guerre*, rec. p. 419 ; CE, 2 juillet 1880, *Maillard*, rec. p. 631.

⁴⁰³ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, réédition 2007, tome 1, spéc. p. 749.

⁴⁰⁴ Recueil Duvergier, 1864, pp. 435-436.

⁴⁰⁵ La position défendue par Aucoc paraît particulièrement avisée puisqu'il avait personnellement assisté à la préparation du décret du 2 novembre 1864.

⁴⁰⁶ Selon Aucoc, cette prescription valait également pour les actes administratifs émanant des ministres. Cette position de l'auteur est restée isolée. Ainsi, Laferrière s'est opposé à cette interprétation de l'article 6 du décret de 1864. V. : É LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, 1^{re} éd., tome 1, spéc. pp. 406-407.

*borner à approuver des rapports dont on analyse ensuite le dispositif pour le faire savoir au particulier intéressé »*⁴⁰⁷.

Antérieurement à ce texte, aucune forme de procédure ne s'imposait au ministre dans l'exercice de ses attributions contentieuses. Plus particulièrement, aucun texte ne le contraignait à motiver ses décisions contentieuses. Quant à la jurisprudence du Conseil d'État, dès lors que la haute juridiction a reconnu la qualité de juge aux ministres et de jugements à leurs décisions contentieuses, l'on peut penser qu'elle a entendu, de la sorte, soumettre le ministre-juge à l'exigence de motivation. Cette hypothèse semble bénéficier de l'appui de la doctrine. Dans la deuxième édition de son *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, antérieure au décret de 1864, Chauveau affirmait ainsi que l'annulation des décisions contentieuses des ministres non motivées « peut [...] être demandée au Conseil d'État. Il est impossible que cette haute juridiction déclare valable un acte exprimant une volonté ministérielle sans énoncé du fait et sans motifs »⁴⁰⁸. L'analyse de la jurisprudence laisse cependant perplexe quant à l'existence certaine d'une telle obligation imposée au ministre-juge, avant 1864. Si elle a pu effectivement exister, cette exigence a été timidement consacrée. L'on est loin de l'affirmation de principe faite à l'endroit des conseils de préfecture de motiver leurs arrêtés contentieux. À l'occasion d'un avis contentieux *Folsch* rendu le 25 juin 1857⁴⁰⁹, le Conseil d'État a accepté de répondre au moyen soumis à lui tiré de ce que la décision ministérielle contentieuse contestée n'était pas motivée. Il a considéré ce moyen opérant mais l'a rejeté en l'espèce. L'exercice d'un tel contrôle de la motivation révèle, en amont, l'existence d'une exigence de motivation. Cette décision paraît ainsi décisive dans l'affirmation d'une obligation de motivation s'imposant au ministre-juge. Toutefois, sa formulation ne traduit pas la présence d'un arrêt de principe. Au vu de ces éléments, il est permis de douter de l'existence certaine d'une obligation particulière de motivation à l'endroit du ministre-juge avant 1864.

122. L'analyse de la pratique confirme cette incertitude. En effet, la doctrine a particulièrement mis en lumière la faiblesse de la motivation des décisions contentieuses du ministre-juge. La pratique de la motivation n'était en effet nullement généralisée en cette matière. Certaines seulement des décisions contentieuses des ministres étaient motivées. Ainsi, Vivien⁴¹⁰, étudiant les « formes de l'instruction du contentieux administratif »⁴¹¹, a pu distinguer entre « les juridictions qui ont une existence propre, et celles qui, mêlées à l'action administrative même, se confondent, pour ainsi dire, avec elle, telles

⁴⁰⁷ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1885, 3^e éd., spéc. p. 625.

⁴⁰⁸ A. CHAUXEAU, *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, Paris, Cosse et Marchal, 1860, 2^e éd., tome 1, pp. 158- 161.

⁴⁰⁹ CE, 25 juin 1857, *Folsch*, rec. p. 520.

⁴¹⁰ VIVIEN, *Études administratives*, 1859, 3^e éd., réimpression, Paris, Éd. CUJAS, 1974, tome 1, spéc. pp. 337-341.

⁴¹¹ *Idem*, spéc. p. 337.

que la juridiction des ministres »⁴¹². Devant la première catégorie de ces juridictions, Vivien fait état de ce que « *presque toutes les formes de la procédure ordinaire sont suivies : citation, discussion contradictoire, sentence motivée, tout s'y retrouve* »⁴¹³. Sauf exceptions liées au caractère spécial de certaines de ces juridictions et/ou des matières qu'elles connaissent, les formes de procéder devant les juridictions administratives sont proches de celles à l'œuvre devant les tribunaux ordinaires. Au contraire, « *il n'en est pas de même de [la juridiction] des ministres* »⁴¹⁴. En ce sens, et s'agissant spécifiquement de la motivation des décisions ministérielles de nature contentieuse, Vivien a pu écrire que « *sur ce point encore, il n'y a qu'arbitraire et incertitude. Les décisions ministérielles sont rendues dans des formes très différentes et ne portent pas toujours le signe de l'autorité qui s'y attache. Tantôt, un subordonné fait un rapport au ministre, qui y donne son approbation par sa signature, quelquefois par un simple parafe. Tantôt le ministre prononce par un seul mot le rejet de la demande. On en informe l'intéressé par l'intermédiaire d'un subordonné ou directement par une lettre qui lui apprend simplement que sa réclamation n'a pas été accueillie. Ni considérant, ni dispositif, rien qui indique un acte de juridiction* »⁴¹⁵, la décision rendue ne se distinguant pas alors formellement d'un acte d'administration⁴¹⁶. Le décret de 1864 a ainsi eu pour ambition essentielle de mettre fin à de tels abus.

123. La survivance de l'administrateur-juge oblige à conclure que le rattachement opéré entre la fonction de juger et la motivation n'a pas été complet durant une longue période, même après les réformes de l'an VIII et le mouvement amorcé en faveur de la juridictionnalisation du contentieux administratif. Le juge administratif, sous les traits imparfaits de l'administrateur-juge, n'a pas chaque fois donné ses raisons. Aucune exigence de motivation n'a été expressément imposée à l'administrateur-juge, à l'échelon local. Il est également permis de douter que le ministre-juge ait été véritablement soumis à une telle obligation, avant l'intervention du décret de 1864. Il ne peut être affirmé avec une absolue certitude l'existence, dès les origines, d'une obligation générale⁴¹⁷ et ferme

⁴¹² *Idem*, spéc. pp. 337-338.

⁴¹³ *Idem*, spéc. p. 338. (Nous soulignons).

⁴¹⁴ *Idem*, spéc. p. 339.

⁴¹⁵ *Idem*, spéc. p. 340. (Nous soulignons).

⁴¹⁶ Dans ses *Questions de droit administratif*, Cormenin dressait le même constat de carence de la motivation des décisions ministérielles contentieuses.

⁴¹⁷ Il faut relever à cet égard l'exigence de motivation imposée au chef de l'État au titre de l'article 24 de la loi du 21 juillet 1845 sur le Conseil d'État en vertu duquel « *Si l'ordonnance n'est pas conforme à l'avis du Conseil d'État, elle ne peut être rendue que de l'avis du conseil des ministres ; elle est motivée et doit être insérée au Moniteur et au Bulletin des lois* » (rec. Duvergier, 1845, spéc. pp. 353-364). L'obligation de motivation ainsi imposée concernait cependant une hypothèse exceptionnelle. Elle a eu pour but essentiel d'encadrer ou corriger la justice retenue. L'article 24 du décret organique du 25 janvier 1852 sur le Conseil d'État (rec. Duvergier, 1852, p. 71) ne fera plus même référence à cette exigence de motivation : « *Si ce décret n'est pas conforme au projet proposé par le Conseil d'État, il est inséré au Moniteur et au Bulletin des lois* ».

faite à l'administrateur-juge de motiver ses décisions contentieuses. Si la motivation obligatoire peut être valablement considérée comme le corollaire de la juridictionnalisation du système de l'administrateur-juge⁴¹⁸, encore faut-il souligner toutefois que ce mouvement a été tardif et hésitant.

124. Le système de l'administrateur-juge met ainsi en lumière le caractère imparfait de la motivation comme instrument de distinction de la juridiction et de l'administration active. Si la motivation avait été appréhendée comme un outil absolument décisif en vue de dissocier entre l'action et la juridiction, c'est en priorité dans le cadre du système de l'administrateur-juge qu'elle aurait dû être imposée. En effet, c'est là que la confusion était la plus grande ; c'est là, donc, que la nécessité de distinction, *a minima* au plan formel, était la plus prégnante. Or, le Conseil d'État n'a pas su, ou seulement pu, contraindre fermement l'administrateur à motiver ses décisions en matière contentieuse. Sans doute cette relative impuissance trouve-t-elle une de ses justifications dans l'affaiblissement de la position du Conseil d'État face aux ministres, après la chute du Premier Empire. Surtout, cette persistance de la non-motivation dans la sphère contentieuse paraît trouver son explication principale dans la figure de l'administrateur-juge. En effet, le système de l'administrateur-juge est la négation même de toute volonté de séparation de la juridiction et l'administration. Pourquoi alors, dans ce cadre, imposer des règles de procédure et des formes visant à distinguer la juridiction de l'action ?

2. Le principe bousculé de motivation des décisions juridictionnelles à la période actuelle

125. Depuis le XIX^e siècle, le Conseil d'État fait de la motivation obligatoire une conséquence de l'exercice de la fonction de juger. Dès lors qu'il prononce une décision de nature juridictionnelle, et de ce seul fait, le juge doit exposer ses raisons. Les exemples d'arrêts mettant en œuvre un tel raisonnement et prononçant en ce sens sont nombreux⁴¹⁹. Sauf quelques hésitations ponctuelles qui ne doivent toutefois pas faire douter⁴²⁰, le juge administratif fait découler l'obligation de motivation

⁴¹⁸ V. l'annexe 2 au rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 93.

⁴¹⁹ V. pour des exemples récents : CE, 26 avril 2006, *Tomasini*, n° 276254 ; CE, 6 octobre 2010, *Commune de Castellet*, n°307683 : « la décision par laquelle la juridiction ayant prononcé une astreinte provisoire statue sur sa liquidation présente un caractère juridictionnel et doit par suite être motivée » ; CE, Sect., avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n°355151, rec. p. 118.

⁴²⁰ À l'occasion de certaines de ses décisions, le Conseil d'État a fait découler l'obligation de motivation de la nature juridictionnelle non pas de l'acte prononcé mais de l'organe ayant pris l'acte. V. notamment : CE, 5 décembre 1924, *Sieurs Légillon*, rec. p. 985 ; CE, Ass., 1^{er} juillet 1932, *Société « Les grands magasins du Globe »*, rec. p. 650.

Une telle démarche peut troubler car l'acte judiciaire n'est pas nécessairement juridictionnel. Elle ne doit toutefois pas faire douter. En effet, la priorité du Conseil d'État n'était pas alors de distinguer précisément au sein des actes pris par le juge administratif mais de distinguer entre les actes émanant d'une autorité administrative et ceux adoptés par un organe de nature juridictionnelle. V. en ce sens : G. GIUDICELLI DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, 2 tomes,

du caractère juridictionnel de l'acte prononcé.

126. Le principe selon lequel toute décision de justice doit être motivée paraît absolu. Son champ d'application est vaste. Il s'impose à toutes les décisions juridictionnelles émanant du juge administratif, quel qu'il soit.

La règle s'impose à l'ensemble des juridictions administratives. Les jugements des juridictions administratives de droit commun sont motivés par application de l'article L. 9 du code de justice administrative, désormais. De même, les juridictions administratives spécialisées sont tenues de motiver leurs décisions juridictionnelles soit parce qu'une disposition particulière les y oblige, soit par application de la règle générale de procédure selon laquelle les jugements sont motivés⁴²¹.

Le principe de motivation vise l'ensemble des actes du juge dès lors qu'ils traduisent l'exercice de la fonction de juger. En ce sens, il s'impose aux jugements mais s'étend également à certaines catégories d'ordonnances par lesquelles le juge exerce la juridiction⁴²². L'exigence de motivation s'applique ainsi à ces « *formes de jugement des litiges* »⁴²³ que constituent particulièrement les ordonnances de référé et les ordonnances rendues au titre des articles R. 122-12 et R. 222-1 du code de justice administrative. Les ordonnances de référés doivent être motivées⁴²⁴. Cette solution ne fait aucun doute puisque, même lorsqu'il statue en urgence dans des délais extrêmement brefs, comme c'est le cas particulièrement en référé-suspension et en référé-liberté, le juge est tenu de motiver ses ordonnances. Les ordonnances prises sur le fondement de l'article R. 222-1 du code de justice administrative sont également motivées par application de l'article L. 9 de ce code. La jurisprudence a en effet confirmé l'applicabilité de cet article à cette catégorie d'ordonnances⁴²⁵. Les principes traditionnels en matière de motivation des décisions de justice s'appliquent ainsi à ces décisions. Le juge unique n'est pas tenu de répondre aux moyens inopérants⁴²⁶ ni aux simples arguments⁴²⁷ soulevés par les parties. La

Thèse dact., Université de Poitiers, 1979.

⁴²¹ CE, 5 décembre 1924, *Sieurs Légillon*, rec. p. 985 ; CE, Sect., 1^{er} mars 1935, *Platon*, rec., p. 270.

⁴²² En toute hypothèse, l'ordonnance est un acte pris par un juge unique. Cette notion renvoie toutefois à des réalités très diverses, en contentieux administratif. Ainsi, certaines ordonnances traduisent effectivement l'exercice de la fonction juridictionnelle. Relèvent de cette catégorie les ordonnances rendues au titre des articles R. 122-12 et R. 222-1 du code de justice administrative. Les ordonnances de référé relèvent également de cette catégorie. D'autres ordonnances, au contraire, ne sont pas prises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et constituent de simples mesures d'administration de la justice. Ainsi en est-il par exemple des ordonnances des articles R. 351-1 et s. du code de justice administrative relatives au règlement des questions de compétence. V. R. ROUQUETTE, *Dictionnaire du droit administratif. Terminologie, Expressions, Noms Propres*, Paris, Moniteur, 2002, V. l'entrée « ordonnance ».

⁴²³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 925.

⁴²⁴ *Idem*, spéc. p. 1369.

⁴²⁵ V. : CAA de Versailles, 4 mars 2014, n°12VE01080 ; CAA de Nantes, 11 avril 2013, n°13NT00049 ; CAA de Douai, 19 juin 2002, n°02DA00120. Aucun obstacle majeur ne paraît empêcher l'application de cette solution aux ordonnances prises sur le fondement de l'article R. 122-12 du code de justice administrative.

⁴²⁶ CAA de Lyon, 1^{er} juillet 2010, n°09LY02877 ; CAA de Paris, 3 avril 2007, n°06PA02149.

⁴²⁷ CAA de Paris, 17 janvier 2012, n°10PA01376 ; CAA de Paris, 3 avril 2007, n°06PA02149.

motivation de l'ordonnance doit être suffisante, sauf à encourir la censure du juge supérieur⁴²⁸.

La loi prévoit parfois des obligations spéciales de motivation concernant certaines décisions de nature juridictionnelle. En vertu de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, « *lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier* »⁴²⁹. Aussi, au titre de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, le juge des référés peut rejeter par une ordonnance qui doit être motivée toute demande ne présentant pas un caractère d'urgence ou ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative mais également toute demande manifestement irrecevable ou mal fondée.

127. Le principe de la motivation obligatoire des décisions juridictionnelles paraît ainsi n'admettre aucune exception. En ce sens, d'ailleurs, il est si fortement imprégné que l'existence d'un secret ne dispense pas automatiquement le juge de donner ses raisons⁴³⁰.

Pourtant, plusieurs éléments imposent de questionner le caractère absolu de ce principe. D'une part, des hypothèses de dispenses de motivation sont expressément prévues par la jurisprudence et les textes (α). D'autre part, dans certains cas, l'exigence de motivation est extrêmement réduite et consiste, en définitive, en un impératif d'ordre seulement formel (β). Ces deux séries de considérations appellent la discussion en ce qu'elles tendent à confirmer l'existence, sinon d'exceptions véritables, au moins de notables tempéraments au principe de la motivation obligatoire des jugements.

α Les hypothèses de dispenses de motivation des décisions de justice

128. En vertu de la jurisprudence, la motivation des décisions juridictionnelles est une règle générale de procédure dont l'application peut toutefois être écartée lorsqu'une disposition législative exprime le prévoit. Ainsi, « *en théorie, le législateur peut excepter certaines juridictions de l'obligation de motiver leurs décisions* »⁴³¹. Il peut également fixer des dispenses de motivation à l'égard de décisions qui sont pourtant de nature juridictionnelle. De même, la motivation

⁴²⁸ CAA de Versailles, 4 mars 2014, n°12VE01080 ; CAA de Douai, 19 juin 2002, n°02DA00120.

⁴²⁹ Le Conseil d'État retient toutefois une interprétation restrictive de cette exigence légale : CE, 5 décembre 2001, *Société Intertouristik Holiday AG*, n°237294, rec. p. 1100 ; CE, 7 mai 2003, *Commune d'Esparron-de-Verdon*, n°248431. Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *infra* les paragraphes n°177 et s. de la présente thèse.

⁴³⁰ CE, 4 novembre, 1994, *Burdet*, n°135248, rec. T. p. 1127 : le respect des règles relatives au secret médical n'exonère pas le juge administratif de l'obligation de motiver sa décision.

⁴³¹ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd., V. le commentaire sous CE, 5 décembre 1924, *Sieurs Légillon*, spéc. p. 1244.

juridictionnelle peut être écartée lorsqu'elle se révèle être inconciliable avec l'organisation de la juridiction saisie. En effet, une juridiction est seulement « tenue [...] d'observer toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition législative ou n'est pas inconciliable avec son organisation [...] »⁴³².

129. Le code de justice administrative, dans sa partie réglementaire, prévoit que le juge se prononce, par une décision non motivée, sur la demande de récusation d'un expert⁴³³ ou d'un membre de la juridiction⁴³⁴. L'existence même de ces hypothèses tend à infirmer le principe selon lequel toute décision de justice est motivée.

Toutefois, il convient de ne pas exagérer la portée de ces deux dispenses de motivation. En effet, le juge administratif a paralysé leurs effets⁴³⁵. Dans le cadre d'un avis contentieux *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*⁴³⁶, la haute juridiction a ainsi retenu une interprétation neutralisante de l'article R. 621-6-4 du code de justice administrative⁴³⁷. Celui-ci fixe expressément une dispense de motivation. Il prévoit que si l'expert n'acquiesce pas à une demande de récusation le concernant, « la juridiction, par une décision non motivée, se prononce sur la demande, après audience publique dont l'expert et les parties sont avertis ». Or, selon les termes de l'avis du Conseil d'État, cet article ne doit pas être lu comme écartant l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles. Le juge doit motiver la décision par laquelle il se prononce sur une demande de récusation d'un expert. Il est tenu de donner ses raisons⁴³⁸. Cette attitude du Conseil d'État consistant à vider de leur substance les dispenses textuelles de motivation des jugements n'est pas nouvelle. Déjà à l'occasion de l'arrêt *Platon*⁴³⁹, la haute juridiction avait adopté une lecture restrictive de la disposition d'un décret qui fixait une telle dispense.

⁴³² CE, 5 décembre 1924, *Sieurs Légillon*, rec. p. 985.

⁴³³ Article R. 621-6-4 alinéa 2 du code de justice administrative.

⁴³⁴ Article R. 721-9 alinéa 2 du code de justice administrative. La jurisprudence précise que la décision statuant sur une demande de récusation d'un magistrat est une décision de nature juridictionnelle, et non une simple mesure d'administration de la justice. V. : E. KOLBERT, « La procédure de récusation devant la juridiction administrative », note sur CAA de Lyon, plén., 12 juillet 2005, n°02LY00835, 02LY00836, *AJDA*, 2005 p. 1952 et s.

⁴³⁵ Cela a paru d'autant plus nécessaire que ces dispositions réglementaires sont en contradiction directe avec le principe inscrit à l'article L. 9 du code de justice administrative et selon lequel les jugements sont motivés.

⁴³⁶ CE, Sect., avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n°355151, rec. p. 118.

⁴³⁷ Nul doute que la solution ainsi apportée concernant la procédure de récusation des experts vaut également dans le cadre de la procédure de récusation des juges. V. X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Récusation et révision : travaux pratiques de rénovation jurisprudentielle », chronique sur CE, Sect., avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes* et CE, Sect., 16 mai 2012, *M. Servat*, *AJDA*, 2012, pp. 1397-1403.

⁴³⁸ Il peut toutefois le faire selon une motivation de pure forme. En effet, à l'occasion de son avis contentieux, le Conseil d'État a indiqué que le juge peut « adapter la motivation de sa décision [...] en se limitant, le cas échéant à énoncer qu'il y a lieu, ou qu'il n'y a pas lieu, de faire droit à la demande ». V. : B. SEILLER, note sous CE, Sect., avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, *Gaz. Pal.*, n°155/157, 2012, pp. 16-17.

⁴³⁹ CE, Sect., 1^{er} mars 1935, *Platon*, rec. p. 270.

130. Outre les dispenses de motivation fixées par la jurisprudence et les textes, la discussion du caractère absolu du principe de motivation des décisions de justice est également permise au regard de certains cas dans lesquels la haute juridiction a notablement restreint la portée de l'obligation de motivation. La faiblesse des exigences du Conseil d'État concernant l'impératif de motivation fait parfois douter de l'existence même de cette obligation. La haute juridiction admet comme suffisantes des motivations qui confinent pourtant à la non-motivation dès lors que le juge, procédant par affirmation, n'explicite pas ses raisons. Les motivations stéréotypées ou purement formelles sont ainsi admises, dans certaines hypothèses.

Ainsi, lorsqu'il prononce une amende pour recours abusif, lorsqu'il condamne au frais non compris dans les dépens ou encore lorsqu'il applique l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le juge administratif, bien que tenu de motiver sa décision sur ces points, n'est pas contraint par une obligation de motivation spéciale⁴⁴⁰. De fait, il recourt par principe à des formules stéréotypées⁴⁴¹. De même, les exigences du Conseil d'État quant à la motivation des ordonnances prises sur le fondement de l'article R. 222-1 du code de justice administrative sont limitées. Cela est particulièrement vrai concernant la motivation exigée des ordonnances rendues au titre du 6° de l'article R. 222-1 alinéa 1^{er} de ce code⁴⁴². En effet, dans ce cadre, le juge n'est pas tenu de « *mentionner dans l'ordonnance prise sur le fondement de cette disposition les éléments permettant d'apprécier si les conditions justifiant son application sont remplies, ni de justifier le choix de la décision servant de fondement à cette application* »⁴⁴³. En référé d'urgence et notamment en référé-suspension, le Conseil d'État a précisément défini le régime de la motivation des ordonnances du juge des référés. Pourtant, même dans ce cadre, la haute juridiction admet la pratique de la motivation affirmative ou

⁴⁴⁰ S'agissant du prononcé d'une amende pour recours abusif, V. : CE, 17 novembre 1999, *Société Sodex*, n°199098, rec. p. 964 ; CE, Sect., 9 novembre 2007, *Pollard*, n°293987, rec. p. 444.

⁴⁴¹ Pour une analyse plus précise de ces trois cas de figure, cf. *infra* le paragraphe n°717 de la présente thèse. V. déjà en ce sens : J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230.

⁴⁴² « *Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, les premiers vice-présidents des tribunaux et des cours, le vice-président du tribunal administratif de Paris et les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours peuvent, par ordonnance : [...] 6° Statuer sur les requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit, pour la juridiction saisie, des questions identiques à celles qu'elle a déjà tranchées ensemble par une même décision passée en force de chose jugée ou à celles tranchées ensemble par une même décision du Conseil d'État statuant au contentieux ou examinées ensemble par un même avis rendu par le Conseil d'État en application de l'article L. 113-1 [...]* ».

⁴⁴³ CE, 26 février 2010, *M. Bernard A.*, n°324689. Cet arrêt confirme et précise l'arrêt *Reboul* (CE, 20 mai 2005, n°267836, rec. T. p. 1049 et p. 1057).

stéréotypée de la condition tenant au doute sérieux⁴⁴⁴. En effet, en cas de rejet⁴⁴⁵ d'une demande de suspension pour absence de doute sérieux, le juge des référés motive suffisamment son ordonnance en se bornant à indiquer que le requérant « *n'invoque à l'appui de sa requête aucun moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ». Tout au plus dans ce cas, le juge doit-il viser les mémoires produits, analyser les moyens invoqués devant lui et citer les dispositions en application desquelles il statue⁴⁴⁶. D'autres pratiques de motivations stéréotypées ou purement formelles sont admises par le Conseil d'État, celui-ci ne les ayant jamais censurées comme insuffisantes. Ainsi en est-il de la motivation de la décision juridictionnelle⁴⁴⁷ portant refus d'admission d'un pourvoi en cassation. Au terme de la procédure préalable d'admission des pourvois en cassation⁴⁴⁸, l'admission est refusée si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux. Certes, lorsque le refus d'admission est fondé sur l'irrecevabilité du pourvoi, la décision précise la cause de cette irrecevabilité. Mais, lorsque l'admission est refusée pour absence de moyen sérieux du pourvoi, le juge se borne à affirmer, après avoir pris soin d'énumérer les moyens invoqués, « *qu'aucun de ces moyens n'est de nature à permettre l'admission du pourvoi* ». L'auteur du pourvoi ne connaît pas alors les raisons précises du rejet de sa requête en admission, sauf à se reporter aux conclusions prononcées par le rapporteur public⁴⁴⁹.

131. Dans chacune de ces hypothèses, le juge est certes tenu par l'obligation de motiver sa décision ; il est contraint de statuer sur ces éléments et tenu de formaliser un ou des motifs à l'appui de sa décision. Toutefois, ces quelques exemples mettent particulièrement en lumière les limites de la motivation obligatoire chaque fois qu'elle fait l'objet d'une conception restrictive par le Conseil d'État. Si elles ne peuvent être considérées comme des cas véritables de dispenses de motivation, les motivations stéréotypées ou de pure forme constituent de graves tempéraments au principe de la

⁴⁴⁴ S'agissant de la condition d'urgence, le juge des référés est tenu d'expliciter « *les raisons de droit et de fait pour lesquelles soit il considère que l'urgence justifie la suspension de l'acte attaqué, soit il estime qu'elle ne la justifie pas* » : CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*, n°230025, rec. p. 220.

⁴⁴⁵ Lorsqu'il prononce la suspension, le juge doit identifier avec précision le moyen qui, en l'état de l'instruction, est de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée : CE, 14 mars 2001, *Massamba*, n°229864, rec. T. p. 1099. Ce principe est tiré de celui qui était en vigueur sous l'empire de la procédure du sursis à exécution : CE, Sect., 5 novembre 1993, *Commune de Saint-Quay-Portrieux*, n°145146, rec.p. 305 ; CE, Sect., 20 décembre 2000, *Ouatah*, n°206745, rec. p. 643.

Lorsqu'il ordonne la suspension d'un acte intervenu en matière d'urbanisme, le juge des référés est tenu par l'obligation issue de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme.

⁴⁴⁶ CE, 14 mars 2001, *Aalilouch*, n°230268, rec. p. 128.

⁴⁴⁷ Article R. 822-3 du code de justice administrative.

⁴⁴⁸ Article L. 822-1 et R. 822-1 et s. du code de justice administrative.

⁴⁴⁹ Sur cette procédure de tri et la motivation purement formelle ou affirmative à laquelle elle a vocation à aboutir, V. particulièrement : C. BROUELLE, « La sélection des pourvois devant le Conseil d'État », in DRAGO (G.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GORÉ (M.), *L'accès au juge de cassation*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », 2015, pp. 49-57, spéc. p. 53 ; M. GUYOMAR, J. MASSOT, J.-H. STAHL, O. FOUQUET, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 2001, 5^e éd, spéc. pp. 62-66.

motivation des décisions de justice.

B. La motivation, critère incertain de la juridiction

132. Au sens moderne, la juridiction se définit par un critère matériel mais également par un critère formel entendu *lato sensu*⁴⁵⁰. Le critère matériel concerne particulièrement l'objet de la fonction juridictionnelle : trancher les litiges par application du droit. Le critère formel *lato sensu* renvoie à un double critère organique (spécialisation fonctionnelle, indépendance et impartialité), procédural et de formes (principe du contradictoire, principe de publicité des audiences, principe de la motivation obligatoire des jugements, etc.). Il intéresse également les effets de l'acte : le jugement est doté d'une autorité spécifique, l'autorité de chose jugée).

Appliqués à la juridiction administrative, ces deux critères matériel et formel renvoient à l'existence d'organes spécialement chargés de statuer sur le contentieux administratif (c'est-à-dire spécialement chargés de trancher les litiges opposant l'administration et les particuliers) qui sont indépendants du pouvoir et de l'administration active et qui exercent leur mission selon des procédures et des formes spéciales, plus protectrices.

133. La motivation n'a jamais été considérée par la doctrine comme un critère suffisant de définition de la juridiction⁴⁵¹. Même lorsqu'elle est appréhendée comme un des éléments du critère formel *lato sensu* et que celui-ci est considéré comme décisif dans la définition de la juridiction, la motivation est comprise au sein d'une pluralité d'éléments et, dès lors, n'est pas vue comme déterminante à elle seule.

Ainsi, Carré de Malberg présente la motivation comme l'un des éléments mais parmi d'autres constituant le critère formel *lato sensu*, critère auquel il donne la primauté. À la recherche d'une définition de la fonction juridictionnelle et selon une opinion très isolée⁴⁵², l'auteur estime les

⁴⁵⁰ J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in Mélanges en l'honneur de Michel STASSINOPOULOS, *Problèmes de droit public contemporain*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 275-290.

⁴⁵¹ La problématique des critères de définition de la juridiction ne revêt pas seulement un intérêt d'ordre théorique au regard du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. Elle a également un intérêt pratique. D'une part, tandis que l'acte administratif est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, l'acte juridictionnel ne peut faire l'objet que de certains types de recours tels que particulièrement l'appel et le recours en cassation. D'autre part, dès lors que l'organisme est qualifié de juridiction, il est soumis à des règles générales de procédure applicables à tout organisme dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

⁴⁵² La recherche d'une définition de l'acte juridictionnel et de la juridiction a donné lieu à une littérature abondante. Les auteurs ont cherché soit à dégager une définition théorique de ces notions, soit à systématiser la jurisprudence du Conseil d'État quant aux critères de la juridiction administrative. Dans ce cadre, certains auteurs se sont exclusivement attachés à définir le critère matériel de l'acte juridictionnel (ex : L. DUGUIT, « L'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, pp.450-471). D'autres ont eu pour ambition de démontrer l'insuffisance du critère organique et procédural, attribuant ainsi un caractère déterminant au critère matériel (ex : R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in Mélanges Raymond CARRÉ de MALBERG, Paris, Librairie É. Duchenin, réimpression 1977, pp. 3-29 ; P. LAMPUÉ,

éléments d'ordre organique, procédural et formel *stricto sensu* seuls opérants en vue d'une distinction certaine entre les fonctions étatiques, particulièrement entre les fonctions administrative et juridictionnelle. En effet, selon lui, « *la juridiction n'est pas, au point de vue matériel, une fonction essentiellement différente de l'administration* »⁴⁵³ ; « *en droit, il n'existe pas, au sens matériel, une fonction juridictionnelle distincte : il y a seulement des formes juridictionnelles, une voie juridictionnelle, distinctes des formes et de la voie administrative* »⁴⁵⁴. Parmi ces formes et voie juridictionnelles dont il fait état, Carré de Malberg distingue notamment le caractère contradictoire des débats, la publicité des audiences ainsi que l'obligation pour le juge de motiver ses jugements⁴⁵⁵. Dans le même sens, et parce qu'il n'est que la traduction de la fonction de juger, l'acte juridictionnel ne se distingue de l'acte administratif qu'au regard des formes et des procédures. Ainsi, « *il n'est pas possible d'établir une différence d'ordre matériel entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel* »⁴⁵⁶. Ce dernier se distingue par son origine, sa procédure et ses effets. La décision juridictionnelle émane d'un tribunal, c'est-à-dire d'une autorité spécialement organisée en vue de l'exercice de la juridiction. Elle est prononcée à l'issue d'une procédure plus protectrice et est dotée de l'autorité de chose jugée. Or, tous ces éléments sont d'ordre formel *lato sensu*⁴⁵⁷.

134. Le refus de la doctrine de voir dans la motivation un critère absolu de la juridiction est largement confirmé par une analyse de la jurisprudence administrative⁴⁵⁸.

Pour vérifier cette hypothèse, il est nécessaire, de manière liminaire, d'apporter quelques précisions quant au raisonnement du juge. S'il s'avérait que, pour qualifier de juridictionnel un acte ou un

« La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, pp. 5-67 ; R. CHAPUS, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Éd. CUJAS, 1975, p. 265 et s.). D'autres enfin ont entendu mettre l'accent sur le critère formel *lato sensu* soit en le présentant comme seul décisif (R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920-1922, tome 1, rééd. du CNRS, 1962), soit en cherchant à le réhabiliter face au succès du critère matériel (O. GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, n°9/1989, pp. 93-105 ; P. KLAUSEN, « Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'État », *LPA*, n°91 du 30 juillet 1993, pp. 22-29). S'intéressant encore au critère formel, certains auteurs ont mis en exergue plus particulièrement les effets attachés à l'acte (ex : M. WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, pp. 565- 572.).

V. pour des rétrospectives critiques de ces controverses doctrinales : P. LAMPUÉ, « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, p. 49 et s. ; H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1961, tome 1, spéc. pp. 465-481.

⁴⁵³ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, spéc. p. 765.

⁴⁵⁴ *Idem*, spéc. p. 785.

⁴⁵⁵ *Idem*, spéc. p. 782.

⁴⁵⁶ *Idem*, spéc. p. 786.

⁴⁵⁷ *Idem*, spéc. p. 786 et s.

⁴⁵⁸ L'étude de la jurisprudence administrative en cette matière n'est pas des plus aisées car, bien souvent, le juge administratif affirme le caractère ou non juridictionnel d'un organisme ou d'un acte sans pourtant dévoiler précisément son raisonnement. Ce dernier apparaît le plus souvent dans les conclusions du commissaire du gouvernement, désormais rapporteur public. Toutefois, la juridiction n'est pas tenue par ces conclusions. Dès lors, il est difficile d'affirmer avec pleine certitude l'impact des éléments développés lors des conclusions sur la décision finalement rendue par la juridiction, y compris lorsqu'elle est conforme aux conclusions. Néanmoins, en cas de décision conforme aux conclusions, l'on peut raisonnablement penser que les éléments développés par le commissaire du gouvernement ou rapporteur public trouvent un large écho dans le raisonnement finalement suivi par le juge.

organisme, le juge administratif prenait en compte la motivation de l'acte ou la pratique volontaire ou imposée de la motivation de ses décisions par l'organisme en cause, il faudrait déduire de ce raisonnement du juge que la motivation constitue un critère de la juridiction. Plus précisément, s'il advenait qu'à l'occasion de ce travail de qualification, le juge prenait seulement en considération la motivation, il pourrait être déduit de cette démarche que la motivation constitue à elle seule un critère suffisant de la juridiction. Le raisonnement que le juge aurait vocation à mettre en œuvre dans un tel cas de figure pourrait être résumé selon l'équation suivante : l'acte est motivé donc il est juridictionnel ; l'organisme motive ses décisions donc il exerce la fonction juridictionnelle. Ainsi, dans ces hypothèses, le juge opérerait selon un raisonnement inversé par rapport à celui, classique, en vertu duquel il fait de la motivation obligatoire une conséquence du caractère juridictionnel de l'acte ou de la fonction exercée par l'organisme.

135. Traditionnellement, lorsqu'il était confronté à la question de savoir si l'organisme ou l'acte en cause dans l'affaire dont il était saisi devait être ou non qualifié de juridictionnel, le Conseil d'État faisait jouer, selon les cas, le critère matériel et/ou divers éléments formels tenant à la composition de l'organisme, à la procédure suivie, aux formes de la décision, etc. La jurisprudence en cette matière était ainsi marquée d'un certain pragmatisme. Il pouvait lui être reproché son manque de cohérence.

136. Dans ce cadre incertain, l'arrêt *de Bayo*⁴⁵⁹ paraît avoir constitué une rupture. C'est en ce sens que le Professeur R. Chapus appréhende la portée de cette décision. Selon lui, le doute n'est plus permis : la jurisprudence *de Bayo* a consacré le critère matériel de définition de la juridiction. Lorsque le juge administratif est libre de la qualification à retenir⁴⁶⁰, il considère le seul critère matériel pour conclure à la nature juridictionnelle ou administrative d'un organisme⁴⁶¹. Cette position ne fait pas l'unanimité. D'autres membres de la doctrine ont ainsi confirmé le caractère toujours opérant du critère formel *lato sensu*⁴⁶². Selon eux, postérieurement au prononcé de l'arrêt *de Bayo*, le Conseil d'État a pu encore s'appuyer sur ce critère, y compris lorsqu'il n'était pas contraint par les textes dans son travail de qualification. Le critère formel *lato sensu* n'a pas été absolument abandonné même s'il paraît jouer de manière seulement secondaire ou accessoire. C'est en ce sens que conclut désormais

⁴⁵⁹ CE, Ass., 12 décembre 1953, *De Bayo*, rec., p. 544.

⁴⁶⁰ C'est-à-dire en cas de silence ou d'ambiguïté des textes quant à la qualification à retenir.

⁴⁶¹ R. CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Éd. CUJAS, 1975, pp. 265-292 ; du même auteur : *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. pp. 112-120.

⁴⁶² V. en ce sens : O. GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, n°9/1989, pp. 93-105 ; P. KLAUSEN, « Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'État », *LPA*, n°91 du 30 juillet 1993, pp. 22-29 ; J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd., V. le commentaire sous CE, Sect., 6 février 1931, *Syndicat normand de la filature du coton*, spéc. p. 614 et s.

la doctrine publiciste majoritaire. Cette dernière considère que la définition de la juridiction repose sur une combinaison des critères matériel et formel. Le critère matériel est toutefois perçu comme prépondérant. Le critère formel est, quant à lui, présenté comme seulement subsidiaire.

Au vu de la jurisprudence du Conseil d'État, il apparaît que celui-ci a effectivement pris en compte le critère formel, y compris après 1953 et l'arrêt *de Bayo*. Lorsqu'elle interprète les textes constitutifs en vue de dégager l'intention de l'auteur quant à la qualification à retenir de l'organisme, la haute juridiction a pu s'en remettre au critère formel⁴⁶³, à l'image du raisonnement déjà mis en œuvre à l'occasion de l'arrêt *D'Aillières*⁴⁶⁴. Dans l'hypothèse du silence ou de l'ambiguïté des textes constitutifs, le Conseil d'État a pu tenir compte du critère formel, avant⁴⁶⁵ mais également depuis⁴⁶⁶ le prononcé de l'arrêt *de Bayo*. Le plus souvent, dans ces cas, le critère formel a été combiné au critère matériel, venant à l'appui de ce dernier⁴⁶⁷. Dans certaines de ces hypothèses, le critère formel a pu jouer toutefois un rôle décisif dans l'opération de qualification jurisprudentielle⁴⁶⁸. Plus encore, mais rarement, le critère formel a pu être pris en compte de manière exclusive par le juge administratif. Ainsi, il ressort des conclusions du commissaire du gouvernement Heumann sur l'arrêt *Simonet*⁴⁶⁹ que le critère formel a seul été véritablement pris en considération dans cette affaire, à l'exclusion du critère matériel tenant aux pouvoirs exercés par l'organisme.

137. Cette controverse sur la portée de l'arrêt *de Bayo* peut être dépassée dès lors que, comme présentement, l'analyse porte plus précisément sur la motivation en tant qu'elle constituerait un critère déterminant et suffisant de la juridiction.

À l'occasion de plusieurs affaires dont il a eu à connaître, le Conseil d'État a tenu compte de la forme et particulièrement de la motivation de l'acte à qualifier ou des décisions émanant de l'organisme à qualifier⁴⁷⁰. Or, en toute hypothèse, même lorsqu'elles sont prises en considération, la forme et *a*

⁴⁶³ O. GOHIN, *op. cit.*, spéc. pp. 94-97.

⁴⁶⁴ CE, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, rec. p. 50, conclusions Odent, *RDP*, 1947, p. 68 et s.

⁴⁶⁵ V. pour des affaires à l'occasion desquelles le Conseil d'État a retenu la qualification de juridiction : CE, 19 février 1943, *Bugnet et autres*, conclusions Léonard, *Droit social*, 1943, p. 173 et s. ; CE, 12 janvier 1951, *Union commerciale de Bordeaux-Bassens*, rec. p. 19, conclusions Guionin, *D.*, 1951, JP, pp. 335-336.

V. pour une affaire dans laquelle le Conseil d'État a refusé de reconnaître la qualification de juridiction : CE, 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, conclusions Donnedieu de Vabres, *RDP*, 1953, pp. 458-469.

⁴⁶⁶ V. particulièrement pour une affaire à l'occasion de laquelle le Conseil d'État a retenu la qualification de juridiction : CE, Ass., 12 juillet 1969, *L'Étang*, rec. p. 388.

V. également pour des affaires à l'occasion desquelles le Conseil d'État a refusé de reconnaître la qualité de juridiction à l'organisme ou à l'acte à qualifier : CE, Ass., 27 mai 1955, *EDF*, rec. p. 298, note Waline, *RDP*, 1955, pp. 721-732 ; CE, Sect., 17 mai 1957, *Simonet*, rec. pp. 314-326, conclusions Heumann ; CE, Sect., 20 novembre 1970, *Sieur Bouez et UNEF*, conclusions Théry, *AJDA*, 1971, pp. 519-526 ; CE, Sect., 26 janvier 1996, *Ctorza*, rec. p. 16.

⁴⁶⁷ V. particulièrement en ce sens la rédaction de l'arrêt *L'Étang* précité.

⁴⁶⁸ V. notamment : CE, Ass., 27 mai 1955, *EDF*, préc. ; CE, Sect., 20 novembre 1970, *Sieur Bouez et UNEF*, préc. V. également en ce sens : O. GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », préc., spéc. p. 102.

⁴⁶⁹ CE, Sect., 17 mai 1957, *Simonet*, préc.

⁴⁷⁰ Cet intérêt porté à la forme ressort rarement des motifs des arrêts de la haute juridiction. Dans l'immense majorité des cas, seule la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement, désormais rapporteur public, permet de constater

fortiori la motivation ne constituent que des éléments parmi ceux, multiples, composant le critère formel *lato sensu*. Ainsi, la forme et la motivation de l'acte sont combinées à d'autres critères formels ou, le plus souvent, formels et matériels. Dès lors, la motivation ne peut être considérée comme un critère déterminant et suffisant de définition de la juridiction. La jurisprudence administrative n'a jamais consacré la motivation en tant que critère de définition de la juridiction décisif à lui seul.

138. Cette conclusion ne surprend guère. D'une part, en effet, au plan théorique, l'on ne peut que constater la faiblesse inhérente aux critères organique, procédural et de formes. Malgré leur indéniable intérêt d'ordre pratique⁴⁷¹, ces éléments formels apparaissent davantage comme la conséquence de la juridiction que comme des critères de celle-ci⁴⁷². D'autre part, au vu de son extension continue au-delà de la sphère juridictionnelle, comment pourrait-on encore considérer la motivation comme un critère suffisant de la juridiction alors même qu'elle n'est plus aucunement spécifique à la fonction de juger ? Ainsi la remarque faite dès 1984 et selon laquelle « *certes, les critères formels et organiques sont les plus visibles, mais on ne peut dire, surtout en pensant au développement actuel de la procédure administrative non contentieuse que, pris en eux-mêmes, ils permettent de décider qu'on est, à coup sûr, en présence d'un tribunal* »⁴⁷³ vaut *a fortiori* désormais concernant la motivation.

la prise en compte du critère formel *stricto sensu* et particulièrement de la motivation. V. notamment : les conclusions Léonard sur l'arrêt *Bugnet et autres*, préc. ; les conclusions Donnedieu de Vabres sur l'arrêt *Falco et Vidaillac*, préc. ; les conclusions Heumann sur l'arrêt *Simonet*, préc. ; les conclusions Théry sur l'arrêt *Sieur Bouez et UNEF*, préc. ; et les conclusions Stirn sur l'arrêt CE, 16 novembre 1984, *Woetglin*, D., 1985, JP, pp. 57-60.

⁴⁷¹ Le critère formel *lato sensu* est d'utilisation plus aisée. Il apparaît plus simple, en effet, de constater l'existence d'éléments organiques, procéduraux et de forme plutôt que de devoir appréhender la mission ou les fonctions ainsi que les pouvoirs accordés à un organisme dont la qualification est incertaine.

⁴⁷² R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges Raymond CARRÉ de MALBERG*, Paris, Librairie É. Duchemin, réimpression 1977, pp. 3-29 ; P. LAMPUÉ, « La notion d'acte juridictionnel », RDP, 1946, pp. 5-67.

⁴⁷³ J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1984, 3^e éd., tome 1, spéc. p. 304.

Conclusion du chapitre

139. L'ambition du Conseil d'État de l'an VIII a été de spécifier la juridiction afin de la distinguer plus nettement de l'administration active et ce notamment en imposant la motivation des décisions de justice administrative. Ainsi, « *l'emprunt des formes judiciaires [a eu] sa logique et ses raisons. La plus évidente [a tenu] à la volonté de séparer, au sein de l'administration, le contentieux de l'administration active* »⁴⁷⁴. En ce sens, il est permis de considérer que l'exigence de motivation des décisions de justice a participé à l'avènement de la juridiction administrative moderne.

140. Cette volonté du Conseil d'État n'a toutefois pas été parfaitement réalisée. D'une part, l'exercice de la fonction juridictionnelle n'a pas toujours donné lieu à motivation. D'autre part, la motivation a été pratiquée voire même, dans certains cas, imposée en dehors de l'exercice de la fonction de juger. Ainsi, dès les premières années du XIX^e siècle, dans l'exercice de ses attributions non contentieuses, le juge administratif lui-même a parfois motivé ses actes ou été contraint en ce sens par les textes. Plus fondamentalement, la motivation administrative a très tôt été pratiquée et progressivement imposée. Dès lors, la motivation n'a eu de cesse de s'étendre au-delà et en dehors de la sphère juridictionnelle, pour finalement s'imposer également, dans une large mesure, dans le cadre de l'administration active. Ainsi donc, l'idée commune selon laquelle la motivation serait l'apanage de la fonction de juger, à l'exclusion de la fonction administrative, n'a jamais parfaitement rendu compte de la réalité. La motivation n'est pas un marqueur absolu de la juridiction par opposition tranchée à l'administration active.

141. Dans ce contexte, la question se pose de la spécificité de la motivation dans ses rapports à la juridiction. La pratique mais également l'exigence de motivation ainsi que l'utilisation de la phrase unique divisée en *considérants* n'ont jamais été absolument cantonnées à la sphère de la justice. Que reste-t-il, dès lors, de la particularité de la motivation juridictionnelle administrative ?

142. La motivation des décisions de justice est une exigence de portée générale. Même s'il l'on peut, à l'occasion d'une analyse affinée, découvrir quelques tempéraments à cette affirmation, le principe demeure. Ainsi, au regard de son champ d'application, la motivation juridictionnelle est unique. Seul le domaine de la justice connaît une telle obligation générale de motivation.

⁴⁷⁴ G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 47-61, spéc. p. 57.

143. En revanche, au vu de ses fonctions et de sa substance même, la motivation juridictionnelle ne se distingue pas parfaitement de la motivation administrative, ni de la motivation consultative. Les fonctions traditionnellement rattachées à la motivation juridictionnelle ne lui sont pas absolument spécifiques. En effet, en dehors même de la sphère de la justice, la motivation est bien souvent affirmée comme un instrument de contrôle *lato sensu*⁴⁷⁵ et comme une garantie contre l'arbitraire du pouvoir dès lors qu'exiger d'une autorité qu'elle expose ses raisons c'est avant tout l'obliger à en avoir. Eu égard aux fonctions qui y sont attachées, seule la motivation pratiquée par le juge administratif dans le cadre de ses fonctions consultatives répond véritablement à un enjeu différent. En effet, à proprement parler, une telle motivation ne vise pas l'exercice d'un contrôle par une autorité supérieure, ni à empêcher l'arbitraire. Son but premier est l'information et le conseil de l'administration.

Quant à la substance de la motivation, peu importe le domaine considéré, celle-ci revêt une dimension rhétorique très affirmée. La motivation est une argumentation exposée à l'appui d'une position défendue ou d'une décision prise⁴⁷⁶. L'aspect rhétorique de la motivation de l'acte administratif est réel. La motivation administrative traduit une volonté de justifier l'acte et l'action. Il s'agit de convaincre le ou les destinataire(s) du bien-fondé et de la légitimité de la décision. De même, la dimension argumentative de l'avis non contentieux du juge administratif ne peut être absolument niée. Cela est particulièrement vrai des avis sur questions du gouvernement. Aussi et plus encore, l'argumentation est au cœur de la motivation de la décision de justice. C'est ainsi que le « *syllogisme de construction* », en ce qu'il constitue une méthode de rédaction de la décision de justice censée traduire le raisonnement mis en œuvre par le juge, revêt une « *valeur persuasive évidente* »⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Le contrôle est classiquement celui opéré par une autorité supérieure ou par le juge. Il peut s'agir également d'un contrôle de type démocratique exercé par le public intéressé ou la société toute entière.

⁴⁷⁶ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46.

⁴⁷⁷ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.

CHAPITRE II : La motivation, instrument du renouveau des rapports juge administratif-administration active

144. Les rapports de l'administration et de son juge ont évolué : « *juge historique de l'administration et de ses obligations, le juge administratif devient [aussi] celui des droits des administrés* »⁴⁷⁸. Cette transformation de la relation juge administratif-administration active a eu lieu sous l'effet de deux facteurs principaux qui ne sont d'ailleurs pas sans lien : l'élargissement des pouvoirs du juge et le phénomène de subjectivisation des droit et contentieux administratifs⁴⁷⁹.

Ce double mouvement s'est particulièrement manifesté en plein contentieux du contrat et en excès de pouvoir. Le juge du contrat a vu sa palette de pouvoirs largement étoffée à la suite de quelques grands arrêts du Conseil d'État⁴⁸⁰. Le plein contentieux contractuel a également été impacté par le mouvement de subjectivisation du contentieux. Par exemple, l'intérêt à agir et les moyens invocables devant le juge du contrat sont de plus en plus fonction de caractéristiques propres au justiciable administré⁴⁸¹. Quant au contentieux de l'excès de pouvoir, il a connu, depuis deux décennies maintenant, de notables évolutions. L'office du juge de l'excès de pouvoir s'est transformé. Les pouvoirs de ce juge ont été renforcés et celui-ci ne concourt « *plus seulement au respect de la légalité mais aussi à la protection des droits subjectifs des administrés* »⁴⁸².

145. Pour qui s'intéresse à l'évolution des rapports entretenus par le juge administratif et l'administration active, ces deux contentieux constituent des terrains d'étude privilégiés. Les lignes qui vont suivre seront néanmoins plus précisément consacrées à la pratique du juge de l'excès de pouvoir. Deux considérations permettent une telle restriction méthodologique. D'une part, l'attention accrue désormais apportée aux intérêts privés est d'autant plus remarquable en excès de pouvoir que le recours pour excès de pouvoir est traditionnellement présenté comme un procès fait à un acte. D'autre part, le notable renforcement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir traduit topiquement l'évolution de la relation juge administratif-administration active.

⁴⁷⁸ J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, pp. 529-544, spéc. p. 531.

⁴⁷⁹ Sur cette notion de subjectivisation, V. : DELVOLVÉ (P.), « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », pp. 3-19.

⁴⁸⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360 ; CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, rec. p. 509 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806, rec. p. 117 ; CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n°358994, rec. p. 70.

⁴⁸¹ V. notamment : CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc. Sur ce point, V. également : P.-Y. SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA*, /2016, pp. 1378-1383.

⁴⁸² M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 2010, 2^e éd., spéc. p. 84.

146. Les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir n'ont cessé de se renforcer, particulièrement depuis la fin des années 1990. Traditionnellement enfermé dans le diptyque annulation-rejet et doté de pouvoirs limités, le juge de l'excès de pouvoir s'est en effet progressivement vu reconnaître des pouvoirs plus étendus. L'enrichissement des pouvoirs de ce juge résulte tant de l'intervention du législateur que d'avancées jurisprudentielles récentes⁴⁸³.

La loi n°95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* a consacré, au profit du juge administratif, un pouvoir d'injonction contre l'administration. Un tel pouvoir a permis de pallier les effets trop souvent platoniques ou théoriques des annulations pour excès de pouvoir. Le juge de l'excès de pouvoir est ainsi désormais⁴⁸⁴ en mesure d'assurer pleinement l'effectivité de ses décisions c'est-à-dire l'exécution de celles-ci⁴⁸⁵. Après avoir dit le droit (*jurisdictio*), il est désormais apte à en imposer le respect par les parties au litige (*imperium*), dont l'administration. L'efficacité de la justice administrative et, en conséquence, la légitimité de la juridiction administrative sont ainsi sorties grandies de la réforme de 1995.

La jurisprudence a consacré divers procédés permettant au juge de l'excès de pouvoir de pallier ou atténuer les effets parfois trop brutaux ou radicaux des annulations qu'il prononce. L'objectif a ainsi été d'obvier aux effets excessifs voire dévastateurs qui peuvent être ceux des annulations contentieuses. Ainsi, l'illégalité entachant un acte administratif n'aboutit plus nécessairement à l'annulation systématique de celui-ci. Les effets des annulations contentieuses peuvent être plus modérés ou nuancés. En ce sens, le juge de l'excès de pouvoir peut éviter l'annulation contentieuse d'un acte en procédant à sa correction c'est-à-dire à sa réformation⁴⁸⁶. Aussi, ce juge peut-il désormais prononcer des annulations avec effets différés⁴⁸⁷ ou moduler dans le temps les effets des annulations qu'il prononce⁴⁸⁸.

⁴⁸³ Sur cette évolution du recours pour excès de pouvoir, V. particulièrement : M. GUYOMAR, B. SEILLER, *op. cit.*, spéc. p. 329 et s. ; D. COSTA, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. « Objectif droit », 2014, 2^e éd., spéc. pp. 219-227.

⁴⁸⁴ Des mécanismes visant à garantir l'exécution des décisions juridictionnelles administratives avaient déjà été mis en œuvre avant la réforme de 1995, à l'occasion des réformes de 1963 (décret n°63-766 du 30 juillet 1963) et de 1980 (loi n°80-539 du 16 juillet 1980). V. sur ce point : J.-P. COSTA, « L'exécution des décisions juridictionnelles », *RA*, n°1/1999, pp. 69-82 ; G. BARDOU, « Pouvoir d'injonction et exécution des décisions de justice », *RFDA*, 2015, pp. 452-455.

⁴⁸⁵ À cet égard, il est significatif que les articles L. 911-1 et s. du code de justice administrative issus de la réforme de 1995 soient codifiés au livre neuvième de ce code intitulé « L'exécution des décisions ».

⁴⁸⁶ Lorsque l'acte administratif contesté est fondé sur une pluralité de motifs, le juge de l'excès de pouvoir peut procéder à la neutralisation des motifs illégaux de l'acte (CE, Ass., 13 janvier 1968, *Dame Perrot*, rec. p. 39). Ce juge est également doté d'un pouvoir de substitution de base légale (pour une dernière évolution en la matière, V. : CE, Sect., 3 décembre 2003, *El Bahi*, rec. p. 479) et d'un pouvoir de substitution de motifs qu'il peut désormais mettre en œuvre, sous conditions, quand bien même l'administration n'est pas en situation de compétence liée (CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, rec. p. 48).

⁴⁸⁷ CE, Ass., 27 juillet 2001, *Titran*, rec. p. 411.

⁴⁸⁸ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, rec. p. 197.

147. « *Brouillant les frontières entre excès de pouvoir et plein contentieux, sans les effacer absolument* »⁴⁸⁹, l'enrichissement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir a eu pour conséquence un certain « *effacement de la distinction entre [ce juge] et le juge de plein contentieux* »⁴⁹⁰. Devenu pleinement juge, le juge de l'excès de pouvoir appréhende désormais plus complètement la situation juridique soumise à lui par les parties. Doté de pouvoirs élargis, il tend à se prononcer, non plus seulement sur la légalité d'un acte administratif et le bien-fondé d'une requête en ce sens mais, plus largement, sur la situation juridique des parties. Il entend vider le plus complètement possible le litige qui lui est soumis et fixer les droits respectifs des parties à ce litige.

Cet enrichissement reflète, au-delà, une mutation profonde de l'office du juge de l'excès de pouvoir. Traditionnellement peu soucieux des conséquences pratiques de ses décisions, ce juge a progressivement fait « *entrer dans son office la responsabilité de veiller à l'« après-jugement »* »⁴⁹¹. Il est désormais plus attentif à la « *manière dont ses décisions [seront] reçues et mises en œuvre* »⁴⁹². En ce sens particulièrement, l'exécution des décisions de justice fait désormais partie intégrante de son office. Ainsi, et cela est flagrant depuis la réforme du 8 février 1995, le juge de l'excès de pouvoir s'intéresse « *de plus en plus étroitement aux conséquences de ses décisions* »⁴⁹³. La réforme de 1995 a ainsi conduit à l'émergence d'un « *rôle nouveau pour [le juge de l'excès de pouvoir], consistant à dégager, au-delà de l'annulation d'une décision illégale, la solution précise et concrète qui doit en résulter* »⁴⁹⁴. Ce juge entend désormais garantir pleinement l'effectivité et l'efficacité⁴⁹⁵ de ses décisions. Il ambitionne que ses décisions soient exécutées et aient « *des conséquences de plus en plus réelles* », « *certaines et adéquates* »⁴⁹⁶. La phase de l'après-jugement et le domaine de l'exécution des décisions juridictionnelles, traditionnellement abandonnés à l'administration, ne sont plus désormais délaissés ou négligés par le juge.

148. Surtout, le renforcement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir a eu pour conséquence

⁴⁸⁹ D. COSTA, *op. cit.*, spéc. p. 229.

⁴⁹⁰ C. LANDAIS, F. LENICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », chronique sur CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, *AJDA*, 2004, p. 1183 et s.

⁴⁹¹ *Idem.*

⁴⁹² *Idem.*

⁴⁹³ *Idem.*

⁴⁹⁴ D. BAILLEUL, *op. cit.*, spéc. p. 1629.

⁴⁹⁵ Efficacité et effectivité doivent être distinguées. La notion d'efficacité renvoie à l'effet attendu. Est efficace ce qui produit l'effet escompté. La notion d'effectivité désigne l'exécution, la réalisation dans le réel. Est effectif ce qui se concrétise ou se réalise effectivement dans les faits. Une décision de justice est effective lorsqu'elle est exécutée, appliquée. Elle est ineffective lorsqu'elle demeure inexécutée. Une décision de justice doit être considérée comme efficace dès lors qu'elle met fin au litige soumis au juge -et plus largement, au différend opposant les parties- et ce le plus complètement possible. Sur la distinction efficacité/effectivité, V. : Association HENRI CAPITANT, *L'effectivité des décisions de justice*, Paris, Economica, 1987.

⁴⁹⁶ J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », chronique sur CE, Sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, *AJDA*, 2011, p. 2226 et s.

un renouveau manifeste de la figure du juge-administrateur. « *De plus en plus juge (car doté de pouvoirs accrus pour vider les litiges qui lui sont soumis et rendre à chacun, dans une logique de justice distributive, ce qui lui est dû)* », le juge de l'excès de pouvoir se fait également « *d'un certain point de vue de plus en plus administrateur (car ses pouvoirs plus étendus font qu'il guide parfois l'administration au point de quasiment s'y substituer)* »⁴⁹⁷. Son office « *tend ainsi vers celui du juge administrateur* »⁴⁹⁸.

Le juge de l'excès de pouvoir porte fréquemment atteinte désormais au principe de prohibition du juge-administrateur. « *La théorie selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir ne devrait « se faire administrateur » est une formule un peu désuète* »⁴⁹⁹ qui ne correspond plus que très imparfaitement à la réalité moderne des pouvoirs de ce juge. En effet, outre que le Conseil d'État a su progressivement instaurer un contrôle des motifs des actes administratifs, « *de nombreuses autres techniques de contrôle juridictionnel conduisent le juge à se mettre, plus ou moins fictivement, « à la place de l'administration* » »⁵⁰⁰ et partant, à se comporter pleinement en juge-administrateur. À proprement parler, dans l'exercice de la fonction de juger, le juge administratif ne fait pas acte d'administrateur dès lors qu'il ne prend pas, de sa propre initiative⁵⁰¹, des actes administratifs exécutoires. Mais, le juge de l'excès de pouvoir *se comporte* tel un administrateur. Il n'hésite plus, en effet, à mettre en œuvre à l'encontre de l'autorité administrative des pouvoirs d'essence hiérarchique⁵⁰². Ainsi, lorsqu'il fait usage de son pouvoir de réformation⁵⁰³, qu'il donne des ordres à l'administration dans l'exercice de son pouvoir d'injonction ou, plus modestement, chaque fois qu'il accompagne, guide ou dirige l'action administrative, le juge de l'excès de pouvoir se fait juge-administrateur. Alors en effet, il fait sienne l'idée selon laquelle « *juger l'administration, c'est [...] devoir non pas seulement censurer [...], mais aussi faire, et à tout le moins dire précisément quoi faire* »⁵⁰⁴. Le juge de l'excès de pouvoir

⁴⁹⁷ O. DUBOS, F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. adm.*, n°8-9/2004, étude n°15.

⁴⁹⁸ F. DONNAT, D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Dr. adm.*, n°5/2004, étude n°9.

⁴⁹⁹ I. DE SILVA, conclusions sur CE, Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal, RFDA*, 2004, pp. 740-749, spéc. p. 746.

⁵⁰⁰ *Idem*, spéc. p. 745.

⁵⁰¹ *Idem*, spéc. p. 746.

⁵⁰² Il fait ainsi ce qu'il a déjà pu faire par le passé. En effet, jusqu'en 1872 et la consécration de la justice déléguée au profit du Conseil d'État, celui-ci n'hésitait pas à se comporter comme le supérieur de l'administration, mettant en œuvre des pouvoirs d'essence hiérarchique : le pouvoir de substitution et le pouvoir d'injonction. V. : J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, pp. 67-89.

⁵⁰³ Le pouvoir de réformation correspond à l'hypothèse dans laquelle le juge modifie, corrige un acte administratif préexistant. Concernant l'exercice du pouvoir de réformation dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (substitution de base légale, substitution de motifs, technique de la neutralisation de motifs), V. particulièrement : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. pp. 1003-1011.

Lorsqu'il fait usage de son pouvoir de réformation, le juge administratif se fait pleinement juge-administrateur car, ce faisant, il devient coauteur de l'acte réformé dès lors en effet que « *sa volonté [...] s'imprime sur le contenu de la norme de l'acte* ». V. en ce sens : C. FARDET, « Auteur, coauteur, perfecteur », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, spéc. p. 109.

⁵⁰⁴ B. PACTEAU, « Vicissitudes (et vérification...?) de l'adage « juger l'administration, c'est encore administrer » », in

ne se borne plus désormais à détruire l'illégalité ; il indique la légalité⁵⁰⁵. Progressivement ainsi, le recours pour excès de pouvoir est devenu un instrument « *de direction de l'activité administrative* »⁵⁰⁶ ; le juge de l'excès de pouvoir se faisant « *résolument plus directif* » à l'égard de l'administration⁵⁰⁷. Libéré de ses réserves et carcans traditionnels⁵⁰⁸, il tend désormais à « *endosser la fonction de guide de l'action des personnes publiques destinataires de ses décisions* »⁵⁰⁹. Il n'est plus seulement le censeur de l'action administrative mais ambitionne également de guider l'administration dans le cadre de son action.

149. Dans ce contexte, le juge administratif fait évoluer ses méthodes rédactionnelles pour endosser plus pleinement encore ce rôle de juge-administrateur et ainsi guider et diriger plus étroitement l'action de l'administration. L'évolution de la motivation des décisions juridictionnelles administratives dans le sens d'un accroissement de la pédagogie du juge à l'intention de l'administration n'est pas seulement la manifestation du renouveau de la figure du juge-administrateur. Elle constitue par elle-même un instrument du juge-administrateur : « *le juge ne devient pas administrateur parce qu'il est pédagogue mais pédagogue parce qu'il est, à n'en plus douter, administrateur* »⁵¹⁰. La pédagogie nouvelle dont fait preuve le juge administratif, outre qu'elle participe d'une meilleure « *lisibilité des sentences juridictionnelles* »⁵¹¹, est en effet un moyen pour le juge d'exercer pleinement son office de juge-administrateur. Par des motivations plus amples tout à la fois pédagogiques et directives de ses décisions, le juge guide et dirige plus avant l'administration, il lui dicte la marche à suivre sur la voie de la légalité. Il mobilise ainsi la motivation de ses décisions en vue d'accroître et resserrer son influence et son contrôle sur l'action administrative.

150. Cette pédagogie juridictionnelle à des fins de direction de l'action administrative trouve place à deux moments privilégiés de la motivation des jugements et arrêts. Elle s'exerce d'abord au stade

Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 317-326, spéc. p. 325.

⁵⁰⁵ Dès le début du XX^e siècle, certains avaient pressenti cette évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir. V. en ce sens : CORNEILLE, conclusions sur CE, 1^{er} décembre 1911, *Bégnicourt*, rec. pp. 1129-1134, spéc. p. 1132.

⁵⁰⁶ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010, spéc. p. 171.

⁵⁰⁷ F. DONNAT, D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Dr. adm.*, n°5/2004, étude n°9.

⁵⁰⁸ Les réserves traditionnelles du juge de l'excès de pouvoir trouvaient une traduction manifeste dans son refus, bousculé par la loi du 8 février 1995, de prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration. Les carcans traditionnels dans lesquels était enfermé le juge de l'excès de pouvoir renvoient au fait que ce juge était, jusqu'à l'enrichissement récent de la palette de ses pouvoirs, largement prisonnier du diptyque annulation de l'acte/ rejet de la requête.

⁵⁰⁹ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité...., préc.*, spéc. p. 171.

⁵¹⁰ C. ALONSO, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 161-184, spéc. p. 182.

⁵¹¹ O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-296.

de la justification du dispositif de la décision juridictionnelle. En renforçant ou étoffant la justification de la solution qu'il prononce, le juge administratif guide plus précisément l'administration sur la voie de la légalité. Il l'éclaire plus avant quant aux obligations qui s'imposent à elle pour mettre son action en conformité avec la légalité (Section 1). La pédagogie du juge s'exerce également au stade de l'explication des conséquences du dispositif⁵¹². Prenant soin d'explicitier les conséquences concrètes de sa décision en définissant plus précisément les mesures d'exécution qu'elle implique, le juge guide et dirige l'administration sur la voie de la chose jugée et s'assure ainsi de l'exécution effective de sa décision (Section 2). Ainsi, « *pour informer l'administration des suites exactes que comporte la décision juridictionnelle ou pour, d'une manière générale, assister plus activement l'administration dans la conduite à tenir, le juge de la légalité agit encore par l'intermédiaire de la rédaction des motifs des décisions* ». « *Les motifs [...] sont les moyens du juge de la légalité pour assister l'administration dans l'exécution des décisions juridictionnelles ou dans la détermination de la conduite qu'elle devra tenir dans le futur* »⁵¹³.

Section I : Direction de l'action administrative au stade de la justification de la décision juridictionnelle

151. En amont de la sentence juridictionnelle c'est-à-dire au stade de la justification du dispositif de la décision qu'il prononce, le juge administratif tend de plus en plus fréquemment à mobiliser les motifs de sa décision en vue de guider et diriger l'administration sur la voie de la légalité. Ainsi voit-on se multiplier des motivations particulièrement étoffées et didactiques par lesquelles le juge éclaire l'administration sur le comportement légal qu'elle doit dès lors faire sien. Cette démarche pédagogique mise en œuvre par le juge dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle mais également dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle⁵¹⁴ lui permet de dicter sa conduite à l'administration (§1). À cet égard, une attention particulière doit être portée au mouvement actuel de

⁵¹² Sur cette distinction entre les motivations visant à justifier le dispositif et celles visant à expliciter les conséquences du dispositif, V. : R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, pp. 3-17.

⁵¹³ F. DUPONT-MARILLIA, *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, Thèse dact., Clermont-Ferrand, 1995, tome 2, resp. p. 301 et p. 305.

⁵¹⁴ Tout en se gardant d'exagérer la distinction entre la fonction jurisprudentielle et la fonction juridictionnelle du juge (V. : S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *AJDA*, 1981, pp. 115-118.), il est cependant possible, à l'instar du Professeur Y. Gaudemet, de distinguer entre ces deux fonctions car « *le juge administratif exerce simultanément une double mission : celle, immédiate, de donner leur solution aux différents litiges qu'on lui soumet ; et celle, occasionnelle, de participer à la création des règles de droit positif* » (V. : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 11). La fonction juridictionnelle consiste à trancher les litiges par application du droit tandis que la fonction jurisprudentielle renvoie à la problématique du pouvoir normatif du juge c'est-à-dire du pouvoir qu'il détient de fixer des règles de droit de portée générale et abstraite.

reflux de la pratique juridictionnelle dite de l'économie de moyens (§2) dès lors qu'il illustre avec une particulière acuité le recours désormais fréquent à des motivations tout à la fois pédagogiques et directives destinées à diriger plus étroitement l'administration et par lesquelles le juge administratif se fait ainsi plus pleinement encore juge-administrateur.

§1 : Direction de l'action administrative par l'élaboration de motivations-guides de la légalité

152. Désormais « *moins réticent à admettre que son office est aussi d'être un juge administrateur* »⁵¹⁵, le juge administratif recourt plus fréquemment à des motivations particulièrement étoffées par lesquelles, à l'image d'un supérieur hiérarchique, il tend à dicter son comportement à l'administration.

Cette volonté du juge de guider et diriger plus avant l'administration en mobilisant les motifs de sa décision s'exerce évidemment dans l'exercice, occasionnel, de son pouvoir jurisprudentiel (A). Mais, et dès lors de manière plus fréquente, le juge administratif tend désormais à diriger l'action administrative également dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel (B)⁵¹⁶.

A. La motivation directive à portée jurisprudentielle

153. Chaque fois qu'il fait œuvre jurisprudentielle et fixe les règles s'imposant à l'action administrative, le Conseil d'État se fait *jurislatureur* mais également juge-administrateur. Dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle, « *le juge administratif se comporte en supérieur de l'administration, c'est-à-dire exactement en administrateur* »⁵¹⁷ dès lors en effet qu'il « *dict[e] à l'administration son comportement* »⁵¹⁸, qu'il détermine et fixe à l'intention de l'autorité administrative les règles censées guider son action. Ainsi, à l'occasion de sa fonction jurisprudentielle, le juge exerce indéniablement un rôle de direction des conduites à l'égard de l'autorité administrative.

Cette fonction de direction des conduites prend véritablement corps dans les motifs de la décision

⁵¹⁵ F. DONNAT, D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », préc., spéc. p. 12.

⁵¹⁶ Sur le recours par le juge à des motivations pédagogiques et directives non seulement dans le cadre de son pouvoir jurisprudentiel mais également dans le cadre de son pouvoir juridictionnel, V. déjà en ce sens : F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*..., préc., spéc. pp. 419-422.

⁵¹⁷ P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Mélanges René CHAPUS, Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 135-145, spéc. pp. 143-144.

⁵¹⁸ *Idem*.

juridictionnelle. Si la règle de droit ressort parfois « *des visas de l'arrêt, voire même de son silence et de l'abandon d'une formule jusque-là rituelle* »⁵¹⁹, le plus souvent, elle est formulée par le juge à l'occasion des motifs de sa décision⁵²⁰. C'est ainsi en agissant sur la motivation de ses décisions et en mobilisant les motifs de ses arrêts que le Conseil d'État fixe la règle de droit et dicte, ce faisant, sa conduite à l'administration active.

154. Ce rôle de guide de l'action administrative, le Conseil d'État se l'approprie plus pleinement désormais qu'il tend de plus en plus fréquemment à exposer très explicitement, à l'occasion des motifs de sa décision, la règle de droit dont il fait application après l'avoir, le cas échéant, lui-même créée.

155. Classiquement, sous l'empire de l'*imperatoria brevitatis*, c'est de manière seulement implicite que le juge administratif fixait la règle de droit. « *Il [était], certes, des arrêts qui, dans leurs considérants, énonçaient la règle dont procédait la solution donnée au litige ; mais plus fréquents étaient ceux qui la sous-entendaient et l'appliquaient sans l'expliciter* »⁵²¹. Le Conseil d'État n'exposait que rarement de manière claire et explicite la règle de droit dont il faisait application au cas d'espèce. Des exceptions ont pu exister⁵²², mais la tendance était à « *une extrême discrétion* » dans la formulation par le juge de la règle de droit^{523 524}.

Depuis les années 1990-2000, cette tendance originelle, marquée par la prudence du juge administratif dans la formulation de la règle jurisprudentielle, est en partie bousculée. Le Conseil d'État n'hésite plus désormais à formuler explicitement et lisiblement la règle de droit à l'occasion d'arrêts de principe rédigés en des termes solennels. Il entend dorénavant « *énoncer les règles et principes applicables [...] de manière particulièrement didactique* »⁵²⁵. La haute juridiction expose ainsi explicitement, à l'occasion des motifs de ses décisions, les règles jurisprudentielles s'imposant à

⁵¹⁹ Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, spéc. p. 1020.

⁵²⁰ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 228.

⁵²¹ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, pp. 27-36, spéc. p. 35.

⁵²² Dans certaines de ses décisions anciennes, le Conseil d'État expose explicitement la règle de droit à l'occasion des motifs de son arrêt. V. notamment les exemples cités dans sa thèse par le Professeur Y. Gaudemet, pp. 228-229 : CE, 7 juin 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, S., 1902, III, p. 81 ; CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, RDP, 1949, p. 583 ; etc.

⁵²³ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préc., spéc. p. 230.

⁵²⁴ Dès lors que « *la jurisprudence ne ressortait pas de la simple lecture des jugements* », la doctrine jouait « *un rôle fondamental* » dans la formation de la règle jurisprudentielle. C'est seulement à l'issue d'un travail d'induction mené par la doctrine à partir du rapprochement de décisions d'espèce concordantes que se dégagait lisiblement la règle jurisprudentielle. V. : M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, resp. p. 886 et p. 887.

⁵²⁵ O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », préc., spéc. p. 289.

l'administration et censées gouverner son action. De telles motivations particulièrement explicites ne sont pas inédites, elles ont pu exister déjà par le passé⁵²⁶ ; mais elles sont désormais de plus en plus fréquentes. Elles marquent avec netteté la volonté du juge administratif de dicter son comportement à l'administration. En ce sens d'ailleurs, les termes employés par le juge ne font aucun doute sur son ambition. Le juge en effet use bien souvent de formules injonctives : « *il incombe à l'administration* », « *l'administration doit* », « *il appartient à l'administration* », « *l'administration ne peut* »⁵²⁷, etc.

156. Ainsi donc, la pédagogie vient en renfort de l'ambition moderne du juge administratif d'endosser le rôle de guide de l'action administrative, l'office de juge-administrateur. Certes, chaque fois qu'il dégage une règle jurisprudentielle, le juge imprime et dirige l'action de l'administration. Mais, lorsqu'il consent au surplus à exposer et expliciter plus avant la règle de droit qu'il applique, la direction ainsi tracée à l'intention de l'administration l'est de manière plus lisible ainsi que plus ferme. L'administration sera alors mieux à même d'adapter son comportement à la règle de droit ainsi formulée⁵²⁸. Traçant explicitement la voie à suivre à l'intention de l'administration, le juge apparaît plus véritablement sous les traits d'un supérieur hiérarchique.

157. À cet égard, une double tendance se dessine depuis le tournant des années 2000 quant à la motivation des décisions par lesquelles le juge fixe la règle de droit.

D'une part, il n'est pas rare que le juge, dans une démarche didactique autant que directive, formule, à l'intention de l'administration, de véritables modes d'emploi par lesquels il « *répond à un problème juridique, le plus souvent épineux, en proposant une « grille d'analyse » par laquelle il indique le mode de raisonnement à suivre* »⁵²⁹. Le juge dit alors précisément à l'administration ses obligations. Faisant preuve d'un didactisme affiché, il entend rendre particulièrement lisible la règle jurisprudentielle et les obligations précises qui en découlent pour l'administration.

« Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des

⁵²⁶ V. notamment : CE, 7 juin 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, préc. ; CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, préc.

⁵²⁷ V. en ce sens : CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, n°197018, rec. p. 497 : « *Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision* ».

⁵²⁸ O. LE BOT, *op. cit.*

⁵²⁹ C. ALONSO, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 161-184.

condamnations civiles prononcées contre lui » ; que pour l'application de ces dispositions, il y a lieu - quel que soit par ailleurs le fondement sur lequel la responsabilité du fonctionnaire a été engagée vis-à-vis de la victime du dommage - de distinguer trois cas ; que, dans le premier, où le dommage pour lequel l'agent a été condamné civilement trouve son origine exclusive dans une faute de service, l'administration est tenue de couvrir intégralement l'intéressé des condamnations civiles prononcées contre lui ; que, dans le deuxième, où le dommage provient exclusivement d'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, l'agent qui l'a commise ne peut au contraire, quel que soit le lien entre cette faute et le service, obtenir la garantie de l'administration ; que, dans le troisième, où une faute personnelle a, dans la réalisation du dommage, conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte, l'administration n'est tenue de couvrir l'agent que pour la part imputable à cette faute de service [...] » (CE, Ass., 12 avril 2002, Papon, n° 238689, rec. p. 139).

« Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci » (CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, rec. p. 272)⁵³⁰.

D'autre part, le juge administratif use fréquemment de la technique de l'*obiter dictum*, lequel d'ailleurs peut parfaitement prendre la forme d'un mode d'emploi. Or, lorsque l'*obiter dictum* est mobilisé par le juge dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle⁵³¹, il apparaît qu'il lui permet d'endosser sans détour un rôle de supérieur hiérarchique de l'administration. En effet alors, le juge administratif crée du droit mais sans pourtant que cela ne soit nécessaire à la résolution du cas d'espèce soumis à lui.

158. Dans l'hypothèse classique de l'exercice de son pouvoir normatif par le juge administratif, le principe jurisprudentiel dégagé est nécessaire à la solution du litige. Parce qu'elle fait défaut, le juge crée la règle de droit générale et abstraite nécessaire à la résolution du litige. De la règle de droit ainsi

⁵³⁰ V. également et parmi d'autres exemples de motivations modes d'emploi : CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°284736, rec. p. 155.

⁵³¹ M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016. L'auteur distingue entre deux fonctions des *obiter dicta* : certains sont mobilisés par le juge administratif dans le cadre de sa fonction jurisprudentielle tandis que d'autres servent la fonction juridictionnelle.

créée, le juge déduit la solution d'espèce. Pour trancher le litige soumis à lui, le juge applique au cas d'espèce le principe jurisprudentiel qu'il a créé ou dégagé par interprétation des textes.

Au contraire, lorsque le pouvoir normatif du juge s'exerce par la voie de l'*obiter dictum*, le principe dégagé par le juge n'est pas alors nécessaire à la résolution du cas d'espèce. Le juge crée une règle de droit générale et abstraite non nécessaire à la résolution du litige. Se prononçant au-delà de ce qui est nécessaire à la résolution du cas d'espèce, le juge saisit à proprement parler l'occasion de l'affaire pour fixer la règle de droit qui a vocation à s'imposer dorénavant à l'administration. C'est ainsi que *« certaines motivations se présentent, moins comme imposées par la nécessité de justifier spécifiquement le dispositif du jugement, que comme procédant du fait que le juge a saisi l'occasion, que l'espèce lui offrait, de faire de façon générale et abstraite le point sur un aspect de l'état du droit (tout en le précisant, le cas échéant) »*⁵³². L'activité jurisprudentielle du juge paraît alors se justifier d'abord et avant tout par son ambition de consacrer une règle de droit nouvelle ou de préciser une règle de droit ancienne s'imposant à l'administration dans l'exercice de son action. Le juge fait œuvre jurisprudentielle non pas parce que cela est nécessaire à la résolution du litige dont il a à connaître mais, plus précisément, parce qu'il ambitionne de fixer une règle de droit destinée à gouverner l'action administrative⁵³³.

B. La motivation directive à portée juridictionnelle

159. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge administratif tend, de manière récurrente désormais, à mobiliser la motivation de ses décisions en vue de préciser, à l'intention première de l'administration, le cadre de la légalité. Il est fréquent que le juge, à l'occasion des motifs de sa décision, expose explicitement le comportement légal que l'administration est tenue d'adopter ou celui, illégal, qu'elle ne saurait faire sien. Les motifs de la décision juridictionnelle se révèlent alors constituer de véritables guides de l'action administrative.

Étoffant les motifs de droit (1) ou, plus modestement, les motifs de fait (2) de sa décision, le juge administratif accompagne et guide l'administration sur la voie de la légalité. De la sorte, le juge agit en prévention des illégalités futures. En effet, précisément éclairée sur les limites de son action, sur ce qu'elle peut ou ne peut pas faire, l'administration partie au litige a vocation à ne pas réitérer un comportement jugé illégal. De même, précisément informée des bornes de son action,

⁵³² R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, pp. 3-17, spéc. p. 9.

⁵³³ V. notamment en ce sens : CE, Ass, 12 avril 2002, *Papon*, n°238689, rec. p. 139, conclusions de Mme Boissard ; CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n°275531, rec. p. 272 ; CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°284736, rec. p. 155.

l'administration dans son ensemble a vocation à ne pas adopter le comportement jugé non conforme au droit et dont le juge administratif a pris soin de préciser les contours à l'occasion des motifs de sa décision.

1. Direction de l'administration par la mobilisation des motifs de droit

160. C'est d'abord et surtout en mobilisant les motifs de droit de sa décision que le juge administratif entend guider et diriger plus étroitement l'action de l'administration. Ainsi, parmi les « motivation[s] usuellement destinée[s] à justifier le dispositif de la décision juridictionnelle », « sont [...] spécialement remarquables des motivations tendant à informer l'administration de la façon dont elle doit se comporter pour bien appliquer des législations et réglementations, les plus diverses »⁵³⁴. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle et au stade de la justification du dispositif de sa décision, il est ainsi de plus en plus fréquent⁵³⁵ que le juge développe les motifs de sa décision en vue d'explicitier non seulement le cadre juridique applicable au litige mais également, et très précisément, les obligations qui s'imposent à l'administration conformément à la légalité. Il prend soin d'indiquer ce que l'administration doit faire et aurait dû faire pour respecter la légalité. En formulant ainsi explicitement et précisément les prescriptions qui s'imposent à l'autorité administrative, en vertu de la règle de droit, le juge manifeste une ferme volonté de guider et diriger plus étroitement l'action administrative.

161. Sans doute de telles motivations se rapprochent-elles de celles développées par le juge à l'occasion de l'exercice de sa fonction jurisprudentielle⁵³⁶ et, en ce sens, illustrent à elles seules les limites ou l'étroitesse de la distinction opérée entre fonction juridictionnelle et fonction jurisprudentielle. Cependant, ces motivations doivent être distinguées de celles développées par le juge dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle précisément parce qu'elles manifestent une ambition moindre de la part du juge.

Lorsqu'il agit dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle, le juge administratif entend participer à la création de la règle de droit. Alors en effet, il fixe, de manière générale et abstraite, le règle de droit. À l'inverse, lorsqu'il agit dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge entend avant tout trancher le litige qui lui est soumis. Son ambition première n'est pas de dégager une règle de droit générale et abstraite. Certes, lorsque dans le cadre de sa mission juridictionnelle, le juge

⁵³⁴ R. CHAPUS, *op. cit.*, spéc. p. 9.

⁵³⁵ *Idem.*

⁵³⁶ Cf. *supra* A) (paragraphe n°153 et s.)

développe des motivations particulièrement explicatives, il explicite la règle de droit et les obligations qu'elle comporte à la charge de l'administration. Mais, il le fait de manière moins ambitieuse que lorsqu'il consacre une règle jurisprudentielle. Sa démarche consiste seulement en « *une application raisonnée de certaines dispositions du droit positif à une espèce particulière* »⁵³⁷. Ainsi, les motivations explicatives par lesquelles le juge fournit, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, de véritables guides destinés à diriger plus avant l'action administrative, répondent avant tout à une démarche pédagogique mise en œuvre par le juge en vue de renforcer la « *lisibilité de la sentence juridictionnelle* » et non pas « *la lisibilité de la règle jurisprudentielle* »⁵³⁸.

162. Ces motivations particulièrement explicatives développées par le juge en justification du dispositif de sa décision s'inscrivent dans une démarche didactique. En effet alors, le juge rend plus lisible et compréhensible sa décision dès lors qu'il dévoile plus précisément les étapes de son raisonnement. Après avoir décrit et précisé positivement le comportement que doit, en vertu de la règle de droit, adopter l'administration, le juge expose que, n'ayant pas suivi ces prescriptions, l'administration a commis une illégalité⁵³⁹.

« Considérant [...] que si le préfet, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient du 4° de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales, peut légalement requérir les agents en grève d'un établissement de santé, même privé, dans le but d'assurer le maintien d'un effectif suffisant pour garantir la sécurité des patients et la continuité des soins, il ne peut toutefois prendre que les mesures imposées par l'urgence et proportionnées aux nécessités de l'ordre public, au nombre desquelles figurent les impératifs de santé publique [...] ; Considérant[...] qu'il résulte des termes mêmes des arrêtés en cause que le préfet a entendu requérir l'ensemble des sages-femmes en vue de permettre la poursuite d'une activité complète d'accouchement du service obstétrique de la clinique du Parc dans les conditions existantes avant le déclenchement du mouvement de grève ; qu'en prescrivant une telle mesure générale, sans envisager le redéploiement d'activités vers d'autres établissements de santé ou le fonctionnement réduit du service, et sans rechercher si les besoins essentiels de la population ne pouvaient être autrement satisfaits compte tenu des capacités sanitaires du département, le préfet a commis une erreur de droit ; que, par suite, la décision de requérir l'ensemble des sages-femmes de la clinique du Parc est entachée d'une illégalité manifeste qui porte une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le droit de grève » (CE, 9 décembre 2003, *Mme Aiguillon et autres*, n°262186, rec. p. 497)⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 227.

⁵³⁸ O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-296. L'auteur distingue précisément entre ces deux cas de figure.

⁵³⁹ Outre l'arrêt *Mme Aiguillon* cité ci-dessous, V. pour quelques exemples : CE, ord., 11 mars 2003, *Samagassi*, n°254791, rec. p. 119 ; CAA de Bordeaux, 6 octobre 2015, *Préfet de la Charente-Maritime c. Commune des Portes-en-Ré, Société civile immobilière BCM*, n°14BX03682, *AJDA*, n°9/2016, p. 504 et s. ; CAA de Lyon, 11 octobre 2016, n°16LY00429 et 15LY00725, *AJDA*, 2017, pp. 37-38.

⁵⁴⁰ (Nous soulignons).

De manière similaire, après avoir précisé le comportement auquel est tenue l'administration, le juge fait valoir que, parce qu'elle a effectivement observé les obligations pesant sur elle, l'administration n'a pas commis d'illégalité.

« Considérant [...] que la reconnaissance de la qualité d'association cultuelle est subordonnée au caractère public du culte, lequel permet l'exercice effectif de la liberté religieuse en offrant la possibilité à toute personne intéressée d'y participer ; qu'il appartient dès lors, à l'administration, saisie d'une demande de rescrit administratif en vue de se prononcer sur le caractère cultuel d'une association en dehors de tout litige présent ou prévisible, de prendre ainsi en considération non seulement les statuts mais aussi le fonctionnement effectif de l'association au regard de ces dispositions et du respect de l'exigence ainsi énoncée de l'exercice public du culte considéré ; 5. Considérant que, si les statuts de l'association Lectorium Rosicrucianum Rennes évoquent un exercice public de son culte, il ressort cependant des termes de son règlement intérieur que ses activités cultuelles ne sont, dans une proportion importante, pas ouvertes au public, une grande partie des cérémonies et des services étant réservés aux adhérents, à un cercle restreint d'initiés ou à des personnes invitées, et que seul le service du deuxième mardi du mois est d'accès libre ; qu'au regard de ces éléments, [...] le préfet d'Ille-et-Vilaine et le ministre de l'intérieur ont pu à bon droit rejeter la demande de reconnaissance du caractère cultuel de l'association requérante » (CAA de Nantes, 21 avril 2016, Association Lectorium Rosicrucianum Rennes, n°15NT00581, AJDA, n°30/2016, p. 1667)⁵⁴¹.

De telles motivations permettent également au juge d'accompagner et diriger plus avant l'action administrative. Elles sont ainsi tout autant didactiques ou pédagogiques que directives. En ce sens, elles permettent au juge de remplir mieux encore son rôle de guide de l'administration, son office de juge-administrateur. En définissant plus précisément, à l'occasion des motifs de sa décision, le comportement que doit adopter l'administration dans le respect de la légalité, le juge *« fourni[t] [à l'administration] les clés pour qu'à l'avenir et dans des circonstances comparables à celles qui ont conduit à sa condamnation, elle dispose de toutes les informations pour agir de manière conforme au droit »*⁵⁴². Ce faisant, le juge dicte sa conduite à l'administration. Le vocabulaire qu'il utilise est d'ailleurs très révélateur d'une telle démarche. En effet, bien souvent, le juge use de formules particulièrement directives telles que *« il appartient à l'administration »*, *« l'administration doit »* ou encore *« il incombe à l'administration »*. Dès lors, le juge ne se positionne plus seulement comme le contrôleur et le censeur *a posteriori* de l'action administrative mais aussi comme un guide de l'administration. Le juge n'intervient plus seulement dans le cadre d'une démarche négative de censure des illégalités administratives mais, au-delà, dans une démarche plus positive de direction

⁵⁴¹ (Nous soulignons).

⁵⁴² O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », préc., spéc. p. 294.

des conduites, avec pour objectif principal de prévenir les illégalités futures.

163. En pratique, ces motivations explicatives et directives par lesquelles le juge, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, guide et dirige l'action administrative sont destinées à l'administration dans son ensemble⁵⁴³. Les indications formulées par le juge quant à la règle de droit et aux obligations en découlant pour l'administration sont utiles à l'administration en général.

De telles motivations ont cependant parfois visé également et plus spécifiquement l'autorité administrative partie au litige. C'est ainsi qu'en 1998, le Tribunal administratif de Strasbourg « s'[est] autoris[é], dans le cadre des motifs de sa décision, à aller au-delà du strict contrôle de la légalité de l'acte » afin de préciser à l'intention de la commune partie au litige ce qu'aurait dû être son comportement⁵⁴⁴. Le juge administratif s'est même fait conseiller de la partie déçue à l'instance en lui indiquant ce qu'elle peut encore faire⁵⁴⁵.

« Considérant [...] que, notamment, il appartenait au maire, et il lui appartient encore, s'il s'y croit fondé, de demander au préfet de la Moselle de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés au titre de la police des mines pour, soit modifier l'autorisation d'exploitation accordée à la société des houillères du bassin de Lorraine par décision en date du 4 juillet 1991, en tant qu'elle concerne des zones présentant des risques pour les habitations et les installations de captage d'eau du secteur dit « champ 7 », soit imposer à l'exploitant des prescriptions précises de nature à assurer la sauvegarde effective des bâtiments et installations susmentionnés, et, le cas échéant, de déférer au tribunal administratif une éventuelle décision de refus ou une décision qui imposerait à l'exploitant des prescriptions qu'il estimerait insuffisantes » (TA de Strasbourg, 9 juillet 1998, Houillères du bassin de Lorraine et préfet de la Moselle c. ville de Porcellette, LPA, n°151, 30 juillet 1999, pp. 26-27).

2. Direction de l'administration par la mobilisation des motifs de fait

164. C'est également en mobilisant les motifs de fait de ses décisions que le juge administratif entend, certes plus modestement, éclairer plus précisément l'administration sur ce qu'elle peut ou ne peut pas faire.

165. Il est souvent fait état de « l'insuffisance de la motivation en fait »⁵⁴⁶ des décisions

⁵⁴³ V. déjà en ce sens : O. LE BOT, *op. cit.*

⁵⁴⁴ J. THÉVENO, note sous TA de Strasbourg, 9 juillet 1998, *Houillères du bassin de Lorraine et préfet de la Moselle c. ville de Porcellette*, LPA, n°151 du 30 juillet 1999, pp. 27-28.

⁵⁴⁵ Sur la figure du juge-conseiller, cf. *infra* le septième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°645 et s.

⁵⁴⁶ M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », RDP, 1994, pp. 747-765, spéc. p. 753.

juridictionnelles administratives. Ce constat s'appuie principalement sur ce que « *d'une manière générale, il est fréquent que le juge administratif -surtout le Conseil d'État- utilise des locutions stéréotypées* »⁵⁴⁷ par lesquelles il renvoie aux circonstances de l'espèce, au dossier ou à l'instruction (« *dans les circonstances de l'espèce* », « *compte tenu des éléments du dossier* », « *au vu de l'instruction* », etc.), sans davantage préciser les faits en cause. L'usage de telles locutions est souvent présenté comme gênant la lisibilité et la compréhension de la solution juridictionnelle.

En toute hypothèse, la faiblesse de la motivation en fait est effectivement problématique puisqu'elle a vocation à entretenir le doute quant à la portée de la solution prononcée. La difficulté tient à ce que le silence gardé par le juge sur les faits peut avoir deux significations opposées. D'une part, il peut signifier que les faits ont joué un rôle secondaire dans la solution du juge. Dans ce cas, « *la même règle pourra s'appliquer à des espèces voisines dans lesquelles les circonstances de fait peuvent être pour partie différentes* »⁵⁴⁸. À l'inverse, et d'autre part, un tel silence du juge peut signifier que les faits ont joué un rôle déterminant dans la décision du juge. Dans ce second cas, « *le silence gardé sur les faits par le juge [...] invite [...] à limiter scrupuleusement le domaine d'application de la solution dégagée, parce que, ceux-ci n'ayant pas été révélés, nul ne peut dire a priori si les circonstances d'une affaire ultérieure réitérent exactement celles de la présente espèce* »⁵⁴⁹.

166. Bien que des progrès restent encore à accomplir, le juge continuant d'avoir recours aux locutions stéréotypées habituelles, il faut néanmoins constater les efforts du juge administratif -particulièrement du Conseil d'État- s'agissant de la motivation en fait de ses décisions. Une telle tendance sert avant tout les juridictions subordonnées. Il apparaît cependant qu'elle peut également, au moins dans une certaine mesure, se révéler utile et bénéfique pour l'administration elle-même. En effet, chaque fois qu'il étoffe les motifs de fait de sa décision, le juge précise d'autant les hypothèses dans lesquelles la règle de droit a vocation à trouver application. Ce faisant, placée dans une situation analogue, l'administration saura ladite règle de droit applicable à cette situation. Ainsi donc, lorsque le juge administratif consent à une motivation plus précise en fait, il permet par là même, dans une certaine mesure, à l'administration de régler sa pratique.

⁵⁴⁷ *Idem.*

⁵⁴⁸ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 107.

⁵⁴⁹ *Idem.*

§2 : Direction de l'action administrative par le recul de la pratique de l'économie de moyens

167. L'attention accrue que porte désormais le juge de l'excès de pouvoir aux conséquences de ses décisions « *irrigue [...] toutes les pratiques, et se débusque sous des formes diverses* »⁵⁵⁰. C'est ainsi que le juge, influencé en ce sens par le législateur, tend à faire un usage plus parcimonieux de la pratique dite de l'économie de moyens⁵⁵¹.

Un tel recul de l'économie de moyens participe (A), bien que dans une certaine mesure seulement (B), de la fonction de guide de l'action administrative désormais endossée par le juge de l'excès de pouvoir. En effet, se prononçant sur plusieurs –voire sur l'ensemble– des moyens invoqués, le juge de l'excès de pouvoir « *n'est plus simplement censeur de l'administration, mais devient son coadjuteur* »⁵⁵². Le juge entend ainsi accompagner et diriger plus avant l'administration dans l'exercice de ses missions. En ce sens, le mouvement actuel de mise en cause de la pratique de l'économie de moyens participe de l'office élargi du juge-administrateur.

A. Le recul de l'économie de moyens, instrument de direction de l'action administrative

168. L'économie de moyens est une méthode de rédaction des décisions juridictionnelles administratives « *qui correspond en réalité à une économie de motivation de la part du juge* »⁵⁵³. En effet, elle ne signifie pas que le juge n'a pas examiné l'ensemble des moyens invoqués mais seulement qu'il peut se borner à se prononcer, dans les motifs de sa décision, sur l'un seulement de ces moyens. Autrement dit, ce n'est pas parce que le juge ne statue pas, à l'occasion de sa décision, sur l'ensemble des moyens dont il a été saisi que ceux-ci n'ont « *pas été étudiés au cours de l'instruction et discutés lors du délibéré* »⁵⁵⁴.

L'économie de moyens est une pratique ancienne⁵⁵⁵ largement utilisée par le juge administratif⁵⁵⁶.

⁵⁵⁰ J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », chronique sur CE, Sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, AJDA, 2011, p. 2226 et s.

⁵⁵¹ *Idem*.

⁵⁵² O. DUBOS, F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. adm.*, n°8-9/2004, étude n°15.

⁵⁵³ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd, spéc. p. 260.

⁵⁵⁴ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », in CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, pp. 293-370, spéc. p. 367.

⁵⁵⁵ Il est possible d'en trouver trace dès le début du XX^e siècle. V. notamment : CE, 15 janvier 1909, *Commune de Brugnens*, rec. p. 35

⁵⁵⁶ Le juge administratif pratique l'économie de moyens en excès de pouvoir, en plein contentieux et en référé. De même, les juges d'appel et de cassation peuvent annuler une décision de justice en se prononçant sur l'un seulement des moyens invoqués à l'encontre de cette décision. V. : M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*,

Selon une définition classique usuelle⁵⁵⁷, cette méthode rédactionnelle permet au juge, lorsqu'il donne satisfaction au demandeur, de se prononcer sur le fondement d'un seul des moyens invoqués en demande. « *Quand il n'y a pas matière à relever d'office un moyen d'ordre public, le juge est en droit de se limiter [...] à faire apparaître le bien-fondé d'un seul des moyens invoqués* »⁵⁵⁸ par le requérant et ce « *alors [même] qu'un autre moyen ou d'autres moyens (de même nature ou non que celui retenu) auraient peut-être été propres à justifier également* »⁵⁵⁹ la solution prononcée. En ce sens, le juge de l'excès de pouvoir peut annuler un acte administratif en se prononçant sur un seul des moyens soulevés par le demandeur. En effet, « *en l'absence de dispositions le lui imposant, le juge de l'excès de pouvoir n'est pas tenu, dès lors qu'un seul moyen suffit à motiver l'annulation de l'acte dont il est saisi, de répondre aux autres moyens soulevés devant lui* »⁵⁶⁰.

169. En ce qu'elle permet au juge de ne pas répondre à l'ensemble des moyens invoqués, la pratique de l'économie de moyens constitue « *un corollaire du laconisme dont fait traditionnellement preuve le juge administratif dans sa façon de trancher les litiges qui lui sont soumis, et cela notamment en matière de légalité* »⁵⁶¹. Elle participe d'une motivation concise toute entière tournée vers la solution du litige et limitée aux seuls éléments nécessaires pour justifier le dispositif⁵⁶². Cette pratique correspond ainsi à une conception étroite de la fonction juridictionnelle et de l'office du juge selon laquelle le juge administratif a pour seule mission de trancher les litiges par application du droit. Plus particulièrement, la pratique de l'économie de moyens répond à une conception restreinte de l'office du juge de l'excès de pouvoir selon laquelle ce dernier a pour seule fonction de censurer les illégalités administratives. Par cette pratique, « *le seul but poursuivi étant l'anéantissement de la disposition querellée, le premier moyen de légalité adéquat sera retenu* »⁵⁶³.

Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, spéc. p. 47 et s.

⁵⁵⁷ Pour des auteurs qui retiennent une telle définition, V. notamment : J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. pp. 218-219 ; J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd., spéc. p. 1246.

Le champ de la pratique de l'économie de moyens est plus étendu que ne le laisse supposer cette définition classique. Ainsi, outre qu'elle peut être mise en œuvre dans le cas où le juge fait droit aux conclusions du demandeur, l'économie de moyens peut également être pratiquée par le juge lorsqu'il fait droit aux conclusions du défendeur. De même, lorsque le juge administratif fonde sa décision sur un moyen d'ordre public qu'il relève d'office, c'est par application de l'économie de moyens qu'il ne se prononce pas sur les moyens soulevés par les parties. Pour une telle définition précisée de l'économie de moyens, V. particulièrement : C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, préc., spéc. p. 260 et p. 263.

⁵⁵⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 965.

⁵⁵⁹ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », préc., spéc. p. 367.

⁵⁶⁰ CE, 5 octobre 2011, *Commune de Mauguio*, n°326310.

⁵⁶¹ D. BAILLEUL, « L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie des moyens », *LPA*, n°125 du 23 juin 2004, pp. 13-17, spéc. p. 13.

⁵⁶² O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-296, p. 287.

⁵⁶³ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du*

La pratique de l'économie de moyens contraste ainsi avec l'office désormais élargi du juge de l'excès de pouvoir et la pédagogie nouvelle dont ce dernier fait preuve depuis le tournant des années 2000. En ce sens, et dès lors que cette pratique participe d'une justification *a minima* de la sentence juridictionnelle, il apparaît que le « *souci pédagogique [qui est désormais celui du juge] légitime, de manière non systématique, d'écarter l'économie de moyens* »⁵⁶⁴. La volonté actuelle du juge de renforcer la lisibilité de ses décisions suppose qu'il délaisse, au moins en partie, la pratique de l'économie de moyens.

170. Un tel recul de l'économie de moyens paraît d'autant plus nécessaire que cette pratique emporte des inconvénients non négligeables, particulièrement⁵⁶⁵ dans le contentieux de l'excès de pouvoir où elle engendre des difficultés importantes. Elle « *constitue un obstacle à la pleine efficacité et lisibilité des sentences d'annulation du juge de l'excès de pouvoir* »⁵⁶⁶.

Elle gêne la lisibilité des décisions d'annulation parce qu'elle laisse subsister une incertitude quant aux autres illégalités susceptibles de vicier l'acte contesté⁵⁶⁷. Lorsque le juge se borne à annuler un acte administratif sur un unique chef d'annulation, cela donne à penser que l'acte est illégal « *sur ce point et lui seul* »⁵⁶⁸. Or, c'est là une impression erronée. En effet, de la pratique de l'économie de moyens, « *il ne faut [t] surtout pas en déduire hâtivement que la décision attaquée n'est affectée d'aucun autre vice* »⁵⁶⁹. À cet égard, l'économie de moyens gêne également l'efficacité des annulations contentieuses. Le juge ne s'étant prononcé que partiellement ou incomplètement sur la légalité de l'acte, « *après une annulation, les points laissés en suspens pourront susciter un, voire plusieurs nouveaux litiges, pour peu que l'administration reprenne la même décision après l'avoir seulement purgée du vice qui a entraîné l'annulation. Il peut en résulter des litiges à répétition avant que le droit ne soit complètement dit* »⁵⁷⁰. En ce sens, la pratique de l'économie de moyens tend à

renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, PUAM, 2010, spéc. p. 176.

⁵⁶⁴ D. RIBES, « La motivation des décisions du Conseil d'État », in HOURQUEBIE (F.), PONTHEOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 183-195, spéc. p. 187.

⁵⁶⁵ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », préc., spéc. p. 367 ; dans le même sens, M.-C. PONTHEOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, pp. 747-765, spéc. p. 759.

⁵⁶⁶ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 176.

⁵⁶⁷ La portée de cette incertitude peut être nuancée. En effet, même lorsque le juge annule l'acte contesté en se prononçant sur un seul des moyens soulevés par le requérant, le débat contradictoire a porté l'attention des parties sur l'éventualité d'autres illégalités. Ces autres illégalités éventuelles sur lesquelles le juge, faisant application de l'économie de moyens, ne s'est pas explicitement prononcé à l'occasion de sa décision d'annulation ne sont ainsi pas absolument méconnues des parties. Au moins dans une certaine mesure, il revient ainsi aux parties, et à l'administration en particulier, de réfléchir à ces éventuelles autres illégalités et de les apprécier. V. : D. CHABANOL, « L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, pp. 216-218, spéc. p. 217.

⁵⁶⁸ J.-M. LE GARS, « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requête – aspects français », *RA*, n°7/1999, pp. 109-116, spéc. p. 114.

⁵⁶⁹ *Idem.*

⁵⁷⁰ *Idem.*, p. 113.

nourrir le contentieux.

171. En réponse aux difficultés et inconvénients ainsi attachés à la pratique de l'économie de moyens, une tendance se dessine, particulièrement depuis les années 1990⁵⁷¹, et consiste en une certaine remise en cause de cette méthode.

Le juge administratif, de son propre chef, se refuse parfois à faire application de la pratique de l'économie de moyens. Le juge de l'excès de pouvoir déroge ainsi, de plus en plus souvent, et de sa propre initiative, à l'économie de moyens. De lui-même, il fait le choix de se prononcer sur plusieurs des moyens invoqués par le requérant⁵⁷².

Ce recul de l'économie de moyens en contentieux de l'excès de pouvoir est d'autant plus net que la législation⁵⁷³ et la jurisprudence sont venues consacrer des exceptions à cette pratique. Ainsi, l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme⁵⁷⁴, issu de la loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*⁵⁷⁵, fait obligation aux juges de l'excès de pouvoir et du référé-suspension de se prononcer sur l'ensemble des moyens invoqués par le requérant qu'ils estiment susceptibles, en l'état du dossier, de fonder l'annulation ou la suspension à exécution de l'acte contesté intervenu en matière d'urbanisme. De même, la jurisprudence *Association AC !* est venue porter « *un nouveau coup de boutoir* »⁵⁷⁶ à la pratique de l'économie de moyens. En effet, dès lors qu'il envisage de déroger au principe de l'effet rétroactif des annulations pour excès de pouvoir⁵⁷⁷

⁵⁷¹ C. LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, spéc. p. 578.

⁵⁷² Pour un exemple particulièrement éclairant : CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, n°387475 : en l'espèce, annulant une déclaration d'utilité publique, le juge retient deux motifs d'annulation, l'un tenant à un vice de procédure, l'autre tenant à un vice de fond. V. : P. BON, « La ligne à grande vitesse Poitiers-Limoges : insuffisance d'évaluation et absence d'utilité publique », *RFDA*, 2016, pp. 519-526.

⁵⁷³ Alors que certains ont fait valoir que la pratique de l'économie de moyens se concilie difficilement avec le pouvoir d'injonction reconnu au juge, particulièrement en contentieux de l'excès de pouvoir (D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, « Pouvoir d'injonction. Prise en considération de circonstances postérieures à la date de la décision annulée », chronique sur CE, 4 juillet 1997, *M. Leveau et M. Bourezak* (deux espèces), *AJDA*, 1997, pp. 584-590 ; F. DIEU, « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA*, 2009, pp. 1082-1089), la consécration par la loi du 8 février 1995 du pouvoir d'injonction du juge administratif n'a pas conduit à la remise en cause de la pratique de l'économie de moyens. Le Conseil d'État juge en effet que « *lorsqu'il est également saisi de conclusions accessoires sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, il n'appartient pas au juge de rechercher, dans le cadre de la définition des mesures d'exécution, si d'autres motifs que celui qu'il a retenu dans sa décision pour statuer sur les conclusions principales dont il était saisi auraient été susceptibles de justifier l'annulation de cet acte* » (CE, 5 octobre 2011, *Commune de Mauguio*, n°326310). V. sur ce dernier point : J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », chronique sur CE, Sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, *AJDA*, 2011, p. 2226 et s.

⁵⁷⁴ En vertu de cet article, « *lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier* ».

⁵⁷⁵ Il faut noter à cet égard que lors des débats sur la loi du 31 décembre 1987, un amendement sénatorial avait déjà, mais en vain, proposé l'abandon de l'économie de moyens devant le juge administratif (JO Débats, Sénat, 10 novembre 1987, p. 3764).

⁵⁷⁶ O. DUBOS, F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *préc.*

⁵⁷⁷ Principe selon lequel les actes administratifs annulés par le juge sont réputés n'être jamais intervenus.

et ainsi moduler dans le temps les effets de l'annulation de l'acte administratif contesté, le juge de l'excès de pouvoir est tenu d' « *examin[er] l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause* »⁵⁷⁸.

172. La pratique de l'économie de moyens est ainsi de plus en plus souvent battue en brèche. Le juge y déroge régulièrement ce qui lui permet de remplir mieux encore son rôle de guide de l'action administrative, son office de juge-administrateur. En effet, lorsqu'il déroge à la pratique de l'économie de moyens, soit de sa propre initiative soit parce qu'il est contraint en ce sens par les textes ou la jurisprudence, le juge administratif ambitionne non seulement de justifier plus complètement le dispositif de sa décision⁵⁷⁹ mais encore de guider plus avant l'action administrative. Déroger à l'économie de moyens ce peut être en effet l'occasion pour le juge d'accompagner et diriger plus étroitement l'administration. Ainsi, lorsque, donnant pourtant satisfaction au requérant, le juge décide de se prononcer sur plusieurs -voire sur l'ensemble- des moyens invoqués en demande c'est à des fins tout à la fois pédagogiques et directives.

173. Déjà, lorsque faisant pourtant application de l'économie de moyens, le juge retient non pas « *le moyen le plus imparable, c'est-à-dire bien souvent un moyen de légalité externe* »⁵⁸⁰ mais « *le moyen le plus éclairant quant à la signification du jugement à rendre et qui tranch[e] le plus complètement le litige* »⁵⁸¹, il ambitionne de guider plus avant l'action administrative.

Faisant le choix de retenir le moyen le plus imparable c'est-à-dire le plus évident, le juge annule l'acte administratif contesté en statuant sur un seul moyen bien souvent de légalité externe. Une telle démarche du juge de l'excès de pouvoir ne paraît pas des plus satisfaisantes⁵⁸², d'autant plus désormais qu'il entend endosser le rôle de guide ou de « *coadjuvateur* »⁵⁸³ de l'administration. En effet, en se prononçant ainsi au vu du moyen le plus évident, le juge « *évit[e] de se prononcer sur les questions autrement plus délicates concernant le fond de l'affaire, qui sont pourtant celles qui*

⁵⁷⁸ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255886, rec. p. 197.

⁵⁷⁹ Dans une visée pédagogique, se prononçant au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la résolution du litige, le juge justifie ainsi plus complètement la décision qu'il prononce. Mieux justifiée et expliquée, la décision juridictionnelle a dès lors vocation à être mieux comprise et partant, mieux acceptée par les parties au litige. En conséquence, et par hypothèse, la décision de justice sera effectivement appliquée par les parties.

⁵⁸⁰ J.-F. FLAUSS, note sous TA de Strasbourg, 3 août 1989, *Province de la Hollande septentrionale et autres c. État, D.*, 1991, JP, pp. 49-56, spéc. p. 55.

⁵⁸¹ *Idem.*

⁵⁸² Quoiqu' « *il n'est [...] pas toujours inintéressant d'obtenir une annulation pour vice de forme, moyen de gagner du temps [...], moyen également de renouer le dialogue du fond avec les services* ». V. : D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. « Droit et Professionnels », 2015, 11^e éd., spéc. p. 194. Cette remarque faite à propos du seul vice de forme paraît pouvoir être étendue aux autres vices de légalité externe susceptibles d'entacher d'illégalité un acte administratif.

⁵⁸³ O. DUBOS, F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. adm.*, n°8-9/2004, étude n°15.

intéressent les parties »⁵⁸⁴. Surtout, et puisqu'alors le juge ne dit mot sur la légalité interne de l'acte contesté, le risque est celui de la réédition, par l'autorité compétente, d'un même acte, par hypothèse illégal au fond, seulement purgé du vice de légalité externe pointé par le juge.

Au contraire, dans d'autres cas, et suivant ainsi « *une règle de bonne pratique, ou de bienséance juridictionnelle* »⁵⁸⁵ préconisée par le commissaire du gouvernement Kahn dans ses conclusions sur l'arrêt *Sieur de Talleyrand-Périgord*, le juge retient, non pas le moyen le plus évident, mais « *celui qui, ayant la portée la plus générale, est de nature à éclairer davantage l'administration* »⁵⁸⁶. Alors guidé par « *le souci de vider le litige* », le juge retient « *le moyen qui constitue le véritable nœud du différend* »⁵⁸⁷. Ce faisant, le juge administratif fait œuvre d'une pédagogie bienvenue à l'égard de l'administration. Statuant sur le fondement du moyen le plus éclairant -le plus souvent de légalité interne-, le juge guide plus avant l'administration quant à l'exercice de sa mission dès lors, en effet, qu'il l'éclaire plus précisément sur la décision qu'elle sera, par hypothèse, amenée à prendre de nouveau suite à l'annulation contentieuse de l'acte contesté. En ce sens, l'annulation prononcée a vocation à être plus constructive⁵⁸⁸.

174. Plus encore, c'est lorsqu'il déroge à la pratique de l'économie de moyens que le juge de l'excès de pouvoir éclaire plus avant l'action administrative. Alors, réglant plus complètement le litige dont il est saisi, le juge mobilise pleinement les motifs de sa décision pour accompagner et diriger l'action administrative. Se prononçant sur plusieurs moyens, le juge administratif entend indiquer plus précisément à l'administration partie au procès la marche à suivre en vue du respect de la légalité. Lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule l'acte administratif contesté en se prononçant sur plusieurs des moyens dont il a été saisi, il ambitionne d'établir un bilan plus complet voire un bilan aussi complet que possible, en l'état du dossier, des illégalités viciant l'acte contesté.

Déroger à la pratique de l'économie de moyens répond d'abord à un souci de sécurité juridique. Il s'agit de pallier le risque de réédition d'un acte illégal dans son contenu et seulement purgé de son vice de légalité externe pour éviter ainsi la succession d'annulations de cet acte. Par exemple, lorsqu'un acte administratif est annulé sur le fondement d'un unique moyen de légalité externe, le juge ne se prononce pas sur le contenu matériel de l'acte, sur sa légalité interne. Par hypothèse, dès lors, l'administration peut prendre à nouveau le même acte au fond en prenant soin seulement de le

⁵⁸⁴ J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », chronique sur CE, Sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, *AJDA*, 2011, p. 2226 et s.

⁵⁸⁵ *Idem*.

⁵⁸⁶ J. KAHN, conclusions sur CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord*, *AJDA*, 1970, pp. 34-43, spéc. p. 42.

⁵⁸⁷ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd, spéc. p. 260.

⁵⁸⁸ J. KAHN, conclusions préc., spéc. p. 42.

vider de son vice de compétence, de procédure ou de forme. Le risque est alors que le juge soit saisi de nouveau et qu'il prononce encore l'annulation de l'acte contesté, mais cette fois sur le fondement d'un autre de ses vices, par hypothèse de légalité interne. Il apparaît ainsi et « *compte tenu des possibilités de réédition d'une même décision, par l'autorité compétente et selon les formes et procédures prescrites, [qu'] il n'est pas satisfaisant qu'une annulation soit uniquement fondée sur un moyen de légalité externe si elle est aussi viciée dans sa légalité interne* »⁵⁸⁹. Ainsi, plutôt que de trancher le litige sur un unique moyen de légalité externe, le juge devrait, autant que possible, se prononcer sur un ou plusieurs moyens de légalité interne⁵⁹⁰ car alors l'annulation prononcée serait « *de nature à renseigner l'administration [...] sur le fait de savoir si le contenu de la décision, au-delà des formalités et procédures, est légal* »⁵⁹¹.

Déroger à l'économie de moyens répond également, de la part du juge, à une double ambition de pédagogie et de direction de l'action administrative. D'une part, se prononçant sur plusieurs moyens, le juge « *attir[e] l'attention de l'administration sur l'ensemble des illégalités qu'elle a pu commettre* »⁵⁹². Alors, le juge indique plus précisément à l'administration le cadre de la légalité administrative, les limites de son action, ce qu'elle peut et ce qu'elle ne peut pas faire dans le respect de la légalité. Parce que l'économie de moyens ne constitue pas « *le plus sûr des moyens pour informer l'administration sur la conduite à tenir à l'avenir* »⁵⁹³, toutes les fois qu'il y déroge, le juge guide plus avant l'administration sur la voie de la légalité⁵⁹⁴. Allant au-delà de sa traditionnelle fonction de censeur de l'administration, il donne à l'administration des indications plus précises sur le droit positif à observer⁵⁹⁵. Il « *fai[t] savoir [à l'administration] jusqu'où son action respecte la légalité et à partir d'où elle est susceptible d'être sanctionnée* »⁵⁹⁶. D'autre part, ne pas mettre en

⁵⁸⁹ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », préc., spéc. p. 367.

⁵⁹⁰ V. pour un exemple particulièrement éclairant : TA de Versailles, 15 mai 1991, n°904345, conclusions X. Prétot, *AJDA*, 1991, p. 721 et s. En l'espèce, se prononçant sur la légalité de la décision par laquelle le maire d'une commune avait institué, au sein du conseil municipal, une représentation élue des habitants de la commune de nationalité étrangère, le tribunal administratif, dérogeant à l'économie de moyens, a statué sur deux des quatre moyens invoqués par le requérant à l'appui de ses conclusions à fin d'annulation de la décision du maire. Ainsi, le juge ne s'est pas borné à se prononcer sur un unique moyen de légalité externe tenant à l'incompétence de l'auteur de l'acte. Il a également fondé sa décision d'annulation sur un moyen de légalité interne tenant à la méconnaissance de diverses dispositions législatives.

⁵⁹¹ S. TRAORÉ, « Obligation de se prononcer sur tous les moyens en matière d'urbanisme », *Dr. adm.*, n°5/2001, comm. n°129, pp. 28-30, spéc. p. 29.

⁵⁹² J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 219.

⁵⁹³ F. DUPONT-MARILLIA, *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, Thèse dact., 2 tomes, Clermont-Ferrand, 1995, spéc. p. 305.

⁵⁹⁴ V. des exemples en ce sens : CE, 1^{er} avril 1977, *Dame Bouniol*, rec. p. 172 ; CE, Sect., 20 juin 2003, *Stilinovic*, n°248242, rec. p. 258 ; TA de Strasbourg, 3 août 1989, *Province de la Hollande septentrionale et autres c. État* : en l'espèce, dérogeant à l'économie de moyens, le tribunal administratif répond à trois des moyens invoqués et sa « *démarche est d'autant plus intéressante que l'analyse* » par le juge de l'un des deux moyens « *surabondant[s]* » ne conduit pas à un constat d'illégalité, mais au contraire de légalité des prescriptions administratives incriminées » (J.-F. FLAUSS, note sous ce jugement, *D.*, 1991, JP, pp. 49-56).

⁵⁹⁵ S. TRAORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 30.

⁵⁹⁶ M.-C. PONTHEREAU, « *Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français* »,

œuvre l'économie de moyens permet au juge administratif de sécuriser l'acte que l'administration pourra être amenée à prendre suite à l'annulation pour excès de pouvoir de l'acte initialement adopté par elle⁵⁹⁷. Dès lors qu'il établit un bilan plus complet des illégalités commises, le juge indique à l'administration les corrections qu'elle doit apporter à l'acte et lui montre ainsi la marche à suivre. Son acte désormais annulé et amenée à se prononcer à nouveau, l'administration a connaissance des illégalités qui ont conduit à l'annulation de la décision initialement adoptée et est ainsi « *incit[ée] à ne pas les commettre à nouveau* »⁵⁹⁸. En refusant de faire application de l'économie de moyens, le juge apporte ainsi à l'administration partie au procès des précisions qui lui seront utiles lorsqu'elle aura à se prononcer à nouveau. Le juge participe ainsi positivement au rétablissement de la légalité. Cette volonté de « *« sécuriser » le processus décisionnel postérieur* »⁵⁹⁹ ressort particulièrement de certaines décisions juridictionnelles⁶⁰⁰. Surtout, elle paraît avoir guidé le législateur de 2000 lorsqu'il a fait obligation aux juges de l'excès de pouvoir et du référé-suspension en cas d'annulation ou de suspension à exécution d'un acte intervenu en matière d'urbanisme de se prononcer sur l'ensemble des moyens de la requête qu'ils estiment susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier. Sans doute la finalité affichée du dispositif prévu par l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme a été « *de permettre que les parties à un litige mettant en cause un acte intervenu en matière d'urbanisme soient éclairées sur l'ensemble des vices susceptibles d'entacher la légalité de cet acte* »⁶⁰¹. En ce sens, l'introduction dudit article a eu pour but premier de contraindre le juge à vider le litige le plus complètement possible, en l'état du dossier, en vue d'« *évit[er] le risque de voir ultérieurement d'autres instances ouvertes à propos du même contentieux* »⁶⁰² relatif à un même acte purgé de manière seulement partielle de ses illégalités. Mais, il apparaît que l'exigence ainsi fixée par l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme répond également à la « *tentation [...] de faire du juge administratif celui qui dit le droit, non pas tant pour trancher les litiges qui lui sont soumis que pour*

RDP, 1994, pp. 747-765, spéc. p. 760.

⁵⁹⁷ J. PETIT, *op. cit.*, spéc. pp. 219-220.

⁵⁹⁸ M.-C. PONTHEREAU, *op. cit.*, spéc. p. 759.

⁵⁹⁹ S. TRAORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 30.

⁶⁰⁰ V. pour un exemple en ce sens : CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*, rec. p. 277 : en l'espèce, en affirmant dans sa décision « *que les illégalités affectant les articles 19 à 26 et les articles 32 et 32 bis de la convention nationale des médecins généralistes sont indivisibles des autres stipulations de la convention ; qu'elles rendent illégal, dans sa totalité, l'arrêté qui a approuvé ladite convention* », le Conseil d'État confirme que « *deux illégalités majeures suffisaient à entraîner l'annulation de l'arrêté dans son ensemble* ». Pourtant, « *soucieux de prévenir d'autres écueils lors de la négociation d'une nouvelle convention qui interviendra à la suite de sa décision d'annulation, le Conseil d'État a choisi de relever d'autres illégalités, de moindre importance, qui affectaient certaines stipulations de la convention, plutôt que de procéder selon le principe de l'économie de moyens* ». V. : F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, « *Illégalité de la convention nationale des médecins généralistes* », chronique sur CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain, AJDA*, 1998, p. 559 et s.

⁶⁰¹ CE, 16 juin 2004, *Société Laboratoire de biologie végétale Yves Rocher*, n°254172, rec. T. p. 913.

⁶⁰² D. BAILLEUL, « *L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie des moyens* », *LPA*, n°125 du 23 juin 2004, pp. 13-17, spéc. p. 17.

« guider » l'action » de l'administration⁶⁰³. L'exception ainsi consacrée à la pratique de l'économie de moyens vise à permettre à l'administration, sur la base d'un bilan établi par le juge et détaillant aussi complètement que possible, en l'état du dossier, les illégalités entachant l'acte, de corriger l'acte ainsi annulé. « *L'objectif [a été] d'assurer préventivement une information sur les possibilités de réfection ou correction de l'acte litigieux* »⁶⁰⁴. L'ambition du législateur de 2000 a été de faire du juge un garant *a priori* de la légalité des décisions administratives prises en matière d'urbanisme. En obligeant le juge à vider le plus complètement possible le contentieux opposant les parties, il s'est agi de « *permettre aux autorités compétentes de décider, après avoir obtenu la caution du juge sur la légalité de la décision à venir* »⁶⁰⁵. Le juge se prononçant sur l'ensemble des moyens de la requête qu'il estime susceptible en l'état du dossier de justifier sa décision, « *l'administration n'aura plus qu'à se conformer aux motifs exhaustifs d'annulation [...], pour édicter, dans un deuxième temps, un acte exempt de toute irrégularité* »⁶⁰⁶. Mais, cette ambition du législateur de 2000 trouve une limite évidente : le juge se prononce seulement sur les moyens de la requête (c'est-à-dire uniquement au vu des moyens invoqués devant lui) et en l'état du dossier (c'est-à-dire sans mesure d'instruction possible). En conséquence, dans les faits, « *la décision juridictionnelle prise en application du texte [de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme] ne peut être considérée comme un brevet de légalité d'un nouvel acte qui serait purgé des vices retenus par le juge pour prononcer l'annulation de l'acte antérieur* »⁶⁰⁷. La sécurité juridique souhaitée est ainsi « *une fausse sécurité* »⁶⁰⁸. Ce constat pose dès lors la question des limites du mouvement de recul de la pratique de l'économie de moyens.

B. Les limites du reflux de l'économie de moyens comme instrument de direction de l'action administrative

175. Lorsqu'il déroge à la pratique de l'économie de moyens, le juge administratif guide et dirige plus étroitement l'action de l'administration. Toutefois, il ne faut pas surestimer la signification ni non plus la portée du reflux ainsi constaté de la pratique de l'économie de moyens.

176. D'une part, il faut se garder de surévaluer les effets positifs du mouvement actuel de mise en cause de la pratique de l'économie de moyens. Certes, lorsqu'il déroge à cette pratique et se prononce

⁶⁰³ S. TRAORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 28.

⁶⁰⁴ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2008, spéc. p. 359.

⁶⁰⁵ S. TRAORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 28.

⁶⁰⁶ *Idem*, spéc. p. 30.

⁶⁰⁷ J.-C. BONICHOT, « Vers une plus grande sécurité juridique ? », *BJDU*, n°6/2000, pp. 403-407, spéc. p. 406.

⁶⁰⁸ D. CHABANOL, « L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, pp. 216-218, spéc. p. 217.

ainsi sur plusieurs chefs d'annulation, le juge guide plus avant l'action administrative. Toutefois, cette forme d'accompagnement ou de direction de l'administration sur la voie de la légalité a ses limites. En effet, si, par hypothèse, le juge s'est prononcé sur plusieurs moyens mais tous relatifs à la légalité externe de l'acte, l'administration, après avoir seulement purgé son acte des vices de légalité externe ainsi pointés par le juge, pourra prendre de nouveau le même acte possiblement pourtant illégal au fond. Aussi, quand bien même le juge administratif se serait prononcé non seulement sur la légalité externe de l'acte mais encore sur sa légalité interne, l'administration, après avoir pris soin de corriger les vices tenant à la légalité externe de son acte, « *demeure libre de reprendre la même décision sur la base d'un nouveau motif* »⁶⁰⁹ là encore possiblement illégal. Ainsi donc, à la suite de l'annulation contentieuse d'un de ses actes, l'administration qui, par hypothèse, prend un nouvel acte purgé des vices qui ont conduit à l'annulation de l'acte antérieur, a vocation, le cas échéant, à commettre pourtant de nouvelles illégalités que le juge n'a pas relevées⁶¹⁰ ou n'a pas pu relever⁶¹¹ à l'occasion de sa décision. Même lorsque le juge ne fait pas application de l'économie de moyens et se prononce sur plusieurs moyens, la décision juridictionnelle ne constitue pas un brevet de légalité de l'acte futur dès lors en effet que l'acte annulé pouvait être entaché d'autres vices mais qui n'ont pas été invoqués devant le juge ou retenus par lui. Certes, « *l'administration qui reprend une procédure à la suite d'une annulation et prend un nouvel acte, se gardera de commettre les mêmes erreurs que celles qui ont entraîné l'annulation, mais elle n'est pas à l'abri d'autres vices qui ne peuvent être considérés comme ayant été vus par le juge* »⁶¹². En toute hypothèse, en effet, la réponse du juge, aussi complète soit elle par ailleurs, ne porte que sur les moyens invoqués par les parties –sauf moyen d'ordre public relevé d'office par le juge. « *Rien n'exclut, dès lors, qu'une décision, purgée des illégalités pointées par le juge, en comporte d'autres* »⁶¹³.

177. D'autre part, il faut se garder de surestimer la portée du recul de la pratique de l'économie de moyens. Certes, le juge administratif déroge de plus en plus fréquemment à cette pratique. Cependant, il ne s'agit là que d'une simple tendance. Au vu de la pratique habituelle qu'en fait encore le juge administratif, il ne saurait être question de conclure à l'abandon ou la remise en cause générale de la

⁶⁰⁹ J.-M. LE GARS, « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requête – aspects français », *RA*, n°7/1999, pp. 109-116, spéc. p.113.

⁶¹⁰ Cette hypothèse renvoie à celle dans laquelle le juge, se prononçant effectivement sur plusieurs des moyens invoqués, n'a cependant pas statué sur l'ensemble de ceux-ci.

⁶¹¹ Cette impossibilité tient au fait que le juge statue uniquement sur les moyens qui sont invoqués devant lui. Il ne peut se prononcer –sauf hypothèse des moyens d'ordre public- sur des moyens qui ne sont pas invoqués par les parties.

⁶¹² J.-C. BONICHOT, « Vers une plus grande sécurité juridique ? », préc., spéc. p. 406.

⁶¹³ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd., spéc. p. 261.

pratique de l'économie de moyens⁶¹⁴. En raison des avantages qu'elle emporte⁶¹⁵, l'économie de moyens est encore largement pratiquée par le juge administratif.

Le reflux de la pratique de l'économie de moyens est d'autant plus mesuré que la portée des exceptions législative et jurisprudentielle à cette pratique doit être nuancée. Il est ainsi permis de discuter la portée de l'exception issue de la jurisprudence *Association AC !*⁶¹⁶. Surtout, le Conseil d'État a retenu une interprétation restrictive de l'exigence issue de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme. La jurisprudence manifeste en effet « *sa réticence -pour ne pas dire son hostilité- à l'idée d'un abandon de la pratique de l'économie de moyens en matière d'urbanisme, et a fortiori dans le contentieux administratif de la légalité* »⁶¹⁷.

178. Faisant prévaloir la lettre de cette disposition sur l'esprit de la réforme dont cette disposition procède, le Conseil d'État a, en effet, réduit la portée de l'obligation ainsi mise à la charge des juges de l'excès de pouvoir et du référé-suspension.

Le législateur de 2000 a eu pour ambition de mettre fin à la pratique de l'économie de moyens en contentieux de l'urbanisme. Il a « *command[é] au juge dans ce domaine d'abandonner la règle -ou la pratique- dite de l'« économie des moyens »* »⁶¹⁸. Mais, la lettre de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme a laissé ouverte une brèche dans laquelle le Conseil d'État s'est engouffré pour restreindre d'autant la portée de cette disposition. Selon l'article L. 600-4-1, les juges de l'excès de pouvoir et du référé-suspension sont seulement tenus de se prononcer expressément sur tous les moyens de la requête *qu'ils estiment de nature à justifier*, en l'état du dossier, l'annulation ou la suspension de l'acte intervenu en matière d'urbanisme. Dès lors, le juge peut écarter par prétérition

⁶¹⁴ Un tel abandon ne paraît d'ailleurs pas être à l'ordre du jour. En ce sens, les auteurs du rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative se sont bien gardés de se prononcer sur un éventuel abandon de cette pratique. Une proposition -la n°9- a toutefois été émise quant à cette pratique : « *Expliquer, mieux que par la formule actuelle selon laquelle il n'est pas « besoin d'examiner les autres moyens de la requête », que le juge ne se prononce pas sur les autres moyens dès lors qu'il en a retenu un qui donne satisfaction au requérant* ». V. ledit rapport, p. 34. Pour un exemple d'application de cette proposition, V. : CE, 17 juillet 2013, n°356063.

⁶¹⁵ En ce qu'elle permet une certaine célérité en déchargeant le juge de la tâche de répondre à l'ensemble des moyens invoqués, la pratique de l'économie de moyens favorise, au moins à court terme, une certaine efficacité du travail juridictionnel (sur ce point, cf. *infra*, le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. le paragraphe n°700). Le cas échéant, elle permet également au juge de ne pas avoir à se prononcer -au moins dans l'immédiat- sur une question délicate. L'économie de moyens constitue « *ainsi une technique de bonne administration de la justice qui favorise à l'occasion une certaine frilosité du juge* » (V. : J.-F. FLAUSSE, note sous TA de Strasbourg, 3 août 1989, *Province de la Hollande septentrionale et autres c. État, D.*, 1991, JP, pp. 49-56, spéc. p. 55).

⁶¹⁶ Au vu de la lettre du considérant de principe de l'arrêt *Association AC !* (à l'occasion de ce considérant il est fait obligation au juge d'*examiner* l'ensemble des moyens pouvant vicier l'acte mais il ne lui est pas explicitement imposé de se prononcer sur l'ensemble de ces moyens au sein des motifs de sa décision) ainsi que de la jurisprudence postérieure faisant application de la solution consacrée par la décision *Association AC !*, il est permis de nuancer la portée de cette obligation que s'est imposé le juge. V. déjà en ce sens : M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », spéc. pp. 70-74.

⁶¹⁷ D. BAILLEUL, « L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie des moyens », *LPA*, n°125 du 23 juin 2004, pp. 13-17, spéc. p. 15.

⁶¹⁸ J.-C. BONICHOT, « Vers une plus grande sécurité juridique ? », *BJDU*, n°6/2000, pp. 403-407, spéc. p. 405.

les moyens qu'il estime insusceptibles de justifier l'annulation ou la suspension de l'acte. Le juge satisfait ainsi à l'obligation issue de l'article L. 600-4-1 lorsque, annulant ou prononçant la suspension à exécution d'un acte intervenu en matière d'urbanisme, il s'abstient de mentionner expressément dans les motifs de sa décision et, par conséquent, écarte implicitement les moyens autres que celui ou ceux qu'il a retenu(s) pour annuler ou suspendre l'exécution de l'acte contesté⁶¹⁹. Il n'est pas certain qu'une telle solution soit pleinement conforme à l'intention du législateur de garantir une plus grande sécurité juridique en évitant les annulations successives d'un même acte d'urbanisme. Le silence du juge gardé sur les moyens autres que celui ou ceux qu'il a retenu(s) pour fonder l'annulation ou la suspension qu'il prononce signifie⁶²⁰ que le juge décide de rejeter ces moyens. Mais, une telle décision implicite a-t-elle autorité de chose jugée ? Rien n'est moins sûr : « *en admettant que le juge, en ne mentionnant pas des moyens comme fondés, ait effectivement entendu dire qu'ils n'étaient pas fondés, de quelle portée sera sa décision ? Il n'y aura certainement pas sur ce point autorité de la chose jugée et l'auteur de l'acte, le refaisant après annulation, ne sera pas à l'abri d'une nouvelle annulation fondée précisément sur un de ces moyens passés sous silence* »⁶²¹.

En vertu de la jurisprudence, la mise en œuvre de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme par le juge d'appel est, elle aussi, en partie privée d'effet. En effet, saisi d'un jugement, rendu dans des conditions régulières, par lequel un tribunal administratif a annulé, en se prononçant sur plusieurs moyens, un acte pris en matière d'urbanisme, le juge d'appel est tenu de se prononcer sur le bien-fondé de l'ensemble des moyens d'annulation *retenus* au soutien de leur décision par les premiers juges et d'apprécier si l'un au moins de ces moyens justifie effectivement la solution d'annulation. Dans ce cas, le juge d'appel n'a pas à examiner les autres moyens invoqués en première instance. À l'inverse, lorsqu'il estime qu'aucun des moyens retenus par les premiers juges n'est fondé, le juge d'appel, saisi par l'effet dévolutif des autres moyens de première instance, examine ces moyens. Il les écarte s'il estime qu'aucun de ces moyens n'est fondé. Si, au contraire, un ou plusieurs de ces moyens lui paraissent fondés, le juge d'appel, en application des dispositions de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, se prononce sur l'ensemble de ces moyens qu'il estime, en l'état du dossier, de nature à confirmer, par d'autres motifs, l'annulation prononcée en première instance^{622 623}.

⁶¹⁹ CE, 5 décembre 2001, *Société Intertouristik Holiday A.G.*, n°237294, rec. T. p. 1110 ; CE, Sect., 8 avril 2009, *Commune de Banon*, n°307515, rec. p. 156

⁶²⁰ Sur les notions de silence et de silence décisoire, cf. *infra* le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°688 et s.

⁶²¹ D. CHABANOL, « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, pp. 216-218, spéc. p. 216.

⁶²² CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars, SARL Minoterie Francès*, n°218374, rec. p. 249 ; M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Les obligations découlant, pour le juge d'appel, des dispositions de l'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme issu de la loi du 13 décembre 2000 », chronique sur CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoterie Francès*, *AJDA*, 2001, pp. 652-656.

⁶²³ Le Conseil d'État a également précisé l'office du juge de cassation lorsque celui-ci est saisi d'un pourvoi contre une

Section II : Direction de l'action administrative par l'explicitation des conséquences de la décision juridictionnelle

179. Une rédaction pédagogique des motifs par laquelle le juge explicite les conséquences de la décision qu'il prononce constitue l'un des instruments permettant de prévenir les difficultés d'exécution des décisions de justice. Le Conseil d'État n'affirmait rien d'autre, à l'occasion de son rapport de 1989 sur le thème de l'exécution des décisions des juridictions administratives, lorsqu'il faisait valoir « *qu'il est des cas où le juge administratif peut [...] donner dans les motifs de ses décisions des indications sur les conséquences qui doivent en être déduites* »⁶²⁴. La haute juridiction faisait ainsi la lumière sur le rôle de la motivation pour permettre ou garantir plus efficacement l'exécution des décisions de justice.

180. Un tel rôle de la motivation en ce qu'elle peut participer à la complète exécution de la chose jugée est particulièrement net en contentieux de l'excès de pouvoir.

Le prononcé par le juge d'une décision portant annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif ne suffit pas toujours au complet rétablissement de la légalité. Bien souvent, l'administration devra accomplir des mesures positives afin que la légalité soit pleinement rétablie. Or, elle peut rencontrer des difficultés pour cerner avec précision les mesures qui doivent être prises en exécution de la chose jugée ; « *le contenu des obligations résultant pour l'administration de l'arrêt d'annulation n'est en effet pas toujours facile à déterminer* »⁶²⁵. La non exécution ou la mauvaise exécution de la chose jugée n'est pas chaque fois le fait de la mauvaise volonté de l'administration. En raison du laconisme traditionnel des décisions du juge administratif⁶²⁶, l'administration est parfois confrontée à de réelles difficultés pour identifier les conséquences à tirer de l'annulation

décision juridictionnelle d'annulation fondée sur une pluralité de motifs. Sur ce point, la haute juridiction a fait évoluer sa jurisprudence antérieure issue d'un arrêt *Commune de Talloires et SARL Semnoz Immobilier et autres* (CE, 30 décembre 2002, n°237392, rec. p. 511). Désormais, et en vertu de la décision *Commune de Barcarès* (CE, Sect., 22 avril 2005, n°257877, rec. p. 170, conclusions J.-H. Stalh, *RFDA*, 2005, p. 557 et s. ; C. LANDAIS, F. LENICA, « Le contrôle du juge de cassation en cas de pluralité de motifs », chronique, *AJDA*, 2005, p. 1621 et s.), saisi d'un pourvoi dirigé contre une décision juridictionnelle par laquelle les juges du fond ont prononcé, dans des conditions régulières, l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif en se fondant sur plusieurs motifs dont l'un seulement suffit à justifier le dispositif retenu, il appartient au juge de cassation de rejeter le pourvoi -et ainsi confirmer le dispositif d'annulation retenu par les juges du fond- après avoir cependant censuré le ou les motifs soutien nécessaire du dispositif de la décision juridictionnelle contestée qui sont erronés. Cette solution générale vaut particulièrement en contentieux de l'urbanisme du fait de l'obligation issue de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme.

⁶²⁴ Rapport du Conseil d'État de 1989 sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, *RFDA*, 1990, p. 481 et s., spéc. p. 494.

⁶²⁵ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Jouve et Cie, 1952, spéc. p. 171.

⁶²⁶ L. FAVOREU, « Rapport français », in Association HENRI CAPITANT, *L'effectivité des décisions de justice*, Paris, Economica, 1987, pp. 601-623, spéc. p. 603.

juridictionnelle prononcée.

181. S'il a pu exister « *une certaine répugnance de la part [du juge administratif] à se prononcer sur les conséquences de l'annulation pour excès de pouvoir* »⁶²⁷, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Désormais plus attentif aux conséquences de ses décisions et à la phase de l'après-jugement, le juge de l'excès de pouvoir se fait plus pédagogue dans le but « *de rendre des décisions qui puissent être aisément exécutées* »⁶²⁸. Ainsi a-t-on pu voir ce juge expliciter, parfois très en détail, les conséquences de ses décisions d'annulation. Alors, il a précisé à l'administration les obligations découlant pour elle de la chose jugée. Il lui a indiqué la marche à suivre en vue de la pleine et entière exécution de la chose jugée et, au-delà, du complet rétablissement de la légalité. Cette démarche du juge n'est pas nouvelle mais elle est désormais récurrente et plus affirmée que par le passé.

182. Ainsi donc, le juge de l'excès de pouvoir n'hésite plus à faire usage « *de techniques juridictionnelles destinées à favoriser l'exécution de la chose jugée* »⁶²⁹ telles que le recours à une motivation directive et didactique ou encore le procédé de l'injonction. Or, dans ces deux cas, c'est d'abord et avant tout au sein des motifs de sa décision que le juge de l'excès de pouvoir précise les obligations pesant sur l'administration active en conséquence de la chose jugée.

Les indications ainsi formulées par le juge au sein des motifs de sa décision et visant à guider et diriger l'administration sur la voie de la chose jugée sont, selon les cas, de nature seulement indicative et incitative (§1) ou, au contraire, de nature pleinement impérative, liant alors juridiquement l'administration (§2).

§1 : La motivation directive à portée indicative pour l'exécution de la chose jugée

183. Dès les premières années du XX^e siècle, c'est-à-dire donc bien avant la consécration à son profit d'un pouvoir d'injonction contre l'administration, le juge administratif a su mobiliser les motifs de ses jugements et arrêts en vue d'éclairer plus avant l'administration partie au procès quant aux conséquences impliquées par ses décisions. Le juge a développé des motivations particulièrement didactiques et directives⁶³⁰ en vue de l'exécution de la chose jugée (A). C'est moins dans une démarche pédagogique ou didactique que dans une volonté plus précise de contraindre

⁶²⁷ P. WEIL, *op. cit.*, spéc. p. 166.

⁶²⁸ C. LANDAIS, F. LENICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », chronique sur CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, *AJDA*, 2004, p. 1183 et s.

⁶²⁹ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010, spéc. pp. 45-46.

⁶³⁰ L'expression « *motivation directive et didactique* » est de F. Blanco. V. : F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 427.

l'administration à l'exécution de la chose jugée que le juge a ainsi explicité les conséquences de ses décisions d'annulation. À cet égard, le juge administratif a pu combiner le procédé de la motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée à d'autres procédés plus contraignants en vue de faire plier l'administration. Ainsi combiné à d'autres, ledit procédé a été très proche de celui de l'injonction véritable (B).

A. La motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée

184. La règle selon laquelle il n'appartient pas au juge administratif de prononcer des injonctions contre l'administration active⁶³¹ s'est imposée dans toute sa rigueur jusqu'à l'extrême fin du XX^e siècle⁶³². Le principe en vigueur à partir de 1872⁶³³ a ainsi été celui de la prohibition des injonctions du juge administratif contre l'administration. Pourtant même alors, et bien que dépossédé du pouvoir de prononcer des injonctions contre l'administration active, le juge administratif a su développer divers procédés par lesquels il a pu guider et diriger l'administration sur la voie de la chose jugée en lui indiquant les conséquences concrètes de ses décisions juridictionnelles. Ainsi, et avant même la loi du 8 février 1995, « *le juge administratif n'était pas entièrement démuné pour inciter [l'administration] à se conformer à la décision rendue* »⁶³⁴ par lui. Il a su mettre en œuvre une habile stratégie de contournement en développant des palliatifs à la prohibition du pouvoir d'injonction⁶³⁵. Ce faisant, il a pu garantir l'effectivité et l'efficacité de ses décisions. L'un de ces procédés palliatifs a ceci de remarquable qu'il a précisément consisté pour le juge à mobiliser les motifs de ses décisions⁶³⁶.

185. Si « *pendant longtemps, le [juge administratif] [a] refus[é] de se prononcer, même à titre*

⁶³¹ L'interdiction pour le juge administratif de prononcer des injonctions contre l'administration est justifiée par le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. Par cette prohibition, il s'agit de préserver la sphère de compétence respective du juge administratif et de l'administrateur.

⁶³² Il faut attendre la loi n°95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* pour que soit consacré le pouvoir d'injonction du juge administratif contre l'administration pour l'exécution des décisions de justice.

⁶³³ Avant 1872, c'est-à-dire sous l'empire de la justice retenue, le Conseil d'État avait parfois fait usage d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration. Ce n'est qu'à partir de 1872, année qui a marqué le passage à la justice déléguée, que le juge administratif s'est refusé, par principe, à exercer un tel pouvoir d'injonction et cela pour éviter d'apparaître sous les traits d'un administrateur jugeant V. : J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, pp. 67-89, spéc. p. 69.

⁶³⁴ D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2002, spéc. p. 350.

⁶³⁵ F. BLANCO, « L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction », *RFDA*, 2015, pp. 444-451.

⁶³⁶ V. déjà en ce sens : R. ODENT, *Contentieux administratif. Les cours du droit*, 1970-1971, fascicule n°3, spéc. pp. 1007-1008 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 988.

simplement indicatif, sur les mesures positives qui doivent être la conséquence de l'annulation », dès les premières années du XX^e siècle, « *sous la pression des circonstances, [il] a été amené à préciser les conséquences des annulations par lui prononcées* »⁶³⁷. Il a alors indiqué dans les motifs⁶³⁸ de sa décision et à l'intention de l'administration la manière de procéder pour la bonne et complète exécution de la chose jugée. Ainsi, le juge, davantage que de coutume, « *s'[est] montr[é] prolix et [a] fait preuve de minutie dans ses motifs sur ce qu'il appartient à administration de faire* »⁶³⁹ en conséquence de la chose jugée.

186. Cette démarche du juge a revêtu -et revêt encore lorsqu'elle est parfois mise en œuvre- une double dimension, autant coercitive que pédagogique⁶⁴⁰. Les motivations mises en œuvre sont ainsi tout autant didactiques que directives.

Elles s'inscrivent dans une visée didactique ou pédagogique parce que lorsqu'il explicite les conséquences de ses décisions d'annulation, le juge administratif endosse, en définitive, le « *rôle de guide et de « conseiller juridique » de l'administration* »⁶⁴¹. Chaque fois qu'il précise les mesures qui doivent être prises par l'administration en conséquence de la chose jugée, le juge administratif vient « *en aide à l'administration et [...] lui indique [...] comment elle peut et doit tirer les conséquences de ses arrêts d'annulation* »⁶⁴². Cet « *interventionnisme [du juge administratif] dans les conséquences de ses arrêts d'annulation* » a pour avantage qu'il permet à l'administration qu'« *elle évite de commettre des erreurs et sait exactement à quoi s'en tenir* »⁶⁴³.

Chaque fois qu'il précise les mesures que doit prendre l'administration en conséquence de la chose jugée, le juge administratif ambitionne également, au-delà d'une simple visée didactique, de contraindre plus avant l'administration à l'exécution de ses décisions. Il s'agit alors de faire plier l'administration afin qu'elle exécute la décision juridictionnelle. C'est pour garantir la pleine et entière exécution de la chose jugée que le juge explicite plus en détail les conséquences de sa décision d'annulation. En ce sens, la pédagogie sert l'exécution de la chose jugée et met pleinement en lumière la figure du juge-administrateur. En effet, à l'image d'un supérieur hiérarchique, le juge accompagne et guide l'administration sur la voie de la chose jugée mais, plus encore, lui dicte la marche à suivre

⁶³⁷ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Jouve et Cie, 1952, resp. p. 168 et p. 167.

⁶³⁸ Ou dans le dispositif même de l'arrêt ou jugement d'annulation. V : P. WEIL, *op. cit.*, spéc. p. 172.

⁶³⁹ D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, préc., spéc. p. 350.

⁶⁴⁰ Mettant ainsi parfaitement en lumière la double dimension coercitive et pédagogique du procédé, le Professeur Weil distinguait entre la figure du juge administratif « *censeur* » de l'administration et celle du juge administratif « *conseiller juridique* » de l'administration. V : P. WEIL, *op. cit.*, spéc. p. 166 et s.

⁶⁴¹ P. WEIL, *op. cit.*, spéc. p. 168.

⁶⁴² *Idem*, spéc. p. 171.

⁶⁴³ *Idem*, resp. p. 167 et p. 173.

pour la pleine et entière exécution de la chose jugée. Lorsque « *à propos de l'exécution de ses propres arrêts, [le juge administratif] [...] identif[ie] très précisément les mesures à prendre* » et dicte ainsi à l'administration le comportement qu'elle doit avoir en conséquence de la chose jugée, le juge administratif se comporte en juge-administrateur⁶⁴⁴.

187. Le procédé de la motivation didactique et directive pour l'exécution de la chose jugée est un procédé ancien : « *le recours à une motivation particulièrement éclairante et directive pour guider l'administration destinataire de la décision constitue une technique classique* »⁶⁴⁵, mise en œuvre par le juge administratif dès les premières années du XX^e siècle. En effet, dès cette époque, le juge de l'excès de pouvoir⁶⁴⁶ a rendu des « *arrêts indiquant à l'administration, par une motivation au contenu parfois très directif, les implications concrètes des décisions juridictionnelles* »⁶⁴⁷. La technique a été particulièrement utilisée dans certains contentieux dont celui de la fonction publique⁶⁴⁸.

« Considérant [...] qu'à la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocations de fonctionnaires, l'Administration qui, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés, ou a pourvu au remplacement des agents irrégulièrement privés de leur emploi, doit pouvoir réviser la situation de ces fonctionnaires et agents pour la période qui a suivi les actes annulés ; qu'elle est tenue de restituer l'avancement à l'ancienneté dans les conditions prévues par les règlements ; que, pour l'avancement au choix, elle doit pouvoir procurer aux intéressés, en remplacement d'avancements entachés d'illégalité, un avancement compatible tant avec la chose jugée par le conseil qu'avec les autres droits individuels ; qu'il incombe en effet au ministre de rechercher les moyens d'assurer à chaque fonctionnaire placé sous son autorité la continuité de sa carrière avec le développement normal qu'elle comporte et les chances d'avancement sur lesquelles, dans ses rapports avec les autres fonctionnaires, il peut légitimement compter d'après la réglementation en vigueur ; qu'il appartient à l'Administration de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché, directement ou indirectement, par l'arrêt du Conseil d'Etat, et de prononcer dans les formes régulières et sous le contrôle dudit conseil, statuant au contentieux, tous reclassements utiles pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise ; que si les intéressés qui peuvent prétendre à une compensation pour les pertes de leur avancement au choix, ne sont pas en droit d'exiger que cette compensation leur soit donnée par voie de mesure de reclassement, c'est

⁶⁴⁴ P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in Mélanges René CHAPUS, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 135-145, spéc. p. 143.

⁶⁴⁵ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouvellement des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010, spéc. p. 418.

⁶⁴⁶ C'est principalement en excès de pouvoir et à l'appui de décisions d'annulation pour excès de pouvoir que la technique de la motivation didactique et directive pour l'exécution de la chose jugée a été mise en œuvre. V : F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 416.

⁶⁴⁷ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 419.

⁶⁴⁸ V. outre l'arrêt *Rodière* cité ci-dessous : CE, Sect., 13 juillet 1965, *Ministre des Postes et Télécommunications c. Sieur Merklings*, rec. p. 424.

pour le ministre une faculté dont il peut légitimement user pour le bien du service » (CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, rec. p. 1065).

Les indications ou précisions en exécution de la chose jugée formulées par le juge l'ont été soit *a posteriori*, c'est-à-dire à l'occasion d'un second jugement rendu à la suite de l'inexécution d'une première décision d'annulation pour excès de pouvoir⁶⁴⁹, soit à titre préventif, c'est-à-dire à l'occasion de la décision juridictionnelle d'annulation elle-même⁶⁵⁰.

188. Le développement de la technique de la motivation didactique et directive pour l'exécution de la chose jugée a procédé de la volonté du juge administratif de contraindre l'administration à exécuter les décisions juridictionnelles. La dimension coercitive du procédé ne peut être niée. Toutefois, sa portée impérative réelle est plus que relative. En effet, ledit procédé relève d'une logique purement indicative et incitative. Les précisions formulées par le juge en vue de l'exécution de la chose jugée ne tiennent pas juridiquement l'administration. Elles prennent seulement la forme d'une recommandation, d'une invitation à agir.

189. Les précisions formulées par le juge au sein des motifs de son jugement ou arrêt et visant à expliciter les conséquences de sa décision auraient vocation à lier l'administration si et seulement si elles avaient une portée juridiquement impérative.

De deux choses l'une alors : de telles indications pourraient être considérées comme obligatoires pour les parties au procès soit parce qu'elles constituent de véritables injonctions, soit parce que les motifs à l'occasion desquels elles sont formulées sont des motifs soutien nécessaire du dispositif⁶⁵¹ et ont, de

⁶⁴⁹ L'arrêt *Rodière* précité illustre parfaitement ce cas de figure. Saisi d'un pourvoi formé par le sieur Rodière, le Conseil d'État, par un arrêt du 13 mars 1925, avait prononcé, d'une part, l'annulation d'une décision ministérielle arrêtant le tableau complémentaire d'avancement pour l'année 1921 dans ses dispositions concernant les sieurs Pic, Pinal et Jocard ainsi que, d'autre part, et par voie de conséquence, les promotions accordées auxdits fonctionnaires sur le fondement dudit tableau. Pour l'exécution de la chose ainsi jugée, le ministre avait pris diverses mesures par lesquelles il avait reconstitué fictivement la carrière des agents publics concernés. À l'occasion d'un second pourvoi, le sieur Rodière a demandé au Conseil d'État d'annuler les mesures ainsi prises par le ministre au motif notamment qu'elles auraient été adoptées en méconnaissance de la chose jugée par l'arrêt du Conseil d'État en date du 13 mars 1925. À l'occasion de ce second pourvoi, la haute juridiction a ainsi été amenée à préciser les conséquences et implications de la chose jugée par l'arrêt du 13 mars 1925. Le Conseil d'État a saisi cette occasion pour fournir à l'administration un véritable mode d'emploi pour l'exécution de la chose jugée. L'arrêt *Rodière* a ainsi été l'occasion pour la haute juridiction de fixer, selon les termes des auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, « une véritable théorie de la reconstitution de carrière » dont l'intérêt d'une telle formulation est allé bien au-delà du cas d'espèce.

⁶⁵⁰ CE, 19 juin 1903, *Colonel Ledochowski*, rec. p. 452 ; CE, Sect., 4 février 1955, *Sieur Marcotte*, rec. p. 70 ; CE, Sect., 24 février 1961, *Sieur Zimmet*, rec. p. 144 ; TA de Grenoble, 25 octobre 1978, *D^{elle} Da Cunha c. Ministre de l'Intérieur*, *AJDA*, n°6/1979, p. 46 et s. ; TA de Strasbourg, 9 juillet 1998, *Houillères du bassin de Lorraine et préfet de la Moselle c. ville de Porcellette*, *LPA*, n°151 du 30 juillet 1999, pp. 26-28. Pour d'autres exemples, V. : F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. pp. 425-426.

⁶⁵¹ Pour de plus amples développements sur cette notion, cf. *infra* le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°726 et s.

fait, autorité de chose jugée. Autrement dit, les indications explicitant la chose jugée pourraient être valablement considérées comme juridiquement obligatoires pour l'administration partie au procès soit par elles-mêmes parce qu'elles constitueraient des injonctions, soit parce qu'elles seraient contenues dans des motifs eux même obligatoires car dotés de l'autorité de chose jugée.

Ces deux hypothèses doivent toutefois être écartées.

190. Il ne peut être valablement affirmé, en effet, que les motifs par lesquels le juge précise la portée de sa décision ont autorité de chose jugée et partant, que leur contenu lie juridiquement les parties au procès, dès lors en effet que de tels motifs ne peuvent être qualifiés avec certitude de motifs soutien nécessaire du dispositif -ou motifs décisifs⁶⁵².

La notion de motifs décisifs est particulièrement difficile à définir ou même seulement à cerner. La question de savoir ce qu'est un motif soutien nécessaire du dispositif est des plus délicates. Tout au plus est-il possible de voir dans les motifs décisifs ceux des motifs d'une décision juridictionnelle qui, « *intimement et indissolublement liés au dispositif* »⁶⁵³, en sont le soutien indispensable. En tout état de cause et par essence⁶⁵⁴, les motifs soutien nécessaire du dispositif sont censés contenir les raisons de fait et de droit ayant conduit à la solution finalement retenue par le juge (dispositif) et sous-tendant c'est-à-dire justifiant celle-ci⁶⁵⁵. Ils sont ainsi « *ceux des motifs qui sont le plus étroitement liés au dispositif* » et constituent « *la partie des motifs qui fonde logiquement la sentence* »⁶⁵⁶. En ce sens et plus particulièrement, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, les motifs décisifs sont ceux qui déterminent la cause juridique de l'annulation tout en mettant en exergue le motif de l'annulation⁶⁵⁷. Ainsi, « *c'est [...] par un lien chronologique de cause à effet que certains motifs sont reliés au dispositif des décisions juridictionnelles* »⁶⁵⁸ et peuvent être ainsi qualifiés de motifs soutien nécessaire du dispositif.

Dès lors, si l'on s'en tient à une définition rigoureuse de la notion de motifs soutien nécessaire du dispositif, les motifs contenant des précisions quant aux conséquences qu'implique la décision

⁶⁵² De jurisprudence constante désormais, les motifs soutien nécessaire du dispositif sont revêtus de l'autorité de chose jugée : CE, 28 décembre 1949, *Société anonyme des Automobiles Berliet*, rec. p. 579.

⁶⁵³ F. BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue. À propos des arrêts *Société à objet sportif* « *Toulouse football club* » (C.E., section, 25 juin 2001), *Vassilikiotis* (C.E., assemblée, 29 juin 2001) et *Titran* (C.E., 27 juillet 2001) », *RRJ*, n°2/2003, pp. 1513-1553, spéc. p. 1541.

⁶⁵⁴ Les motifs soutien nécessaire du dispositif sont avant tout et par définition même des motifs. Or, selon une définition classique en droit, les motifs sont les considérations de fait et de droit qui ont justifié la solution adoptée. Un motif soutien nécessaire du dispositif, parce qu'il est un motif, vise la justification du dispositif.

⁶⁵⁵ F. BLANCO, *op. cit.*, p. 1543.

⁶⁵⁶ P. WEIL, note sous CE, 28 décembre 1949, *Société anonyme des Automobiles Berliet*, D., 1950, JP, pp. 383-386, spéc. p. 386.

⁶⁵⁷ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010, spéc. p. 432.

⁶⁵⁸ *Idem*.

juridictionnelle ne peuvent pas être valablement qualifiés de motifs décisifs⁶⁵⁹. Ce n'est que par l'effet d'une distorsion de la notion de motifs décisifs que des motifs qui n'ont pas pour objet de justifier la solution mais de préciser les mesures d'exécution impliquées par la chose jugée peuvent être considérés comme des motifs soutien nécessaire du dispositif et dotés de l'autorité de chose jugée. Ce n'est ainsi que parce qu'il a fait jouer une conception extensive et « *peu orthodoxe* »⁶⁶⁰ de la notion de motifs décisifs que le Conseil d'État a pu parfois qualifier de motifs soutien nécessaire du dispositif des motifs par lesquels il précisait les conséquences de la décision qu'il prononçait⁶⁶¹.

191. Les indications formulées par le juge à l'occasion des motifs de son jugement en vue d'explicitier la portée de sa décision ne peuvent pas non plus être considérées comme des injonctions véritables.

L'injonction est un acte correctif et de concrétisation du droit⁶⁶². Elle est une mesure corrective tant par sa finalité que par son contenu. Au regard de son contenu ou objet, l'injonction est un acte correctif parce qu'elle impose un comportement à son destinataire : elle « *est un acte impératif, assorti d'une menace de sanction, qui contient une obligation de faire ou de ne pas faire à l'adresse de son destinataire* »⁶⁶³. Au vu de son objet, l'injonction se définit ainsi comme un acte impératif et comminatoire. Elle est un acte impératif par cela seulement qu'elle constitue un commandement. En effet, l'injonction s'impose à son destinataire et contient un ordre à l'adresse de celui-ci. L'ordre ainsi formulé ne l'est pas nécessairement de manière explicite ou expresse. Toutefois, il « *doit être suffisamment fort pour que son destinataire se sente contraint* »⁶⁶⁴. L'auteur de l'injonction engage son autorité. Surtout, l'ordre ainsi formulé doit être suffisamment précis. En effet, l'auteur de l'injonction met à la charge du destinataire de celle-ci une obligation de faire ou de ne pas faire⁶⁶⁵. « *L'injonction contient une obligation de faire en ce sens d'une part, que l'obligation qu'elle fait peser*

⁶⁵⁹ V. déjà en ce sens : F. BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue ... », préc. Confirmant cette analyse, V. : CE, 3 juin 1964, *Ferraud*, RDP, 1965, pp. 134-135 : le Conseil d'État refuse de qualifier de motifs soutien nécessaire du dispositif les motifs du jugement du tribunal administratif par lesquels ce dernier avait précisé les obligations concrètes pesant sur l'administration en exécution de la chose jugée.

⁶⁶⁰ F. BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue ... », préc., spéc. p. 1543.

⁶⁶¹ Dans ses arrêts *Vassilikiotis* (CE, Ass., 29 juin 2001, n°213229, rec. p. 303, avec les conclusions de M. Lamy) et *Titran* (CE, 27 juillet 2001, n° 222509, rec. p. 411), le Conseil d'État qualifie expressément de motifs soutien nécessaire du dispositif les motifs par lesquels il explicite les obligations à la charge de l'administration. Dans l'arrêt *Société à objet sportif « Toulouse football club »* (CE, Sect., 25 juin 2001, n°234363, rec. p. 281), le Conseil d'État ne qualifie pas expressément de motifs décisifs les motifs par lesquels il précise les conséquences concrètes qu'implique sa décision pour l'administration. Toutefois, cette qualification ne fait aucun doute dès lors que le dispositif contient une formule de renvoi aux motifs de l'arrêt.

⁶⁶² Pour une définition de l'injonction, V. : A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009.

⁶⁶³ A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. p. 154.

⁶⁶⁴ *Idem*, spéc. p. 235.

⁶⁶⁵ *Idem*, spéc. p. 163 : « *L'injonction peut [...] consister dans une obligation de ne pas faire à condition que celle-ci implique pour le destinataire l'accomplissement de mesures positives* ».

sur son destinataire est formulée de manière précise et, d'autre part, que son exécution implique pour ce dernier l'adoption de mesures positives »⁶⁶⁶. L'ordre est donné de faire telle chose, d'adopter tel comportement ou de prendre tel acte. L'injonction est en outre un acte comminatoire en ce qu'elle fait peser sur son destinataire une menace de sanction s'il refuse de s'exécuter.

Ces caractères de l'injonction permettent de la distinguer d'autres mesures juridictionnelles proches mais « *qui ne constituent pas des procédés de contrainte directe, en l'absence d'ordre adressé au justiciable* »⁶⁶⁷. En ce sens, la technique des motifs directifs et didactiques par laquelle le juge explicite les conséquences du jugement se distingue de l'injonction juridictionnelle dès lors que certains traits caractéristiques de l'injonction lui font défaut⁶⁶⁸. En effet, les motifs directifs et didactiques pour l'exécution de la chose jugée ne contiennent pas d'« *énoncé prescriptif à caractère obligatoire* »⁶⁶⁹. Sans doute certains éléments permettent-ils de rapprocher la technique des motifs directifs et didactiques du procédé injonctif. Ainsi, la tonalité injonctive parfois habilement utilisée par le juge à l'occasion des motifs de sa décision laisse entrevoir l'existence d'un ordre⁶⁷⁰. De même, la menace de sanction, si elle n'est pas explicitement formulée, existe indéniablement. Il va de soi que si l'administration ne suit pas les précisions formulées par le juge quant aux conséquences de sa décision, elle encourt une nouvelle censure juridictionnelle. L'administration a ainsi tout intérêt, en pratique, à se conformer aux indications formulées par le juge. Toutefois, il demeure que certaines des caractéristiques pourtant essentielles de l'injonction sont absentes de la technique des motifs directifs et didactiques en exécution de la chose jugée. D'une part, l'administration n'est pas juridiquement tenue de suivre les indications formulées par le juge s'agissant des conséquences de la décision qu'il prononce. Les précisions quant à la portée de la chose jugée sont en effet contenues dans les motifs du jugement ; ceux-ci étant par principe dépourvus de l'autorité de chose jugée⁶⁷¹. De telles précisions constituent ainsi « *de simples recommandations* » qui ne prennent pas « *la forme d'une authentique prescription de nature à lier juridiquement l'administration* »⁶⁷². D'autre part, par le procédé de la motivation directive et didactique en exécution de la chose jugée, le juge n'adresse à strictement parler aucune obligation de faire ou de ne pas faire qui impliquerait un comportement positif de la part de l'administration partie au litige⁶⁷³. Il ne va pas « *jusqu'à [lui] ordonner*

⁶⁶⁶ A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. p. 163.

⁶⁶⁷ *Idem*, spéc. p. 231.

⁶⁶⁸ V. déjà en ce sens : F. BLANCO, « L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction », *RFDA*, 2015, pp. 444-451, spéc. pp. 445-447 ; A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. pp. 232-233.

⁶⁶⁹ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 446.

⁶⁷⁰ V. en ce sens notamment la rédaction des arrêts *Rodière* et *Zimmet*, préc..

⁶⁷¹ En outre, les motifs définissant les conséquences et implications de la solution ne peuvent être valablement qualifiés de motifs soutien nécessaire du dispositif, sauf à étendre cette notion (*cf supra*).

⁶⁷² F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 446.

⁶⁷³ V. pour un exemple particulièrement illustratif en ce sens : CE, 19 juin 1903, *Colonel Ledochowski*, préc. : en l'espèce, à l'occasion du dernier considérant de son arrêt, le Conseil d'État précise que le rétablissement du requérant sur les

l'accomplissement d'un comportement déterminé »⁶⁷⁴.

B. Nuance quant à la portée non contraignante du procédé de la motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée

192. La motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée relève ainsi d'une démarche seulement indicative et incitative du juge administratif. Il est évident que l'administration, si elle veut éviter une nouvelle censure juridictionnelle, a tout intérêt à suivre les indications formulées par le juge quant à la portée de la décision qu'il prononce et aux conséquences de la chose jugée mais elle n'y est pas juridiquement tenue.

193. Le juge administratif a toutefois su parfois dépasser cette démarche purement indicative et incitative et ce faisant, imposer plus avant la marche à suivre à l'administration en conséquence de la chose jugée.

Il l'a fait d'abord en rappelant, à l'occasion du dispositif de sa décision, les indications pour l'exécution de la chose jugée préalablement précisées au sein des motifs de son jugement ou arrêt. De la sorte, le juge a doté lesdites indications de l'autorité de la chose jugée attachée au dispositif et partant, leur a conféré une portée obligatoire. C'est ainsi que le juge administratif a parfois dicté dans les motifs puis dans le dispositif de sa décision le comportement s'imposant à l'administration en conséquence du jugement prononcé⁶⁷⁵.

Surtout, le juge administratif a dépassé la logique seulement indicative et incitative du procédé de la motivation directive et didactique en exécution de la chose jugée chaque fois qu'il a combiné ledit procédé avec celui du renvoi devant l'administration.

194. Le renvoi devant l'administration désigne l'hypothèse dans laquelle le juge, à l'occasion du dispositif de sa décision, prononce le renvoi du requérant devant l'administration afin que celle-ci

contrôles de l'armée « est la conséquence de droit de l'annulation qui va être prononcée ». Ce faisant, le juge ne met aucune obligation de faire à la charge de l'administration. Il se borne à cette simple déclaration. V. également : TA de Grenoble, 25 octobre 1978, *Delle Da Cunha c. Ministre de l'Intérieur*, préc. : en l'espèce, après avoir annulé la décision ministérielle mettant en demeure mademoiselle Da Cunha de quitter le territoire français, le juge indique à l'occasion d'un dernier considérant que « l'annulation de la décision de refoulement impose à l'administration la restitution desdites pièces ». Mais, dans un dernier temps de son raisonnement, le juge affirme que les conclusions tendant à la restitution desdites pièces ne peuvent être accueillies dès lors, précise le tribunal, que le juge ne peut adresser des injonctions à l'administration. Le tribunal administratif met certes en évidence la conséquence qu'implique, pour l'administration, sa décision d'annulation. Toutefois, à strictement parler, il se refuse à mettre une obligation de faire à la charge l'administration.

⁶⁷⁴ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 446.

⁶⁷⁵ V. en ce sens particulièrement : CE, 7 mai 1975, *Roucolle*, RDP, 1975, pp. 1448-1450.

statue à nouveau sur la demande dont elle avait été initialement saisie.

Le juge de l'excès de pouvoir a couramment eu recours à ce procédé jusqu'au tournant des années 1930⁶⁷⁶ et ce particulièrement à l'occasion de certains contentieux spécifiques⁶⁷⁷. C'est le plus souvent à l'occasion d'un second recours que le juge a utilisé le procédé du renvoi devant l'administration⁶⁷⁸.

Le renvoi devant l'administration s'exerçait selon diverses modalités. Le renvoi simple est une forme atténuée de renvoi car peu précise. À l'occasion du dispositif de sa décision, le juge renvoie le requérant devant l'administration sans toutefois définir précisément les mesures que celle-ci doit mettre en œuvre en conséquence de la chose jugée. Le juge laisse ainsi à l'administration le soin de déterminer les suites qu'implique la décision juridictionnelle d'annulation. Au contraire, le procédé du renvoi « pour faire ce que de droit » est une forme plus aboutie de renvoi car plus précise. À l'occasion du dispositif de son jugement, le juge définit précisément les conséquences de sa décision d'annulation pour l'administration partie au litige⁶⁷⁹.

195. Les auteurs ne sont pas unanimes quant à la nature de ce procédé. Le doyen Hauriou a pu affirmer sans ambages que « *dans la procédure du renvoi à l'Administration, il n'y a pas d'injonction à l'autorité administrative* »⁶⁸⁰ dès lors que le juge « *n'adresse [...] aucun ordre et ne dispose d'aucune sanction péremptoire* »⁶⁸¹ contre l'administration⁶⁸². Cette position a le soutien de quelques exemples jurisprudentiels désormais relativement anciens⁶⁸³. Elle n'a toutefois jamais fait consensus en doctrine. Désormais, la doctrine majoritaire assimile le renvoi devant l'administration « pour faire ce que de droit » à la technique de l'injonction⁶⁸⁴. Trois arguments principaux ont été développés à l'appui de cette thèse⁶⁸⁵. D'une part, la formule de renvoi devant l'administration, incluse dans le

⁶⁷⁶ À compter des années 1930, le juge de l'excès de pouvoir a de moins en moins utilisé le procédé du renvoi devant l'administration. Il n'a désormais plus recours à ce procédé, sauf exceptions -le renvoi simple est ainsi encore quelquefois utilisé en excès de pouvoir. À noter que le juge du plein contentieux fait encore usage du procédé du renvoi devant l'administration.

⁶⁷⁷ Contentieux historique des dérogations à la règle du repos dominical, contentieux de la fonction publique, etc.

⁶⁷⁸ F. DUPONT-MARILLIA, *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, Thèse dact., 2 tomes, Clermont-Ferrand, 1995, spéc. tome 1, spéc. p. 372.

⁶⁷⁹ Pour une étude détaillée du procédé du renvoi devant l'administration, V. : F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010, spéc. p. 443 et s.

⁶⁸⁰ M. HAURIOU, note sur CE, 26 juin 1908, *Daroux, S.*, 1909, III, pp. 129-130.

⁶⁸¹ *Idem*.

⁶⁸² Dans le sens du rejet de l'assimilation du procédé du renvoi devant l'administration à la technique de l'injonction, V. également : A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009, spéc. pp. 231-232.

⁶⁸³ CE, 3 juin 1964, *Ferraud*, préc. : le Conseil d'État désigne la pratique du renvoi devant l'administration « pour faire ce que de droit » de simple invitation adressée par le tribunal administratif à l'administration et destinée à ce que cette dernière tire les conséquences de la décision d'annulation prononcée par le juge de première instance.

⁶⁸⁴ Pour un panorama des positions doctrinales sur cette question, V. : F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité...*, préc., spéc. pp. 450-455.

⁶⁸⁵ *Idem*, spéc. pp. 453-454.

dispositif de la décision juridictionnelle, a autorité de chose jugée. De fait, les mesures d'exécution qu'elle indique à l'adresse de l'administration partie au litige sont obligatoires pour celle-ci. D'autre part, les obligations ainsi mises à la charge de l'administration pour l'exécution de la chose jugée sont précisément définies par le juge. Le procédé du renvoi devant l'administration donne ainsi à voir une obligation de faire mise à la charge de l'administration. Enfin, si l'administration refuse de s'exécuter dans le sens indiqué par le juge, elle encourt une nouvelle censure juridictionnelle.

Sans prétendre trancher définitivement ce débat, il faut reconnaître une proximité certaine du procédé du renvoi devant l'administration « pour faire ce que de droit » avec la technique injonctive. Il s'agit bien d'une forme d'injonction ou, selon la formule du commissaire du gouvernement Corneille, « *une invitation déguisée à obéir* »⁶⁸⁶. La dimension injonctive et partant, impérative, du renvoi « pour faire ce que de droit » est indéniable.

196. En toute hypothèse, le renvoi devant l'administration dans sa manifestation la plus aboutie apparaît « *comme un moyen pour éclairer l'administrateur* »⁶⁸⁷ sur la voie de la chose jugée. Ainsi considéré en tant que technique permettant au juge d'« *indiqu[er] à l'administration la conduite à tenir et les suites que comporte sa décision* »⁶⁸⁸, le procédé du renvoi peut être rapproché de la technique de la motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée. D'ailleurs, les deux procédés ont parfois été combinés par le juge de l'excès de pouvoir⁶⁸⁹. Ainsi, « *de nombreuses décisions contenant une formule de renvoi « pour faire ce que de droit » définissent en outre clairement les obligations de l'administration et les droits du requérant dans les motifs* »⁶⁹⁰.

L'on peut ainsi penser que le juge, procédant à une telle combinaison, a eu pour ambition de doter de la portée obligatoire leur faisant originellement défaut⁶⁹¹ les indications contenues dans les motifs de ses décisions et visant à guider l'administration sur la voie de la chose jugée.

197. Il est en effet permis de considérer qu'une telle combinaison a eu pour effet de renforcer la portée obligatoire de la motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée⁶⁹². Il apparaît que le juge, en procédant à une telle combinaison, a eu pour ambition d'étendre le caractère injonctif et partant, impératif, du procédé du renvoi « pour faire ce que de droit » aux motifs précisant les conséquences de la chose jugée.

⁶⁸⁶ CORNEILLE, conclusions sur CE, 8 août 1919, *Abbé Toesca*, RDP, 1919, pp. 507-513, spéc. p. 512.

⁶⁸⁷ F. DUPONT-MARILLIA, *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, préc., spéc. p. 373.

⁶⁸⁸ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 455.

⁶⁸⁹ Sur la combinaison de ces deux procédés, V. : O. SCHRAMECK, conclusions sur CE, 8 juin 1988, *SARL A.B.C. Engineering*, AJDA, 1988, pp. 473-474 ; F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. pp. 447-449.

⁶⁹⁰ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 448.

⁶⁹¹ Cf. *supra* les paragraphes n°184 et s., spéc. les paragraphes n°189 et s.

⁶⁹² V. déjà en ce sens : F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 448.

Parce que la motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée complète et précise la formule de renvoi devant l'administration « pour faire ce que de droit », le caractère obligatoire du procédé du renvoi rejaillit, en définitive, sur ladite motivation. Ainsi, l'administration est tenue de suivre les indications en exécution de la chose jugée précisées aux motifs du jugement à l'appui de la formule de renvoi devant l'administration. Un arrêt *Demoiselle Fermaud* est particulièrement illustratif en ce sens⁶⁹³.

« Cons., d'autre part, que l'exécution de la décision du Conseil d'État annulant le licenciement du 3 février 1945 au titre de l'épuration administrative entraînait pour l'administration l'obligation de reconstituer la carrière de la demoiselle Fermaud telle qu'elle se serait normalement déroulée si la sanction annulée n'était pas intervenue ; que le ministre chargé de l'Information devait rechercher si, abstraction faite de la mesure d'épuration illégale, la requérante aurait cessé d'être maintenue dans son emploi, compte tenu des nécessités du service et des décisions prise à l'égard des agents du même grade se trouvant dans une situation comparable et, dans l'affirmative, à quelle date cet agent contractuel aurait été licencié ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que, lorsqu'il a prononcé pour la seconde fois, par l'arrêté du 12 mai 1954, le licenciement de la demoiselle Fermaud à compter du 3 février 1945, le ministre de l'Information ait procédé à cette recherche [...] ; Cons. que de tout ce qui précède il résulte que la demoiselle Fermaud est fondée à soutenir que l'arrêté susvisé du 12 mai 1954 est entaché d'excès de pouvoir et que c'est à tort que le Tribunal administratif a refusé d'en prononcer l'annulation ; qu'il y a lieu de renvoyer la requérante devant le ministre de l'Information pour qu'il soit procédé à la reconstitution de sa carrière dans les conditions susindiquées » (CE, 13 février 1959, *Demoiselle Fermaud*, rec. p. 112).

En l'espèce, saisi à l'occasion d'un second pourvoi, le Conseil d'État conclut, dans le dispositif de sa décision, au renvoi de la requérante devant l'administration pour qu'il soit procédé à la reconstitution de sa carrière mais prend soin de préciser à l'occasion d'un considérant particulièrement étoffé et détaillé les modalités précises selon lesquelles cette reconstitution doit avoir lieu pour être licite. Dès lors, il est très évident que si l'administration ne s'exécute pas dans le sens ainsi précisé par le juge, elle encourt une nouvelle censure juridictionnelle. La dimension obligatoire des indications ainsi contenues dans les motifs paraît d'autant moins douteuse dans cette espèce que la haute juridiction précise avec fermeté que la requérante est renvoyée devant l'administration afin qu'il soit procédé à la reconstitution de sa carrière « *dans les conditions susindiquées* » à l'occasion des motifs de la décision. Sans doute le dispositif de la décision ne reprend pas cette dernière précision mais cette circonstance n'enlève en rien la tonalité impérative choisie par le juge.

D'ailleurs, appuyant encore la portée obligatoire des indications en exécution de la chose jugée

⁶⁹³ Pour d'autres exemples significatifs de motivations directives et didactiques pour l'exécution de la chose jugée combinées avec -et par conséquent renforcées par- une formule de renvoi devant l'administration « pour faire ce que de droit », V. : CE, 30 novembre 1900, *Sieur Viaud*, rec. p. 683 ; CE, Ass., 11 mai 1959, *Sieur Miret*, rec. p. 295.

formulées aux motifs de la décision juridictionnelle, le juge administratif a parfois pris soin de préciser, à l'occasion de la formule de renvoi devant l'administration -formule contenue dans le dispositif-, que le requérant est renvoyé devant l'administration « pour faire ce que de droit » et ce en conformité de la décision juridictionnelle ainsi prononcée⁶⁹⁴. Une telle incise, parce qu'elle est insérée dans le dispositif du jugement ou de l'arrêt, est dotée de l'autorité de la chose jugée. Or, il n'est pas douteux que cette précision concerne et renvoie aux motifs par lesquels le juge a explicité les conséquences et implications de la chose jugée.

§2 : La motivation directive à portée impérative pour l'exécution de la chose jugée

198. Dans le but d'assurer l'effectivité de ses décisions, le juge de l'excès de pouvoir, dès le début du XX^e siècle, a su mobiliser les motifs de ses décisions pour guider l'administration sur la voie de la chose jugée. Sa démarche était alors, sauf cas particuliers, de nature seulement indicative et incitative. La loi du 8 février 1995, parce qu'elle a consacré le pouvoir d'injonction du juge administratif contre l'administration active, a marqué une étape décisive en la matière. C'est désormais dans une logique pleinement impérative que le juge *ordonne* à l'administration la marche à suivre pour l'exécution de ses jugements et arrêts.

199. La réforme de 1995 a profondément transformé les relations entre le juge administratif, dont particulièrement le juge de l'excès de pouvoir, et l'administration. Désormais plus soucieux des conséquences de ses décisions, ce juge ne se borne plus à censurer les illégalités administratives. Il entend désormais « *reconstruire après avoir détruit* »⁶⁹⁵. En ce sens, il ne se contente plus de constater ce qui est illégal, il prescrit, le cas échéant, ce qui est légal⁶⁹⁶.

Ainsi, la consécration du pouvoir d'injonction au profit du juge administratif a notablement contribué au renouveau de la figure du juge-administrateur. Selon une analyse doctrinale dominante⁶⁹⁷, l'exercice du pouvoir d'injonction conduit en effet le juge administratif « *à des contacts directs plus*

⁶⁹⁴ V. pour un exemple significatif : CE, 20 mai 1933, *Sieur Delbreil*, rec. p. 552. Déjà en ce sens à propos de l'arrêt *Demonchaux* (CE, Sect., 19 octobre 1962) : R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDJ*, 2003, pp. 3-17, spéc. p. 12.

⁶⁹⁵ B. PACTEAU, « Vicissitudes (et vérification...?) de l'adage « juger l'administration, c'est encore administrer » », in Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 317-326, spéc. p. 325.

⁶⁹⁶ M. LONG, « Regard sur soixante-quinze ans d'histoire de la juridiction administrative française », in WOEHRLING (J.-M.) (dir.), *Les transformations de la justice administrative*, Paris, Economica, 1995, spéc. p. 32.

⁶⁹⁷ F. MODERNE, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif : le juge administratif incarné », in BONNET (B.) (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif*, Hommage à Daniel CHABANOL, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2009, pp. 89-108, spéc. p. 103.

étroits avec l'administration active »⁶⁹⁸. Le juge s'immisce désormais plus avant dans la sphère de l'administration. En effet, « *mû par un souci de recherche d'efficacité dans l'exécution des décisions qu'il rend, le juge guide l'administration au point de quasiment s'y substituer* »⁶⁹⁹.

200. Dans l'exercice de son pouvoir d'injonction légale déjà, le juge administratif se mue en juge-administrateur et n'hésite plus à mobiliser les motifs de ses décisions pour guider et diriger plus avant l'administration sur la voie de la chose jugée. Les motivations directives à portée impérative en exécution de la chose jugée se sont ainsi multipliées à compter et dans le cadre de la loi du 8 février 1995 (A). Plus encore, le juge administratif endosse pleinement le rôle de juge-administrateur lorsqu'il prononce des injonctions spontanées, lesquelles prennent la forme de véritables modes d'emploi pour l'exécution de la chose jugée destinés à expliciter fermement les mesures d'exécution que l'administration doit mettre en œuvre en conséquence de la décision juridictionnelle prononcée (B).

A. La motivation directive à portée impérative dans le cadre de l'injonction légale

201. Après 1872⁷⁰⁰, le juge administratif s'est refusé à enjoindre à l'administration active. L'interdiction pour le juge de prononcer des injonctions contre l'administration ne ressortait d'aucun texte mais seulement d'une auto-limitation de ses pouvoirs par le juge. Le pouvoir d'injonction étant d'essence hiérarchique, le juge administratif refusait de l'exercer pour ne pas réapparaître sous les traits d'un administrateur jugeant.

Dans ce contexte, la loi n°95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*⁷⁰¹ a marqué une évolution capitale. En effet, cette loi a consacré, au profit du juge administratif, le pouvoir de prononcer des injonctions contre l'administration^{702 703}. D'une part, elle a étendu au profit des tribunaux administratifs et cours

⁶⁹⁸ *Idem*, spéc. p. 102.

⁶⁹⁹ C. MAUGÜÉ, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, *Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 591-613, spéc. p. 613.

⁷⁰⁰ Avant 1872 et la consécration de la justice déléguée au profit du Conseil d'État, celui-ci mettait en œuvre les pouvoirs de substitution et d'injonction.

⁷⁰¹ Concernant le pouvoir d'injonction, V. spécifiquement les articles 62 et 77 de cette loi.

⁷⁰² L'injonction pouvant être prononcée par le juge administratif sur le fondement des dispositions issues de la réforme de 1995 est seulement celle visant à l'exécution d'une décision juridictionnelle administrative. En dehors de cette hypothèse, l'injonction demeure prohibée en vertu du principe selon lequel il n'appartient pas au juge administratif de prononcer des injonctions à l'administration.

À noter que le procédé de l'injonction est mobilisé par le juge dans le cadre de l'instruction : on parle des injonctions d'instruction, consistant pour le juge à ordonner aux parties (personnes privées ou administration) de lui fournir des explications supplémentaires ou toute pièce supplémentaire jugée utile.

⁷⁰³ Les auteurs ne sont pas unanimes quant à la portée de la loi du 8 février 1995 au regard du principe faisant interdiction au juge administratif d'enjoindre à l'administration. Pour certains, à l'image du Professeur R. Chapus, la loi de 1995

administratives d'appel le pouvoir de prononcer des astreintes *a posteriori*⁷⁰⁴ et y a associé un pouvoir d'injonction *a posteriori* pour l'exécution des décisions de justice⁷⁰⁵. D'autre part, et là a été l'apport majeur de la réforme, la loi de 1995 a consacré le pouvoir d'injonction *a priori* du juge administratif⁷⁰⁶ à l'encontre de l'administration active. Ce pouvoir relève d'une logique préventive : il est exercé concomitamment au prononcé de la décision de justice. Deux procédés injonctifs préventifs, désormais codifiés aux articles L. 911-1⁷⁰⁷ et L. 911-2⁷⁰⁸ du code de justice administrative, sont prévus. Le juge peut, s'il est saisi de conclusions en ce sens, assortir l'injonction *a priori* qu'il prononce d'une astreinte⁷⁰⁹.

202. Au sens courant, l'injonction se définit comme un ordre ou un commandement. Cette définition restrictive de l'injonction est souvent celle retenue par les auteurs. Pourtant, juridiquement, l'injonction⁷¹⁰ doit être considérée avant tout au regard de son but. En effet, « *la spécificité de l'injonction réside moins dans la contrainte qu'elle exprime que dans la finalité qu'elle poursuit* »⁷¹¹ : la concrétisation du droit.

L'injonction est un acte correctif et une mesure de concrétisation du droit. Elle est un acte correctif tant au regard de son but⁷¹² que de son contenu⁷¹³. Surtout, l'injonction constitue une mesure de

constitue une simple dérogation -bien que notable- au principe selon lequel il n'appartient pas au juge administratif de prononcer des injonctions contre l'administration active. Ledit principe demeure en dehors du cadre de la loi du 8 février 1995. D'autres auteurs, à l'image du Professeur F. Moderne (F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 1996, pp. 43-57), font valoir que la loi du 8 février 1995 doit être considérée comme ayant renversé le principe de prohibition des injonctions -cela quand bien même l'interdiction pour le juge de prononcer des injonctions à titre principal demeure. Certains défendent ce second point de vue d'autant plus fermement désormais eu égard aux prolongements législatifs et jurisprudentiels de la loi de 1995 et qui ont conforté le pouvoir d'injonction (V. : A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009, spéc. pp. 639-641).

⁷⁰⁴ La loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public avait déjà reconnu au profit du Conseil d'État le pouvoir de prononcer de telles astreintes *a posteriori* en cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle. V. désormais l'article L. 911-5 du code de justice administrative.

⁷⁰⁵ Article L. 911-4 du code de justice administrative.

⁷⁰⁶ Le pouvoir d'injonction *a priori* est reconnu au profit des juridictions administratives de droit commun : tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et Conseil d'État.

⁷⁰⁷ « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ».

⁷⁰⁸ « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé ».

⁷⁰⁹ Article L. 911-3 du code de justice administrative.

⁷¹⁰ Pour une étude détaillée de la notion juridique d'injonction V. : A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009.

⁷¹¹ A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. p. 15.

⁷¹² L'injonction vise à corriger ou modifier un comportement contraire au droit en vue du rétablissement de la légalité.

⁷¹³ L'injonction est un ordre juridique, un impératif juridique. L'auteur de l'injonction oblige le destinataire de celle-ci à modifier son comportement pour le rendre conforme au droit et ainsi mettre fin à une illégalité. L'injonction impose une obligation de faire ou de ne pas faire à la charge de son destinataire afin que celui-ci modifie son comportement pour le rendre conforme à la légalité.

concrétisation du droit. En ce sens, l'injonction juridictionnelle vise à garantir l'exécution de la décision de justice et, au-delà, la pleine effectivité de la règle de droit appliquée par le juge⁷¹⁴.

203. En ce qu'elle constitue un acte correctif et de concrétisation du droit, l'injonction comporte en elle-même une double dimension coercitive et didactique ou pédagogique⁷¹⁵.

Lorsqu'il prononce une injonction sur le fondement des articles L. 911-1 et suivants du code de justice administrative, le juge administratif adresse un ordre à l'administration. Il lui commande d'agir soit en lui imposant de prendre une mesure impliquée par la chose jugée soit, plus modestement, en lui imposant le réexamen de la demande du requérant dans un délai déterminé. Mais, le pouvoir d'injonction ne se manifeste pas seulement par le supplément d'autorité ou d'*imperium* qu'il offre au juge. En sus d'une dimension coercitive, l'injonction juridictionnelle se caractérise en effet par une dimension pédagogique incontestable⁷¹⁶ et particulièrement utile au juge de l'excès de pouvoir.

204. L'injonction ne se traduit pas seulement par un ordre donné. L'auteur de l'injonction, en effet, détermine et explicite les conséquences concrètes qu'implique sa décision. Dans l'exercice de son pouvoir d'injonction, le juge guide l'administration en lui indiquant les obligations positives mises à sa charge en conséquence de la chose jugée. Ainsi, l'injonction préventive de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, au-delà de son aspect coercitif⁷¹⁷, constitue à n'en pas douter « *un procédé de direction de l'action administrative, destiné à guider la personne publique destinataire de la décision en lui indiquant les obligations positives qui résultent pour elle de l'annulation juridictionnelle* »⁷¹⁸. Le juge se fait également guide de l'administration lorsqu'il prononce une injonction sur le fondement de l'article L. 911-2 de ce même code. Alors, non seulement le juge impose un délai à l'administration pour procéder à un nouvel examen de la demande dont elle avait été saisie mais encore il « *fixe [...] un cadre à l'intervention future de l'administration* »⁷¹⁹.

⁷¹⁴ A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. p. 438.

⁷¹⁵ La dimension pédagogique de l'injonction résulterait également du fait que le procédé injonctif reposerait, pour une part au moins, sur l'adhésion et la conviction. Pour produire ses effets, c'est-à-dire pour parvenir au plein rétablissement de la légalité, l'injonction suppose une action, un comportement positif de la part de son destinataire. Le prononcé de l'injonction ne suffit pas à lui seul au rétablissement du droit. Encore faut-il que le destinataire de l'injonction consente à mettre en œuvre les mesures positives mises à sa charge. De fait, l'auteur de l'injonction rechercherait, au moins pour partie, l'adhésion du destinataire de l'injonction ou un certain consensus autour des mesures mises à la charge de celui-ci. La contrainte qui caractérise toute mesure d'injonction ne suffit pas. Elle doit être mâtinée de pédagogie en vue de convaincre, de persuader le destinataire de l'injonction de la pertinence, du caractère utile et adéquat des obligations mises à sa charge. Sur ce point, V. : A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. p. 208 et s.

⁷¹⁶ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouvellement des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010, spéc. p. 399 : traitant de l'injonction préventive, l'auteur met en exergue la « *double logique de contrainte et de pédagogie* » à laquelle répond l'injonction.

⁷¹⁷ Sur ce fondement, le juge peut en effet imposer à l'administration de prendre une décision dans un sens déterminé.

⁷¹⁸ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 375.

⁷¹⁹ *Idem*, spéc. p. 378.

L'administration est alors tenue de se prononcer à nouveau « *en tenant compte [...] des motifs que le juge a retenus* »⁷²⁰.

205. C'est ainsi à l'image d'un supérieur hiérarchique que le juge agit dans l'exercice de son pouvoir d'injonction. Dans ce cadre, en effet, il guide l'administration autant qu'il l'oblige. Il endosse alors pleinement son office de juge-administrateur ; et cela quand bien même, lorsqu'il prononce une injonction légale, l'action du juge s'inscrit d'abord et avant tout « *dans la perspective du service rendu au requérant* »⁷²¹. Lorsqu'il enjoint à l'administration, le juge administratif se fait non seulement pleinement juge mais également juge-administrateur parce que « *précisément, énoncer dans le jugement les conséquences qu'il convient de tirer d'une annulation, et plus généralement imposer des obligations de faire, revient à se substituer à l'administration, en somme à se montrer administrateur* »⁷²².

206. Le pouvoir d'injonction est ainsi l'un des instruments privilégiés du juge-administrateur. Or, dans l'exercice de ce pouvoir, le juge mobilise les motifs de ses décisions en vue de guider et diriger plus avant l'administration sur la voie de la chose jugée. En effet, « *le juge administratif, pour assurer l'exécution de sa décision, dit « plus » et « mieux » le droit* »⁷²³. L'exercice du pouvoir d'injonction s'est ainsi traduit par « *une mutation des méthodes de travail du juge administratif* » dans le sens notamment d'« *un souci de pédagogie du juge* »⁷²⁴. La consécration du pouvoir d'injonction a conduit au développement corrélatif de la motivation des décisions de justice administrative⁷²⁵. Le juge se fait en effet plus pédagogue en vue d'assurer l'exécution de ses décisions : « *les arrêts sont plus clairs et plus détaillés. Le juge précise les objectifs de la règle de droit et les mesures concrètes que son application exige dans le cas d'espèce* »⁷²⁶.

207. Chaque fois qu'il prononce une injonction légale, le juge administratif guide et dirige

⁷²⁰ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 5^e éd, 2016, spéc. p. 1347. Dans le même sens, V. : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 984 : « *l'injonction [de l'article L. 911-2] tend à imposer à l'autorité administrative le réexamen de sa décision [...] et cela, « au vu des motifs » par lesquels le juge s'est prononcé* ».

⁷²¹ C. BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge-administrateur », *Dr. adm.*, n°3/2004, chron. n°6.

⁷²² C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 6^e éd., 2018-2019, spéc. p. 299.

⁷²³ A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009, spéc. p. 749.

⁷²⁴ C. MAUGÜÉ, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 591-613, resp. p. 601 et p. 604.

⁷²⁵ A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. p. 750.

⁷²⁶ *Idem*, spéc. p. 749.

l'administration sur la voie de la chose jugée par le dispositif mais également par les motifs de sa décision. Il n'y a là rien d'étonnant puisque, saisi de conclusions à fin d'injonction sur le fondement des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative, le juge est tenu d'y répondre et il le fait à l'occasion des motifs de sa décision. Après avoir statué sur la demande au principal mais avant le prononcé du dispositif, le juge répond aux conclusions accessoires à fin d'injonction⁷²⁷. L'injonction est une chose jugée, incorporée et contenue dans le dispositif de la décision de justice. Elle est ainsi évidemment rappelée à l'occasion du dispositif, mais c'est d'abord à l'occasion des motifs qu'elle est précisée. D'ailleurs, et cela est très révélateur du rôle premier joué par les motifs, le dispositif de la décision contient parfois une formule de renvoi aux motifs par lesquels le juge a précisé et détaillé les conséquences concrètes de sa décision⁷²⁸.

Parce que le juge administratif se prononce sur les demandes d'injonction *a priori* dont il est saisi à l'occasion même des motifs de son arrêt, c'est à l'occasion de ceux-ci qu'il a parfois défini avec une particulière minutie les conséquences qu'impliquait sa décision⁷²⁹, « *s'engage[ant] [alors] dans la voie des indications aussi circonstanciées qu'on peut le souhaiter et propres à faire de l'arrêt un guide éclairant et fiable* »⁷³⁰. En ce sens, saisi sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, le juge de l'excès de pouvoir⁷³¹ a parfois indiqué précisément le contenu des mesures⁷³² ou des dispositions⁷³³ que l'administration devait prendre en exécution de la chose jugée.

⁷²⁷ Les conclusions à fin d'injonction pour exécution de la chose jugée présentent nécessairement un caractère complémentaire (ou subsidiaire) : elles constituent l'accessoire d'une demande présentée à titre principal.

⁷²⁸ CE, 18 novembre 2015, *Mme Thibault, Mme Morelli*, n°372111, 372310, rec. T. p. 672 et p. 681 : « Article 3 : Il est enjoint au Premier ministre de prendre les mesures définies aux points 8 et 9. » ; CE, 15 juin 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°383722, rec. p. 254 : « Article 2 : Il est enjoint au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et à la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer de prendre, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, un nouvel arrêté fixant les tarifs réglementés « bleus » de l'électricité pour la période comprise entre le 1er août 2014 et le 31 octobre 2014 conformément aux principes énoncés dans la présente décision ».

⁷²⁹ Cette démarche du juge se retrouve dans le cadre de l'injonction *a posteriori* de l'article L. 911-4 du code de justice administrative. Dans l'exercice de son pouvoir d'injonction *a posteriori*, le juge administratif a pu fixer très précisément les obligations concrètes mises à la charge de l'administration en conséquence de la chose jugée. V. en ce sens : CAA de Marseille, 10 juillet 2009, n°09MA00849 ; TA de Strasbourg, 23 mai 1996, *AJDA*, 1996, p. 943 et s., note J.-M. WOEHLING.

⁷³⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 985.

⁷³¹ Le recours pour excès de pouvoir est le terrain de prédilection du pouvoir d'injonction du juge administratif. C'est souvent à l'appui d'une décision d'annulation pour excès de pouvoir que le juge prononce une injonction contre l'administration. Mais, le juge de l'excès de pouvoir n'a pas le monopole de ce pouvoir. Ainsi et notamment, le juge du référé-liberté y a également recours. Pour un exemple, V. : CE, ord., 30 juillet 2015, *Section française de l'Observatoire international des prisons et ordre des avocats au barreau de Nîmes*, n°392043, rec. p. 305.

⁷³² CE, 30 décembre 2002, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n°234415, rec. p. 487 : en l'espèce, le Conseil d'État enjoint au ministre compétent d'installer, au sein du centre de rétention administrative de Vincennes, un local adapté, permettant notamment des échanges confidentiels entre les avocats et les étrangers placés en rétention, et équipé notamment d'une ligne téléphonique et d'un télécopieur.

⁷³³ CE, 30 juillet 2003, *Syndicat des avocats de France*, n°247940, rec. p. 358 : en l'espèce, le Conseil d'État enjoint à l'autorité investie du pouvoir réglementaire de prendre les dispositions nécessaires pour l'application de l'article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Il fixe précisément le contenu de cette obligation : l'autorité compétente doit prendre « les dispositions nécessaires pour, d'une part, permettre aux avocats et aux interprètes d'accéder à tout moment aux

Se prononçant au titre de l'article L. 911-2 de ce même code, il est arrivé que le juge de l'excès de pouvoir, après avoir annulé un arrêté de reconduite à la frontière⁷³⁴ ou une décision de refus de délivrance d'un titre de séjour⁷³⁵, a enjoint à l'administration de réexaminer la demande et pu préciser à ce titre que ce réexamen devra se faire au vu de la situation de droit et de fait existant à cette date. Plus encore, « *le juge se reconnaît [...] parfois la possibilité de renforcer l'injonction prononcée sur le terrain de l'article L. 911-2 par un renvoi aux motifs de sa décision, destiné à bien encadrer l'instruction ultérieure de l'administration* »⁷³⁶. Enjoignant à l'administration de réexaminer la situation de l'intéressé dans un délai qu'il détermine, le juge prend alors soin de préciser que ce réexamen devra se faire au regard des motifs de sa décision au principal⁷³⁷. Ce faisant, le juge encadre plus avant l'instruction nouvelle à laquelle l'administration doit procéder dans le délai qu'il prescrit.

Cette pédagogie du juge de l'injonction a pu être l'occasion de véritables modes d'emploi pour l'exécution de la chose jugée. Par exemple, dans un arrêt *Dieng*⁷³⁸, le Conseil d'État a précisé en détail les conséquences de l'annulation d'une mesure de reconduite à la frontière. Par cette décision, en effet, « *la section du contentieux ne s'est pas bornée à refuser d'ordonner la délivrance du titre [de séjour] que lui demandait M. Dieng. Elle a, dans un souci pédagogique, décidé d'éclairer l'administration [...] sur les conséquences à tirer d'un tel jugement* »⁷³⁹ d'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière. Ainsi, se prononçant sur les conclusions à fin d'injonction dont il avait été saisi et après avoir fixé le principe selon lequel l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté de reconduite à la frontière n'implique pas nécessairement, au sens de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, la délivrance d'un titre de séjour, le Conseil d'État a pris soin de préciser

zones d'attente lorsqu'un étranger en formule la demande et, d'autre part, prévoir que, dans chaque zone d'attente, sera installé un local adapté permettant la confidentialité des échanges et équipé notamment d'une ligne téléphonique et d'un télécopieur ». Ce faisant, et alors même que, selon la jurisprudence, il ne peut préciser le contenu des règlements que l'administration est tenue de prendre (CE, 21 mai 1997, *Dobler*, n°173069, rec. T. p. 1019), « *le juge explique [...] avec une grande minutie le contenu des mesures à prendre* » (V. : C. MAUGÜÉ, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », *op. cit.*, spéc. p. 607). V. également : CE, 15 juin 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°383722, rec. p. 254.

⁷³⁴ CE, Sect., 22 février 2002, *Dieng*, n°224496, rec. p. 54.

⁷³⁵ CE, 24 février 2006, *Iswahyudi c. ministre de l'Intérieur*, n°257927, rec. p. 88.

⁷³⁶ F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010, spéc. p. 378.

⁷³⁷ CE, 21 juin 2006, *Commune de la Faute-sur-Mer*, n°269880, rec. T. p. 931 et p. 1094 : « *Considérant [...] que, dès lors, il y a lieu de faire droit aux conclusions de la requérante tendant à l'application des dispositions de l'article L. 911-2 du code de justice administrative et d'enjoindre à la COMMUNE DE LA FAUTE-SUR-MER de réexaminer les droits de l'intéressée au bénéfice d'une allocation unique dégressive au regard des motifs de la présente décision et des autres conditions énumérées à l'article L. 351-1 du code du travail, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision* » (nous soulignons) ; TA de Paris, 14 septembre 2015, *AJDA*, n°40/2015, p. 2272. Pour d'autres exemples, V. : F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 378, note de bas de page n°2257.

⁷³⁸ CE, Sect., 22 février 2002, *Dieng*, n°224496, rec. p. 54.

⁷³⁹ M. GUYOMAR, P. COLLIN, « L'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière n'implique pas la délivrance d'un titre de séjour », chronique sur CE, Sect., 22 février 2002, *Dieng*, *AJDA*, 2002, pp. 415-419.

qu'une telle annulation implique pour l'administration préfectorale d'une part, de munir l'intéressé d'une autorisation provisoire de séjour, et d'autre part, de se prononcer à nouveau sur le droit de l'intéressé à bénéficier d'un titre de séjour, ledit réexamen de la demande devant se faire, précise encore le Conseil d'État, « *au vu de l'ensemble de la situation de droit et de fait existant à la date de ce réexamen* ».

B. La motivation directive à portée impérative dans le cadre de l'injonction spontanée

208. La réforme issue de la loi du 8 février 1995 a constitué le point de départ d'un large mouvement non seulement législatif⁷⁴⁰ mais également jurisprudentiel qui n'a eu de cesse de conforter le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif⁷⁴¹. La jurisprudence postérieure à 1995 a ainsi reconnu au juge des référés d'urgence un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration⁷⁴². De même, de manière prétorienne, le juge de l'excès de pouvoir s'est reconnu compétent pour prononcer des injonctions spontanées. En effet, et alors même qu'il n'avait pas été saisi de conclusions à fin d'injonction sur le fondement des articles L. 911-1 et suivants du code de justice administrative, le juge de l'excès de pouvoir a, à plusieurs reprises, prononcé d'office des injonctions contre l'administration⁷⁴³. C'est ainsi qu'a émergé, au tournant des années 2000, un véritable pouvoir d'injonction d'office d'origine prétorienne.

209. Le prononcé de telles injonctions spontanées -ou d'office- illustre avec une particulière acuité la tendance du juge de l'excès de pouvoir à mobiliser les motifs de ses décisions en vue de guider et

⁷⁴⁰ En vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge du référé-liberté, « *saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, [...] peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ». (Nous soulignons).

⁷⁴¹ V. sur ce point : A. PERRIN, « Au-delà du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995 », *RFDA*, 2015, pp. 643-649.

⁷⁴² La jurisprudence a consacré un pouvoir d'injonction au profit du juge du référé-suspension. Cette solution, dégagée sous l'empire du sursis à exécution (CE, Sect., 20 décembre 2000, *Ouatah*, rec. p. 643), a été réaffirmée dans le cadre de la procédure du référé-suspension instituée par la réforme de 2000 (CE, 27 juillet 2001, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c. M. Vedel*, n°232606, rec. p. 416). Le juge peut assortir la mesure de suspension qu'il ordonne de l'indication des obligations provisoires qui en découlent pour l'administration. Ce pouvoir d'injonction est rattaché aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative (CE, 21 mars 2003, n°250777). Le Conseil d'État a également confirmé le pouvoir du juge du référé mesures-utiles de prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration si les conditions de fond sont réunies (CE, 29 avril 2002, *M. Capellari*, n°240322, rec. T. p. 876). Sur ce thème : A. BOURREL, « Le pouvoir d'injonction du juge des référés d'urgence », *RDP*, 2010, p. 927 et s.

⁷⁴³ V. notamment : CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse football club*», rec. p. 281 ; CE, Ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, n°213229, rec. p. 303 ; CE, 27 juillet 2001, *Titran*, rec. p. 411 ; CE, 5 mars 2003, *Titran*, rec. p. 114 ; CE, 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurance et de réassurance*, n°233343, rec. T. p. 704 et p. 856 ; CE, 28 avril 2003, *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires*, n°237717 ; CE, 3 décembre 2010, *Scété SMP technologie*, n°332540, rec. T. p. 917 ; CE, 30 juillet 2014, *La CIMADE*, n°375430, rec. p. 253.

diriger l'administration sur la voie de la chose jugée. En effet, lorsqu'il prononce d'office une injonction contre l'administration, c'est au sein des motifs de sa décision que le juge de l'excès de pouvoir précise les mesures d'exécution qu'implique, pour l'administration, la décision juridictionnelle prononcée. Ce n'est en effet qu'« *après développement adéquat des motifs de sa décision* »⁷⁴⁴ que le juge prononcera une injonction spontanée. « *Est ainsi nettement mis en lumière le rôle essentiel joué par la motivation des décisions juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Celle-ci peut, en effet, [...] guider la personne publique destinataire de la décision en lui indiquant la marche à suivre* »⁷⁴⁵. Dans le cadre d'une injonction spontanée, l'ordre est précisé à l'occasion des motifs de la décision juridictionnelle. Le dispositif, sans même rappeler expressément et complètement le contenu de l'injonction ainsi formulée, contient seulement une formule de renvoi aux motifs par lesquels le juge a précisé les obligations mises à la charge de l'administration pour l'exécution de la chose jugée⁷⁴⁶.

210. Quand bien même la doctrine officielle du Conseil d'État s'efforce de le nier⁷⁴⁷, il apparaît que « *le retour du juge-administrateur* »⁷⁴⁸ est d'autant plus net que le juge s'autorise désormais à prononcer des injonctions en dehors de tout cadre légal et de toute demande en ce sens formulée par le requérant. Alors, c'est de son propre chef et au-delà de ce qui lui est demandé par le requérant⁷⁴⁹ que le juge administratif prononce une injonction contre l'administration partie au litige après avoir précisément déterminer les mesures d'exécution impliquées par la chose jugée. Ce faisant, le juge « *se place en chef hiérarchique de l'administration* »⁷⁵⁰ avec pour objectif premier, non plus seulement de donner complète satisfaction au requérant, mais de garantir le complet rétablissement

⁷⁴⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 986.

⁷⁴⁵ F. BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue. À propos des arrêts *Société à objet sportif* « Toulouse football club » (C.E., section, 25 juin 2001), *Vassilikiotis* (C.E., assemblée, 29 juin 2001) et *Titran* (C.E., 27 juillet 2001) », *RRJ*, n°2/2003, pp. 1513-1553, spéc. p. 1517.

⁷⁴⁶ V. notamment : CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif* « Toulouse football club » ; CE, Ass., 29 juin 2001 *Vassilikiotis* ; CE, 27 juillet 2001, *Titran*, préc.

⁷⁴⁷ V. en ce sens le discours d'ouverture prononcé le 5 septembre 2014 par le vice-président du Conseil d'État, J.-M. SAUVÉ, à l'occasion du colloque organisé dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives sur le thème de « *L'injonction, l'exécution du jugement, la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique – Réflexions sur l'effectivité des décisions du juge administratif* » : « *En réalité, par cette technique [des injonctions prétorienne], le juge ne se fait pas abusivement administrateur, car le principe de prohibition des injonctions à titre principal demeure intact. Le juge se borne en effet, certes d'office, à préciser les suites nécessaires de ses décisions, en renvoyant dans le dispositif aux obligations énoncées dans ses motifs. Est ainsi poursuivie une finalité pédagogique, respectueuse des compétences administratives et soucieuses de sécurité juridique dans l'intérêt des parties et, d'une manière plus générale, des usagers des services publics* ». (<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique>).

⁷⁴⁸ C. BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge-administrateur », *Dr. adm.*, n°3/2004, chron. n°6.

⁷⁴⁹ Le juge administratif se prononce alors *ultra petita*.

⁷⁵⁰ C. BROUELLE, *op. cit.*

de la légalité. Ainsi, ce « *pouvoir d'injonction prenant le relais de celui qui procède de la loi au-delà des limites de son domaine d'application [...] contribue à manifester que le juge administratif est ce qu'il doit être : un juge-administrateur* »⁷⁵¹. Juge-administrateur, le juge administratif l'est plus encore lorsque les motivations par lesquelles il enjoint d'office à l'administration « *correspondent à celles d'un administrateur soucieux du bon fonctionnement du service public* »⁷⁵². Il peut être admis, en effet, que le juge administratif se comporte en administrateur chaque fois et du simple fait que, dans le cadre de sa fonction de juger, il se soucie de la bonne administration de la justice⁷⁵³.

211. Plusieurs décisions rendues depuis 2001 ont ainsi donné lieu, à l'occasion de l'exercice de son pouvoir d'injonction spontanée -ou d'office- par le juge administratif, au prononcé de véritables modes d'emploi en exécution de la chose jugée⁷⁵⁴. Mobilisant les motifs de ses décisions, le juge administratif a en effet alors « *défini [...] avec un grand luxe de détails, les mesures d'exécution destinées à guider l'administration et à permettre, ainsi, une exécution complète de ses sentences* »⁷⁵⁵.

Parmi ces décisions, l'arrêt d'Assemblée, *Vassilikiotis*⁷⁵⁶, éclaire particulièrement sur cette volonté renouvelée du juge de l'excès de pouvoir de guider et diriger l'autorité administrative partie au litige en lui indiquant, par le biais de motifs particulièrement directifs et didactiques, les mesures positives qu'implique la décision qu'il rend. En l'espèce, le Conseil d'État prononce l'annulation partielle « en tant que ne pas » de l'arrêté interministériel contesté. Le juge sanctionne ainsi une omission illégale : l'arrêté interministériel contesté est annulé « *en tant qu'il ne prévoit pas les conditions d'attribution de la carte professionnelle des personnels qualifiés pour conduire des visites dans les musées et monuments historiques aux personnes titulaires de diplômes d'autres États membres de l'Union européenne* ». L'intérêt de cet arrêt est que le Conseil d'État « *a innové en précisant à l'attention de l'administration les conséquences de l'annulation partielle de l'arrêté qu'il a prononcée* »⁷⁵⁷ et ce alors même qu'il n'était pas saisi de conclusions à fin d'injonction sur le fondement des dispositions du code de justice administrative⁷⁵⁸. À l'occasion de cette affaire, la haute juridiction a formulé *via*

⁷⁵¹ R. CHAPUS, *op. cit.*, spéc. p. 986.

⁷⁵² C. BROUELLE, *op. cit.* V. particulièrement en ce sens : CE, Ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, préc. ; CE, 27 juillet 2001, *Titran*, préc.

⁷⁵³ B. PACTEAU, « Vicissitudes (et vérification...?) de l'adage « juger l'administration, c'est encore administrer » », in Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 317-326, spéc. p. 324.

⁷⁵⁴ V. notamment : CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse football club »*, rec. p. 281 ; CE, Ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, préc. ; CE, 27 juillet 2001, *Titran*, préc. ; CE, 5 mars 2003, *Titran*, n°241325, rec. p. 113 ; CE, 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurances et réassurance et autres*, n°233343, rec. T. p. 704 et p. 856 ; etc.

⁷⁵⁵ F. BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue... », *RRJ*, n°2/2003, pp. 1513-1553, spéc. pp. 1514.

⁷⁵⁶ CE, Ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, préc. ; M. GUYOMAR, P. COLLIN, chronique, *AJDA*, 2001, p.1046 et s.

⁷⁵⁷ C. GUETTIER, Chronique de jurisprudence administrative 2001, *RDP*, n°3/2002, spéc. p. 749.

⁷⁵⁸ Articles L. 911-1 et suivants de ce code.

les motifs de sa décision et à l'intention de la personne publique partie au litige « *un véritable « guide de l'exécution » de la chose jugée* »⁷⁵⁹. En vue du complet rétablissement de la légalité⁷⁶⁰ et « *soucieuse de contrebalancer le caractère théorique de l'annulation « en tant que ne pas », l'assemblée du contentieux [...] choisi[t] d'en expliciter les conséquences* »⁷⁶¹. Ainsi, et parce que l'« *annulation partielle de l'arrêté attaqué ne saurait avoir pour effet de maintenir dans l'ordre juridique français une discrimination contraire aux exigences du droit communautaire* », le Conseil d'État décide « *qu'il y a lieu, dans ces conditions, d'en préciser la portée par des motifs qui en constituent le soutien nécessaire* »⁷⁶². À l'occasion des deux derniers *considérants* de son arrêt et à l'intention de l'administration, la haute juridiction détaille ainsi précisément les mesures positives qu'implique sa décision. Dans un premier temps, elle détermine les conséquences nécessaires de l'annulation qu'elle prononce. À ce titre, elle précise que « *la présente décision a nécessairement pour conséquence que les autorités compétentes sont tenues de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures prévues par le décret du 15 juin 1994 modifié pour l'attribution des cartes professionnelles aux ressortissants communautaires qui ne possèdent pas un titre ou diplôme français ; qu'il leur incombe, notamment, de prévoir un système d'équivalence ou de déterminer les conditions permettant, conformément aux exigences des règles du droit communautaire relatives à la liberté de prestation de services, de s'assurer que les titres ou diplômes délivrés dans d'autres États membres présentent des garanties équivalentes à celles exigées par le droit national français* ». Dans un second temps, et de manière remarquable, le Conseil d'État organise le provisoire⁷⁶³ en précisant en détail les comportements et mesures que l'administration est tenue d'adopter dans l'attente de la modification effective de la réglementation. À ce titre, il précise que « *dans l'attente que cette réglementation complémentaire soit édictée, l'annulation prononcée par la présente décision a nécessairement pour effet d'interdire aux autorités nationales d'empêcher l'exercice, par un ressortissant communautaire, de la profession de guide dans les musées et monuments historiques au motif qu'il ne posséderait pas les titres et diplômes requis par le décret du 15 juin 1994 et l'arrêté du 15 avril 1999 ; qu'il appartient aux autorités compétentes, jusqu'à ce que l'arrêté du 15 avril 1999 ait été complété dans les conditions exposées ci-dessus, de délivrer aux ressortissants communautaires qui en font la demande, une carte professionnelle, en décidant, au cas par cas, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les titres et les diplômes présentés peuvent être considérés comme offrant, du point de vue des intérêts généraux que l'article 13 de la loi du 13 juillet 1992 a pour objet de sauvegarder, des*

⁷⁵⁹ M. GUYOMAR, P. COLLIN, *op. cit.*

⁷⁶⁰ La simple annulation partielle de l'arrêté contesté était en effet insuffisante à mettre fin à l'illégalité constatée et consistant en une omission.

⁷⁶¹ M. GUYOMAR, P. COLLIN, *op. cit.*

⁷⁶² CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, préc.

⁷⁶³ C. GUETTIER, *op. cit.*, spéc. pp. 711-780.

garanties équivalentes à celles qui résultent de la possession des titres et diplômes français ». Le Conseil d'État a su se faire particulièrement pédagogue⁷⁶⁴ autant que directif en vue d'assurer au mieux l'effectivité et l'efficacité de sa décision d'annulation.

Au regard de la définition de l'injonction⁷⁶⁵, il n'est pas douteux que l'arrêt *Villemain*⁷⁶⁶ donne également à voir l'exercice par le Conseil d'État d'un véritable pouvoir d'injonction d'office⁷⁶⁷. Dans cette affaire⁷⁶⁸, la haute juridiction n'a pas hésité, cette fois à l'occasion d'une décision de rejet, à guider ou diriger l'administration sur la voie de la chose jugée en lui indiquant très précisément, à l'occasion des motifs de son jugement, les obligations qui résultent pour elle de la décision qu'il prononce. Après avoir affirmé l'obligation pour l'autorité réglementaire de prendre, dans un délai raisonnable, les règlements nécessaires à la pleine application de la loi⁷⁶⁹, le Conseil d'État indique, très précisément et « *de manière particulièrement pédagogique* »⁷⁷⁰, les obligations concrètes et précises qui s'imposent, en conséquence, à l'administration⁷⁷¹. Ce faisant, le juge n'a pas hésité à « *indiquer au gouvernement la marche à suivre* »⁷⁷². Pour manifester d'autant plus fermement le caractère obligatoire de la prescription ainsi formulée, le Conseil d'État, à l'occasion d'un *obiter dictum*⁷⁷³, prévient enfin que « *l'abstention du pouvoir réglementaire, si elle se prolongeait au-delà de ce délai raisonnable serait entachée d'illégalité* ». La menace de sanction est à peine voilée. L'injonction est consacrée.

⁷⁶⁴ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 1513.

⁷⁶⁵ L'injonction se définit comme un acte correctif et de concrétisation du droit. V. : A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009.

⁷⁶⁶ CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, n°220361, rec. p. 229, conclusions S. Boissard, *RFDA*, 2002, p.723 et s.

⁷⁶⁷ V. en ce sens : C. GUETTIER, Chronique de jurisprudence administrative 2002, *RDP*, n°2/2003, pp. 405-477 ; F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité...*, PUAM, 2010, spéc. p. 441 ; A. PERRIN, *op. cit.*, spéc. p. 373.

⁷⁶⁸ Cette affaire posait la question de savoir si la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité créait une situation juridique nouvelle (changement dans les circonstances de droit) rendant contraire au principe d'égalité de traitement des agents publics et partant, illégales, les dispositions réglementaires antérieures réservant le bénéfice de certains avantages financiers aux seuls agents publics liés par un mariage. V. sur cet arrêt : C. GUETTIER, Chronique de jurisprudence administrative 2002, préc., spéc. pp. 447-454.

⁷⁶⁹ Le Conseil d'État juge ainsi que « *lorsque, sans pour autant rendre par elle-même inapplicables des dispositions réglementaires incompatibles avec elle, une loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes et, en particulier, aux principes généraux du droit tels que le principe d'égalité* ».

⁷⁷⁰ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 352.

⁷⁷¹ S'adressant directement au pouvoir réglementaire, la haute juridiction précise ainsi « *que, dans le cas du pacte civil de solidarité, cette obligation impose au pouvoir réglementaire de mettre à jour l'ensemble des textes qui ouvrent des droits, créent des avantages ou, plus généralement, fixent une règle en se fondant sur la qualité de célibataire, de concubin ou de conjoint, de manière à rapprocher, en fonction de l'objet de chacun de ces textes, la situation du signataire d'un pacte civil de solidarité de celle applicable à l'une des trois qualités énumérées ci-dessus* ».

⁷⁷² F. DONNAT, D. CASAS, « Les obligations du pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre le pacte civil de solidarité », chronique sur CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, *AJDA*, 2002, p.586 et s.

⁷⁷³ M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, spéc. pp. 366-369.

212. Par l'exercice d'un tel pouvoir d'injonction d'office, le juge administratif a véritablement redécouvert les motifs de ses décisions en ce qu'ils peuvent constituer un instrument efficace permettant de guider et diriger l'administration sur la voie de la chose jugée et, au-delà, de mieux accompagner celle-ci sur le chemin de la légalité.

En ce sens, la finalité du procédé de l'injonction spontanée est similaire à celle poursuivie depuis longtemps déjà par le juge de l'excès de pouvoir et consistant à développer des motifs particulièrement didactiques et directifs à l'intention de l'administration partie au litige⁷⁷⁴. Dans les deux cas, en effet, il s'agit pour le juge d'assurer l'exécution effective de ses décisions en prenant soin de guider au mieux l'administration sur la voie de la chose jugée en lui indiquant les obligations mises à sa charge et découlant de la décision juridictionnelle.

À l'inverse, les modalités d'exercice de ces deux procédés se distinguent nettement. Lorsque, par le passé, le juge administratif a eu recours à des motivations didactiques et directives en vue d'orienter l'administration sur la voie de la chose jugée, sa démarche était seulement alors, par principe, de nature indicative et incitative. Les indications insérées dans les motifs du jugement et formulées à l'intention de l'administration active n'étaient nullement impératives. Elles n'obligeaient en rien l'autorité administrative partie au procès. L'injonction spontanée relève, au contraire, d'une logique impérative ou obligatoire certaine. Le juge formule un ordre, un commandement véritable à l'adresse de l'administration⁷⁷⁵. Le caractère impératif des indications formulées en vue d'expliciter les conséquences de la décision est indéniable. D'une part, le juge administratif identifie les motifs contenant lesdites indications comme des motifs soutien nécessaire du dispositif⁷⁷⁶ et leur confère, de fait, autorité de chose jugée⁷⁷⁷. D'autre part, le juge insère dans le dispositif de sa décision une formule de renvoi auxdits motifs⁷⁷⁸. Par ce biais, le juge « *affirme [...] clairement que les obligations de la personne publique destinataire de la décision ne se limitent pas à l'énoncé décisionnel final, mais incluent également les directives d'exécution insérées dans les motifs* »⁷⁷⁹. L'administration est juridiquement tenue de suivre les directives d'exécution ainsi formulées par le juge. Lesdites mesures

⁷⁷⁴ Cf. *supra* les paragraphes n°183 et s. de la présente thèse.

⁷⁷⁵ A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009, spéc. p. 290.

⁷⁷⁶ L'identification de tels motifs comme des motifs soutien nécessaire du dispositif si elle est parfois expresse (ex : CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, préc. ; CE, 30 juillet 2014, *La CIMADE*, préc.) ne l'est pas toujours (ex : CE, 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurance et de réassurance*, préc. ; CE, 3 décembre 2010, *Scété SMP technologie*, n°332540, rec. T. p. 917). Mais, même alors, il n'est pas douteux que les motifs auxquels il est fait référence dans le dispositif doivent être vus comme des motifs que le juge a entendu identifier comme des motifs soutien nécessaire du dispositif.

⁷⁷⁷ Pour une approche critique de l'usage ainsi fait de la notion de motifs soutien nécessaire du dispositif, cf. *supra* le paragraphe n°190 de la présente thèse et : F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité...*, PUAM, 2010, spéc. pp. 428-434.

⁷⁷⁸ Cette technique par laquelle le juge administratif insère dans le dispositif de sa décision une formule de renvoi aux motifs de celle-ci n'est pas propre au contentieux de l'excès de pouvoir. Elle est notamment mise en œuvre de manière plus habituelle par le juge du plein contentieux. V. en ce sens : F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. pp. 434-435.

⁷⁷⁹ F. BLANCO, *op. cit.*, spéc. p. 435.

ne sont pas formulées à titre indicatif ou seulement incitatif. Au contraire, elles revêtent une portée impérative pour l'administration partie au litige. C'est de manière obligatoire que le juge entend ainsi dicter à l'administration la marche à suivre en exécution de la chose jugée.

Conclusion du chapitre

213. L'accroissement contemporain des pouvoirs du juge administratif, particulièrement en contentieux de l'excès de pouvoir, a conduit au renouveau de la figure du juge-administrateur.

Dans ce contexte redessiné, le juge administratif a su mobiliser habilement les motifs de ses décisions pour remplir plus pleinement encore son office de juge-administrateur. Certes, à proprement parler, la motivation de ses jugements et arrêts ne conduit pas le juge à agir en lieu et place de l'administration active. Mais, et dès lors qu'il tend à abandonner le laconisme traditionnel de ses décisions et certaines techniques de motivation qui en sont le corollaire au profit de motivations tout à la fois plus amples, explicatives et directives, le juge, par les motifs de ses décisions, accompagne et guide l'administration. Tel un supérieur hiérarchique, il montre à l'autorité administrative la voie à suivre dans le respect de la légalité.

214. Le juge administratif n'est plus seulement le censeur de l'activité administrative, sanctionnant les illégalités de l'administration. Il est désormais également le collaborateur ou le guide de l'administration active. Juge-administrateur, le juge administratif se fait plus pédagogue pour mieux encore guider et diriger l'action administrative. Un lien nécessaire apparaît ainsi entre le renforcement des pouvoirs du juge et le renouveau de la figure du juge-administrateur, d'une part, et l'enracinement de la pédagogie juridictionnelle à destination de l'administration, d'autre part.

215. Cette pédagogie nouvelle du juge administratif pose question au regard de la définition de la fonction juridictionnelle voire, plus largement, au regard du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. Appartient-il au juge, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, de guider et diriger ainsi l'administration active ?

La fonction juridictionnelle ne doit pas être considérée de manière restrictive comme consistant seulement à mettre fin aux litiges soumis au juge. Il paraît opportun, au contraire, qu'elle se prolonge dans une fonction de conseil à l'intention de l'administration active⁷⁸⁰ permettant ainsi au juge de mieux encore garantir la légalité administrative. Par la pédagogie, le juge administratif guide et montre la voie à l'administration active et parvient ce faisant, en définitive, à garantir plus efficacement le respect de la légalité par l'autorité administrative. Or, là est bien le rôle du juge administratif. Il faut donc louer la pédagogie dont le juge fait preuve à l'intention de l'administration dès lors qu'elle participe, à n'en pas douter, au renforcement de l'État de droit.

⁷⁸⁰ Cf. *contra* : D. CHABANOL, « L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, pp. 216-218, spéc. p. 218.

Conclusion du titre

216. Le Conseil d'État de l'an VIII a imposé la motivation juridictionnelle avec pour ambition essentielle de spécifier la juridiction administrative. Historiquement, la motivation a ainsi été l'instrument, bien qu'imparfait, de la caractérisation de la juridiction administrative. En cela, elle a joué un rôle d'importance dans le processus de dissociation de la juridiction administrative et de l'administration active. Le juge administratif a mobilisé la motivation en vue de clarifier les frontières entre la juridiction et l'administration et ainsi apparaître sous les traits d'un juge véritable. L'enjeu était de premier plan puisqu'il en allait de la légitimité même de ce juge dont la proximité avec l'administration faisait douter de son impartialité.

Ce constat historique peut surprendre au regard de la pratique actuelle de la motivation de ses décisions par le juge administratif, celui-ci mobilisant celle-là en vue de guider et diriger plus étroitement l'action de l'administration. L'étude de l'histoire de la motivation juridictionnelle administrative permet ainsi d'envisager le chemin parcouru : originellement appréhendée comme un moyen de séparer la juridiction administrative de l'administration active, la motivation juridictionnelle telle qu'elle est désormais pratiquée par le juge administratif permet un certain resserrement des rapports que celui-ci entretient avec l'administration. En effet, la motivation est désormais mobilisée par le juge administratif en vue de remplir pleinement son office de juge-administrateur.

217. Qu'il se soit agi pour le juge administratif de se distinguer de l'administration active ou, dorénavant, de guider et diriger celle-ci dans le cadre de son action, la motivation juridictionnelle a compté parmi les moyens mis en œuvre par le juge afin de dessiner et structurer ses relations avec l'administration active.

Selon une démarche analogue, le juge administratif met la motivation de ses décisions au service de rapports redessinés entre ses fonctions de juridiction et de jurisprudence. L'évolution moderne de la motivation juridictionnelle administrative a vocation, en effet, à conforter la fonction créatrice du juge administratif.

TITRE II : La motivation, instrument du jurislature

218 Marquée par la figure originelle du syllogisme judiciaire, la motivation juridictionnelle traduit historiquement la soumission du juge à la loi, la soumission du pouvoir judiciaire au pouvoir législatif. Le juge n'est pas censé exercer un pouvoir normatif autre que de nature juridictionnelle. Le système constitutionnel français le lui interdit au nom du principe de la séparation des pouvoirs.

Pourtant, l'existence du pouvoir créateur jurisprudentiel ne peut raisonnablement pas être nié, particulièrement s'agissant du juge administratif. À cet égard, l'évolution contemporaine de la motivation juridictionnelle administrative interroge. N'est-elle pas le moyen d'une pleine revendication par le juge administratif de son pouvoir créateur jurisprudentiel ? Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que le tournant des années 2000, qui a vu se multiplier les motivations plus denses, a été marqué aussi par la consécration de son pouvoir créateur par le Conseil d'État (Chapitre 1). Juge administratif suprême, le Conseil d'État participe pleinement à la création du Droit et n'hésite plus dorénavant à le donner à voir. Il fixe la jurisprudence administrative et en assure le respect par les juridictions subordonnées. Pour garantir l'application uniforme de la jurisprudence qu'il dégage, le Conseil d'État mobilise la motivation juridictionnelle et les ressorts de celle-ci. La motivation juridictionnelle sert ainsi l'office de Cour régulatrice désormais pleinement assumé par le Conseil d'État, juge de cassation (Chapitre 2).

CHAPITRE I : La motivation, instrument amorcé de la pleine consécration du pouvoir normatif jurisprudentiel

219. Il est désormais admis qu' « *au-delà de la solution du litige et à travers celle-ci le juge participe occasionnellement -surtout les cours suprêmes, surtout le juge administratif- à la création du droit* »⁷⁸¹ par le biais de la jurisprudence.

Le terme jurisprudence a historiquement connu un rétrécissement sémantique. Dans son acception normative, désormais la plus courante, ce terme désigne les règles de droit posées par le juge. Plus encore, il est devenu classique de considérer la notion de jurisprudence comme renvoyant aux seuls « précédents » des Cours suprêmes⁷⁸². Un tel rétrécissement sémantique consiste en un parti pris. En effet, dire que la jurisprudence administrative se réduit à la jurisprudence du Conseil d'État c'est postuler une certaine conception de la normativité juridique centrée sur l'autorité⁷⁸³, ici l'autorité du Conseil d'État en ses qualités de juridiction suprême et de juge de cassation. Pourtant, et cela sans nier absolument l'existence d'une jurisprudence des juridictions inférieures⁷⁸⁴, c'est cette définition restrictive, mais classique, de la jurisprudence qui sera celle retenue dans les lignes qui vont suivre. Le pouvoir normatif jurisprudentiel dont il sera question doit ainsi être entendu comme celui du Conseil d'État, juge administratif suprême.

220. L'exercice par le Conseil d'État de la fonction juridictionnelle est parfois l'occasion pour lui d'exercer une véritable fonction jurisprudentielle.

Le pouvoir du juge de créer du droit se dédouble en un pouvoir juridictionnel et en un pouvoir jurisprudentiel. Dans l'exercice de son pouvoir normatif juridictionnel⁷⁸⁵, le juge crée des normes juridiques de portée individuelle : ce sont les jugements. Dans l'exercice de son pouvoir normatif jurisprudentiel, le juge participe à la production de règles de droit de portée générale.

⁷⁸¹ Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge », in ALLAND (D.), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, spéc. p. 1020.

⁷⁸² F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 109 : « *Envisagée comme source, la jurisprudence tend à se réduire à la jurisprudence des juridictions suprêmes, à une jurisprudence de cassation* ».

⁷⁸³ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, 2012, spéc. p. 304.

⁷⁸⁴ Les juridictions subordonnées ont vocation à développer une jurisprudence. Surtout, elles ont des pratiques ou habitudes de jugement (par exemple s'agissant de la fixation du montant des indemnités à allouer). Sur ce point, V. : P. THÉRY, « La « jurisprudence » des cours d'appel et l'élaboration de la norme », in MOLFESSIS (N.) (dir), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2005, pp. 129-132. Le propos de l'auteur concerne les juridictions judiciaires inférieures, mais il peut être aisément étendu aux juridictions administratives subordonnées.

⁷⁸⁵ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, spéc. p. 118 : « *le pouvoir normatif juridictionnel peut donc se comprendre comme la capacité dévolue aux juridictions d'élaborer une norme spécifique : la chose jugée* ».

221. La question de la participation du juge à la création de règles de droit générales a longtemps fait débat en doctrine. Selon un courant classique, le juge ne peut être valablement considéré comme participant à la création du Droit et la jurisprudence ne peut dès lors constituer une source formelle du Droit mais seulement une autorité, une source sociologique du Droit. À l'inverse, les tenants de la doctrine réaliste moderne reconnaissent, au regard de la pratique, que le juge crée, dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle, des règles de droit générales⁷⁸⁶.

La doctrine majoritaire s'inscrit désormais dans ce second courant. Les auteurs s'accordent en effet sur l'existence d'un pouvoir créateur exercé par le juge à l'occasion de sa fonction jurisprudentielle et admettent « *que la jurisprudence, du moins celle des cours suprêmes, constitue une source de droit* »⁷⁸⁷.

222. Le juge exerce ainsi un pouvoir normatif jurisprudentiel, lequel « *se déploie dans la jurisprudence* »⁷⁸⁸ et prend plus particulièrement corps dans la jurisprudence des Cours suprêmes, lesquelles ont pour mission même de fixer le sens et la portée de la règle de droit et sont en mesure d'imposer leurs constructions jurisprudentielles aux juridictions qui leur sont subordonnées.

223. Certes, au regard de la définition classique de la norme⁷⁸⁹, et parce que la règle jurisprudentielle n'est pas pleinement obligatoire⁷⁹⁰, il est permis de douter du caractère normatif de la jurisprudence du Conseil d'État⁷⁹¹. Si toutefois l'on accepte de dépasser cette acception traditionnelle, l'on ne peut plus nier l'évidence : le Conseil d'État participe effectivement à la production du Droit dès lors en effet que ses décisions constituent autant de modèles ou de références pour agir et/ou pour juger⁷⁹². En cela, elles sont normatives⁷⁹³. Ainsi donc, la haute juridiction

⁷⁸⁶ Sur cette controverse entre la doctrine classique et la doctrine réaliste moderne, V. notamment : S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1974.

⁷⁸⁷ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 115.

⁷⁸⁸ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, spéc. p. 198.

⁷⁸⁹ Selon une définition classique, la norme est une prescription de comportement humain qui est générale, obligatoire et sanctionnée. Sur ce point, cf. *infra* le paragraphe n°231 de la présente thèse.

⁷⁹⁰ Dans le système français, les précédents jurisprudentiels ne sont pas juridiquement obligatoires pour le juge.

⁷⁹¹ En ce sens, les tenants de la doctrine classique, lesquels nient le caractère normatif de la jurisprudence, font valoir l'argument tiré de ce que le juge n'est pas juridiquement lié par les précédents. V. particulièrement en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2017, 2^e éd., spéc. p. 274 : la jurisprudence n'est pas une source du droit « *car il lui manque cette force essentielle d'être obligatoire pour elle-même, jamais une juridiction, jamais la Cour de cassation n'est liée en droit par sa propre jurisprudence. Les revirements de jurisprudence sont toujours possibles, les glissements aussi* ».

⁷⁹² La jurisprudence du Conseil d'État a vocation, en effet, à servir de modèle ou de référence pour l'administration, pour l'ensemble du corps social et particulièrement pour les justiciables et leurs conseils ainsi que pour l'ensemble des juridictions administratives subordonnées.

⁷⁹³ Pour une définition de la norme juridique comme modèle pour agir et/ou pour juger, V. particulièrement : C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit »,

administrative crée des règles de droit générales et participe en cela à la production du Droit.

224. Le pouvoir normatif jurisprudentiel ainsi exercé par le Conseil d'État se manifeste soit par des créations prétorienne « *c'est-à-dire indépendante[s] de tout support ou point d'ancrage textuel* »⁷⁹⁴, soit par des interprétations par lesquelles le juge fixe le sens et la portée de dispositions textuelles et notamment légales⁷⁹⁵. L'interprétation des textes est, en effet, « *propice à la création de grands arrêts* » et a ainsi « *toujours donné lieu à l'édiction de grands arrêts* »⁷⁹⁶.

C'est d'ailleurs principalement par la voie de l'interprétation que s'exprime désormais le pouvoir normatif jurisprudentiel du Conseil d'État. Les « *grands arrêts [...] « intuitifs », dont la brièveté était légendaire, et qui ont posé les fondations du droit administratif* » ont tendance à décliner au profit de « *grands arrêts [...] « discursifs » [qui] déroulent un raisonnement long et motivé, pour interpréter ou combiner des textes [...]* »⁷⁹⁷ toujours plus nombreux.

225. L'on sait le rôle essentiel que le Conseil d'État a joué dans la définition de la légalité administrative. Dans l'absence et le silence des textes, la haute juridiction a construit des branches entières du droit administratif moderne. Pourtant, et jusque récemment encore, le juge n'assumait pas pleinement le pouvoir créateur jurisprudentiel qu'il exerce pourtant indéniablement.

Il a fallu attendre le début des années 2000 pour que le Conseil d'État officialise enfin, à l'occasion de sa décision *Tropic*⁷⁹⁸, son pouvoir normatif jurisprudentiel. Alors en effet, il a consacré le caractère normatif de sa jurisprudence et, par là même, reconnu le pouvoir qu'il exerce de créer des règles de droit de portée générale.

226. Pour qui était attentif à la motivation des décisions de justice, cette consécration par le juge administratif de son pouvoir normatif jurisprudentiel n'a pas surpris. En effet, avant même l'officialisation de son pouvoir créateur, le Conseil d'État, par une rédaction habile de ses décisions,

APD, tome 51, 2008, pp. 341-371.

⁷⁹⁴ R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDJ*, 2003, pp. 3-17, spéc. p. 8.

⁷⁹⁵ L'on peut admettre que le juge participe à la création du Droit par la voie de l'interprétation dès lors seulement que l'on accepte de dépasser la théorie classique de l'interprétation et de valider la théorie volontariste de l'interprétation. La théorie classique postule que l'interprétation constitue une fonction de connaissance. En ce qu'elle correspond à la figure traditionnelle du juge « bouche de la loi », cette théorie a été vivement discutée en doctrine. À cette théorie classique s'est ainsi progressivement substituée « *une conception active et volontariste* » selon laquelle l'interprétation est une fonction de volonté par laquelle l'interprète choisit entre les multiples significations possibles d'un même énoncé. La théorie volontariste de l'interprétation admet la contribution de l'interprète à la production du sens des lois. Sur ce point, cf. *infra* les paragraphes n°282 et s. de la présente thèse.

⁷⁹⁶ M. DEGUERGUE, « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts », *RFDA*, 2007, p. 254 et s.

⁷⁹⁷ *Idem*.

⁷⁹⁸ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360.

avait déjà donné à voir le caractère normatif de sa jurisprudence en imprimant à la règle jurisprudentielle les attributs traditionnellement attachés à la règle légale.

Les années 2000 n'ont fait que conforter cette démarche. Depuis lors, en effet, le Conseil d'État n'a cessé de vouloir confirmer, au plan formel, la réalité de son pouvoir créateur. Il a su en ce sens mobiliser plus pleinement encore les motifs de ses décisions pour confirmer le caractère normatif de sa jurisprudence et partant, l'existence effective de son pouvoir normatif jurisprudentiel. Par la motivation de ses décisions, la haute juridiction donne pleinement à voir le caractère normatif de sa jurisprudence (Section 1).

227. Cette revendication, y compris au plan formel, d'un pouvoir normatif jurisprudentiel n'étonne pas dès lors que, cela n'est plus douteux, la haute juridiction administrative exerce effectivement un tel pouvoir.

Cependant, et parce que ces deux aspects doivent être distingués⁷⁹⁹, une telle revendication renouvelle le débat relatif à la légitimité de l'exercice de ce pouvoir par le juge. En effet, lorsque, par sa jurisprudence, le Conseil d'État participe à la production de règles de droit générales, il fait ce que notre système constitutionnel, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, lui interdit de faire.

228. À ce titre, le renouveau, dans des proportions d'ailleurs inédites, du débat relatif à la motivation des décisions du juge administratif⁸⁰⁰ interroge. Ce n'est sans doute pas sans raison si ce débat est réapparu quelques temps seulement après que le juge administratif a consacré ou officialisé, par son arrêt *Tropic*, son pouvoir normatif jurisprudentiel⁸⁰¹.

Le Conseil d'État ne l'a que trop bien compris : en améliorant la motivation de ses décisions créatrices, il parviendra à légitimer pleinement son pouvoir créateur jurisprudentiel. À ce titre, une motivation pédagogique de ses décisions, par laquelle il explique et justifie plus avant ses constructions jurisprudentielles, constitue un instrument utile dans la conquête, par le Conseil d'État, d'une pleine légitimité de son pouvoir normatif jurisprudentiel. À l'image du législateur sur lequel pèse désormais un objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi, le Conseil d'État ambitionne ainsi de rendre plus lisibles et compréhensibles ses créations jurisprudentielles.

⁷⁹⁹ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., spéc. p. 196 : « il faut nettement séparer les deux problèmes de la réalité théorique du pouvoir normatif de la jurisprudence et de la légitimité de son exercice ».

⁸⁰⁰ L'on pense évidemment au rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, lequel intéresse particulièrement la motivation des décisions du juge administratif.

⁸⁰¹ Sur ce lien de cause à effet, V. déjà en ce sens : B. SEILLER, « Rapport de synthèse », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 291-304, spéc. p. 302.

229. En pratique pourtant, le Conseil d'État n'a semble-t-il pas encore tiré toutes les conséquences attachées à la consécration de son pouvoir normatif jurisprudentiel. Les efforts consentis par la haute juridiction s'agissant de la motivation de ses décisions créatrices paraissent encore insuffisants (Section 2).

Ces faiblesses persistantes de la motivation telle qu'elle est actuellement mise en œuvre dans l'exercice de son pouvoir créateur jurisprudentiel par le Conseil d'État sont d'autant plus regrettables qu'elles gênent la légitimation nécessaire du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par la haute juridiction (Section 3).

Section I : La motivation, instrument de l'affirmation du pouvoir normatif jurisprudentiel

230. Dans le contexte qui est désormais celui de la pleine reconnaissance de son pouvoir normatif jurisprudentiel par le juge administratif⁸⁰², la motivation juridictionnelle administrative doit être appréhendée en ce qu'elle permet au juge, et particulièrement au Conseil d'État, de confirmer, au plan rédactionnel, la réalité de son pouvoir créateur. Le juge mobilise ainsi la motivation formelle de ses décisions précisément parce qu'elle « *contribue à construire la jurisprudence comme une source du droit* »⁸⁰³.

231. Selon une définition classique héritée du positivisme juridique et de la théorie kelsenienne, la norme juridique régit les comportements humains et est obligatoire et sanctionnée. Aussi, et parce que, dans les pays de tradition romano-germanique comme la France, elle est pensée au regard des caractéristiques de la norme légale, la norme juridique est traditionnellement définie au regard de sa généralité⁸⁰⁴.

Quand bien même cette définition classique de la norme juridique est désormais contestée⁸⁰⁵ et

⁸⁰² CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

⁸⁰³ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, p. 346.

⁸⁰⁴ Pour une définition de la norme juridique qui fait de la généralité un critère déterminant de définition, V. notamment : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, 5^e éd., spéc. pp. 44-54.

⁸⁰⁵ Les éléments classiques de définition de la norme juridique ont chacun été discuté en doctrine, particulièrement sous l'effet de l'émergence du droit souple. Ainsi, les caractères obligatoire et sanctionné traditionnellement attachés à la norme juridique ont été contestés par une partie de la doctrine. Pour beaucoup, de tels critères ne sont pas décisifs dans la définition de la norme juridique. V. particulièrement sur ce point : C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599 et s. De même, selon le Professeur D. De Béchillon, c'est à raison d'une assimilation parfaitement contestable du Droit à la loi que l'on définit traditionnellement la norme juridique au regard du critère de généralité. V. : D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1997, spéc. p. 19 et s.

délaissée par une partie grandissante de la doctrine⁸⁰⁶ et qu'elle a pu être récemment dépassée par le Conseil d'État lui-même⁸⁰⁷, celui-ci demeure encore empreint de la conception traditionnelle de la norme juridique⁸⁰⁸. C'est en ce sens qu'il entend consacrer le caractère normatif de sa jurisprudence en exposant la règle jurisprudentielle sous les traits d'une règle obligatoire, générale et sanctionnée. Ainsi, par une motivation habile de ses décisions, le Conseil d'État imprime les caractères général (§1) et obligatoire (§2) de la règle jurisprudentielle. Ce faisant, la haute juridiction confirme le caractère normatif de sa jurisprudence et partant, la réalité de son pouvoir normatif jurisprudentiel.

§1 : La motivation, instrument de l'affirmation du caractère général de la règle jurisprudentielle

232. Par le choix d'une formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle (A), le Conseil d'État ambitionne d'imprimer le caractère général de celle-ci c'est-à-dire sa vocation à s'appliquer à un nombre indéterminé de cas analogues. Rapprochant de la sorte la règle jurisprudentielle de la règle légale, la haute juridiction entend ainsi confirmer le caractère normatif de sa jurisprudence (B).

A. Le choix d'une formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle

233. L'arrêt de principe est un grand arrêt, un arrêt d'importance par la règle qu'il fixe, qui se caractérise par une rédaction spécifique faite de généralité et d'abstraction. Il est « *l'occasion pour le juge d'affirmer la règle nouvelle, sous sa forme générale et abstraite* »⁸⁰⁹. La règle de droit est ainsi exposée, à l'occasion d'un ou plusieurs considérants de principe, de manière explicite et solennelle en des termes généraux et abstraits. Elle est détachée, rendue indépendante des faits propres au cas

⁸⁰⁶ Suite aux débats et controverses relatifs à la définition classique de la norme juridique, une définition nouvelle a progressivement émergé selon laquelle la norme juridique est une référence, un modèle pour agir et/ou juger les comportements. V. particulièrement : C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, tome 51, 2008, pp. 341-371.

⁸⁰⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GMBH*, n°368082 ; CE, Ass., 21 mars 2016 *Société Numericable*, n°390023, rec. p. 76 : le Conseil d'État ouvre, sous certaines conditions, le recours pour excès de pouvoir aux actes de droit souple. Ce faisant, il confirme la normativité d'actes qui ne présentent pas les caractères classiquement attachés à la norme juridique. Ainsi, et là réside l'apport essentiel des arrêts de mars 2016, peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir « *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 [...] 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* ».

⁸⁰⁸ Ainsi, par exemple, le critère tiré de l'impérativité est au cœur de la jurisprudence relative à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires. L'on retrouve également aux termes de cette jurisprudence le critère tenant à la généralité de l'acte. Ainsi, seules « *les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief* » et partant, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. V. : CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvernès*, rec. p. 463.

⁸⁰⁹ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 228.

d'espèce qui est à l'origine de sa consécration et qui fournit au juge l'occasion de fixer la règle jurisprudentielle⁸¹⁰.

Désormais habituelle dès lors que « *notre « réglomanie » ne connaît pas d'autre forme de production du droit que la règle générale et absolue* »⁸¹¹, la formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle paraît aller de soi. Pourtant, une telle formulation n'est pas une évidence.

234. Le droit comparé révèle que la formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle mise en œuvre par les juridictions suprêmes françaises ne constitue pas un modèle unique partagé en tous lieux par le juge. En ce sens, la formulation de la règle jurisprudentielle par le juge anglais tranche avec celle mise en œuvre par le juge français. Alors même qu'il est un juge créateur, « *le juge anglais n'utilise pas de formule générale* »⁸¹² ; les attendus ou considérants de principe lui sont inconnus. La *ratio decidendi* de la décision, c'est-à-dire la règle de droit appliquée, n'apparaît pas telle quelle dans le jugement anglais : « *la ratio decidendi [...] n'est pas mise en exergue* »⁸¹³ ; elle est formulée dans un second temps par le juge qui en fait application à un autre litige. À partir de la décision initiale et compte tenu des faits alors en litige, cet autre juge va, par un processus d'abstraction et d'induction, dégager la règle de droit contenue dans la décision de justice initiale et qui a fondé celle-ci⁸¹⁴. La règle jurisprudentielle anglaise n'est pas formulée et ne peut être formulée en des termes généraux et abstraits précisément parce qu'elle « *est [...] indéfectiblement liée aux faits de l'espèce dans laquelle elle est posée* »⁸¹⁵. En droit anglais, la règle jurisprudentielle est particulière et concrète⁸¹⁶, elle n'est pas détachée des faits de l'espèce : « *la ratio decidendi [...] est formée par la solution de droit fondée sur certains faits déterminants [...] de l'espèce* »⁸¹⁷. Sans doute, dans l'exposé de ses *reasons*⁸¹⁸, « *il arrive fréquemment que [le juge anglais] emploie des formules ou énonce des règles qui, par leur généralité, dépassent le cadre du procès* »⁸¹⁹. Ces formules et règles ne sont toutefois pas la *ratio*

⁸¹⁰ Plus encore, dans le cas où le juge formule un *obiter dictum*, le lien entre la règle jurisprudentielle et le cas d'espèce qui sert de support à sa consécration est particulièrement tenu, pour ne pas dire inexistant.

⁸¹¹ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *ADP*, tome 50, 2006, pp. 49-76, spéc. p. 59.

⁸¹² D. TALLON, « Précédent », in ALLAND (D.), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, pp. 1185-1187, spéc. p. 1185.

⁸¹³ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, n°9/1989, pp. 57-67, spéc. p. 59.

⁸¹⁴ V. : M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, spéc. pp. 159-164.

⁸¹⁵ G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2015, 3^e éd., spéc. p. 93.

⁸¹⁶ V. sur ce point : J.-Y. POURRET, *Les systèmes de jurisprudence : étude comparative des conditions d'élaboration de la jurisprudence en droits anglais et français*, Thèse dact., Université Jean Monnet, Saint Étienne, 2005.

⁸¹⁷ C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, spéc. p. 59.

⁸¹⁸ Le juge anglais n'est pas tenu, par principe, de motiver ses décisions. Pourtant, en pratique, il expose les raisons ou *reasons* de sa décision. V. : R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2016, 12^e éd., spéc. pp. 303-304.

⁸¹⁹ *Idem*, spéc. p. 304.

decidendi de l'arrêt c'est-à-dire la règle jurisprudentielle mais seulement des *obiter dicta* de portée non obligatoire.

235. Plus encore, il apparaît que la formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle n'a pas toujours eu les faveurs du Conseil d'État. Celui-ci, en effet, n'a pas chaque fois eu recours à une formulation générale et abstraite de la règle qu'il affirmait pourtant. La consécration de la règle jurisprudentielle nouvelle ne s'accompagne pas nécessairement de sa formulation en des termes généraux et abstraits. Il y a eu des cas en effet « *dans lesquels le juge, tout en affirmant littéralement la règle nouvelle, ne lui [a pas] confér[é] cependant [...] une tournure parfaitement abstraite ; la règle rest[ant], en la forme, liée à la relation des faits de la cause* »⁸²⁰. Ainsi donc, le Conseil d'État ne fait pas chaque fois le choix d'une formulation pleinement abstraite de la règle jurisprudentielle.

A fortiori, toutes les fois où le Conseil d'État garde implicite la règle jurisprudentielle qu'il applique, il se refuse, par là même, à une formulation générale et abstraite de cette règle. La formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle suppose de manière nécessaire que cette dernière soit effectivement exprimée à l'occasion de la décision par laquelle le juge fixe la règle de droit nouvelle. Pour être formulée dans toute sa généralité et son abstraction encore faut-il que la règle jurisprudentielle soit formulée, exprimée par le juge. En ce sens, la formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle doit être appréhendée en lien avec l'évolution de la formulation de sa jurisprudence par le Conseil d'État⁸²¹. Ce n'est qu'à partir du moment où le juge administratif suprême a consenti de manière plus fréquente à révéler explicitement les règles de droit au fondement de ses décisions que la formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle a pu s'épanouir pleinement.

B. La formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle comme instrument de l'affirmation de son caractère normatif

236. Dès lors que la formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle ne va pas de soi de tous temps et en tous lieux, elle apparaît constituer un choix opéré en conscience par le Conseil d'État. Reste alors à déterminer les raisons ou ressorts de ce choix.

237. L'on peut admettre qu'une telle formulation constitue la conséquence même de la fonction de

⁸²⁰ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 229. Le professeur Y. Gaudemet donne plusieurs exemples dont notamment : CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, rec. p. 513 ; CE, 4 mars 1910, *Thérond*, rec. p. 193 ; CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, rec. p. 329.

⁸²¹ Sur cette évolution, cf. *infra* les paragraphes n°261 et s. de la présente thèse.

juridiction suprême exercée par le Conseil d'État⁸²². Juge du droit et non du fait, le Conseil d'État en tant que « *juge de cassation [...] est conduit par la nature de son raisonnement à se référer à des normes conçues et explicitées de façon beaucoup plus distanciée par rapport aux données de l'espèce* »⁸²³. De même, l'on peut considérer que la formulation générale et abstraite participe de la légitimité de la décision. « *Pour convaincre, le juge est conduit à adopter une démarche abstraite. Il doit démontrer que sa solution n'est pas liée au cas d'espèce [...] mais qu'elle est générale, c'est-à-dire qu'elle s'appliquerait à toutes les situations similaires à celle qui est jugée* »⁸²⁴. Par une formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle, le juge chercherait ainsi à imprimer l'idéal poursuivi de l'égalité des justiciables devant la justice. Une telle formulation participe, en effet, de l'image d'un juge qui tranche de manière analogue les situations semblables. Sans doute de telles considérations ne doivent pas être négligées. Mais, au-delà, il apparaît que le choix fait par le Conseil d'État d'une formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle a pour but d'imprimer et ainsi confirmer le caractère normatif de la jurisprudence.

238. La norme juridique est classiquement définie au regard de sa généralité. Elle est présentée comme nécessairement générale et impersonnelle. Ce double caractère attaché à la norme juridique est issu de l'assimilation historique du Droit à la loi. En France, le légicentrisme hérité de la Révolution, a conduit à penser la définition de la norme juridique à partir de la loi, expression de la volonté générale. La loi étant générale et impersonnelle, ceci pour mieux garantir l'égalité entre les Hommes, la norme juridique quelle qu'elle soit est censée avoir une portée générale et impersonnelle⁸²⁵ c'est-à-dire s'appliquer à un nombre indéterminé de cas similaires.

239. En formulant, à l'occasion des motifs de sa décision, la règle jurisprudentielle en des termes généraux et abstraits, la haute juridiction entend marquer la portée générale et impersonnelle de ladite règle c'est-à-dire sa vocation à être appliquée à un nombre indéterminé de cas analogues. Dès lors qu'il se détache des considérations de fait et « *qu'il déplace [la règle jurisprudentielle] à un niveau supérieur à celui de l'espèce* »⁸²⁶, le juge entend montrer que la règle qu'il dégage a vocation à s'appliquer de manière générale, au-delà du seul cas d'espèce, à l'ensemble des cas similaires. « *Le fait que le juge énonce de manière abstraite la norme [jurisprudentielle] en un [...] « considérant de*

⁸²² V. en ce sens : F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 200.

⁸²³ D. LABETOULLE, « Le juge administratif et la jurisprudence », *RA*, n°5/ 1999, pp. 59-66, spéc. p. 62.

⁸²⁴ F. ZENATI, *op. cit.*, spéc. p. 159.

⁸²⁵ Sur cette assimilation du Droit à la loi et sa critique, V. : D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1997, spéc. p. 19 et s.

⁸²⁶ M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, spéc. p. 274.

principe » montre, par la généralité des termes employés, que cette référence est conçue comme normative en général, car elle est pensée comme reproductible de manière infinie »⁸²⁷. La formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle rapproche celle-ci de la règle légale. Le caractère normatif de la jurisprudence administrative est ainsi affirmé et conforté. La formulation générale et abstraite permet au juge d'imprimer le caractère normatif de la règle jurisprudentielle qu'il consacre.

240. Plus, la formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle contribue au renforcement de l'autorité, de la force normative de la jurisprudence. En effet, une telle formulation permet une exportation facilitée et partant, favorise la reprise ultérieure de la règle jurisprudentielle à l'occasion d'affaires analogues⁸²⁸. En ce sens, « pour autonomiser la règle ou le principe fondant la solution et favoriser sa transposition aux autres espèces, les juges [...] sont enclins à inscrire ces solutions particulières sous une règle ou un principe abstrait, détachés tant du droit édicté que des faits bruts »⁸²⁹. Formulée en des termes généraux et abstraits, la règle jurisprudentielle a vocation à être répétée c'est-à-dire transposée et appliquée telle quelle à l'occasion d'affaires similaires futures⁸³⁰. Le fort degré d'abstraction qui caractérise les décisions créatrices du juge suprême, « à l'évidence, favorise [leur] utilisation dans d'autres litiges et donc [leur] élévation au rang [de] norme[s] »⁸³¹. Plusieurs fois répétée et appliquée, la règle jurisprudentielle apparaît alors pleinement en ce qu'elle constitue une règle de droit utilisée par le juge en vue de trancher les litiges analogues dont il a à connaître⁸³².

§2 : La motivation, instrument de l'affirmation du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle

241. Selon la définition classique de la norme juridique, celle-ci est un commandement obligatoire, une prescription impérative pour ses destinataires. Or, par une motivation habile de ses décisions, le juge administratif imprime le caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle et partant, confirme le caractère normatif de celle-ci. Non seulement, en effet, le juge expose ou affiche la norme

⁸²⁷ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin. 2012, spéc. p. 313.

⁸²⁸ V. déjà en ce sens : M. LANNOY, *op. cit.*, spéc. p. 275 : « une formulation détachée des faits de l'espèce facilite une application aux faits d'autres espèces ».

⁸²⁹ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, spéc. p. 351.

⁸³⁰ La pratique consistant pour le juge à reprendre parfois *in extenso* le considérant de principe d'un arrêt de principe antérieur avant d'en faire application au cas d'espèce (*cf. infra* §2) démontre avec une acuité particulière cette potentialité de réappropriation de la règle jurisprudentielle dès lors qu'elle est formulée en des termes généraux et abstraits.

⁸³¹ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 158.

⁸³² À noter toutefois que la répétition n'est pas une condition de la normativité qu'elle contribue seulement à confirmer.

jurisprudentielle en tant que règle à part entière s'imposant au corps social dans son ensemble et particulièrement aux justiciables (B), mais encore le juge parvient-il à se donner à voir comme tenu lui-même par sa propre jurisprudence (A).

A. Affirmation du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle à l'égard des juges

242. La règle du précédent obligatoire telle qu'elle est pratiquée dans les pays de *Common Law*⁸³³ ne trouve pas à s'appliquer en droit français. Dans le système juridique français de tradition romano-germanique, le précédent jurisprudentiel est seulement doté d'une valeur persuasive. Il « *est intrinsèquement facultatif* »⁸³⁴ et n'a nullement valeur obligatoire. Il ne lie pas juridiquement le juge et « *peut seulement servir de modèle, non obligatoire, pour [les autres] juge[s]* »⁸³⁵.

Ainsi, le juge n'est pas juridiquement tenu de suivre ses propres précédents. Le revirement de jurisprudence lui est toujours possible. De même, les juridictions inférieures ne sont pas juridiquement tenues de suivre et appliquer la jurisprudence fixée par la juridiction supérieure. Rien n'oblige juridiquement la juridiction subordonnée à suivre la règle jurisprudentielle fixée par la juridiction supérieure. Ainsi, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs peuvent s'écarter de la jurisprudence du Conseil d'État. Les rébellions des juridictions subordonnées à l'égard de principes jurisprudentiels consacrés par le Conseil d'État constituent un exemple particulièrement net de cette faculté desdites juridictions de ne pas appliquer la règle dégagée par la juridiction suprême.

⁸³³ La règle du précédent obligatoire (ou *stare decisis*) s'applique dans les pays de *Common Law* où, par opposition aux pays de tradition romano-germanique, le rôle créateur du juge est pleinement reconnu. La règle du *stare decisis* s'exerce rigoureusement en Angleterre. Elle s'exerce de manière moins rigoureuse dans les autres pays de *Common Law* dont les États-Unis.

Cette règle est apparue en droit anglais véritablement à compter du XIX^e siècle et en vue de garantir contre l'arbitraire du juge, permettre l'égalité devant la justice et assurer une certaine sécurité des relations juridiques. La règle du *stare decisis* signifie que « *toute règle de droit dégagée par un juge pour la solution d'un litige déterminé a force obligatoire et doit être suivie par les juges inférieurs ou parfois par les juges de même rang* » (D. TALLON, « Précédent », in ALLAND (D.), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, spéc. p. 1185). Ainsi, le juge anglo-saxon est juridiquement tenu d'appliquer le précédent judiciaire, sauf hypothèse de *distinguishing*. Seule la *ratio decidendi*, c'est-à-dire la solution de droit d'une décision de justice, à l'exclusion des *obiter dicta*, a valeur de précédent obligatoire. En outre, toutes les juridictions n'ont pas vocation à rendre des décisions qui auront valeur de précédents obligatoires. Seules les juridictions supérieures ont vocation à prononcer des décisions à valeur obligatoire.

L'obligation pour le juge de respecter les précédents s'exerce en des termes moins stricts concernant les juridictions suprêmes. Ainsi, en Angleterre, depuis 1966, la Chambre des Lords (depuis le 1^{er} octobre 2009 et en application du *Constitutional Reform Act* de 2005, la chambre des Lords a été remplacée dans ses fonctions juridictionnelles par la Cour suprême du Royaume-Uni, actuelle instance judiciaire suprême du pays) peut se départir de ses propres précédents lorsque des raisons graves l'exigent. De même, la Cour suprême fédérale américaine ne s'estime pas liée par ses propres précédents.

Pour une présentation exhaustive de cette règle, V. notamment : R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc., spéc. p. 302 et s. et p. 356 et s.

⁸³⁴ F. ZENATI, *op. cit.*, spéc. p. 138.

⁸³⁵ D. TALLON, *op. cit.*, spéc. p. 1185.

243. Quand bien même la France rejette le système du précédent obligatoire, la pratique, même ancienne, témoigne d'« *un grand respect des précédents* » par le juge administratif⁸³⁶. En effet, pour des raisons évidentes d'égalité des justiciables devant la justice, d'unité jurisprudentielle et de sécurité juridique, le juge, dans la très grande majorité des cas, ne s'écarte pas de la ligne jurisprudentielle traditionnelle. Il existe bien à ce titre une motivation de type précédentiel en ce que le juge réitère par principe les mêmes raisonnements lorsqu'il connaît de litiges similaires. Ainsi, le Conseil d'État lui-même ne s'écarte que rarement de sa jurisprudence. Les revirements de jurisprudence sont peu fréquents. De même, la pratique révèle l'existence d'une très forte discipline contentieuse au sein de l'ordre juridictionnel administratif⁸³⁷. En effet, « *par inertie et par crainte de voir sa décision réformée* »⁸³⁸, une juridiction inférieure a toujours tendance à suivre la jurisprudence de la juridiction qui lui est supérieure. Cette discipline contentieuse s'exerce de manière privilégiée dans les relations entre le Conseil d'État et les juridictions qui lui sont subordonnées, si bien que, dans ce cadre, la valeur théoriquement persuasive du précédent confine, en pratique, à l'obligatoire. La jurisprudence du Conseil d'État a vocation à « *tenir lieu de règle législative, pour les juridictions subordonnées* »⁸³⁹. Cela est d'autant plus vrai que juge de cassation, « *le Conseil d'État censurera éventuellement pour erreur de droit une [juridiction subordonnée] qui n'aura pas appliqué les règles définies par la jurisprudence* »⁸⁴⁰. La tendance très affirmée des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel à appliquer la jurisprudence du Conseil d'État marque une certaine déférence de ceux-là envers celle-ci. Surtout, elle donne le sentiment d'une autorité juridiquement obligatoire attachée à la jurisprudence du Conseil d'État.

244. Cette illusion d'un système précédentiel qui serait juridiquement obligatoire pour le juge est confortée à dessein par la manière dont celui-ci motive ses décisions. Par la motivation de ses décisions, le juge administratif entend, en effet, imprimer le caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle et ce faisant, conforter pleinement le caractère normatif de la jurisprudence. Ainsi, non seulement désormais, le juge administratif n'hésite plus à rendre visible la règle jurisprudentielle

⁸³⁶ Le constat du respect de ses précédents par le juge administratif a été fait par Laferrière dès le XIX^e siècle. V. : É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, tome 1, préface, IX.

⁸³⁷ V. notamment : D. CHABANOL, « Le dialogue des juges administratifs entre eux : discipline contentieuse et indépendance », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 167-173.

⁸³⁸ D. TALLON, *op. cit.*, spéc. p. 1187.

⁸³⁹ C. EISENMANN, « La justice dans l'État », in Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, *La Justice*, Paris, PUF, 1961, pp. 11-56, spéc. p. 38.

⁸⁴⁰ J. ARRIGHI de CASANOVA, « Savoir lire et décoder les décisions du juge administratif », in BACHELIER (G.) (coord.), *Le contentieux fiscal*, Paris, Litec, coll. « Référence première », 1994, pp. 136-155, spéc. p. 151.

qu'il applique au cas d'espèce⁸⁴¹ mais encore a-t-il l'ambition, par le recours au procédé de la motivation par référence, d'exposer le caractère -prétendument- obligatoire de la jurisprudence administrative à son égard (3). D'une part en effet, par un habile jeu de chaînage de ses propres décisions, le Conseil d'État expose les règles jurisprudentielles qu'il a consacrées en tant qu'elles ont vocation à s'imposer à lui, au moins jusqu'à ce qu'il en décide autrement (1). D'autre part, la pratique des juridictions subordonnées consistant à motiver leurs décisions par une référence plus ou moins explicite à la jurisprudence du Conseil d'État renforce l'illusion d'un système précédentiel obligatoire (2).

1. La pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative par le Conseil d'État

245. Le Conseil d'État a eu et continue d'avoir recours, sous des modalités diverses, au procédé de la motivation par référence à la jurisprudence administrative. La référence alors opérée par le juge suprême à sa propre jurisprudence est, selon les cas, plus ou moins explicite et précise.

Ainsi, « le Conseil d'État, dans certaines de ses décisions, peu nombreuses, il est vrai »⁸⁴², fait parfois référence à la jurisprudence ou, « d'une façon relativement fréquente en cassation, aux « règles » (implicitement : aux règles jurisprudentielles) relatives à tel ou tel domaine »⁸⁴³.

Aussi, il n'est pas rare que la haute juridiction emploie une formule proche de celle dégagée à l'occasion d'un arrêt antérieur dont elle applique le principe de solution au cas d'espèce⁸⁴⁴. En ce sens, faisant application de sa jurisprudence *Madame Perreux*⁸⁴⁵ relative à la preuve des mesures susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire, le Conseil d'État a rappelé, en des termes très similaires, la solution de principe issue de cet arrêt.

« Considérant qu'il appartient au requérant qui soutient qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer du sérieux de ses allégations ; que, lorsqu'il apporte à l'appui de son argumentation des éléments précis et concordants, il incombe à l'administration de produire tous les éléments permettant d'établir que la mesure contestée

⁸⁴¹ Le procédé de l'enthymème n'a plus ainsi la faveur du juge administratif. L'enthymème est une variété de syllogisme dont la majeure est passée sous silence. Traditionnellement, le juge administratif lorsqu'il appliquait ou créait une règle jurisprudentielle recourait à ce procédé. Par prudence et pour ne pas présenter ou exposer sa règle prétorienne comme l'équivalent d'une règle légale ou réglementaire, le juge préférait ainsi la garder sous silence. À propos de ce procédé, V. : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 93.

⁸⁴² D. LABETOUILLE, « Le juge administratif et la jurisprudence », *RA*, n°5/1999, pp. 59-66, spéc. p. 63.

⁸⁴³ *Idem*.

⁸⁴⁴ Pour un exemple plus ancien en ce sens, V. l'arrêt dit *Société du gaz de Beauvais* (CE, Sect., 25 janvier 1929, rec. p. 93). À l'occasion de cet arrêt, le Conseil d'État reprend en des termes proches la formule de l'arrêt *Compagnie générale des Eaux c. Compagnie du gaz de Rouen* (CE, 25 juillet 1923, rec. p. 609).

⁸⁴⁵ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Madame Perreux*, n° 298348, rec. p. 407.

repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » (CE, 15 avril 2015, *Pôle emploi*, n°373893, rec. p. 146).

Plus encore, la haute juridiction n'hésite plus désormais à rappeler *in extenso* le considérant de principe d'un arrêt antérieur avant de faire application dudit principe jurisprudentiel au cas d'espèce. Cette pratique n'est pas absolument nouvelle⁸⁴⁶. Le Conseil d'État y a déjà eu recours par le passé⁸⁴⁷. Ainsi, dans un arrêt *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*⁸⁴⁸, le Conseil d'État, avant d'en faire application au cas d'espèce, a repris *in extenso* le considérant de principe de l'arrêt *Ville de Bagneux*⁸⁴⁹ rendu deux ans plus tôt⁸⁵⁰. Si elle n'est pas inédite, cette pratique est devenue récurrente depuis le tournant des années 2000 et plus particulièrement encore depuis l'intervention du rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative⁸⁵¹. C'est ainsi que le Conseil d'État rappelle expressément le considérant de principe de l'arrêt *Ternon*⁸⁵² lorsqu'il applique au cas d'espèce la solution issue de cet arrêt de principe⁸⁵³. Les exemples de mise en œuvre par la haute juridiction de ce procédé de motivation par référence pourraient être multipliés⁸⁵⁴. En ce sens, usant de son pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses annulations contentieuses à l'occasion de son arrêt *GISTI et FAPIL* de 2012⁸⁵⁵, le Conseil d'État a repris *in extenso* le considérant de principe de son arrêt *Association AC !*⁸⁵⁶. De même, à l'occasion d'un arrêt *Société CFA Méditerranée* de 2015⁸⁵⁷, le Conseil d'État a rappelé *in extenso*, avant d'en faire application au cas d'espèce, le considérant de principe issu de la jurisprudence *Danthy*⁸⁵⁸.

⁸⁴⁶ Elle est cependant facilitée désormais par l'outil informatique. Sur ce point, cf. *infra* le paragraphe n°252 de la présente thèse.

⁸⁴⁷ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 102.

⁸⁴⁸ CE, 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, rec. p. 210.

⁸⁴⁹ CE, Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, rec. p. 303.

⁸⁵⁰ Pour un autre exemple, V. l'arrêt *SCI « La Méditerranée »* (CE, 13 octobre 1967, rec. p. 375) : en l'espèce, le Conseil d'État a réemployé la formule de principe issue de l'arrêt de Section *Ministre de l'Éducation nationale c. École privée de filles de Pradelles* (CE Sect., 13 juillet 1967, rec. p. 339).

⁸⁵¹ Sans doute parce que ce rapport préconise le développement de la motivation par référence aux arrêts de principe. V. spéc. pp. 30-32 du rapport.

⁸⁵² CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, rec. p. 497.

⁸⁵³ V. pour quelques exemples en ce sens : CE, 20 février 2008, n°289850 ; CE, 23 juillet 2014, n°371460.

⁸⁵⁴ CE, 31 juillet 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*, n°314955, inédit au recueil : faisant application au cas d'espèce de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*, le Conseil d'État reprend mot pour mot la formule de principe issue de sa jurisprudence classique ; CE, 27 octobre 2015, *M. Allenbach et autres*, n°393026, rec. p. 367 : le Conseil d'État reprend *in extenso* le considérant de principe de l'arrêt *GISTI et FAPIL* (CE, Ass., 11 avril 2012, n°322326, rec. p. 142) dont il applique la solution concernant, en l'espèce, l'article 4§3 de la charte européenne de l'autonomie locale ; CE, 6 avril 2016, *Université Lumière Lyon II*, n°389821 : avant d'en faire application au cas d'espèce, le Conseil d'État reprend *in extenso* la formule de principe issue de l'arrêt *M. B* selon laquelle « si le choix de la sanction relève de l'appréciation des juges du fond au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il appartient au juge de cassation de vérifier que la sanction retenue n'est pas hors de proportion avec la faute commise et qu'elle a pu dès lors être légalement prise » (CE, Ass., 30 décembre 2014, *M. B.*, n°381245, rec. p. 443).

⁸⁵⁵ CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n°322326, préc.

⁸⁵⁶ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886, rec. p. 197.

⁸⁵⁷ CE, Sect., 23 octobre 2015, *Société CFA Méditerranée*, n°369113, rec. p. 357.

⁸⁵⁸ CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthy et autres*, n°335477, rec. p. 649.

246. Lorsqu'il rappelle ainsi *in extenso* la formule de principe issue d'un arrêt antérieur, le Conseil d'État se garde bien, par principe, de préciser les références exactes de l'arrêt de principe dont il applique la solution au cas d'espèce⁸⁵⁹. Il s'agit pour le juge de ne pas donner par trop le sentiment d'être lié par la jurisprudence antérieure dès lors que la France rejette le système du précédent obligatoire.

Le juge suprême a déjà cependant renseigné précisément les références d'un de ses arrêts antérieurs. Cette pratique se retrouve particulièrement dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, le Conseil d'État a pu se référer précisément à un de ses arrêts lorsqu'il a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité dont il était saisi au motif que la question n'était pas nouvelle et ne présentait pas un caractère sérieux au regard de l'interprétation donnée de la disposition légale litigieuse par la jurisprudence administrative.

« Considérant, enfin, que M. A soutient que les dispositions en litige portent atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que toutefois, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, tel qu'interprété à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 92 J du code général des impôts et leur combinaison avec celles de l'article 163 du même code, qui ont été interprétées par la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 14 novembre 2003 (n°224285), ne présentent aucune difficulté particulière d'interprétation, qui, eu égard notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique ; que, par suite et en tout état de cause, elles ne méconnaissent pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi [...] » (CE, 25 juin 2010, Mortagne, n° 326363, rec. p. 217)⁸⁶⁰.

2. La pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative par les juridictions inférieures

247. De longue date les juridictions subordonnées pratiquent elles aussi, sous ses diverses modalités, la motivation par référence à la jurisprudence administrative. Ainsi se réfèrent-elles de manière plus ou moins explicite et précise à la jurisprudence du Conseil d'État.

248. La pratique par les juridictions subordonnées du procédé de la motivation par référence à la jurisprudence administrative trouve des racines anciennes puisque « *les conseils de préfecture ont*

⁸⁵⁹ Le rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative préconisait pourtant d' « *indiquer en tant que de besoin les références des décisions de principe de la juridiction administrative ayant tranché un point de droit dont la décision fait application* » (pp. 30-32 du rapport, proposition n°7).

⁸⁶⁰ (Nous soulignons.). V. également en ce sens : CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n°334665, rec. p. 315.

longtemps renvoyé à la jurisprudence du Conseil d'État pour asseoir leurs arrêtés »⁸⁶¹. Dès le XIX^e siècle, ils faisaient ainsi référence à la « jurisprudence » ou à la « doctrine » du Conseil d'État. Ce dernier ne s'est jamais opposé à un tel procédé de motivation. Il a pu juger, en effet, que la juridiction qui se réfère à la jurisprudence n'excède pas pour autant les limites de ses pouvoirs⁸⁶². Parfois même, les conseils de préfecture ont « renvo[yé] à un arrêt du Conseil d'État par indication de sa date et du nom des parties entre parenthèses aux fins d'appuyer un motif »⁸⁶³.

249. Les tribunaux administratifs puis les cours administratives d'appel ont perpétué la pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative. Ainsi, et au moins jusque dans les années 1970⁸⁶⁴, les tribunaux administratifs ont mis en œuvre, sous des modalités diverses, ce procédé de motivation par référence de manière fréquente⁸⁶⁵, bien que minoritaire au demeurant⁸⁶⁶.

En ce sens, les tribunaux administratifs ont pu faire référence à la « jurisprudence » ou à la « jurisprudence constante »⁸⁶⁷. De même et de manière plus précise, ils n'ont pas hésité parfois à indiquer, entre parenthèses, au sein même des motifs de leurs jugements, les références précises d'un ou de plusieurs arrêts du Conseil d'État dont ils appliquaient le principe de solution aux cas d'espèce dont ils avaient à connaître. Ce faisant, les tribunaux administratifs ont eu pour ambition d'appuyer plus avant leurs décisions. Ce procédé de motivation par référence a ainsi été mis en œuvre par le tribunal administratif de Grenoble dans un jugement de 1962, *Sieur Finas*.

« Considérant que si l'article 225 du Code de la route permet aux préfets et aux maires de prescrire, lorsque l'intérêt de la sécurité ou de l'ordre public l'exige, des mesures plus rigoureuses que celles qui réglementent le stationnement sur le voie publique et si, d'une manière plus générale, l'autorité municipale -et, à défaut le préfet- peuvent user, dans le même intérêt, des pouvoirs de police qu'ils tiennent respectivement des articles 97 et 107 du Code municipal, le refus qu'ils opposent à une demande tendant à ce qu'ils fassent usage de ces pouvoirs n'est entaché d'illégalité que dans le cas où, à raison de la gravité résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre ou la sécurité publique, ces autorités, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser le péril grave, méconnaissent leurs

⁸⁶¹ H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'État et Tribunal des conflits)*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999, spéc. p. 108.

⁸⁶² CE, Sect., 8 novembre 1968, *Entreprise Poroli et Dame Marin*, rec. pp. 561-563, spéc. p. 562.

⁸⁶³ H. LE BERRE, *op. cit.*, spéc. p. 109.

⁸⁶⁴ *Idem*, spéc. p. 110. L'auteur signale que le dépouillement du recueil Lebon auquel il a procédé ne donne plus de résultats au-delà de janvier 1973. Ainsi, après cette date, les tribunaux administratifs paraissent ne plus avoir eu recours - ou alors seulement de manière exceptionnelle- au procédé de la motivation par référence à la jurisprudence administrative, sous ses diverses modalités.

⁸⁶⁵ H. LE BERRE, *op. cit.*, spéc. p. 109.

⁸⁶⁶ *Idem*, spéc. p. 110.

⁸⁶⁷ V. en ce sens les exemples cités dans sa thèse par H. Le Berre, p. 110, dont notamment : TA de Lille, 25 mars 1955, *Pollet et Vandekerkove c. Entreprise Carette-Duburcq* ; TA de Dijon, 6 juin 1966, *Dame veuve Audibert*, rec. p. 762 : le tribunal se réfère en l'espèce à la « jurisprudence constante ».

obligations légales (C.E., 23 oct. 1959, Doublet) » (TA de Grenoble, 17 janvier 1962, *Sieur Finas*, rec. pp. 714-715)⁸⁶⁸.

Aussi, les tribunaux administratifs ont parfois réemployé une formule de principe issue d'un arrêt du Conseil d'État, sans toutefois alors en préciser les références exactes⁸⁶⁹. Par exemple, à l'occasion d'un jugement en date de 1969⁸⁷⁰, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a repris dans des termes analogues le considérant de principe de l'arrêt *Dame veuve Pasquelin*⁸⁷¹.

250. Depuis le tournant des années 2000 et sous l'effet du rapport d'avril 2012, il est devenu fréquent que les juridictions subordonnées rappellent *in extenso* la solution de principe consacrée par un arrêt du Conseil d'État avant d'en faire application au cas d'espèce. Ainsi, avant d'en faire application au cas d'espèce dont il était saisi, le tribunal administratif de Nantes⁸⁷² a rappelé mot pour mot le considérant de principe de l'arrêt *Krupa*⁸⁷³ relatif à la responsabilité des services fiscaux⁸⁷⁴. De même, les juridictions subordonnées ont désormais tendance à rappeler *in extenso* le principe issu d'un arrêt du Conseil d'État avant d'en étendre ou d'en préciser la portée. En ce sens, la cour administrative d'appel de Nancy a étendu à la motivation de la décision de prolongation de l'interdiction de retour sur le territoire français les principes dégagés par le Conseil d'État concernant la motivation de la décision d'interdiction de retour. À cette occasion, la cour a rappelé *in extenso* la solution de principe dégagée par la haute juridiction un mois plus tôt⁸⁷⁵, sauf à préciser qu'elle s'applique également à la décision de prolongation de l'interdiction de retour.

⁸⁶⁸ (Nous soulignons). V. pour d'autres exemples en ce sens, ceux cités par H. Le Berre dans sa thèse, pp. 109-110, dont notamment : TA de Constantine, 26 octobre 1955, *Sieur X*, *AJDA*, 1956, II, p. 50 ; TA de Lille, 13 janvier 1956, *Sieur Ferra c. maire d'Étaples*, *AJDA*, 1956, II, pp. 184-185.

⁸⁶⁹ V. en ce sens : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. pp. 101-102.

⁸⁷⁰ TA de Clermont-Ferrand, 21 février 1969, *Entreprise de Travaux publics Bourdin et Chaussée c. veuve Allemand*. Cet exemple est tiré de la thèse du Professeur Y. Gaudemet. V. : Y. GAUDEMET, *op. cit.*, spéc. p. 102.

⁸⁷¹ CE, 27 janvier 1965, *Dame veuve Pasquelin et sieur Maurice Pasquelin*, rec. pp. 54-55.

⁸⁷² TA de Nantes, 16 juin 2015, *Communauté de communes de la région de Pouancé-Combrée*, n°1309268, *AJDA*, 2015, pp. 1809-1813.

⁸⁷³ CE, Sect., 21 mars 2011, *Krupa*, n°306225, rec. p. 101.

⁸⁷⁴ V. pour un autre exemple d'une telle pratique de motivation par référence : TA de Montreuil, 9 avril 2015, n°1407204, *AJDA*, 2015, pp. 1594-1596 : avant d'en faire application au cas d'espèce, le tribunal reprend *in extenso* la formule de principe de l'arrêt « *Les Verts* » (CE, Sect., 30 novembre 1990, n°103889, rec. p. 339) selon laquelle « *il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicton* » ; TA de Lille, 30 novembre 2016, n°1509979 (le jugement est disponible sur le site internet officiel du tribunal) : en l'espèce, le tribunal reprend le considérant de principe de l'arrêt par lequel le Conseil d'État a fixé sa jurisprudence relative à l'installation des crèches de Noël dans les lieux publics (CE, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun c. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n°395122, rec. p. 462 : « *Dans l'enceinte des bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public, le fait pour une personne publique de procéder à l'installation d'une crèche de Noël ne peut, en l'absence de circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif, être regardé comme conforme aux exigences qui découlent du principe de neutralité des personnes publiques* »).

⁸⁷⁵ CE, 17 avril 2015, *Mme Hamouchi*, n°372195, rec. p. 153.

« Considérant qu'il ressort des termes mêmes de ces dispositions que l'autorité compétente doit, pour décider de prononcer à l'encontre de l'étranger soumis à l'obligation de quitter le territoire français une interdiction de retour et en fixer la durée, tenir compte, dans le respect des principes constitutionnels, des principes généraux du droit et des règles résultant des engagements internationaux de la France, des quatre critères qu'elles énumèrent, sans pouvoir se limiter à ne prendre en compte que l'un ou plusieurs d'entre eux ; que la décision de prolongation de l'interdiction de retour doit, comme la décision initiale d'interdiction de retour, comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui en constituent le fondement, de sorte que son destinataire puisse à sa seule lecture en connaître les motifs ; que si cette motivation doit attester la prise en compte par l'autorité compétente, au vu de la situation de l'intéressé, de l'ensemble des critères prévus par la loi, aucune règle n'impose que le principe et la durée de l'interdiction de retour fassent l'objet de motivations distinctes, ni que soit indiquée l'importance accordée à chaque critère » (CAA de Nancy, 12 mai 2015, n°14NC01199, AJDA, n°38/2015, p. 2128)⁸⁷⁶.

Plus encore, il arrive que les juridictions subordonnées précisent les références exactes d'un ou plusieurs arrêts du Conseil d'État dont elles appliquent le principe de solution au cas d'espèce. Ainsi, à l'occasion d'un jugement de mai 2016, d'ailleurs rédigé dans un style direct sans recours à la phrase unique et aux considérants, le tribunal administratif de Paris, s'inscrivant dans la ligne jurisprudentielle du Conseil d'État concernant le régime de responsabilité des mesures de police administrative municipale à Paris, précise, entre parenthèses, les arrêts par lesquels la haute juridiction a fixé sa jurisprudence en la matière.

« Il résulte de la combinaison des dispositions précitées telles qu'interprétées par la jurisprudence (v., CE 10 déc. 1986, n° 38021, aux tables ; CE 17 oct. 2011, n° 340291) qu'à Paris, les pouvoirs de police municipale sont partagés entre le préfet de police et le maire de Paris [...]. Ces dispositions, qui confèrent au préfet de police des compétences en matière de police municipale, n'ont toutefois pas pour effet de substituer la responsabilité de l'Etat à celle de la ville de Paris dans le cas où celle-ci se trouve engagée du fait des dommages causés par l'exercice de ces compétences. [...] » (TA de Paris, 24 mai 2016, Association La Vie Dejean, n°1425988, AJDA, n°35/2016, pp. 2001-2007)⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ (Nous soulignons). Pour un autre exemple d'une telle pratique de motivation par référence : CAA de Nantes, 22 octobre 2015, n°14NT03169, AJDA, 2016, p. 293 : la Cour rappelle *in extenso* le principe dégagé par le Conseil d'État dans un arrêt de 2009 (CE, 4 décembre 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Hamon*, n°324284, rec. T. p. 781 et p. 884) et selon lequel « l'administration n'est tenue de faire figurer dans la notification de ses décisions que les délais et voies de recours contentieux ainsi que les délais de recours administratifs préalables obligatoires ; qu'il lui est loisible d'y ajouter la mention des recours gracieux et hiérarchiques facultatifs, à la condition toutefois qu'il n'en résulte pas des ambiguïtés de nature à induire en erreur les intéressés dans des conditions telles qu'ils pourraient se trouver privés du droit à un recours contentieux effectif » avant de préciser « que, toutefois, un requérant, pour faire échec à l'expiration du délai qui lui est imparti par les dispositions légales et réglementaires pour présenter sa demande contentieuse, ne saurait se prévaloir de telles ambiguïtés que dans le cas où elles seules sont à l'origine de la tardiveté de son recours ».

⁸⁷⁷ (Nous soulignons). Pour d'autres exemples, V. : TA de la Polynésie française, 13 octobre 2015, *SAS Viti*, n°1500216, AJDA, 2015, pp. 2267-2272 : faisant usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses annulations contentieuses, le tribunal administratif rappelle quasiment mot pour mot le considérant de principe de l'arrêt *Association*

3. La signification du recours à la pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative

251. Le procédé de la motivation par référence à la jurisprudence administrative n'est pas une pratique nouvelle. Ce qui frappe ce n'est pas tant, donc, l'existence de ce procédé que la fréquence avec laquelle le juge administratif y a désormais recours. En effet, c'est de manière récurrente désormais que les juridictions administratives et notamment le Conseil d'État pratiquent, dans ses diverses modalités, la motivation par référence. La motivation même des jugements et arrêts révèle ainsi pleinement la tendance des juridictions subordonnées à suivre la jurisprudence du Conseil d'État et l'habitude prise par celui-ci consistant à respecter ses propres précédents. Plus encore, la motivation par référence est un moyen pour le juge de marquer la portée -prétendument- obligatoire de la jurisprudence à son égard. Un tel procédé de motivation donne ainsi à voir la jurisprudence comme une source formelle du Droit.

252. Admettre, comme l'a fait le Conseil d'État à l'occasion de son arrêt *Entreprise Poroli et Dame Marin*⁸⁷⁸, que le juge peut légalement se référer à la « jurisprudence » pour fonder sa solution c'est déjà et par là même reconnaître le caractère normatif de la jurisprudence administrative⁸⁷⁹. Alors en effet, le juge administratif donne à voir la jurisprudence en tant qu'elle s'impose à lui.

Cette illusion d'une règle jurisprudentielle qui serait juridiquement obligatoire pour le juge atteint son apogée lorsque, avant de faire application d'un principe jurisprudentiel au cas d'espèce, le juge reproduit *in extenso* le considérant de l'arrêt à l'occasion duquel ledit principe a été fixé et indique, le cas échéant, les références exactes de cet arrêt. Bien que devenu courant⁸⁸⁰, un tel procédé de motivation par référence n'a de cesse d'étonner dans un système qui rejette la règle du précédent obligatoire précisément parce qu'il laisse supposer que le juge est juridiquement tenu de suivre et d'appliquer les précédents. Certains diront que cette tendance du juge à reprendre *in extenso* la

AC ! (CE, Ass., 11 mai 2004, n°255886) et précise, entre parenthèses, les références exactes dudit arrêt de principe ; TA de la Polynésie française, 24 novembre 2015, *Société Libb3*, n°1500319, *AJDA*, 2016, pp. 613-616 : alors qu'il décide d'étendre à la Polynésie française une solution dégagée par le Conseil d'État concernant Saint Barthélemy dans un arrêt *Époux Pando* (CE, 8 avril 2015, n°368349), le tribunal administratif de la Polynésie française précise, entre parenthèses, les références exactes de cet arrêt du Conseil d'État. À noter que, faisant application de la jurisprudence *Tropic*, le tribunal décide de différer à une date ultérieure l'application effective de cette jurisprudence nouvelle à la Polynésie française.

⁸⁷⁸ CE, Sect., 8 novembre 1968, *Entreprise Poroli et Dame Marin*, rec. pp. 561-563, spéc. p. 562.

⁸⁷⁹ Déjà en ce sens : R. ODENT, *Contentieux administratif. Les cours de droit*, 1970-71, fasc. 1, spéc. p. 23, note 1.

⁸⁸⁰ Il est permis d'affirmer en ce sens qu'« actuellement, le plus souvent, lorsqu'une juridiction administrative décide de faire application d'un principe jurisprudentiel, elle en reproduit l'énoncé dans les motifs de la décision ». V. le rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 31.

formule de principe d'un arrêt antérieur dont il précise, le cas échéant, les références, s'explique avant tout par une volonté de rationaliser le travail judiciaire, une telle pratique de motivation permettant au juge une économie d'efforts⁸⁸¹. D'autres diront encore que ce procédé de motivation doit être seulement considéré comme le résultat de l'introduction de l'outil informatique dans le travail judiciaire. Sans doute de telles considérations ne doivent pas être rejetées de manière trop rapide ni trop catégorique. Toutefois, à la lumière du contexte marqué par l'affirmation de son pouvoir normatif par le juge administratif⁸⁸², un tel procédé de motivation par référence doit aussi être considéré comme un instrument privilégié permettant au juge de confirmer le caractère normatif de sa jurisprudence. En répétant à l'occasion d'affaires analogues les mêmes formules jurisprudentielles, le juge administratif entend imprimer le caractère obligatoire et partant, normatif de la jurisprudence administrative. La règle jurisprudentielle est en effet présentée ou exposée à l'image d'une règle de droit qui s'impose juridiquement au juge.

253. La rédaction des décisions juridictionnelles administratives révèle ainsi l'ambition qui est désormais celle du juge administratif, et particulièrement du Conseil d'État, de donner à voir le caractère normatif de la jurisprudence administrative.

Cette volonté d'affirmer l'autorité normative de la jurisprudence se révèle plus pleinement encore lorsqu'il est permis de constater que le juge administratif n'hésite plus désormais à viser des arrêts rendus par le Conseil d'État⁸⁸³. Une telle pratique n'est certes pas fréquente⁸⁸⁴ mais elle est particulièrement révélatrice de la tendance du juge administratif à suivre ses propres précédents comme si la règle jurisprudentielle lui était juridiquement obligatoire.

⁸⁸¹ Sur ce point, cf. *infra* le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°702 et s. de la thèse.

⁸⁸² CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360.

⁸⁸³ CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374508, rec. p. 1 : le juge des référés du Conseil d'État vise « les décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux, Benjamin du 19 mai 1933, commune de Morsang-sur-Orge du 27 octobre 1995 et Mme C... du 16 février 2009 ».

⁸⁸⁴ Cette pratique a vocation à se développer mais de manière imposée -et non pas volontaire- dans le cadre particulier des ordonnances dites « de série ». En la matière, en effet, l'alinéa 3 de l'article R. 742-2 du code de justice administrative dispose que « Dans les cas prévus au 6° des articles R. 122-12 et R. 222-1 ainsi qu'au 1° de l'article R. 822-5, l'ordonnance vise les décisions et avis par lesquels ont été tranchées ou examinées les questions identiques à celles que la requête présente à juger ». Le visa ainsi prévu est un élément substantiel : l'absence, dans les visas comme dans les motifs de l'ordonnance, de la mention de la décision ou de l'avis par la/lequel ont été tranchées ou examinées les questions identiques à celles que la requête présente à juger, est de nature à entacher d'irrégularité l'ordonnance attaquée (CE, 8 avril 2009, *Desnoyer*, n°299946).

B. Confirmation du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle à l'égard des justiciables

254. Tout comme il le fait en cas de méconnaissance de la règle légale par l'administration, le juge administratif sanctionne le non-respect de la règle jurisprudentielle par l'autorité administrative. En ce sens, la règle jurisprudentielle dispose d'une portée obligatoire à l'égard de l'administration ; elle s'impose à l'administration. Cette dernière a d'ailleurs pleinement conscience que si elle ne se conforme pas à une jurisprudence établie du Conseil d'État ses actes et activités ont vocation à être censurés ou sanctionnés. Ainsi, en pratique, l'autorité administrative a tendance à mettre en œuvre les principes issus de la jurisprudence administrative, y compris d'ailleurs lorsqu'ils sont nouveaux⁸⁸⁵. L'administration s'emploie à suivre les prescriptions jurisprudentielles.

De même, la jurisprudence du Conseil d'État a vocation à s'imposer aux sujets de droit et à « *tenir lieu de règle législative [...] pour les particuliers* »⁸⁸⁶ dès lors que les tribunaux en font application et sanctionnent sa méconnaissance.

255. Cette portée obligatoire de la règle jurisprudentielle à l'égard des justiciables administratifs, particuliers et administration, est confirmée par la manière dont ce juge motive ses décisions. En effet, par une motivation habile de celles-ci, le juge parvient à imprimer le caractère impératif de sa jurisprudence et partant, son caractère normatif.

256. L'on a vu comment le Conseil d'État, notamment dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle, a fréquemment recours désormais à des motivations, parfois très proches du mode d'emploi, par lesquelles il fixe précisément le comportement que l'administration doit suivre ou ne peut avoir⁸⁸⁷. Alors, par la tonalité injonctive des motifs de ses décisions, la haute juridiction imprime la portée obligatoire de la règle jurisprudentielle à l'égard de l'autorité administrative. La tonalité impérative des motifs rejaillit sur la règle jurisprudentielle elle-même, celle-ci apparaissant comme pleinement et certainement obligatoire pour l'administration. La solennité et la tonalité impérative avec lesquelles le juge fixe les obligations qui s'imposent à l'administration dans la marche de son action participent ainsi de la volonté du juge de donner à voir sa jurisprudence comme obligatoire et

⁸⁸⁵ Face à un principe jurisprudentiel nouveau ou à un revirement de jurisprudence, l'administration adapte son action et ses pratiques. V. : V. TCHEN, « L'influence des revirements de jurisprudence sur l'action de l'administration », *LPA*, n°88 du 25 juillet 1994, pp. 4-12.

⁸⁸⁶ C. EISENMANN, « La justice dans l'État », in Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, *La Justice*, Paris, PUF, 1961, pp. 11-56, spéc. p. 38.

⁸⁸⁷ Cf. *supra* les paragraphes n°153 et s. de la présente thèse. V. notamment : CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, n°197018, rec. p. 497 ; CE Ass., 12 avril 2002, *M. Papon*, n° 238689, rec. p. 139 ; CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, rec. p. 272.

partant, comme pleinement normative.

257. Le « *style législatif* »⁸⁸⁸ caractéristique des décisions des Cours suprêmes françaises dont le Conseil d'État permet à ce dernier de marquer le caractère obligatoire de sa jurisprudence. Le juge administratif suprême a désormais tendance à fixer sa jurisprudence à l'occasion d'arrêts de principe rédigés de manière solennelle en des termes généraux et abstraits. Une telle formulation de la règle jurisprudentielle la rapproche de la règle légale. La règle jurisprudentielle est présentée sous les traits formels d'une règle légale. De fait, et par cette « *assimilation en la forme des règles que [le juge] a lui-même créées, aux lois et règlements* »⁸⁸⁹, la règle jurisprudentielle apparaît en tant qu'elle constitue une règle de droit à part entière. Le rapprochement ainsi opéré, par une motivation habile de ses décisions, entre la règle jurisprudentielle et la règle légale permet au juge d'imprimer le caractère obligatoire de la jurisprudence administrative. Formulée à l'image de la règle légale, la règle jurisprudentielle apparaît aux yeux de l'administration et des citoyens et justiciables *lambda* comme pleinement normative.

258. La tendance désormais récurrente du juge administratif à reprendre *in extenso* les formules de principe issues d'arrêts du Conseil d'État, dont il précise parfois même les références, participe également de cette ambition du juge d'imprimer, à l'intention du public, le caractère obligatoire de la jurisprudence. En donnant à voir sa solution comme s'insérant dans l'ensemble plus vaste constitué par la jurisprudence du Conseil d'État, le juge administratif n'entend pas seulement légitimer plus avant sa décision en montrant qu'il applique la même règle de droit chaque fois qu'il connaît de situations similaires, il ambitionne également d'imprimer le caractère normatif de la jurisprudence administrative. La répétition de mêmes règles jurisprudentielles à l'occasion d'affaires similaires et la capacité de ces règles à être répétées contribuent à conforter l'autorité normative de la jurisprudence administrative. D'une part, en effet, une telle répétition participe indéniablement à l'émergence d'un sentiment en le caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle. Perçue et vécue comme impérative, la règle jurisprudentielle apparaît aux yeux des justiciables et citoyens *lambda* comme une norme véritable, au sens classique de ce terme. D'autre part, la répétition d'une même règle jurisprudentielle à l'occasion d'affaires analogues a pour effet d'exposer cette règle en tant qu'elle constitue un modèle

⁸⁸⁸ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 198 et s.

⁸⁸⁹ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 93. Cette remarque est faite par le Professeur Y. Gaudemet à propos du procédé de l'enthymème, variété particulière de syllogisme dont la majeure est passée sous silence. L'auteur fait valoir que l'enthymème est utilisé par le juge administratif lorsqu'il applique ou crée une règle jurisprudentielle. Par prudence et pour ne pas exposer sa règle prétorienne comme l'équivalent d'une règle légale ou réglementaire, le juge préfère la garder sous silence. À notre sens, et *a contrario*, lorsque le juge expose et utilise la règle prétorienne comme il expose et utilise la règle textuelle -et notamment la règle légale- c'est pour mieux assimiler ces deux types de normes.

ou une référence de comportement. Alors, la règle jurisprudentielle apparaît comme une norme à part entière, au sens moderne de ce terme. La répétition d'une même règle jurisprudentielle donne à celle-ci sa force en tant que norme, au sens de modèle pour agir et/ou pour juger. L'autorité normative ou la force normative de la jurisprudence réside ainsi, pour une part au moins, dans la capacité de la règle jurisprudentielle à être répétée et dans l'effectivité ou la réalité de cette répétition à l'occasion d'affaires similaires⁸⁹⁰.

Section II : Les progrès partiels de la motivation dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel

259. Dès lors que le Conseil d'État revendique l'exercice d'un pouvoir normatif qui se déploie dans la jurisprudence et que « *tous les pouvoirs [...] sont aujourd'hui sommés de se justifier* »⁸⁹¹, la haute juridiction n'a pas d'autre choix que de donner à voir mais également de justifier l'exercice de ce pouvoir créateur. Elle se doit de tirer toutes les conséquences, en ce qui concerne la motivation de ses décisions, de l'officialisation de son pouvoir normatif jurisprudentiel. Il doit, en effet, exister un « *parallélisme entre le pouvoir accordé au juge et l'obligation d'une ample justification* »⁸⁹². L'affirmation du pouvoir normatif jurisprudentiel du juge est ainsi censée s'accompagner d'un renforcement corrélatif de la motivation de ses décisions créatrices. Pourtant, et malgré des progrès qui ne doivent pas être mésestimés (§1), la motivation de son pouvoir créateur par le Conseil d'État admet encore des faiblesses ou lacunes (§2).

§1 : Les progrès de la motivation dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel

260. « *Bien qu'une motivation qui révélerait toutes les démarches de la pensée du juge ne soit pas envisageable, une motivation opaque n'est plus acceptable, compte tenu de l'importance des pouvoirs du juge* »⁸⁹³. Parce que le juge exerce un réel pouvoir normatif jurisprudentiel et qu'il le revendique

⁸⁹⁰ Sur l'apport de la répétition à la force des normes et du Droit, V. particulièrement : É. NICOLAS, « Répétabilité et répétition des énoncés normatifs : la force intercitationnelle dans le langage juridique comme force normative », in THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 69-97.

⁸⁹¹ D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », in DARCY (G.), LABROT (V.), DOAT (M.) (dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, pp. 470-480, spéc. p. 476.

⁸⁹² C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1979, 2^e éd., réédition 1999, spéc. p. 158.

⁸⁹³ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, spéc. p. 13.

désormais, il est censé, à l'occasion de ses décisions créatrices, non seulement donner à voir son pouvoir normatif mais encore « *justifier l'exercice de son pouvoir normatif par une argumentation appropriée en montrant l'acceptabilité des prémisses de son raisonnement* »⁸⁹⁴.

En ce sens, des progrès sont perceptibles quant à la lisibilité du pouvoir créateur détenu et exercé par le Conseil d'État, celui-ci n'hésitant plus à exposer les règles jurisprudentielles qu'il crée. Il rend plus lisibles⁸⁹⁵ les règles jurisprudentielles qu'il dégage, celles-ci pouvant être, par conséquent, plus aisément décelées ou vues (A). De même, dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle, le Conseil d'État tend à expliquer et justifier⁸⁹⁶ davantage ses décisions créatrices (B).

A. Les progrès de la lisibilité du pouvoir normatif

261. Les progrès en termes de lisibilité ou de visibilité du pouvoir normatif jurisprudentiel détenu et exercé parfois par le Conseil d'État ont été constants dès lors que le juge suprême a progressivement privilégié une formulation explicite de ses constructions jurisprudentielles au détriment d'une formulation seulement implicite de celles-ci.

La formulation par le juge des principes généraux du droit qu'il consacre et dont il fait application est typique de cette évolution. En effet, alors qu'initialement « *le Conseil d'État faisait application des principes généraux du droit sans le dire de manière très explicite, [...] depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale il n'a pas hésité à affirmer l'existence de « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte* »⁸⁹⁷. Depuis 1945 et l'arrêt *Aramu*⁸⁹⁸, la haute juridiction n'hésite plus à mentionner très explicitement, à l'occasion de ses arrêts, l'existence de ces principes, lesquels constituent « *les fleurons de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État* »⁸⁹⁹.

Depuis le tournant des années 2000, cette évolution marquée par la faveur donnée à une formulation explicite de ses constructions jurisprudentielles par le Conseil d'État se manifeste dans des proportions inédites, bien au-delà du seul champ des principes généraux du droit. Cette progression de l'explicite dans la formulation de la règle jurisprudentielle a été parfaitement mise en lumière par la doctrine. En ce sens, le Professeur O. Le Bot a pu affirmer que si « *habituellement, afin de ne pas se lier pour l'avenir par des rédactions trop précises, le Conseil d'État s'abstenait le plus souvent de formuler expressément la règle créée, interprétée ou appliquée par lui* » ; il a « *au cours des dernières*

⁸⁹⁴ *Idem*, spéc. p. 424.

⁸⁹⁵ Au sens de ce « *qui peut être décelé, vu* ». V. : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/lisible/47392>.

⁸⁹⁶ Pour une distinction plus précise entre l'explication et la justification, cf. *infra* le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°674 et s. de la thèse.

⁸⁹⁷ B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

⁸⁹⁸ CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, rec. p. 213.

⁸⁹⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2001, 15^e éd., tome 1, spéc. p. 88.

années [...] changé sa pratique [...] et] a pris le parti, désormais, d'énoncer les règles et principes applicables à une question déterminée de manière particulièrement didactique »⁹⁰⁰.

262. Traditionnellement, la règle jurisprudentielle appliquée était rarement exposée en des termes explicites par le Conseil d'État. Elle était « formulée » avec « une extrême discrétion »⁹⁰¹. Elle demeurait le plus souvent implicite⁹⁰². Dès 1955, lorsqu'il s'est attaché à mettre en lumière les efforts combinés du juge et de la doctrine « dans l'élaboration même de la règle jurisprudentielle », le Professeur J. Rivero avait parfaitement dépeint ce phénomène. Il faisait valoir alors qu'« il est, certes, des arrêts qui, dans leurs considérants, énoncent la règle dont procède la solution donnée au litige ; mais [que] plus fréquents sont ceux qui la sous-entendent et l'appliquent sans l'explicitier »⁹⁰³. Dès lors que la règle jurisprudentielle ne ressortait pas de la lettre même des arrêts du Conseil d'État, c'est la doctrine, bien plus que le juge, qui révélait la jurisprudence⁹⁰⁴. Ce sont les membres de la doctrine en effet qui, procédant par induction à partir du rapprochement opéré de plusieurs espèces concordantes, dégageaient et formulaient les règles jurisprudentielles.

263. Toutefois, les modalités d'expression du pouvoir normatif jurisprudentiel ont évolué. En ce sens, si la remarque faite par le Professeur J. Rivero en 1955 reste d'actualité en ce qu'elle distingue deux modes privilégiés de formulation de la règle jurisprudentielle (l'implicite et l'explicite), elle paraît désormais quelque peu dépassée au regard de la place respective que l'auteur accordait à ces modalités d'expression de la règle de droit. En effet, contrairement à ce qu'il a pu défendre, l'explicite paraît bien avoir pris le pas sur l'implicite et tend désormais à être privilégié par le Conseil d'État dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle. Celui-ci n'hésite plus, en effet, à exposer sa jurisprudence à l'occasion d'arrêts de principe formulés solennellement et qui fixent très explicitement la règle de droit nouvelle, « ne nécessitant pas normalement une reformulation [de celle-ci] par les auteurs »⁹⁰⁵. « Chaque fois, désormais, que le Conseil d'État rend un grand arrêt, un arrêt qui marque une évolution majeure de sa jurisprudence, il le fait de manière non équivoque, en énonçant de façon extrêmement claire et précise la nouvelle règle jurisprudentielle »⁹⁰⁶. Ainsi,

⁹⁰⁰ O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-296, spéc. p. 289. (Nous soulignons).

⁹⁰¹ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 230.

⁹⁰² Pour des exemples célèbres : CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, rec. p. 155 ; CE, 21 juin 1895, *Cames*, rec. p. 509 ; CE, 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, rec. p. 1212.

⁹⁰³ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, spéc. pp. 34-35.

⁹⁰⁴ V. à ce propos : M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1994.

⁹⁰⁵ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, spéc. p. 483.

⁹⁰⁶ O. LE BOT, *op. cit.*, p. 291.

outre qu'il tranche une question d'importance⁹⁰⁷ et fixe l'état du droit positif sur ce point⁹⁰⁸, il est désormais admis que l'arrêt de principe se caractérise également, au plan formel, par une rédaction particulière articulée autour d'un ou plusieurs considérants de principe⁹⁰⁹ à l'allure doctrinale qui exposent la règle de droit nouvelle de manière explicite et solennelle en des termes généraux et abstraits. L'arrêt de principe fait l'objet d'une rédaction particulièrement soignée à l'occasion de laquelle la règle jurisprudentielle, parce qu'elle est explicitement formulée et lisiblement exposée, ressort de la lettre même de l'arrêt. À ce titre, il est devenu possible de parler, à propos d'un grand arrêt (c'est-à-dire d'un arrêt d'importance au regard de la règle qu'il fixe), de « *sa rédaction d'arrêt de principe* »⁹¹⁰.

Cette formulation caractéristique des arrêts par lesquels le Conseil d'État fixe sa jurisprudence doit être lue comme un indice marquant la volonté du juge suprême de donner à sa décision une portée de principe⁹¹¹ : « *la présentation formelle de la décision [...] constitue un indice objectif de sa normativité et un code par lequel le juge suprême signale aux usagers l'existence ou l'absence de dispositions de portée réglementaire* »⁹¹². Au-delà, une telle formulation révèle par elle-même la volonté qui est désormais celle du juge suprême de ne plus garder cachés l'exercice de son pouvoir créateur jurisprudentiel et le produit de celui-ci. Le pouvoir créateur jurisprudentiel exercé par le Conseil d'État est rendu plus visible dès lors que le juge suprême n'hésite plus à exposer ou afficher, à l'occasion d'arrêts de principe formulés de manière solennelle, les règles jurisprudentielles qu'il consacre.

264. Les arrêts de principe ainsi formulés ne sont plus rares désormais⁹¹³ et tendent même à devenir

⁹⁰⁷ L'arrêt de principe consacre une « *innovation, [...] pose un principe nouveau ou applique un principe traditionnel à des matières nouvelles* ». (G. BRAIBANT, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, 2006, p. 1428 et s.). Il manifeste l'exercice par le juge de sa fonction jurisprudentielle. Il se distingue de l'arrêt d'espèce ou d'application qui se borne à appliquer la règle de droit et qui, dès lors, manifeste l'exercice par le juge de sa fonction proprement juridictionnelle.

⁹⁰⁸ Quoique certains arrêts, pourtant dits de principe, ne mettent pas véritablement fin aux incertitudes quant à l'état du droit positif et se révèlent, à cet égard, ambigus. V. : C. ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP. G.*, 1984, I, n°3145.

⁹⁰⁹ Le considérant de principe « *se reconnaît à l'énoncé qu'il comporte d'une règle de droit dégagée à la suite d'une citation de texte, ou bien même affirmée de façon autonome s'il s'agit d'une construction purement prétorienne* ». V. : J. ARRIGHI de CASANOVA, « Savoir lire et décoder les décisions du juge administratif », in BACHELIER (G.) (coord.), *Le contentieux fiscal*, Paris, Litec, coll. « Référence première », 1994, pp. 136-155, spéc. p. 152.

⁹¹⁰ V. la chronique de MM. LABETOULE et CABANES sur l'arrêt *Époux Nony* (CE Ass., 9 juin 1972) à l'*AJDA* 1972, pp. 457-459, spéc. p. 457. Dans le même sens, à propos de la formulation de principe de l'arrêt *Ternon* : Y. GAUDEMET, « Faut-il retirer l'arrêt Ternon ? », *AJDA*, 2002, pp. 738-739.

⁹¹¹ Reste que la volonté du Conseil d'État de faire de son arrêt un arrêt de principe ne sera satisfaite que si ledit arrêt est reçu et appréhendé comme tel par la doctrine c'est-à-dire qu'il reçoit « *l'imprimatur* » de la doctrine. V. sur ce point particulièrement : M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, préc., pp. 745-746.

⁹¹² F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 208. Dans le même sens : J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1984, 3^e éd, spéc. p. 79 : « *la netteté d'un arrêt, sa rédaction en forme de principe, peuvent incliner à penser qu'il fixe à lui seul la jurisprudence* ».

⁹¹³ Cf. *contra* : M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*,

le mode d'expression privilégié de son pouvoir créateur par le Conseil d'État⁹¹⁴. Pour une large part, la haute juridiction paraît ainsi avoir abandonné la « *vieille tradition* » aux termes de laquelle « *la jurisprudence [...] ne tient ni en une décision, ni en un considérant de principe* »⁹¹⁵.

Mais il y a plus, alors que classiquement la jurisprudence se forme à petits pas⁹¹⁶, l'arrêt de principe venant seulement et le cas échéant couronner⁹¹⁷ l'émergence progressive d'une solution nouvelle, il n'est plus rare désormais que le Conseil d'État fixe sa jurisprudence de manière instantanée par un arrêt de principe rendu à propos d'une question récente voire inédite⁹¹⁸. L'on sait, en effet, comment « *les grands arrêts de la jurisprudence administrative* » témoignent de l'« *instantanéité* » de l'œuvre créatrice du juge administratif⁹¹⁹, un seul arrêt rendu par le Conseil d'État pouvant faire jurisprudence⁹²⁰.

B. Les progrès de l'explication et de la justification dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel

265. Un consensus existe désormais qui révèle une pédagogie nouvelle du Conseil d'État. Cette pédagogie s'est développée d'abord en dehors même des décisions de justice au travers de communiqués de presse, de chroniques et notes de jurisprudence rédigées par la doctrine officielle du Conseil d'État ou encore par le biais de la publication, de plus en plus fréquente, des conclusions des

Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, pp. 883-888, spéc. p. 886.

⁹¹⁴ Cette tendance concerne également le juge judiciaire. V. notamment : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2007, pp. 49-76, spéc. p. 63.

⁹¹⁵ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », chronique sur CE, Sect., 1^{er} juillet 2016, *Commune d'Émerainville, AJDA*, 2016, p. 1859 et s., spéc. p. 1860.

⁹¹⁶ Classiquement, la jurisprudence se forme au gré des espèces. La règle jurisprudentielle nouvelle se dégage progressivement de « *décisions ponctuelles concordantes* ». Le juge fait en effet œuvre d'une certaine prudence : « *à l'affirmation brutale de la règle nouvelle* », il préfère « *laisser celle-ci se dégager d'elle-même de décisions concordantes intervenues dans un même domaine* ». V. : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. pp. 216-226.

⁹¹⁷ Classiquement, l'arrêt de principe vient couronner une formation prudente et progressive de la règle jurisprudentielle nouvelle. Ce n'est qu'« *une fois éprouvée au gré des espèces, [que] la proposition [jurisprudentielle] pourra se détacher de cette accumulation de cas et être généralisée dans un [considérant] de principe* ». (P. DEUMIER, *op. cit.*, spéc. p. 62). En ce sens, le plus souvent, l'arrêt de principe n'est pas « *la première manifestation d'une solution nouvelle* » ; il est celui qui la consacre pleinement dès lors en effet qu'il « *propose [la] règle nouvelle dans sa généralité* » (Y. GAUDEMET, *op. cit.*, spéc. p. 227).

⁹¹⁸ V. récemment : CE, Ass., 9 novembre 2016, *société Fosmax LNG*, n° 388806. Saisi de manière inédite de la question du contrôle juridictionnel devant être opéré sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international, le Conseil d'État n'a pas hésité à fixer l'étendue de son contrôle à l'occasion d'un considérant de principe.

⁹¹⁹ M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, spéc. p. 884.

⁹²⁰ L'existence d'une jurisprudence n'exige pas la répétition. C'est ainsi qu'il faut rejeter les théories inductives de la création normative jurisprudentielle. La règle jurisprudentielle ne s'induit pas de ses applications possiblement nombreuses ; elle leur préexiste. (V. notamment en ce sens : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, spéc. pp. 196-199). La répétition n'est pas une condition de la formation de la jurisprudence ; tout au plus est-elle une « *condition de la prise de conscience du précédent* » (V. : F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 167).

rapporteurs publics. Cette motivation externe ou para-juridictionnelle reflète par elle-même la volonté moderne du juge d'expliquer et justifier plus avant ses décisions.

Depuis le tournant des années 2000, cette pédagogie judiciaire s'exerce également à l'occasion même de certaines décisions rendues par le juge suprême dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle. Le Conseil d'État consent à des efforts en termes de clarté et d'intelligibilité de ses décisions créatrices. La doctrine universitaire n'a pas manqué d'ailleurs de le relever. En ce sens, certains ont fait valoir que « la rédaction des arrêts du Conseil d'État évolue vers une forme plus explicative »⁹²¹, « l'explication [prenant] plus de place dans la rédaction des arrêts »⁹²² de la haute juridiction. Le Conseil d'État, effectivement, tend à expliquer et justifier davantage ses constructions jurisprudentielles. Il n'hésite plus à dévoiler plus avant les raisons au fondement de ses créations. Ainsi, et quand bien même la motivation de ses décisions par le Conseil d'État demeure perfectible⁹²³, « l'axe du progrès, en matière de justice, suit de près le souci de s'expliquer »⁹²⁴.

266. Cette volonté moderne du Conseil d'État d'expliquer et justifier ses créations normatives ressort nettement de certains arrêts récents caractéristiques de la pédagogie nouvelle dont la haute juridiction fait preuve parfois. Ainsi, l'arrêt d'Assemblée par lequel le Conseil d'État a défini les conditions de légalité de l'installation de crèches de Noël dans un emplacement public est typique de cette démarche explicative⁹²⁵. Cherchant à expliquer plus avant le principe nouveau qu'il consacre, le juge suprême prend soin d'exposer les détails de son raisonnement.

« Une crèche de Noël est une représentation susceptible de revêtir une pluralité de significations. Il s'agit en effet d'une scène qui fait partie de l'iconographie chrétienne et qui, par-là, présente un caractère religieux. Mais il s'agit aussi d'un élément faisant partie des décorations et illustrations qui accompagnent traditionnellement, sans signification religieuse particulière, les fêtes de fin d'année. » (CE, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun c. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n°395122, rec. p. 462).

267. De même, bien souvent, lorsque le juge se réfère à l'objet ou à la finalité d'un texte, d'un mécanisme ou d'une institution c'est encore pour expliquer, ou plutôt justifier, plus avant

⁹²¹ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46, spéc. p. 45.

⁹²² D. DE BÉCHILLON, « Le juge et son œuvre. Un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, pp. 359-371, spéc. p. 365.

⁹²³ Cf. *infra* les paragraphes n°270 et s. de la présente thèse.

⁹²⁴ D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, spéc. p. 371.

⁹²⁵ Cette volonté d'explication n'atteint pas toujours son but. En ce sens, il est permis de considérer que la solution que cet arrêt consacre n'est pas des plus claires.

l'interprétation ou la création prétorienne qu'il consacre. Cette tendance du Conseil d'État à justifier ses constructions jurisprudentielles en démontrant qu'elles s'insèrent dans l'existant répond au « *souci [du juge] d'assurer ou de maintenir la cohérence et la rationalité d'un texte, d'un régime juridique ou d'une institution* »⁹²⁶. Les exemples de telles tentatives d'explication ou justification ne sont pas rares⁹²⁷. Un exemple type de cette tendance peut être trouvé dans la procédure des référés d'urgence. Lorsque le Conseil d'État, se référant à l'office du juge du référé-liberté, met en exergue le rôle essentiel de celui-ci en matière de protection des libertés fondamentales, c'est pour mieux expliquer et justifier le renforcement qu'il consacre des pouvoirs de ce juge.

« Eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements. » (CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, n°396848, rec. p. 208)⁹²⁸.

À cet égard, il convient de noter que cette même référence à l'office du juge des référés a pu, à l'inverse, être mobilisée par le Conseil d'État pour expliquer et justifier les restrictions ou limites qu'il apportait à l'office du juge du référé-liberté, juge de l'urgence.

« Considérant toutefois, qu'eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération » (CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et a.*, n°287777, rec. p. 562)⁹²⁹.

268. De même enfin, c'est pour mieux expliquer et justifier ses constructions que le Conseil d'État a pu avoir recours à l'argument tiré de l'impératif de sécurité juridique. C'est ainsi « *eu égard à l'impératif de sécurité juridique* » qu'il a consacré le pouvoir du juge administratif de moduler dans le temps les effets d'un changement de la règle jurisprudentielle⁹³⁰. De même, le principe de sécurité

⁹²⁶ D. De BÉCHILLON, *op. cit.*, spéc. p. 366.

⁹²⁷ *Idem*, spéc. p. 366 et s.

⁹²⁸ (Nous soulignons).

⁹²⁹ (Nous soulignons). Dans le même sens concernant le référé-suspension : CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c. M. Carminati*, n°240430, rec. p. 510.

⁹³⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n°291545, rec. p. 360.

juridique sous-tend la solution nouvelle fixée par l'arrêt d'Assemblée Czabaj⁹³¹.

« Considérant toutefois que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance » (CE, Ass., 13 juillet 2016, M. Czabaj, n°387763, rec. p. 340).

269. La mobilisation par le juge du principe de sécurité juridique démontre avec une acuité particulière comment le Conseil d'État, de manière habile, passe subrepticement de l'explication à la justification. Sous couvert d'expliquer sa création jurisprudentielle, c'est-à-dire de la faire comprendre, la haute juridiction cherche bien plus à la justifier, c'est-à-dire à la faire admettre. Ainsi, officialisant son pouvoir normatif jurisprudentiel à l'occasion de sa décision *Tropic*, le Conseil d'État a fait valoir le principe de sécurité juridique comme imposant le principe jurisprudentiel qu'il consacrait. Si le juge administratif peut moduler dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence, indiquait alors la haute juridiction, c'est parce que l'impératif de sécurité juridique l'impose. Or, ce faisant, *« le Conseil d'État met en avant non le fondement du pouvoir qu'il s'arroe mais le principe pour la protection duquel ce pouvoir est mis en œuvre. L'invocation [...] de l'impératif de sécurité juridique, n'explique absolument pas pourquoi le juge dispose de la faculté de paralyser les effets rétroactifs des règles qu'il pose. Elle sert seulement de justification à la décision de ne pas appliquer rétroactivement cette règle. L'affirmation du caractère normatif de la jurisprudence et la reconnaissance corrélative de la nécessité de la soumettre, le cas échéant, au principe de non-rétroactivité étaient seules à même d'expliquer la modulation des effets dans le temps de la règle consacrée »*⁹³².

Quel que soit l'élément qu'il mobilise pour expliquer plus précisément les raisons de ses constructions jurisprudentielles (principe de sécurité juridique, office du juge, etc.), le Conseil d'État a pour

⁹³¹ Pour une critique de cet arrêt au regard de l'interprétation *contra legem* qu'il consacre : F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Le juge n'est pas le législateur », *AJDA*, 2016, p. 1769.

⁹³² B. SEILLER, « Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif », *JCP. A.*, n°38/2007, n°2227.

ambition première de justifier ses créations et interprétations bien plus que de les expliquer. Il s'agit pour le juge de conforter, d'asseoir plus pleinement ses créations jurisprudentielles. Alors, la motivation apparaît effectivement comme un acte rhétorique⁹³³, une argumentation visant à faire accepter la solution jurisprudentielle nouvelle, ainsi d'ailleurs que la décision prise, en dévoilant plus avant les prémisses normatives. Elle est une justification qui sert à convaincre les destinataires de la décision juridictionnelle⁹³⁴. En ce sens, il apparaît que la dimension rhétorique de la motivation n'a plus vocation à concerner seulement les jugements et arrêts des juridictions subordonnées. La dimension rhétorique de la motivation tend à concerner, aussi, la motivation des décisions du Conseil d'État et particulièrement les décisions créatrices de celui-ci. De fait, doit être nuancée désormais l'opposition qui a pu être établie entre d'une part, « *les décisions des cours et tribunaux, lesquelles sont généralement assorties d'une motivation fournie et conforme à la démarche prudentielle* »⁹³⁵ et qui visent à convaincre du bien-fondé et de la correction de la solution retenue, et d'autre part, les décisions normatives des Cours suprêmes lesquelles « *ne sont pas animées par le même souci de persuasion que celui qui anime les jugements ordinaires* »⁹³⁶. Dans sa mission d'interprète authentique de la loi, le juge administratif suprême est dorénavant conduit à expliquer et justifier davantage ses décisions. Il ne peut plus se borner à sa concision traditionnelle, et cela d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie de ses décisions⁹³⁷.

§2 : Les faiblesses persistantes de la motivation dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel

270. Les progrès de la motivation du pouvoir normatif ne doivent pas masquer certaines faiblesses persistantes en la matière. D'une part, la visibilité du pouvoir normatif jurisprudentiel n'est pas chaque fois pleinement garantie (A). D'autre part et surtout, la haute juridiction procède encore bien souvent par affirmation et fait ainsi preuve d'une certaine réticence à se justifier dans l'exercice de son pouvoir créateur jurisprudentiel. Une large part -pour ne pas dire l'essentiel- de la marge créatrice du juge a vocation à être exercée au moment de l'établissement par lui de la prémisse majeure de son

⁹³³ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », préc., spéc. p. 40. Cette dimension argumentative de la motivation judiciaire a été particulièrement mise en évidence par les travaux de C. Perelman. V. : C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1979, 2^e éd., réédition 1999.

⁹³⁴ Pour de plus amples développements sur la dimension rhétorique de la motivation juridictionnelle, cf. *infra* le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°675 et s.

⁹³⁵ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. pp. 198-199.

⁹³⁶ *Idem*.

⁹³⁷ Sur le contrôle de la motivation exercé par la Cour de Strasbourg, cf. *supra* les paragraphes n°9 et 10 de la présente thèse.

raisonnement (la règle de droit appliquée au litige). Dès lors, le juge n'est pas censé s'expliquer seulement de la décision (dispositif) mais des choix dont elle procède, notamment quant à la règle de droit applicable. Le juge est censé expliquer et justifier les raisons de droit au fondement de ses décisions. Or pourtant, quand bien même ils existent⁹³⁸, les progrès de la justification dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel demeurent limités (B).

A. La faiblesse persistante de la lisibilité du pouvoir normatif

271. Lorsque l'on interroge la lisibilité ou la visibilité du pouvoir normatif jurisprudentiel l'on en vient assez naturellement à questionner la construction syllogistique traditionnelle des décisions de justice (majeure, mineure, conclusion) dès lors qu'il est souvent fait état de ce qu'une telle présentation contribue à masquer la liberté du juge dans la construction des prémisses notamment normatives de ses décisions. En ce sens, l'on souligne que « *la structure syllogistique accrédite l'idée d'un juge « neutre », à savoir un juge qui ne crée pas une décision, mais qui la « découvre* » »⁹³⁹ à partir de la seule confrontation des faits de l'espèce à la règle de droit telle qu'issue du droit positif. La critique ainsi faite du syllogisme de construction⁹⁴⁰ vaut pour toutes les décisions de justice, y compris celles qui n'ont pas vocation à faire jurisprudence. La présentation syllogistique d'une décision de justice, peu importe la portée jurisprudentielle de celle-ci, contribue à dissimuler la liberté du juge dans la détermination des prémisses majeure et mineure de son raisonnement. Mais, une telle critique vaut *a fortiori* concernant les arrêts dits de principe par lesquels le Conseil d'État, dans l'exercice même de sa fonction jurisprudentielle, ambitionne de fixer la règle de droit. Car en effet, le pouvoir créateur jurisprudentiel consiste pour le juge à construire la majeure de son raisonnement⁹⁴¹ ; or précisément, le syllogisme de construction, tel qu'il est classiquement mis en œuvre par le juge français, permet à celui-ci de cacher les ressorts de ce processus de création de la majeure et partant, sa contribution à la production du Droit. La règle de droit appliquée, quand bien même elle est une création du juge, n'est pas discutée ni expliquée ou justifiée ; elle est énoncée et affichée par le juge comme si elle préexistait et allait de soi en vertu du droit positif.

272. Le syllogisme de construction est censé formaliser le raisonnement du juge, lequel reposerait

⁹³⁸ Cf. *supra* les paragraphes n°260 et s. de la présente thèse.

⁹³⁹ M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, pp. 747-765, spéc. p. 752.

⁹⁴⁰ Les formules « *syllogisme de construction* » et « *syllogisme d'exposition* » sont empruntées au Professeur Y. Gaudemet. V. : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. pp. 89-93.

⁹⁴¹ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, spéc. p. 118 : « *le pouvoir jurisprudentiel apparaît donc comme la possibilité offerte au juge d'élaborer la majeure du syllogisme judiciaire en créant lui-même la norme de référence du contrôle* ».

exclusivement sur la logique déductive. En réalité, il n'en est rien ; l'on sait le décalage qu'il peut exister entre le raisonnement effectivement mené par le juge et la présentation qui en est faite à l'occasion du syllogisme d'exposition⁹⁴². La réalité du raisonnement judiciaire est éloignée de l'image qu'en donne la rédaction syllogistique des décisions juridictionnelles.

273. Le raisonnement syllogistique a sa part dans le raisonnement du juge. Il ne faut pas lui dénier toute place dans le raisonnement judiciaire. Particulièrement, face à un cas d'espèce qui ne présente pas de difficultés majeures, le juge a vocation, en première analyse et selon une première approche, à en revenir intuitivement au raisonnement syllogistique pour dégager une solution probable à donner au litige et tester ainsi, le cas échéant, plusieurs hypothèses jusqu'à parvenir à la solution qu'il estime devoir être effectivement appliquée à l'affaire soumise à son office. En ce sens, la logique déductive de type syllogistique est mobilisée par le juge, au moins en ce qu'elle constitue un procédé primitif de découverte de la solution, « *une méthode de raisonnement et de découverte primaire* »⁹⁴³ de la solution.

Cependant, le raisonnement syllogistique n'est pas le seul pratiqué par le juge. « *Le raisonnement juridique, tel qu'il se présente dans les arrêts, revêt [...] un caractère syllogistique, qui paraît en faire le type des raisonnements déductifs. Mais ce trait saillant a masqué presque toujours [...] d'autres procédés de raisonnement qui, pour se présenter sous des formes plus discrètes, n'en jouent pas moins un rôle capital dans la jurisprudence du Conseil d'État* »⁹⁴⁴. Autrement dit, la présentation syllogistique de la décision de justice ne doit pas tromper. Le syllogisme de construction répond à une fonction explicative⁹⁴⁵ et surtout de justification. Il est un procédé de justification de la solution prononcée en ce qu'il la donne à voir comme évidente et procédant d'un raisonnement objectif⁹⁴⁶ « *empreint de simplicité mais en la forme seulement* »⁹⁴⁷. Le syllogisme de présentation (ou syllogisme de construction) n'est pas le reflet fidèle du raisonnement effectivement suivi par le juge, particulièrement lorsque celui-ci fait face à une affaire plus complexe. Le raisonnement judiciaire, tel qu'il s'exerce réellement, est de type complexe⁹⁴⁸ : il ne repose pas à titre exclusif sur la logique

⁹⁴² Sur ce décalage, V. notamment : Y. GAUDEMET, *op. cit.*, spéc. pp. 89-93 ; E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 251-285.

⁹⁴³ E. JOUANNET, *op. cit.*, spéc. p. 268.

⁹⁴⁴ R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275, spéc. pp. 227-228.

⁹⁴⁵ Y. GAUDEMET, *op. cit.*, spéc. p. 90.

⁹⁴⁶ E. JOUANNET, *op. cit.*, spéc. p. 267.

⁹⁴⁷ R. TOURNIER, « Les techniques de motivation des décisions de justice », *Revue Lamy, Droit civil*, n°89/2012, pp. 80-83.

⁹⁴⁸ J. LECLERCQ, « Le juriste confronté aux « réflexes » interprétatifs du juge », *LPA*, n°252 du 19 décembre 2001, pp. 19-26.

déductive ; il n'est pas purement syllogistique. Certes, la logique formelle n'est pas absente du raisonnement du juge dès lors qu'elle permet « *de rendre la conclusion solidaire des prémisses* »⁹⁴⁹, mais elle n'est pas la seule à l'œuvre. Le juge administratif suit d'autres types de raisonnement. En ce sens notamment, il a recours, bien que de manière seulement implicite⁹⁵⁰, au raisonnement finaliste, par lequel il induit la règle applicable d'un but poursuivi, de conséquences ou d'effets recherchés (équité, bonne administration, etc.)⁹⁵¹.

274. Classiquement présentées sous la forme d'un syllogisme, les décisions de justice françaises retranscrivent pourtant l'illusion d'un raisonnement judiciaire qui serait pleinement déductif. Le raisonnement du juge y est, en effet, exposé sous les traits d'un raisonnement logique de type syllogistique. Le syllogisme de construction affiche le processus logico-déductif par lequel le juge, confrontant les faits de l'espèce à la règle de droit, parvient à la solution à donner au litige. Or, « *un syllogisme avant de se résoudre, se construit* »^{952 953} ; « *le juge, avant de vaquer aux œuvres de logique, est [...] fréquemment réduit à forger ses propres instruments, et parfois même à se procurer jusqu'aux prémisses de son raisonnement* »⁹⁵⁴. Précisément, le syllogisme d'exposition dissimule cette liberté du juge dans l'établissement des prémisses notamment normatives de son raisonnement⁹⁵⁵. La rédaction syllogistique traditionnelle des décisions de justice ne rend pas compte de cette phase préalable d'élaboration ou de construction des prémisses du raisonnement alors même qu'elle est celle où s'exerce pleinement le pouvoir créateur du juge. Ce dernier détermine la prémisse mineure de son raisonnement mais encore en élabore-t-il la prémisse majeure, laquelle en effet ne s'impose nullement à lui. La prémisse majeure est choisie et souvent construite par le juge⁹⁵⁶ selon

⁹⁴⁹ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, préc., spéc. p. 176.

⁹⁵⁰ La mise en œuvre du raisonnement conséquentialiste ne ressort pas des motifs de la décision de justice mais seulement des conclusions du rapporteur public. V. : F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* » in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 25-46.

⁹⁵¹ Sur ce point, V. notamment : F. ROUVILLOIS, « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDP*, 1990, pp. 1817-1857.

⁹⁵² Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁵³ Dans le même sens, V. : Y. AGUILA, « L'officieux et le non-dit dans le jugement », Intervention du 31 mars 2005, Cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, troisième conférence (disponible sur le site officiel de la Cour de cassation) : « *il faut distinguer deux étapes dans le travail du juge : le syllogisme est l'étape finale de son raisonnement, la partie visible, celle qu'il donne à voir. [...] Mais il y a une étape préalable, qui précède le syllogisme. C'est celle de la recherche et de l'établissement des motifs de fait comme des motifs de droit : le juge doit d'abord rechercher et établir les faits ; il doit aussi souvent rechercher et établir la règle de droit* ».

⁹⁵⁴ R. LATOURNERIE, *op. cit.*, spéc. p. 232.

⁹⁵⁵ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, spéc. p. 95. L'auteure fait clairement valoir que la rédaction syllogistique des décisions juridictionnelles donne à voir « *le jugement comme une opération syllogistique, obéissant à un formalisme strict, sans faire apparaître la dimension pragmatique de la construction des prémisses* ».

⁹⁵⁶ Ce n'est pas toujours le cas. Il est des cas pour lesquels l'on peut penser que le juge se borne effectivement à appliquer la loi. Ainsi, il faut admettre avec le Professeur D. De Béchillon que dans certaines hypothèses « *le seul « constat » de la majeure, dans la situation de l'espèce, est vécu comme imposant inéluctablement la solution du problème dans un sens* ».

un raisonnement qui ne relève pas de la logique formelle.

275. Historiquement, tout l'intérêt de la présentation syllogistique des jugements et arrêts a précisément résidé dans ce décalage entre le raisonnement effectivement mené par le juge et la présentation qui en est faite à l'occasion du syllogisme d'exposition. Lorsque l'on appréhende la construction syllogistique des décisions de justice, il convient de garder à l'esprit l'« *importance politique qu'il y a [eu] à présenter le raisonnement des juges comme syllogistique* »⁹⁵⁷. Il s'est agi de nier ou dissimuler le pouvoir créateur du juge dès lors qu'un tel pouvoir contrarie et heurte le principe de la séparation des pouvoirs. La forme syllogistique des décisions de justice a permis de retranscrire et de préserver la fiction d'un juge « bouche de la loi » qui se borne à appliquer le Droit sans jamais le créer. La présentation syllogistique a permis d'imprimer, au plan formel, cette fiction négatrice du pouvoir créateur du juge puisque précisément, le syllogisme de construction donne à voir un juge qui se borne à appliquer la règle de droit -par hypothèse la loi- aux faits de l'espèce. Le syllogisme de construction a ainsi permis de présenter la décision de justice comme « *n'[étant] pas le fait d'une création volontaire et subjective [du juge] mais le fruit d'une connaissance rationnelle et objective* »⁹⁵⁸ de la loi. La construction syllogistique des décisions de justice a contribué à masquer la subjectivité du juge.

276. Faut-il alors condamner ou seulement dénoncer la présentation syllogistique des jugements et arrêts en ce qu'elle empêche la visibilité du pouvoir créateur du juge et notamment sa marge de liberté quant à la construction des prémisses normatives de ses décisions ?

Quand bien même la fonction historique du syllogisme d'exposition a été de masquer le pouvoir créateur du juge, une telle présentation des décisions de justice n'empêche pas, dans l'absolu, la visibilité du pouvoir normatif. En effet, le syllogisme d'exposition en tant que méthode de présentation des décisions juridictionnelles peut très bien se satisfaire d'une discussion autour des prémisses normatives des décisions de justice, au moins lorsque le juge administratif procède par la voie de l'interprétation. Après avoir rappelé les textes applicables au litige, le juge pourrait parfaitement préciser qu'il en interprète les dispositions et, à ce titre, indiquer la méthode d'interprétation qu'il retient et donner à voir le raisonnement interprétatif qu'il met en œuvre.

donné. On peut penser, mais ce n'est qu'un exemple parmi d'autres, à l'hypothèse d'une règle procédurale écrite, très sèche, du type de celle instituant la forclusion d'un délai de recours ». V. : D. DE BÉCHILLON, « *Sur la diversité des méthodes et manières de juger : propos introductifs* », Intervention du 29 novembre 2004, Cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, première conférence (disponible sur le site officiel de la Cour de cassation).

⁹⁵⁷ P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n°1/2004, pp. 197-217.

⁹⁵⁸ *Idem*.

277. Ainsi donc, c'est moins contre la présentation formelle des décisions juridictionnelles (syllogisme de construction) que contre la tendance du juge à affirmer, sans les expliquer ni les justifier, les prémisses normatives de ses décisions que la critique doit être dirigée.

B. Les faiblesses persistantes de l'explication et de la justification dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel

278. Trop souvent encore le Conseil d'État procède par voie d'affirmation sans chercher aucunement, donc, à se justifier dans l'exercice de son pouvoir normatif jurisprudentiel (1). Quand bien même il consent parfois à justifier plus précisément ses constructions jurisprudentielles, il se refuse à intégrer aux motifs de ses décisions certaines considérations d'ordre extra-juridique qui l'ont pourtant guidé ou influencé dans ses choix. En toute hypothèse donc, la motivation du pouvoir normatif demeure parcellaire ou incomplète (2). Ces lacunes posent en définitive la question d'une évolution possible ou seulement souhaitable de la pratique du juge administratif en la matière (3).

1. La motivation affirmative dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel

279. Dès lors qu'il participe à la production du Droit, qu'il « *assum[e] cette tâche constitutionnelle de suppléance du législateur; le juge devrait expliciter les raisons de sa décision, citer les principes généraux auxquels il se réfère pour poser une règle prétorienne* »⁹⁵⁹ ou une interprétation jurisprudentielle. Ses constructions jurisprudentielles relevant d'un pouvoir qu'il exerce, de choix qu'il opère, le Conseil d'État devrait les justifier d'une argumentation juridique⁹⁶⁰. Pourtant, la haute juridiction persiste dans son habitude⁹⁶¹ prise sous l'empire de la justice retenue⁹⁶² d'affirmer ses

⁹⁵⁹ P. WAQUET, « L'officieux et le « non-dit » », Intervention du 31 mars 2005, Cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, troisième conférence (disponible sur le site officiel de la Cour de cassation).

⁹⁶⁰ V. concernant le pouvoir créateur du juge exercé par la voie de l'interprétation : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2007, pp. 49-76, spéc. pp. 60-61.

⁹⁶¹ Il s'agit bien d'une habitude ancienne du Conseil d'État. En ce sens, Chauveau écrivait que « *Le Conseil d'État ne manque jamais de motiver ses décisions ; cependant il est rare que les motifs soient autre chose que l'énonciation d'un principe assez vague ou une simple affirmation par laquelle il pose en principe la solution qu'il a cru devoir adopter sur la question qui lui est soumise.* » (A. CHAUX, *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, Paris, Cosse et Marchal, 1860, 2^e éd., tome 1, spéc. p. 167). Dans le même sens, Laferrière faisait valoir que « *le Conseil d'État, à la différence de la Cour de cassation, n'a pas l'habitude d'exposer, dans ses arrêts, toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions* » (É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, 1^{re} éd., tome 1, préface, IX).

⁹⁶² L'origine de cette habitude paraît en effet devoir être appréhendée au regard de la proximité historique du Conseil d'État avec le Souverain. Sous l'empire de la justice retenue, la justice administrative était censée être rendue par le Souverain. Au regard de sa position privilégiée à l'égard du Souverain, le Conseil d'État n'avait dès lors pas le besoin de justifier ses décisions et ses constructions.

constructions jurisprudentielles. Par peur de se lier pour l'avenir ou par crainte de la critique, le Conseil d'État procède trop souvent encore par la voie de l'affirmation.

280. Lorsque le juge consacre un principe jurisprudentiel nouveau ou fixe l'interprétation à retenir d'une disposition textuelle, ce principe et cette interprétation ne s'imposent aucunement à lui. Certes, « les arrêts [...] exposent un raisonnement tout de déduction logico-juridico-syllogistique [...] mais], il n'en est rien : les motifs ne sont que le produit rhabillé de raisons très variées, de discussions pesées, de choix qui dépassent non seulement le strict syllogisme mais aussi le strict litige et encore le strict juridisme »⁹⁶³. Les constructions jurisprudentielles résultent de choix opérés par le juge. Ainsi particulièrement, dans le cadre de l'interprétation, « le texte ne se présent[ant] [pas] comme porteur d'une Vérité incontestable, s'imposant par voie d'évidence », le juge est conduit à opérer « un choix [...] entre les différents sens possibles »⁹⁶⁴ de ce texte. Incontestablement donc, « l'acte d'interprétation auquel se livre le [juge] est un acte de choix »⁹⁶⁵ par lequel le juge tranche en faveur d'un sens du texte parmi plusieurs autres sens également possibles. Dès lors qu'il opère des choix, le juge est censé « « convaincre un auditoire de l'acceptabilité du sens qu'il propose » et [...] justifier le bien-fondé de ses interprétations »⁹⁶⁶ et créations jurisprudentielles. Une telle justification s'entend d'une motivation qui irait au-delà d'une motivation purement formelle et d'essence positiviste⁹⁶⁷ par laquelle le juge tente classiquement de rattacher, parfois de manière surfaite ou fictive, ses constructions jurisprudentielles, même les plus audacieuses, aux textes en vigueur et à la volonté du législateur. Sans doute, « présenter le sens attribué à un texte comme celui qu'a voulu le législateur [...] contribue à l'apparence de légitimité de la décision »⁹⁶⁸ mais, pour espérer légitimer pleinement les constructions jurisprudentielles qu'il opère, le juge ne peut plus se cacher ainsi derrière les textes ou la volonté du législateur.

Or, pourtant, le reproche fait à la Cour de cassation tiré de ce que « lorsqu'[elle] énonce d'elle-même un principe, elle s'abstient malheureusement de faire connaître les raisons pour lesquelles elle l'a choisi plutôt que d'autres également possibles »⁹⁶⁹ est aisément transposable, encore aujourd'hui, à

⁹⁶³ P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », in Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN, *Principes de justice*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 125-180, spéc. p. 125.

⁹⁶⁴ J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 115-129, resp. p. 116 et p. 119.

⁹⁶⁵ C. VOCANSON, « Le texte », in DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, pp. 11-32, spéc. p. 24.

⁹⁶⁶ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, spéc. p. 125.

⁹⁶⁷ Sur une motivation qui dépasserait une motivation purement formelle et d'essence positiviste, cf. *infra* les paragraphes n°318 et s. de la présente thèse.

⁹⁶⁸ P.-A. CÔTÉ, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 189-199, spéc. p. 194.

⁹⁶⁹ R. LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP. G.*, 1975, I, n°2681.

la juridiction administrative suprême. En effet, en ce qui concerne le Conseil d'État, bien souvent encore, « *la motivation a pour objet d'énoncer de façon catégorique, comme autant de propositions incontestables, de vérités objectives, les fondements juridiques dont le dispositif est la conséquence logique. Elle ne remonte pas en deçà : ces fondements sont eux-mêmes le résultat de réflexions et de choix dont l'arrêt ne rend pas compte* »⁹⁷⁰. La haute juridiction administrative continue ainsi, pour une large part, d'affirmer ses constructions jurisprudentielles sans en donner les raisons. Le Conseil d'État persiste, souvent encore, à ne révéler, à l'occasion de sa décision, que le produit de l'opération de création ou d'interprétation. Il ne donne pas à voir, au sein des motifs de ses décisions, les raisons du choix qu'il fait de consacrer telle règle prétorienne (α) ou telle interprétation jurisprudentielle (β). Le juge affirme cette règle ou cette interprétation mais n'explique ni ne justifie son choix ; il ne précise pas le pourquoi, les raisons du choix ainsi opéré par lui de consacrer cette règle prétorienne ou cette interprétation alors que, par hypothèse, d'autres étaient également possibles.

α *L'affirmation des créations prétorienne*

281. Par principe, le Conseil d'État affirme sans aucune justification ni tentative d'explication ses créations prétorienne. La haute juridiction ne révèle pas les raisons au fondement de ses créations ; elle en tait les motifs des motifs⁹⁷¹. L'arrêt *Ville Nouvelle Est*⁹⁷² ou encore les arrêts *Commune de Morsang-sur-Orge*⁹⁷³ et *Ternon*⁹⁷⁴ constituent de parfaits exemples de cette tendance du Conseil d'État à affirmer ses constructions prétorienne sans les expliquer ou tenter de les justifier. Seule la lecture des conclusions rendues sur ces affaires permet d'appréhender les inspirations et considérations au fondement de ces arrêts de principe.

De même, par principe, les principes généraux du droit sont affirmés par le Conseil d'État à l'occasion de « *formules laconiques* : « *il résulte des principes généraux du droit applicables même en l'absence de textes...* » »⁹⁷⁵. En ce sens, « *la lecture des arrêts du Conseil d'État ne facilite guère la réponse à [la] question* » de savoir « *d'où viennent les principes généraux du droit* »⁹⁷⁶. Le Conseil d'État, en effet, ne dévoile pas les raisons à l'œuvre dans le processus de « découverte » des principes généraux

⁹⁷⁰ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 225.

⁹⁷¹ Les « motifs des motifs » sont les « *éléments du raisonnement en action, non mentionnés dans les motifs mais qui expliquent leur choix* ». V. : P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », préc., spéc. p. 125.

⁹⁷² CE, Ass., 28 mai 1971, rec. p. 409.

⁹⁷³ CE, Ass., 27 octobre 1995, rec. p. 372.

⁹⁷⁴ CE, Ass., 26 octobre 2001, rec. p. 497.

⁹⁷⁵ J. ROCHE, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJ*, 1962, I, pp. 532-540, spéc. p. 535.

⁹⁷⁶ *Idem*.

du droit. Cette habitude du Conseil d'État consistant à affirmer les principes généraux du droit qu'il consacre sans dévoiler ses sources d'inspiration quant à l'origine du principe dégagé⁹⁷⁷ n'étonne pas, au demeurant, puisque les principes généraux du droit constituent « *une variété particulière de la jurisprudence* »⁹⁷⁸, l'une des manifestations, la plus éclatante, du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le Conseil d'État. De fait, tout comme il affirme ses créations prétoriennes, le Conseil d'État a tendance à affirmer sans les justifier les principes généraux du droit qu'il consacre⁹⁷⁹.

β *L'affirmation des interprétations jurisprudentielles*

282. De manière analogue, lorsqu'il fixe une jurisprudence nouvelle en procédant par la voie de l'interprétation, le juge administratif très souvent encore affirme bien plus qu'il n'explique ou ne justifie les divers choix qu'il est conduit à opérer dans ce cadre.

D'une part, il ne révèle pas les raisons pour lesquelles il décide de recourir à l'interprétation. Ce silence interroge au regard du caractère censé supplétif de l'interprétation judiciaire. À supposer que le juge recourt à l'interprétation dans les seules hypothèses du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi⁹⁸⁰, il est permis d'attendre du juge qu'il précise « *le besoin d'interprétation* » posé par le cas d'espèce et auquel il entend remédier en interprétant les dispositions légales en cause dans ce litige⁹⁸¹.

D'autre part, par principe encore, le juge ne renseigne pas clairement la méthode d'interprétation qu'il retient et, *a fortiori*, n'expose pas les raisons pour lesquelles il recourt à telle méthode d'interprétation plutôt que telle autre. Pour fixer l'interprétation à retenir d'une disposition textuelle et notamment légale, le Conseil d'État en revient d'abord et avant tout à la lettre du texte. Dès lors qu'un texte est clair, sa lettre doit prévaloir et le juge est censé s'en tenir à une application littérale du texte en

⁹⁷⁷ Lorsqu'il dégage un principe général du droit, le juge s'inspire du droit positif c'est-à-dire des textes en vigueur et de leur esprit, de l'essence d'une institution ou de la « nature des choses », des aspirations latentes de la société ou encore désormais des conventions internationales. V. : B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954 ; J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, 2003.

⁹⁷⁸ B. JEANNEAU, *op. cit.*, spéc. p. 245.

⁹⁷⁹ Parfois, le Conseil d'État a dévoilé ses sources d'inspiration ; ainsi, dans un arrêt *Bereciartua-Echarri* (CE, Ass., 1^{er} avril 1988, n°85234, rec. p. 135) : « *Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} A 2 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut de réfugié, la qualité de réfugié est reconnue à : « toute personne ... qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de son pays » ; [...] Considérant que les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment de la définition précitée de la Convention de Genève, font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis, de quelque manière que ce soit, par un État qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays d'origine, sous la seule réserve des exceptions prévues pour des motifs de sécurité nationale par ladite convention* ». (Nous soulignons).

⁹⁸⁰ V. l'article 4 du code civil.

⁹⁸¹ Sur ce point, V. : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2007, pp. 49-76, spéc. pp. 56-59.

cause⁹⁸². Toutes les fois, à l'inverse, où le texte n'est pas clair, le juge recherche l'intention du législateur. Le cas échéant même, l'interprétation de la loi sera commandée par « *les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes* » et la loi sera interprétée à la lumière des principes constitutionnels ou des engagements internationaux. Un panel de possibilités s'ouvre ainsi au juge, on le voit, dans le choix de la méthode d'interprétation à retenir⁹⁸³. Pourtant, sauf exceptions⁹⁸⁴, le juge n'indique pas précisément la méthode d'interprétation dont il fait application. La portée de cette critique doit certes être nuancée dès lors que l'observateur aguerri -mais lui seulement- peut déduire de certaines formules utilisées par le juge le choix fait de telle ou telle autre méthode d'interprétation. Ainsi la formule « *ces dispositions par leur lettre même* » est un indice en faveur d'une interprétation littérale desdites dispositions. À l'inverse, la référence aux travaux préparatoires d'une loi ou les formules telles que « *le législateur a entendu* » et « *le législateur n'a pas entendu* » indiquent que le juge a recherché la volonté du législateur et postulent dès lors en faveur d'une interprétation de type génétique. Quand bien même le juge consent, de la sorte, à dévoiler quelque peu la méthode d'interprétation mise en œuvre, le choix opéré quant à la méthode d'interprétation finalement retenue n'est pas discuté à l'occasion de l'arrêt. Ce silence gardé pose question car l'on peut légitimement penser que du choix ainsi fait quant à la méthode d'interprétation dépend l'interprétation finalement retenue de la disposition en cause.

Enfin, et peut être surtout, le Conseil d'État n'expose que trop rarement encore les raisons et sources d'inspiration de l'interprétation qu'il décide de retenir alors même que celle-ci résulte de choix entre plusieurs interprétations possibles. Seule apparaît dans la décision juridictionnelle « *l'interprétation dans son expression définitive* »⁹⁸⁵, les ressorts du processus d'interprétation ne sont pas révélés. L'on sait, l'analyse des travaux préparatoires des arrêts le révélant⁹⁸⁶, que le juge dans son appréhension des textes tient compte de ses propres précédents, de la jurisprudence d'autres juridictions ainsi que du droit étranger et notamment européen. L'on sait également que le choix du juge de retenir telle interprétation plutôt que telle autre repose bien souvent sur des éléments autres que de « *seuls éléments de technique juridique : en surplomb, les enjeux de la décision orientent le choix* »⁹⁸⁷ du juge. Ainsi donc, lorsque le juge tranche en faveur d'un sens du texte parmi plusieurs autres sens

⁹⁸² Pour un exemple d'application de cette maxime d'interprétation : H. DELESALLE, conclusions sur CAA de Nantes, 10 mai 2016, *Commune de Regnéville-sur-Mer*, n°15NT02031, *AJDA*, n°39/2016, pp. 2236-2239, spéc. p. 2238.

⁹⁸³ V. sur ce point : B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 et s.

⁹⁸⁴ V. notamment : CE, 20 mai 2016, *Ministre des finances et des comptes publics c. Société Easyvista*, n°389994, rec. T. p. 703 ; CE, 19 juillet 2017, *Google Inc.*, n°399922, rec. T. p. 498. Pour une présentation plus précise de ces références jurisprudentielles, cf. *infra* le sixième chapitre de la présente thèse, spéc. le paragraphe n°515.

⁹⁸⁵ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », préc., spéc. p. 69.

⁹⁸⁶ P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013.

⁹⁸⁷ P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN, Principes de justice*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 125-180, spéc. p. 161.

également possibles, « *de nombreux éléments vont conditionner [ce] choix du juge en faveur d'une interprétation ou au contraire du rejet de celle-ci* »⁹⁸⁸. Or pourtant, il est encore fréquent que le juge n'expose pas, à l'occasion des motifs de ses décisions, ces éléments d'ordre juridique et *a fortiori* de nature non juridique qui ont guidé son choix entre les divers sens possibles d'un même texte. Les considérations au fondement du choix ainsi opéré par le juge sont trop rarement encore dévoilées à l'occasion des décisions de justice elles-mêmes. Par exemple, le juge n'expose pas chaque fois ses sources d'inspiration jurisprudentielles et tait, en toute hypothèse, les considérations non juridiques qui ont influencé son choix. Le raisonnement du juge quant à l'interprétation qu'il retient demeure encore aujourd'hui très largement caché.

283. Le Conseil d'État a pleinement conscience de ces lacunes de la motivation de son pouvoir créateur jurisprudentiel lorsqu'il est exercé par la voie de l'interprétation. La haute juridiction admet ainsi que « *certaines des motivations des décisions de la juridiction administrative se résument encore à de simples affirmations, qui ne font pas ou pas suffisamment apparaître les raisons de l'interprétation que le juge donne de la règle de droit* »⁹⁸⁹. En ce sens, le rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative préconise un « *enrichissement des motifs [de droit] sur ce point consist[ant] à préciser, quand le juge l'estimera nécessaire [...], la méthode d'interprétation [...] et le raisonnement qui l'auront conduit à donner tel sens à la norme dont il fait application* »⁹⁹⁰.

284. Cette tendance du juge à affirmer, sans les justifier, les constructions jurisprudentielles qu'il opère par la voie de l'interprétation s'explique par l'influence encore notable de la théorie classique de l'interprétation. La théorie classique de l'interprétation postule que « *le sens gît dans le texte et [que] le travail de l'interprète consiste simplement à élucider ce sens déjà déterminé par l'auteur* »⁹⁹¹. Le rôle du juge se borne à *découvrir* le véritable et unique sens du texte. Le juge *déclare* le sens de la loi, il ne fait pas œuvre constitutive ou créatrice de sens. La théorie classique de l'interprétation nie ainsi toute contribution du juge-interprète à la production du sens des lois. En cela, elle est pleinement conforme au principe de séparation des pouvoirs et à la doctrine légicentriste. Fidèle à cette théorie classique, le juge administratif minimise le pouvoir de création qu'il exerce par

⁹⁸⁸ C. VOCANSON, « Le texte », in DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, préc., spéc. p. 28.

⁹⁸⁹ Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 10.

⁹⁹⁰ *Idem*, spéc. pp. 28-29.

⁹⁹¹ P.-A. CÔTÉ, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 189-199, spéc. p. 193.

la voie de l'interprétation. Il nie⁹⁹² et rejette par principe l'idée même de sa contribution à la production du sens des lois qu'il interprète. En ce sens, et affirmant ce faisant sa déférence à l'égard du législateur, le juge administratif dit mettre en œuvre des « *méthodes traditionnelles d'interprétation reposant sur la primauté donnée à la volonté du législateur* »⁹⁹³ et qui « *postulent toutes le respect de la volonté du législateur* »⁹⁹⁴. Face à un texte *considéré* clair, le juge se borne à en faire une application littérale. Il n'y a pas lieu pour le juge d'interpréter le texte mais seulement d'en formuler la signification. Face à un texte *considéré* obscur⁹⁹⁵, le besoin d'interprétation se révèle. Alors, le juge recourt à diverses méthodes d'interprétation pour découvrir le sens du texte. Ainsi et de deux choses l'une, « *ou bien le texte est clair, et la découverte du sens ne présente pas de difficultés, ou bien le sens est obscur et l'interprète peut compter sur une méthode d'interprétation qui, dans tous les cas, est censée permettre de surmonter les difficultés rencontrées* »⁹⁹⁶. Dès lors et tout au plus, l'interprétation consiste pour le juge à découvrir la signification cachée du texte. Il ne s'agit en aucun cas pour le juge de construire le sens du texte mais seulement de découvrir le sens de celui-ci tel qu'il a été voulu par le législateur. Ainsi donc, le discours officiel tenu par le juge repose sur la négation d'une quelconque participation de sa part à la production du sens des lois.

285. Cette position de principe du juge administratif, conforme à la théorie classique de l'interprétation, influence autant qu'elle explique certaines méthodes traditionnelles de motivation qu'il met en œuvre. La négation par le juge du pouvoir créateur qu'il exerce par les voies de l'interprétation influe nécessairement, en effet, sur la manière dont il justifie et donc motive les interprétations qu'il retient⁹⁹⁷.

C'est parce qu'il nie tout pouvoir créateur et toute marge de liberté au regard des textes en vigueur que le juge cherche classiquement à rattacher l'interprétation qu'il retient aux textes et à l'intention du législateur. L'interprétation retenue par le juge, laquelle prend corps dans la majeure de la décision

⁹⁹² V. : J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, préc., pp. 115-129, spéc. pp. 122-123 : « Cette représentation [de l'interprétation au titre de la théorie classique] se trouve au centre des discours tenus par les spécialistes de l'interprétation, et notamment les juges : niant la réalité du pouvoir qu'il détient, l'interprète se présente comme un lector ».

⁹⁹³ Sur cette position défendue par le juge, V. notamment : B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 et s.

⁹⁹⁴ *Idem*.

⁹⁹⁵ Cette distinction entre texte clair et texte obscur classiquement mise en œuvre par le juge administratif introduit déjà une certaine marge de liberté à son profit. L'appréciation de la clarté ou de l'obscurité d'un texte admet en effet une part de subjectivité.

⁹⁹⁶ P.-A. CÔTÉ, *op.cit.*, spéc. p. 191.

⁹⁹⁷ En ce sens, V. : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, spéc. p. 191 : « La théorie classique de l'interprétation [...] doit être vue d'abord comme une théorie normative, en ce sens que son rôle premier est [...] de prescrire une façon de concevoir ces rapports [entre la fonction législative et la fonction interprétative], cette conception exerçant une influence aussi bien sur la manière dont les interprètes recherchent le sens des textes que sur la façon dont ils justifient le sens qu'ils retiennent » (Nous soulignons).

de justice, est ainsi présentée comme le reflet de la volonté du législateur. En ce sens, le Conseil d'État, « évit[ant] farouchement non seulement d'expliquer, mais même de reconnaître, qu'il a tranché, en indépendance des règles du droit écrit dont il disposait »⁹⁹⁸, a pu se livrer à des interprétations particulièrement extensives voire constructives de dispositions légales tout en laissant pourtant apparaître qu'il ne faisait qu'appliquer les textes ou la volonté du législateur⁹⁹⁹. De même, c'est parce qu'il nie son pouvoir normatif et toute contribution à la production du sens des lois que le juge affirme ses interprétations, les donnant à voir comme allant de soi. C'est d'ailleurs en ce sens que doit être lue la formule « *il résulte de ces dispositions que* »¹⁰⁰⁰. Par le recours à cette formule, l'interprétation que retient le juge est présentée comme la seule possible et s'imposant au juge en vertu du droit positif.

286. En refusant de faire apparaître clairement l'opération d'interprétation et l'apport de celle-ci au texte initial, le juge sauve les apparences puisque l'illusion est maintenue qu'il ne fait qu'appliquer la loi sans jamais créer le Droit.

L'on sait ce que cette démarche du juge emporte de faux-semblants. Le juge-interprète contribue effectivement à la détermination et à la production du sens des lois, au moins dans l'hypothèse du texte dit obscur¹⁰⁰¹. Quand bien même, en effet, la pratique judiciaire est fondée sur la croyance que l'interprétation constitue seulement une fonction de connaissance, il faut admettre, au contraire, et compte tenu de la réalité juridique, que le juge détient une part de liberté créatrice. D'ailleurs, il est

⁹⁹⁸ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. p. 140.

⁹⁹⁹ Est à ce titre particulièrement éclairant le développement, dans les proportions que l'on connaît, du mécanisme du recours pour excès de pouvoir sur la base de l'article 3 de la loi des 7-14 octobre 1790 en vertu duquel « *les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale* ». Le recours pour excès de pouvoir a ainsi été originellement rattaché par le juge administratif à la loi des 7-14 octobre 1790 alors même en réalité qu'il est une création de ce juge.

V. également, pour des interprétations classiquement présentées comme *contra legem* : CE, Ass., 7 février 1947, *d'Aillières*, rec. p. 50 ; CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, rec. p. 110.

¹⁰⁰⁰ Cette formule constitue très souvent le seul indice d'une interprétation menée par le juge.

Sur les limites de cette formule quant à la motivation de la décision du juge, V. : Y. AGUILA, « L'officieux et le non-dit dans le jugement », Intervention du 31 mars 2005, Cycle de la Cour de cassation, *Les méthodes de jugement 2004-2005*, troisième conférence (disponible sur le site officiel de la Cour de cassation) : « *une motivation laconique, voire lapidaire, qui va directement au résultat, notamment pour les choix d'interprétation : c'est la formule « considérant qu'il résulte de ces dispositions que... » qui se borne à énoncer une interprétation, voire à créer ex nihilo un principe général du droit, sans en donner les justifications* ».

¹⁰⁰¹ Deux modèles doctrinaux postulent la contribution de l'interprète à la production du sens des lois. (V. : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, spéc. p. 195 et s.). Le premier de ces modèles reconnaît un rôle mais seulement supplétif de l'interprète. Le juge-interprète détient un rôle créateur mais seulement à titre supplétif dans les cas où il fait face à une difficulté d'interprétation *insurmontable*. Toutes les fois où, en raison de l'obscurité du texte, le juge se trouve dans l'impossibilité même de découvrir le sens voulu par le législateur, il fait œuvre de création et dès lors *donne* -et non pas seulement *découvre*- un sens au texte. Le second de ces modèles correspond à la théorie réaliste de l'interprétation. Cette théorie admet une part créatrice du juge plus étendue : le sens de la loi n'est *jamais* seulement découvert par l'interprète, il est construit par lui. C'est l'interprète qui, en définitive, détermine la norme. La liberté créatrice de l'interprète n'est toutefois pas absolue ; elle est enserrée dans un système de contraintes (directives d'interprétation, contraintes d'ordre logique et systémique, interdiction pour le juge de se saisir lui-même, etc.) qui en borne l'exercice. En France, la théorie réaliste de l'interprétation a été particulièrement défendue par le Professeur M. Troper.

lui-même contraint d'admettre la réalité de cette marge de liberté, au moins pour ce qui est des hypothèses dans lesquelles il interprète la loi au regard de normes supérieures constitutionnelles ou internationales¹⁰⁰².

287. Dès lors, donc, que ne peut plus être niée « *la part de création inhérente à l'acte d'interprétation [il convient] [...] de faire clairement apparaître l'apport du juge à la loi* »¹⁰⁰³. En ce sens, non seulement l'opération d'interprétation devrait, au plan formel, apparaître plus clairement à l'occasion des motifs de la décision¹⁰⁰⁴ mais encore et surtout, le juge devrait s'expliquer de l'interprétation retenue. Ainsi, et au moins lorsqu'il opère en conscience des interprétations pour le moins extensives ou constructives, le juge devrait présenter et exposer l'interprétation qu'il retient non pas comme le reflet prétendument fidèle du texte ou de la volonté du législateur mais, au contraire, comme ce qu'elle est vraiment c'est-à-dire une « *proposition de droit élaborée* »¹⁰⁰⁵ par le juge, une véritable construction faite de choix opérés par le juge.

2. Incomplétude de la justification dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel

288. Le juge ne donne pas à voir ses hésitations ou les autres choix possibles non seulement quant à la décision qu'il retient¹⁰⁰⁶ mais encore quant à la règle de droit qu'il construit. Il refuse ainsi de donner à voir ses hésitations ou doutes s'agissant du principe prétorien ou de l'interprétation jurisprudentielle qu'il consacre finalement. De même, le rejet de tel autre principe ou telle autre interprétation également possibles ne sera, quant à lui, nullement discuté.

¹⁰⁰² B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 et s. : l'auteur est obligé d'admettre qu'il est fréquent que le juge donne à une loi *une portée nouvelle* en vue de la mettre en conformité avec les traités internationaux et notamment avec les droits de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour un exemple de relecture de la réglementation par le juge pour la rendre compatible avec les exigences issues de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, V. : CE, Ass., 14 février 1996, *Maubieu*, n°132369, rec. p. 34.

¹⁰⁰³ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2007, pp. 49-76, spéc. p. 58.

¹⁰⁰⁴ Une telle évolution n'appelle que peu d'efforts de la part du juge. Une nouvelle présentation formelle de la décision suffirait à exposer plus visiblement l'opération d'interprétation. Ainsi, le juge devrait-il abandonner la rédaction classique « *Considérant qu'aux termes de l'article [...] ; Considérant qu'il résulte de ces dispositions que [...]* » dès lors qu'elle ne distingue pas suffisamment clairement entre le rappel des textes applicables et leur interprétation par le juge. Une rédaction nouvelle devrait y être substituée en vue de distinguer plus nettement entre ces deux étapes du raisonnement judiciaire. Le juge distinguerait alors formellement entre deux sous parties. La première, annoncée par un sous-titre « *Les textes applicables* », serait exclusivement consacrée au rappel des textes applicables. La seconde, annoncée par un sous-titre « *L'interprétation de ces textes* », contiendrait l'interprétation retenue de ces textes par le juge. V. l'exemple fourni en ce sens par le rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 143 et s.

¹⁰⁰⁵ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », préc., spéc. p. 59.

¹⁰⁰⁶ A. PERDRIAU, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 1993, spéc. p. 422 : « *quelles qu'aient pu être les hésitations de la Cour de cassation sur la solution à adopter, ses arrêts ne doivent faire apparaître aucune trace d'incertitude, de balancement ou de regret* ». La remarque ainsi faite à propos de la Cour de cassation est parfaitement transposable au Conseil d'État.

289. Outre qu'il refuse de donner à voir ses hésitations et doutes, le juge ne donne pas à voir les considérations non-juridiques au fondement de ses décisions. En effet, et même lorsqu'il consent à exposer plus avant les raisons ou sources d'inspiration ou d'influence qui l'ont conduit à fixer tel principe nouveau ou à retenir telle interprétation¹⁰⁰⁷, le juge se refuse à dévoiler les considérations d'ordre extra-juridique qui ont pu guider son action créatrice.

290. Les considérations extra-juridiques ne sont pas absentes du raisonnement du juge¹⁰⁰⁸. Celui-ci tient compte de données d'opportunité étrangères au droit positif dont certaines ont trait à la réalité économique et sociale et d'autres aux impératifs judiciaires (gestion du flux contentieux, bonne administration de la justice, etc.) et de justice (équité, morale)¹⁰⁰⁹. Cette prise en considération par le juge de données non-juridiques est particulièrement nette en ce qui concerne « *les affaires à fort potentiel jurisprudentiel* »¹⁰¹⁰.

Pourtant, et alors même que « *la considération de données culturelles, économiques et sociales peut expliquer dans une large mesure certaines solutions jurisprudentielles* »¹⁰¹¹, le juge refuse par principe de les exposer à l'occasion des motifs de ses décisions. De telles données n'apparaissent pas explicitement dans les motifs des décisions de justice. Il en est fait état cependant à l'occasion de la motivation para-jurisdictionnelle. Notamment, les considérations extra-juridiques qui ont pu guider le juge ressortent classiquement des conclusions du rapporteur public. L'arrêt *Cames*¹⁰¹² est topique en ce sens. À l'occasion de cette affaire, le Conseil d'État applique, sans le consacrer explicitement d'ailleurs¹⁰¹³, le principe de la responsabilité de l'État pour risque professionnel. Dans ses conclusions et pour espérer emporter la conviction des juges, le commissaire du gouvernement Romieu avait fait valoir un argument de justice sociale, un argument de pure équité auquel l'arrêt ne fait finalement aucune référence ou allusion. Cet arrêt témoigne parfaitement de ce que les considérations

¹⁰⁰⁷ Cette raison ou source d'influence ou d'inspiration peut être la jurisprudence d'une autre juridiction. Pour un exemple en ce sens : CE, 19 juillet 2017, *Google Inc.*, n°399922, rec. T. p. 498.

¹⁰⁰⁸ V. : É. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », in DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, pp. 217-247.

¹⁰⁰⁹ É. RUBI-CAVAGNA, *op. cit.*

¹⁰¹⁰ *Idem*, spéc. p. 218.

¹⁰¹¹ P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », préc., spéc. p. 71.

¹⁰¹² CE, 21 juin 1895, *Cames*, rec. p. 509.

¹⁰¹³ À l'occasion de l'arrêt *Cames*, le Conseil d'État n'a pas formulé de manière explicite le principe qu'il applique de la responsabilité de l'État pour risque professionnel. Le principe est demeuré implicite dans l'arrêt. En ce sens, cet arrêt est topique de ce que Mme la Professeure M. Deguerge a pu appeler « *la construction doctrinale des arrêts de principe* ». En effet, à l'occasion de cet arrêt, le Conseil d'État ne « *pos[e] [pas] une règle générale dans un considérant de principe, apte à être reproduit dans des affaires analogues par la suite* » mais se borne, au contraire, à statuer en fait. C'est la doctrine qui, à partir de cet arrêt, a élaboré la théorie du risque professionnel. V. : M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1994, spéc. p. 124.

extra-juridiques demeurent en France en dehors de la décision de justice. Tout au plus affleurent-elles parfois de l'arrêt rendu. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque le juge administratif manie la technique de l'assimilation¹⁰¹⁴ et rapproche deux termes juridiques que la logique impose pourtant de distinguer¹⁰¹⁵. En pratique, le rapprochement opéré répond à des considérations d'opportunité telles que la cohérence du système juridique ou encore l'équité.

291. Ce refus traditionnel du juge administratif de donner à voir précisément les considérations non-juridiques ou d'opportunité au fondement de ses décisions manifestent avec éclat « *l'écart entre la vision traditionnelle du raisonnement judiciaire et le raisonnement mis en action dans les travaux préparatoires* »¹⁰¹⁶. Un tel refus a pour conséquence le décalage existant entre le raisonnement judiciaire tel qu'il s'exerce effectivement et le raisonnement judiciaire tel qu'il ressort des motifs de l'arrêt.

292. Le droit comparé révèle que ce refus du juge français résulte d'un choix de sa part. En effet, alors que le juge anglo-saxon n'hésite pas à exposer les « *avantages économiques, sociaux, éthiques ou moraux de l'interprétation* »¹⁰¹⁷ qu'il retient, le juge français, à l'inverse, tait les raisons extra-juridiques qui ont pu guider son action.

293. Ce choix du juge français de taire les considérations extra-juridiques ayant guidé son raisonnement s'explique par l'empreinte forte en droit français de la doctrine positiviste. « *Pour le positivisme de Kelsen, ces facteurs extra-juridiques ne sont pas du droit* »¹⁰¹⁸ et dès lors, ne sont pas censés être pris en compte par le juge. C'est en ce sens que certains auteurs inclinent à penser « *qu'il importe de s'abstenir de « motiver les motifs », en entendant par-là que, si, dans une décision de justice, l'insertion de véritables motifs répond à une absolue nécessité, l'explication de ces motifs s'éloigne du domaine du droit en relevant de considérations plus ou moins subjectives ou conjoncturelles, et n'a par conséquent pas à être faite* »¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁴ Sur cette technique : S. NIQUÈGE, « Le Conseil d'État et la technique de l'assimilation », *RFDA*, 2009, pp. 929-935.

¹⁰¹⁵ Le juge assimile deux termes juridiques sans toutefois nier ou remettre en cause leurs particularités respectives, et cela en vue de leur appliquer une même règle juridique ou un même régime juridique. L'assimilation conduit à l'extension d'une règle ou d'un régime, non à l'extension de la notion juridique à laquelle cette règle ou ce régime est applicable. Il ne s'agit pas pour le juge d'élargir une notion juridique de sorte à la rendre plus englobante, mais seulement d'en étendre le régime juridique à une autre situation.

¹⁰¹⁶ DEUMIER (P.), « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », in Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN, *Principes de justice*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 125-180, spéc. p. 162.

¹⁰¹⁷ Y. AGUILA, « L'officieux et le non-dit dans le jugement », *Intervention préc.*

¹⁰¹⁸ *Idem.*

¹⁰¹⁹ A. PERDRIAU, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, préc., spéc. p. 424.

3. Les pistes d'une évolution possible de la motivation juridictionnelle administrative dans l'exercice du pouvoir créateur jurisprudentiel

294. Selon une position classique¹⁰²⁰, en exposant les motifs des motifs de ses décisions, une juridiction suprême fragilise d'autant l'interprétation qu'elle retient d'un texte ou la règle prétorienne qu'elle détermine. Une telle analyse paraît désormais dépassée. Dans l'exercice de son pouvoir créateur, et parce que tout pouvoir dans la société contemporaine est tenu de justifier son action, la juridiction suprême doit exposer précisément ses raisons. En conséquence, il faut espérer du Conseil d'État qu'il étoffe encore la motivation en droit de ses décisions, au moins de celles par lesquelles il entend faire jurisprudence c'est-à-dire exercer pleinement son pouvoir créateur. La motivation de ses décisions créatrices ne peut consister en effet en une simple affirmation. La haute juridiction doit s'astreindre à expliciter davantage sa démarche, à exposer plus précisément le choix des prémisses normatives de sa décision.

L'évolution ainsi envisagée ne paraît pas déroutante dans son principe. Reste alors la question, bien plus délicate, des modalités de mise en œuvre d'une telle motivation renforcée. Faut-il attendre du Conseil d'État qu'il s'aligne sur le style du juge de la *Common law* et s'adonne à de véritables dissertations juridiques ? Un tel basculement ne semble pas opportun ni même souhaitable. Car en effet, une difficulté majeure est attachée au style discursif anglo-saxon : il rend parfois complexe la détermination de la *ratio decidendi* de la décision. Une motivation particulièrement dense, qui retrace précisément et dans une volonté d'exhaustivité l'état du droit sur une question donnée et fait état de multiples considérations générales à l'appui de la décision prononcée, peut nuire à l'intelligibilité de la jurisprudence par ce seul fait qu'il est alors difficile de distinguer, au sein de la décision rendue, entre la règle de droit qui fonde véritablement le dispositif et les considérations non strictement nécessaires à l'établissement de celui-ci. « *Motiver plus ce n'est pas nécessairement motiver mieux* »¹⁰²¹. Il convient alors de trouver un juste équilibre entre une motivation trop concise et une motivation trop dense qui gêneraient, l'une comme l'autre, l'intelligibilité de la règle jurisprudentielle. Le Conseil d'État doit ainsi poursuivre ses efforts en termes d'explication et de justification de ses décisions de principe¹⁰²² sans verser cependant dans les excès d'un juge de

¹⁰²⁰ V. notamment en ce sens : J.-F. WEBER, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Revue Lamy, Droit civil*, n°89/2012 ; D. RIBES, « La motivation des décisions du Conseil d'État », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 183-195, spéc. p. 190.

¹⁰²¹ B. SEILLER, « Rapport de synthèse », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 291-304, spéc. p. 301.

¹⁰²² Sur ce point, cf. *supra* les paragraphes n°265 et s. de la présente thèse.

Common law. À cet égard, pour motiver mieux, le juge administratif suprême doit persévérer dans la voie engagée de la pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative et d'autres juridictions (notamment des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme). Car en effet, se faisant, il dévoile ses influences et les raisons d'ordre juridique qui le conduisent à retenir telle interprétation de la règle de droit ou à créer telle règle nouvelle. Ainsi par exemple, suivant cette démarche, le Conseil d'État aurait parfaitement pu faire état de la jurisprudence des Cours de Strasbourg et de Luxembourg lorsqu'il a consacré le principe de sécurité juridique à l'occasion de son arrêt *KPMG*¹⁰²³. De la sorte, il aurait conforté d'autant sa décision de principe en montrant qu'elle s'insère dans un mouvement général marqué par la montée en puissance de l'impératif de sécurité juridique. De même, pour motiver mieux ses décisions créatrices, « *il est souhaitable que le juge motive, au regard de considérations plus générales, les décisions par lesquelles il modifie la règle en vigueur* »¹⁰²⁴ (hypothèse du revirement de jurisprudence) ou crée la règle de droit de manière prétorienne ou par la voie de l'interprétation¹⁰²⁵. En ce sens, à l'occasion d'un arrêt du type de l'arrêt *Ternon*¹⁰²⁶, le juge administratif suprême gagnerait à faire état au sein des motifs de sa décision des inconvénients pratiques attachés à la règle de droit antérieure et qui ont conduit à la règle nouvelle consacrée. L'intelligibilité et la légitimité de la règle jurisprudentielle n'en seraient que plus renforcées.

Section III : Les faiblesses de la motivation, freins à une pleine légitimité du pouvoir normatif jurisprudentiel

295. Une motivation plus pédagogique et explicative des décisions de justice a vocation non seulement à renforcer l'autorité normative, la force normative attachées à la jurisprudence (§2) mais encore peut-elle être mobilisée en vue de fonder et partant, de justifier le pouvoir créateur jurisprudentiel exercé par le Conseil d'État (§1). À ce titre, les faiblesses persistantes de la motivation dans l'exercice, par le juge administratif suprême, de son pouvoir normatif jurisprudentiel se révèlent problématiques dès lors qu'elles gênent le processus amorcé de la pleine consécration de l'activité créatrice du juge.

¹⁰²³ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et a.*, rec. p. 154.

¹⁰²⁴ B. SEILLER, *op. cit.*, spéc. p. 301.

¹⁰²⁵ Sur cette question plus précise d'une évolution éventuelle tendant à l'exposé, par le Conseil d'État, des considérations extra-juridiques au fondement de ses décisions créatrices, cf. *infra* les paragraphes n°318 et s. de la présente thèse.

¹⁰²⁶ CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, rec. p. 497.

§1 : Motivation et fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel

296. La question du fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel est ancienne, les auteurs sont nombreux à l'avoir discutée sans toutefois pleinement convaincre de leur théorie (A). Dans ce cadre, les progrès de la motivation de ses décisions par le juge administratif, et particulièrement par le Conseil d'État, renouvellent la question du fondement du pouvoir créateur du juge puisqu'en effet, une motivation plus pédagogique et explicative est à même de fonder une nouvelle légitimité du juge administratif suprême dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle (B).

A. Critique des théories relatives au fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel

297. Une fois admise la réalité du pouvoir normatif jurisprudentiel, reste la question de la légitimité de l'exercice par le juge d'un tel pouvoir créateur. Si elle ne paraît plus aujourd'hui au centre des débats ou préoccupations, cette question a longtemps retenu la doctrine. En effet, « *devant l'évidence et l'ampleur du phénomène jurisprudentiel, la question qui [était] à l'ordre du jour n'[était] plus de savoir s'il [fallait] consacrer une nouvelle source du droit, mais de parvenir à justifier cette consécration [...] acquise* »¹⁰²⁷. Les auteurs sont ainsi nombreux à avoir recherché le fondement possible du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le juge. La doctrine s'est employée pendant plusieurs décennies à découvrir le fondement du pouvoir créateur du juge.

298. L'article 4 du code civil qui oblige le juge, sous peine de déni de justice, à juger y compris dans l'hypothèse « *du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* » a pu être présenté comme le fondement textuel du pouvoir normatif jurisprudentiel du juge.

Pourtant, ladite disposition ne saurait être considérée comme une habilitation expresse faite au juge lui donnant compétence pour créer des règles de droit ayant vocation à s'appliquer au-delà du seul cas d'espèce. L'article 4 du code civil permet au juge, dans les hypothèses qu'il prévoit du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, de créer la règle de droit, mais seulement pour ce qui concerne la résolution du cas d'espèce. En ce sens, cette disposition législative est inapte à constituer avec pleine certitude le fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel. De fait, les auteurs ont développé diverses théories avec pour objectif identique de fonder ledit pouvoir.

299. « *Une première justification de la création du droit par la jurisprudence a tout d'abord été*

¹⁰²⁷ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 121.

*recherchée dans une assimilation de celle-ci à la coutume, qui est traditionnellement admise au nombre des sources du droit »*¹⁰²⁸. Certains auteurs, principalement de formation privatiste¹⁰²⁹, ont ainsi fait valoir que le pouvoir normatif jurisprudentiel dériverait de la coutume.

Ces théories ne résistent pas à l'analyse dès lors simplement que jurisprudence et coutume se distinguent nettement dans leurs caractéristiques. Ainsi, et notamment, la répétition, si elle est une condition d'existence de la coutume, ne constitue nullement une condition de la formation de la jurisprudence : « *la coutume implique une répétition que ne requiert pas le précédent judiciaire* »¹⁰³⁰. Un seul arrêt rendu par la juridiction suprême d'un ordre juridictionnel donné suffit, en effet, à faire jurisprudence.

300. Selon la thèse du Professeur Waline, le fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel et l'origine de l'autorité normative de sa jurisprudence doivent être trouvés dans le silence du législateur. Dès lors que ce dernier ne réagit pas face à une jurisprudence nouvelle c'est qu'il l'approuve et la valide. Le silence du législateur vaut ainsi approbation tacite. Par l'effet d'une telle réception implicite de la règle prétorienne de la part du législateur, la règle jurisprudentielle devient une règle de droit à part entière.

Cette thèse doit être rejetée. Certes, elle « *peut -peut-être- expliquer la pérennité des règles jurisprudentielles, [mais] elle semble inapte à fonder leur existence même* »¹⁰³¹. Un argument de pure logique démontre en effet son incapacité à conférer un fondement au pouvoir normatif du juge. L'approbation de la règle jurisprudentielle par le législateur s'opère nécessairement *a posteriori* c'est-à-dire une fois seulement la règle jurisprudentielle fixée par le juge. Or, « *l'origine de la règle [jurisprudentielle] -et donc l'explication de son existence- ne peuvent évidemment naître postérieurement à son élaboration* »¹⁰³². Au surplus, cette thèse repose sur un présupposé qui ne correspond pas à la réalité. En effet, elle présume la connaissance de la jurisprudence par le législateur ; or, nul ne peut affirmer avec certitude que celui-ci connaît l'ensemble des règles jurisprudentielles.

301. Contestant de telles thèses qui postulent un pouvoir jurisprudentiel seulement dérivé de la loi ou de la coutume, d'autres auteurs ont fait valoir l'hypothèse selon laquelle la jurisprudence

¹⁰²⁸ O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 463-475, spéc. p. 471.

¹⁰²⁹ L'on pense particulièrement à A. Lebrun. V. : A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé. Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, Thèse Caen, 1932.

¹⁰³⁰ F. ZENATI, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰³¹ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, spéc. p. 127.

¹⁰³² *Idem*.

procéderait d'un pouvoir originaire détenu par le juge. Ce dernier exercerait un véritable pouvoir politique lui donnant capacité et légitimité à créer des règles de droit générales et abstraites valables au-delà du cas d'espèce¹⁰³³. Cette théorie postule que le juge exerce, dans la limite de sa compétence, un pouvoir politique véritable dès lors qu'il bénéficie d'une indépendance organique et fonctionnelle lui permettant de prendre des décisions librement et que certaines de ses décisions -les décisions de principe-, parce qu'elles sont générales et obligatoires, ont une portée normative.

L'on voit difficilement toutefois comment le juge pourrait exercer un véritable pouvoir politique alors même qu'il ne peut se saisir lui-même. Dès lors seulement que le juge ne peut agir que saisi d'un litige, il est impossible de lui reconnaître une liberté d'action suffisante. L'on sait que « *derrière l'idée de « pouvoir » se cache [...] une certaine idée d'autonomie, ou plus précisément de discrétionnalité, de liberté dans l'action* »¹⁰³⁴. De manière plus fondamentale encore, le Professeur M. Troper a parfaitement démontré l'impossibilité qu'il y a à considérer l'activité des juges comme un véritable pouvoir politique dès lors que, s'exerçant « *dans un réseau de contraintes* »¹⁰³⁵, cette activité « *est liée [...] par sa nature même et par les conditions dans lesquelles elle est nécessairement exercée* »¹⁰³⁶.

302. S'inscrivant « *en dehors du cadre proprement juridique, en dehors d'une théorie juridique* »¹⁰³⁷, certains auteurs ont cru pouvoir trouver le fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le juge dans l'existence d'un consensus des intéressés autour de la règle jurisprudentielle¹⁰³⁸. Ainsi, selon Maury, le juge « *dans l'exercice même de sa fonction [...] jouit d'un certain pouvoir propre [...] dont il use [...] pour sortir parfois des limites de sa compétence* »¹⁰³⁹. Ce pouvoir est irrégulier ou illégal, mais il existe en fait ; il est un pouvoir social. Dès lors que ce pouvoir est illégitime dans son essence, la règle jurisprudentielle qui en découle ne peut, par elle seule, valoir règle de droit. La règle prétorienne a vocation à devenir une règle de droit à part entière dès lors seulement que, faisant consensus, elle reçoit « *l'assentiment, le consensus des intéressés* »¹⁰⁴⁰ et est ainsi réceptionnée ou ratifiée par la communauté des juristes.

¹⁰³³ Dans le prolongement d'un écrit de C. Eisenmann, cette thèse a été défendue avec force par S. Belaïd. V. : S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1974.

¹⁰³⁴ D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, spéc. p. 48.

¹⁰³⁵ M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n°16/1981, pp. 5-15, spéc. p. 11.

¹⁰³⁶ *Idem*, spéc. p. 15.

¹⁰³⁷ S. BELAÏD, *op. cit.*, spéc. p. 57.

¹⁰³⁸ Cette thèse trouve son origine dans les travaux du Professeur Maury : J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in Études offertes à Georges RIPERT, *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Paris, LGDJ, 1950, tome 1 : *Études générales. Droit de la famille*, pp. 28-50. Elle est reprise en des termes proches par le Professeur Jestaz lorsqu'il développe la notion de « *commune reconnaissance* ». V. : P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*, 1987, Chronique, pp. 11-17.

¹⁰³⁹ J. MAURY, *op. cit.*, spéc. p. 43.

¹⁰⁴⁰ *Idem*.

Les théories ainsi articulées autour de l'existence d'un consensus des intéressés ne permettent pas de fonder valablement le pouvoir normatif du juge et l'autorité normative de sa jurisprudence. « *La reconnaissance des intéressés ne peut -matériellement- constituer un fondement du pouvoir normatif de la jurisprudence* »¹⁰⁴¹. Le fondement de l'autorité normative de la jurisprudence est nécessairement antérieur à l'édiction et, *a fortiori*, à l'acceptation de la règle jurisprudentielle par un public intéressé.

303. Ainsi donc, les théories relatives au fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le juge ne sont, pour la plupart, que peu convaincantes. Les limites de ces théories ont d'ailleurs déjà été parfaitement mises en lumière¹⁰⁴².

304. La thèse selon laquelle la jurisprudence, en ce qu'elle emprunte la voie du pouvoir juridictionnel, procède d'un pouvoir originaire détenu par le juge¹⁰⁴³ apparaît plus convaincante. Aux termes de cette théorie, « *le pouvoir jurisprudentiel [...] possède en lui-même [...] la justification de sa propre origine* »¹⁰⁴⁴ dès lors, en effet, qu'il repose sur « *l'exercice légitime d'une mission juridictionnelle pour laquelle le juge dispose d'une investiture parfaitement régulière* »¹⁰⁴⁵. Le fondement du pouvoir normatif du juge résiderait ainsi dans le pouvoir juridictionnel qu'il détient et que le système lui reconnaît.

Une telle thèse est certes séduisante. Mais, elle admet deux faiblesses. D'une part, l'investiture ou habilitation du juge à créer du droit de portée générale est seulement alors empruntée, indirecte. C'est « *« clandestinement » [...] que le juge s'attribue le pouvoir jurisprudentiel* »¹⁰⁴⁶. D'autre part, la motivation moderne marquée par un usage devenu récurrent de l'*obiter dictum* impose de nuancer la véracité ou l'opérance de cette thèse. Le procédé de l'*obiter dictum* démontre, en effet, combien le lien entre la fonction juridictionnelle et la fonction jurisprudentielle est parfois si ténu que peut être posée la question inévitable de sa réalité. Lorsque le juge s'exprime *obiter*, « *le support processuel est totalement formel* » ; « *la règle ne procède pas du jugement : elle est purement et simplement posée* »¹⁰⁴⁷. Comment alors admettre de manière certaine que le pouvoir jurisprudentiel emprunte la voie du pouvoir juridictionnel ?

¹⁰⁴¹ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, préc., spéc. p. 132.

¹⁰⁴² Pour un exposé exhaustif et critique des thèses relatives au fondement du pouvoir normatif du juge, V. notamment : S. BELAÏD, *op. cit.*, spéc. la première partie de l'ouvrage ; D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, spéc. pp. 125-137.

¹⁰⁴³ V. particulièrement en ce sens : D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, spéc. p. 133 et s.

¹⁰⁴⁴ *Idem*, spéc. p. 133.

¹⁰⁴⁵ *Idem*, spéc. p. 134.

¹⁰⁴⁶ *Idem*, spéc. pp. 134-135.

¹⁰⁴⁷ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 213.

305. Très habilement, l'obstacle constitutionnel tiré du principe de la séparation des pouvoirs et qui interdit au juge de participer à la création du Droit a pu être contourné¹⁰⁴⁸. L'on a fait valoir alors le rôle fondamental que joue la doctrine dans la formation de la jurisprudence¹⁰⁴⁹. Ce n'est pas le juge mais la doctrine qui, à partir d'un ou plusieurs jugements, révèle et formule la règle jurisprudentielle, règle de droit générale et abstraite. Une telle construction, outre qu'elle justifie le travail doctrinal, a pour elle qu'elle permet de lever l'obstacle constitutionnel dès lors, en effet, que ni le principe de la séparation des pouvoirs, « *ni l'article 5, ni l'article 1351 du Code civil ne s'opposent à la généralisation par la doctrine de la norme individuelle créée par le juge* »¹⁰⁵⁰.

Cette thèse, à première vue séduisante, ne paraît plus toutefois correspondre pleinement à la réalité actuelle de la production jurisprudentielle. Il y a encore quelques années il pouvait être valablement défendu que « *dans un droit créé par le juge, la règle de droit ne se lit directement nulle part* » ; qu' « *elle est un message qu'il faut progressivement décoder* »¹⁰⁵¹ et que, dès lors, c'est la doctrine qui découvre et finalement formule la jurisprudence. Au contraire, désormais, il n'est plus rare que la règle de droit créée par le juge apparaisse pleinement à la seule lecture des motifs de la décision juridictionnelle. Le Conseil d'État n'hésite plus, en effet, à formuler explicitement la règle jurisprudentielle à l'occasion des motifs de ses décisions. Si donc, « *à l'époque de l'imperatoria brevitatis, c'était essentiellement la Doctrine qui formulait la jurisprudence à partir des jugements [...] [désormais], c'est souvent le Conseil d'État qui formule les normes jurisprudentielles dans ses décisions juridictionnelles* »¹⁰⁵². Dès lors que désormais « *les juges formul[ent] dans les motifs des règles générales et abstraites* » et, ce faisant, « *s'immisc[ent] [...] indûment dans l'exercice du pouvoir législatif [,] l'obstacle constitutionnel ressurgit* »¹⁰⁵³ immanquablement.

306. Faut-il alors « *se contenter d'une clause de légitimité peu élaborée* »¹⁰⁵⁴ donnant compétence au juge pour participer à la création de la règle de droit ?

Le problème du fondement du droit jurisprudentiel n'est pas « un faux problème »¹⁰⁵⁵ qu'il convient seulement d'évacuer du seul fait de la difficulté qu'il y a à le résoudre. L'on ne peut se résigner, en

¹⁰⁴⁸ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1994.

¹⁰⁴⁹ *Idem*, spéc. p. 14.

¹⁰⁵⁰ *Idem*.

L'article 1351 du code civil est devenu l'article 1355 de ce code.

¹⁰⁵¹ *Idem*, spéc. p. 13.

¹⁰⁵² M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, spéc. p. 274.

¹⁰⁵³ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, spéc. p. 12.

¹⁰⁵⁴ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, spéc. p. 196.

¹⁰⁵⁵ O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 463-475, spéc. p. 475.

effet, à admettre l'existence du pouvoir normatif jurisprudentiel sans parvenir pourtant à le fonder pleinement c'est-à-dire à en établir un fondement solide apte à en justifier et en légitimer l'exercice.

B. La motivation, instrument possible d'un fondement rénové du pouvoir normatif jurisprudentiel

307. Sous l'influence du positivisme juridique, le Droit s'entend de manière restrictive : le Droit c'est le droit positif, c'est-à-dire celui qui est posé par l'Homme. Plus particulièrement, selon la doctrine positiviste, « *la juridicité même d'une prescription procède de la qualité de son auteur et de la forme dans laquelle elle se trouve émise et non de son contenu ou de sa portée* »¹⁰⁵⁶. Le Droit c'est seulement celui qui est posé par des autorités que le système juridique habilite à produire du Droit. En ce sens, seules les autorités habilitées à créer du Droit peuvent produire des normes¹⁰⁵⁷.

308. Ainsi, selon une approche kelsenienne du Droit, pour qu'ils puissent édicter des normes de portée générale, encore faut-il que « *les tribunaux, en particulier les Cours suprêmes, reçoivent le pouvoir de créer par leurs décisions, non pas simplement des normes individuelles ne valant que pour la seule espèce concrète à laquelle elles se rapportent, mais également des normes générales* »¹⁰⁵⁸. La difficulté vient de ce que « *ni la Constitution, ni la loi ne mentionnent la possibilité d'existence de normes jurisprudentielles* »¹⁰⁵⁹. Le système juridique français ne reconnaît pas expressément ni explicitement le pouvoir du juge de créer des règles de droit générales. Le juge, en effet, est « *privé de toute investiture officielle l'habilitant à créer son Droit* » au-delà du cas d'espèce¹⁰⁶⁰. Aucune norme juridique supérieure, pas même l'article 4 du code civil, ne consacre expressément et certainement la compétence du juge à produire des règles de droit valables au-delà du seul cas d'espèce. Tout laisse à croire, même, que le système juridique refuse précisément au juge le pouvoir de créer des normes de droit de portée générale. Le principe de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel le législateur est censé avoir le monopole de la création du Droit, interdit au juge de créer des règles de droit générales et abstraites. Dans le même sens, l'article 5 du code civil qui prohibe les arrêts de règlements et l'article 1355 de ce même code (ancien article 1351) qui consacre l'autorité

¹⁰⁵⁶ É. MAULIN, « Positivisme », in ALLAND (D.), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, pp. 1171-1177, spéc. p. 1175.

¹⁰⁵⁷ Cette conception étroite du Droit est celle sur laquelle repose la doctrine formaliste classique qui refuse à la jurisprudence la qualité de source formelle du droit.

¹⁰⁵⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction française par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, spéc. pp. 334-335. (Nous soulignons).

¹⁰⁵⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2001, 15^e éd., tome 1, spéc. p. 117.

¹⁰⁶⁰ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, spéc. p. 121.

relative de chose jugée paraissent bien avoir pour objet même d'empêcher le jugement de devenir règle de droit¹⁰⁶¹.

309. Si l'on s'en tient à une approche positiviste du droit, la question du fondement du pouvoir normatif du juge paraît alors insoluble. Sans doute, la portée des arguments d'ordre constitutionnel et législatif invoqués en vue de nier la possibilité même d'un tel pouvoir peut-elle être atténuée¹⁰⁶² ; mais, en toute hypothèse, l'article 4 du code civil et les théories développées dans l'objectif de fonder et justifier le pouvoir normatif jurisprudentiel sont inaptes à fonder avec pleine certitude ledit pouvoir¹⁰⁶³.

La réponse à la question du fondement du pouvoir normatif du juge doit ainsi être recherchée en dehors des cadres de la doctrine positiviste classique. La nécessité l'impose puisque c'est vainement que l'on a recherché une quelconque norme juridique supérieure habilitant le juge de façon directe ou seulement indirecte¹⁰⁶⁴ à produire des règles de droit générales valant au-delà du cas d'espèce. Ce n'est pas dans une norme supérieure qui lui donnerait habilitation à produire du Droit que peut être trouvé le fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le juge. Il faut accepter de se détacher ou seulement de dépasser la doctrine positiviste pour espérer trouver ce fondement. Le fondement du pouvoir créateur du juge doit ainsi être recherché ailleurs que dans une habilitation proprement juridique du juge à créer du Droit.

310. C'est en donnant à voir plus pleinement la manière dont il raisonne que le Conseil d'État entend désormais non pas seulement légitimer mais, plus encore, fonder son pouvoir normatif. Une

¹⁰⁶¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2017, 2^e éd. spéc. p. 273.

¹⁰⁶² Une lecture compréhensive du principe de séparation des pouvoirs et des articles 5 et 1355 (ancien article 1351) du code civil paraît possible. En ce sens, le principe de séparation des pouvoirs, entendu dans son acception matérielle, a vocation à admettre des tempéraments et ainsi à tolérer la participation du juge à la création du Droit (V. : O. DUPEYROUX, « La Jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY, Théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome 2, pp. 349-377, spéc. pp. 365-366 ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 219). De même, l'article 5 du code civil peut être lu comme interdisant au juge de participer à la création du Droit « *en la forme et à la manière du législateur* » (P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 329-371). Ainsi entendue, ladite disposition interdit seulement au juge de créer du droit de portée générale en dehors de tout litige. Plus encore, selon certains, l'article 5 du code civil ne doit pas être lu comme prohibant la création jurisprudentielle dès lors qu'il vise, non pas les motifs, mais le dispositif de l'arrêt. L'article 5 n'aurait ainsi pas pour objet d'interdire le phénomène jurisprudentiel mais d'empêcher le juge d'adopter un dispositif qui aurait la portée d'une réglementation générale (Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 387-403). De même enfin, la portée de l'argument tiré de l'article 1355 du code civil peut être nuancée si l'on considère que la règle de droit abstraite appliquée au litige -c'est-à-dire la règle jurisprudentielle- n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée, cette dernière concernant seulement « *la situation concrète sur laquelle le juge s'est prononcé, les mesures qu'il a adoptées* » (V. : F. ZENATI, *op. cit.*, spéc. p. 123).

¹⁰⁶³ Cf. *supra* les paragraphes n°297 et s. de la présente thèse.

¹⁰⁶⁴ C'est-à-dire par la voie de la loi ou de la fonction juridictionnelle.

motivation plus dense et pédagogique des décisions de justice permet l'exercice d'un contrôle démocratique sur l'action normative jurisprudentielle duquel a vocation à découler une habilitation démocratique du juge à créer le Droit. En cela, la motivation moderne participe d'un fondement renoué du pouvoir normatif du juge administratif ; elle constitue le fondement médiat ou indirect d'un tel pouvoir. La participation du juge à la création du Droit repose sur une habilitation démocratique en ce sens, laquelle procède d'un contrôle démocratique de l'action normative du juge permis lui-même par une motivation plus dense et didactique des décisions de justice.

311. Par une motivation plus lisible et explicite de ses arrêts de principe, le Conseil d'État donne à voir plus avant ses constructions jurisprudentielles. De même, par les efforts qu'il consent en termes d'explication et de justification de ses décisions créatrices, le juge suprême donne à voir, dans une certaine mesure au moins, les raisons de ses créations normatives. En faisant ainsi davantage la lumière sur l'exercice de son pouvoir normatif jurisprudentiel, le Conseil d'État entend rendre des comptes à un auditoire désormais universalisé¹⁰⁶⁵, et particulièrement au « *peuple français* » au nom duquel les décisions de justice sont rendues. Il « *se plac[e] lui-même en position d'être jugé par autrui* »¹⁰⁶⁶. Les destinataires de la règle jurisprudentielle sont mis en mesure d'apprécier la production normative jurisprudentielle. La motivation plus pédagogique des décisions de justice favorise ou facilite ainsi l'exercice d'un contrôle démocratique sur l'activité normative du Conseil d'État. Plus, c'est une onction populaire à créer le Droit que le Conseil d'État recherche lorsqu'il consent à dévoiler davantage les raisons et le raisonnement au fondement de ses constructions jurisprudentielles. L'évolution contemporaine de la motivation des décisions créatrices de la haute juridiction doit ainsi s'entendre d'une volonté du Conseil d'État de bénéficier d'une véritable habilitation démocratique à créer le Droit, celle-ci découlant de l'exercice d'un contrôle démocratique que la motivation moderne favorise.

312. Sans doute une telle construction exagère-t-elle la portée qu'il convient d'attacher à l'évolution contemporaine de la motivation de ses décisions par le Conseil d'État. Lorsqu'il se fait plus pédagogue et qu'il consent à expliciter plus avant la démarche qui est la sienne à l'occasion de ses décisions de principe, le juge administratif suprême n'a pas pour ambition première ou immédiate, cela paraît évident, de fonder certainement son pouvoir créateur jurisprudentiel. En effet, les questions de savoir si la jurisprudence est une source du droit et à quelles conditions le juge peut participer à la

¹⁰⁶⁵ Sur la notion d'auditoire universel, V. : C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1979, 2^e éd., réédition 1999, spéc. p. 107.

¹⁰⁶⁶ D. SALAS, « Le juge aujourd'hui », *Droits*, n°2/2001, pp. 61-72, spéc. p. 69.

création du Droit intéressent non pas d'abord le juge mais la doctrine. Elles sont des questions théoriques qui ne retiennent pas le Conseil d'État dans son travail quotidien. Cependant, elles se posent à lui sous un jour nouveau et avec une acuité particulière depuis qu'il a consacré en 2007 son pouvoir créateur. Dans un cadre renoué par la jurisprudence *Tropic*¹⁰⁶⁷, l'on peut penser que le Conseil d'État est davantage concerné désormais par la question du fondement de son pouvoir créateur jurisprudentiel et que ce n'est pas sans raison qu'il fait évoluer la pratique de ses décisions.

313. Sans doute une telle construction pêche-t-elle également en termes de rigueur logique. En effet, il est difficile de concevoir l'idée qu'un contrôle démocratique, nécessairement exercé *ex post* sur la règle jurisprudentielle, puisse finalement valoir habilitation démocratique à produire du Droit. En ce sens, la critique déjà faite de certaines théories anciennes tirée de ce que le fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel ne peut être recherché en aval de l'exercice d'un tel pouvoir paraît devoir être opposée à une telle construction.

314. Cette difficulté peut être raisonnablement surmontée, au moins dans une certaine mesure. Certes, si l'on raisonne au plan d'une seule et unique décision de justice par laquelle le juge fixe une règle jurisprudentielle nouvelle, la légitimité démocratique dont bénéficie le juge pour créer ainsi une règle de droit de portée générale ne peut être qu'une légitimité *ex post* ou *a posteriori*. En effet, les principaux intéressés à la règle jurisprudentielle, c'est-à-dire les parties aux litiges ainsi d'ailleurs que le corps social, ne peuvent exercer un contrôle sur ladite règle avant qu'elle ne soit appliquée au cas d'espèce. Ainsi considérée, l'existence d'un contrôle démocratique exercé sur l'action normative du juge ne peut être pleinement assimilée à une habilitation véritable du juge à produire du droit de portée générale. En effet, un tel contrôle a vocation à s'exercer seulement *a posteriori*. Il serait dès lors impossible d'en induire l'existence d'une habilitation démocratique *a priori* du juge à créer du Droit. Autrement dit, même en admettant l'exercice d'un tel contrôle démocratique, l'on ne parviendrait pas à renverser pleinement l'argument tiré de l'illégitimité du juge à créer le Droit. L'exercice d'un contrôle démocratique sur la production normative du juge permettrait certes de rendre plus acceptable ou seulement plus soutenable une telle création jurisprudentielle ; il ne pourrait valablement toutefois constituer le fondement du pouvoir normatif du juge dès lors qu'un tel fondement se situe nécessairement à un stade antérieur à l'élaboration de la règle jurisprudentielle¹⁰⁶⁸. Mais, si l'on veut bien raisonner à l'échelle plus vaste de la jurisprudence du Conseil d'État¹⁰⁶⁹, le

¹⁰⁶⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360.

¹⁰⁶⁸ D. DE BÉCHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, préc., spéc. p. 132.

¹⁰⁶⁹ Le terme jurisprudence est ici entendu dans son acception normative et, plus particulièrement encore, en ce qu'il renvoie à l'ensemble des décisions créatrices (« précédents » jurisprudentiels) rendues par le juge administratif suprême.

pouvoir du juge de créer du droit de portée générale paraît bien procéder d'une véritable habilitation démocratique *ex ante* ou *a priori* à produire du Droit. Dès lors, en effet, que le contrôle démocratique est rendu possible, tout se passe comme si le juge bénéficiait d'une habilitation générale et *ex ante* à produire des règles de droit. Le juge acceptant de dévoiler et d'expliquer plus avant ses constructions jurisprudentielles, le corps social lui reconnaît, non plus seulement à l'échelle d'une seule décision créatrice mais de manière générale, le pouvoir de participer à la production du Droit. Bien sûr, il s'agit là d'une pure fiction. L'existence d'un contrôle démocratique de l'action normative du juge et partant, la réalité d'une habilitation démocratique du juge à créer du Droit sont des fictions qui elles-mêmes s'appuient sur un présupposé très optimiste selon lequel l'activité judiciaire intéresse, au-delà des parties à l'instance et de la communauté des juristes, l'ensemble du corps social. Cet obstacle ne paraît pas absolument dirimant. D'une part, les fictions sont le lot commun de la matière juridique, à commencer par la théorie de la représentation en vertu de laquelle quelques personnes seulement -les représentants de la Nation- sont habilitées à adopter des lois s'imposant à tous au motif que celles-ci sont censées refléter la volonté générale. D'autre part, le cercle des intéressés à l'activité judiciaire paraît s'élargir progressivement sous l'effet de la presse généraliste qui, de plus en plus fréquemment, se fait écho de certaines jurisprudences des Cours suprêmes.

315. Au demeurant, et quelles que puissent être par ailleurs les faiblesses théoriques d'une telle construction, l'ambition du Conseil d'État est bien de parvenir, en permettant un contrôle sur son action normative, à fonder l'exercice de son pouvoir créateur jurisprudentiel. À cet égard, ce n'est sans doute pas sans raison que le juge administratif a pensé la problématique de la rédaction de ses décisions après avoir officialisé son pouvoir normatif à l'occasion de sa jurisprudence *Tropic*. L'évolution de la motivation des décisions du juge administratif à l'œuvre depuis le tournant des années 2000 n'est certainement pas sans lien avec la question du pouvoir normatif jurisprudentiel. Une motivation plus dense et pédagogique de ses décisions créatrices par le Conseil d'État contribue à fonder médiatement le pouvoir créateur ainsi exercé par le juge suprême.

Certes les juges ne peuvent être valablement considérés comme des représentants de la Nation¹⁰⁷⁰ légitimes en cette seule qualité à créer du Droit¹⁰⁷¹. Néanmoins, en favorisant ou facilitant l'exercice, par un auditoire désormais universalisé¹⁰⁷², d'un contrôle sur son action normative, c'est bien une

V. : F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. pp. 81-109.

¹⁰⁷⁰ Le principe démocratique l'exclut car les juges ne sont pas élus, ni même juridiquement responsables devant le peuple.

¹⁰⁷¹ Faisant état de la décadence de la démocratie, le Professeur Dupeyroux a pu ainsi déplorer l'empiètement des juges sur les attributions du législateur en cela que les juges n'étant pas des représentants de la Nation ne sont pas censés faire le Droit. V. : O. DUPEYROUX, « La Jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY, Théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome 2, pp. 349-377, spéc. pp. 374-375.

¹⁰⁷² Sur cette notion d'auditoire universel, V. : C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, préc., spéc. p. 107 et s.

habilitation d'ordre démocratique à créer le Droit que le juge recherche. C'est par la manière dont il exerce son pouvoir normatif jurisprudentiel que le juge entend pouvoir participer à la création du Droit. Conscient d'exercer de manière illégitime ou seulement « clandestine » un pouvoir que le système ne lui reconnaît pas expressément, le Conseil d'État entend rendre des comptes sur la manière dont il l'exerce pour finalement le légitimer mais aussi le fonder. La légitimité de son pouvoir normatif jurisprudentiel, le Conseil d'État entend la trouver dans l'habilitation du corps social. Il entend ainsi bénéficier d'une habilitation démocratique à créer le Droit. La haute juridiction recherche l'onction populaire c'est-à-dire la reconnaissance par le peuple, par la Nation, de sa participation à la production de règles de droit générales et abstraites. Cette ambition du Conseil d'État d'obtenir l'onction populaire à produire du Droit ne doit pas surprendre. Une telle démarche s'inscrit parfaitement dans la tradition démocratique occidentale laquelle postule que le Droit, tout le Droit, émane, en dernière analyse, du peuple, de la Nation.

316. Dès lors que l'ambition du Conseil d'État est de bénéficier d'une habilitation démocratique à créer le Droit, le juge suprême est censé donner à voir et exposer pleinement les raisons au fondement de ses constructions jurisprudentielles. En ce sens, malgré les progrès consentis notamment en termes d'explication et de justification de ses constructions, les faiblesses persistantes de la motivation dans l'exercice de son pouvoir normatif jurisprudentiel par le Conseil d'État¹⁰⁷³ gênent le processus amorcé de la pleine légitimation de ce pouvoir. De fait, pour permettre un véritable contrôle démocratique de ses constructions jurisprudentielles et ainsi parvenir à fonder pleinement son pouvoir créateur, le Conseil d'État doit poursuivre ses efforts en termes de visibilité et, plus encore, d'explication et de justification de ses constructions jurisprudentielles pour permettre la bonne compréhension de celles-ci par le citoyen *lambda*.

§2 : La motivation, instrument amorcé d'un renforcement de la force normative de la jurisprudence

317. Outre qu'ils ont vocation à permettre de fonder pleinement le pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le Conseil d'État, les efforts consentis par le juge suprême en termes de visibilité, d'explication et de justification de ses décisions créatrices participent de l'affermissement de l'autorité normative, de la force normative¹⁰⁷⁴, attachées à la règle jurisprudentielle. La haute

¹⁰⁷³ Cf. *supra* les paragraphes n°270 et s. de la présente thèse.

¹⁰⁷⁴ La force normative est la force attachée à une norme en tant que modèle, référence ou guide. Elle est la force de référence, de modèle ou de guide d'une norme. Elle ne se réduit pas à la force obligatoire ou contraignante, elle est plus large que celle-ci. Elle ne se confond pas avec la normativité, laquelle est un état ou une qualité alors que la force

juridiction paraît ainsi avoir pleinement compris qu’une motivation plus pédagogique favorise l’acceptation et partant, l’effectivité et la stabilité de la règle jurisprudentielle (B). Reste que le Conseil d’État ne paraît pas encore avoir pris pleinement conscience des avantages qu’il y aurait en la matière à exposer plus pleinement encore les considérations, l’ensemble des considérations, au fondement de ses créations jurisprudentielles (A).

A. Renforcement de la valeur normative de la jurisprudence

318. La force normative se déploie autour de trois pôles : la valeur normative, la portée normative et la garantie normative. La valeur normative est liée à la source de la norme et intéresse « *la force conférée à la norme par son émetteur* »¹⁰⁷⁵. Elle est elle-même composée de sous-pôles : un pôle hiérarchique, un pôle déontique et un pôle axiologique, lequel tient compte de la légitimité de la norme eu égard à son contenu. Ainsi donc, la force normative attachée à une norme juridique est conditionnée, pour partie, par la légitimité de son contenu.

319. Rapportée à l’étude de la jurisprudence, une telle approche de la force normative signifie que, pour espérer *pleinement* servir de modèle de conduite et/ou de jugement c’est-à-dire donc de norme, la règle jurisprudentielle doit justifier de la légitimité de son contenu au regard des valeurs diverses qui sont celles du système juridique et social en vigueur. Dès lors, il ne suffit plus au juge d’affirmer ses constructions jurisprudentielles comme si elles lui étaient imposées par le droit positif et notamment légal ; il doit encore faire la démonstration du caractère acceptable et juste de ses constructions. En ce sens, au-delà d’une justification formelle de type positiviste, le juge est censé justifier du caractère équitable, opportun et socialement utile de ses constructions¹⁰⁷⁶. Le juge ne peut plus se borner à justifier ses créations jurisprudentielles en faisant valoir l’argument d’autorité, cherchant alors à rattacher ses créations aux textes ou à la volonté de leurs auteurs. Il ne peut pas non plus se contenter de justifier ses constructions en arguant de l’argument systémique, cherchant alors à faire la preuve que ses créations s’insèrent dans les systèmes juridique et jurisprudentiel existants. Dès lors que la justice « *se meut dans l’ordre des valeurs* »¹⁰⁷⁷, le juge doit également justifier ses constructions jurisprudentielles d’un point de vue axiologique, c’est-à-dire au regard de « *ce qui a*

normative est susceptible de degrés et de variations.

Pour une approche exhaustive du concept de force normative, V. : C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d’un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

¹⁰⁷⁵ C. THIBIERGE et alii, *op. cit.*, spéc. p. 822.

¹⁰⁷⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, préc., spéc. p. 158.

¹⁰⁷⁷ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46, spéc. p. 40.

*trait aux valeurs au sens philosophique du mot [...] Une valeur peut se définir comme une situation socio-économique ou éthico-politique qu'il convient de préserver si elle existe, de rétablir si elle est méconnue, de tendre vers elle, si elle n'est pas encore atteinte. »*¹⁰⁷⁸.

La légitimité de la règle jurisprudentielle ne peut pas seulement découler de la démonstration de sa conformité au droit en vigueur. Le juge doit également donner à voir la légitimité substantielle, c'est-à-dire en lien avec les buts et les valeurs poursuivis¹⁰⁷⁹, de ses constructions jurisprudentielles. Ce qui est désormais attendu du juge, en effet, c'est « *moins de citer les sources formelles de sa décision que de divulguer l'argumentation qui l'a conduit à sa décision, de convaincre. [...] Le juge doit rendre compte de son débat, de la manière dont il a pesé les moyens en présence* »¹⁰⁸⁰. C'est à ce prix seulement que la jurisprudence pourra être plus pleinement encore réceptionnée en tant que modèle ou référence pour agir et/ou pour juger.

320. Sans doute, « *aucun jugement, jamais, ne sera complètement transparent sur les raisons qui le font être ce qu'il est* »¹⁰⁸¹, mais, quand bien même, plutôt que d'exposer un raisonnement reposant prétendument sur la seule logique formelle ou déductive, le Conseil d'État, au moins pour ce qui concerne ses décisions créatrices, aurait grand intérêt à poursuivre ses efforts en termes d'explication et de justification de ses constructions jurisprudentielles. Dans cette perspective, la haute juridiction ne devrait pas alors se borner à exposer les raisons d'ordre juridique au fondement de ses constructions mais encore renseigner plus avant les jugements de valeur, les pesées qu'elle opère entre des valeurs et intérêts opposés. Lorsqu'il fixe une jurisprudence nouvelle, le Conseil d'État opère des choix qui ne sont pas seulement de nature juridique¹⁰⁸². Pour espérer convaincre du caractère acceptable de ses créations prétorienne, le juge devrait exposer l'ensemble des raisons qui ont gouverné ses choix. En ce sens, la justification en droit devrait, au besoin, être combinée ou complétée d'une justification extra-juridique.

321. Faut-il alors que le Conseil d'État consente à exposer, au sein même des motifs de ses arrêts, les considérations extra-juridiques ou d'opportunité au fondement de ses décisions créatrices ? De telles données non-juridiques doivent-elles être explicitement formulées et discutées à l'occasion de la décision de justice ? Dès lors que le Conseil d'État revendique désormais pleinement l'exercice

¹⁰⁷⁸ L. MEHL cité par J. LECLERCQ, V. : J. LECLERCQ, « Le juriste confronté aux « réflexes » interprétatifs du juge », *LPA*, n°252 du 19 décembre 2001, pp. 19-26, spéc. p. 23.

¹⁰⁷⁹ « *Légitimité* », in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ.

¹⁰⁸⁰ F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, spéc. p. 41.

¹⁰⁸¹ D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », in DARCY (G.), LABROT (V.), DOAT (M.) (dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, pp. 470-480, spéc. p. 477.

¹⁰⁸² Cf. *supra* les paragraphes n°289 et s. de la présente thèse.

d'un pouvoir créateur jurisprudentiel, la question est légitime de savoir s'il doit, à l'image du juge créateur de la *Common Law*, donner à voir les considérations d'opportunité qui ont guidé son raisonnement.

322. La réponse à une telle interrogation doit être pesée et mesurée au regard des enjeux en présence. Il y aurait un avantage certain pour le juge à exposer les considérations extra-juridiques qui ont gouverné à l'affirmation d'une jurisprudence nouvelle. Une telle démarche aurait vocation, en effet, à conforter ou asseoir d'autant la valeur normative -plus précisément le pôle axiologique de la valeur normative- de la règle jurisprudentielle. Exposer les considérations d'opportunité qui ont guidé son action, ce serait pour le juge assumer pleinement son action normative car l'établissement de la règle de droit ne peut se faire sans référence aucune aux valeurs et autres données d'opportunité.

On le pressent, l'avantage ainsi considéré peut, tout au contraire, être lu comme un inconvénient notable ou un risque majeur. Exposer au sein des jugements et arrêts les considérations d'ordre extra-juridique qui ont pu guider le juge dans sa prise de décision, c'est donner à voir par là même la subjectivité du juge. Le spectre du gouvernement des juges ressurgit alors immanquablement. C'est également risquer de fragiliser les décisions rendues en les exposant à la critique et à la contestation : *« avancer des arguments tirés de l'impact économique, c'est s'exposer à la critique des experts, qui seront mieux informés que le juge [;] avancer des arguments éthiques ou moraux, c'est s'exposer à la critique de ceux qui ne partagent pas les mêmes convictions »*¹⁰⁸³.

323. En toute hypothèse, au moins dans un futur proche, le juge administratif ne paraît pas vouloir abandonner sa pratique classique consistant à taire les considérations extra-juridiques au fondement de ses décisions. Ainsi, alors qu'ils préconisent une restitution plus analytique et complète du raisonnement suivi par le juge quant à la règle de droit dont il fait application¹⁰⁸⁴, les membres du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative précisent que *« cet enrichissement des motifs de droit ne signifie pas l'introduction de développements doctrinaux »*¹⁰⁸⁵. Il ne s'agit en aucun cas, en effet, d'introduire au sein des décisions de justice des exposés de nature théorique. *A fortiori* donc, tout laisse à penser que les auteurs dudit rapport ne sont pas favorables à l'introduction de considérations d'opportunité au sein des décisions juridictionnelles.

¹⁰⁸³ Y. AGUILA, « L'officieux et le non-dit dans le jugement », Intervention du 31 mars 2005, Cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, troisième conférence (disponible sur le site officiel de la Cour de cassation).

¹⁰⁸⁴ Le juge est ainsi invité « à préciser, quand [il] l'estimera nécessaire en raison du débat juridique propre à l'affaire [...] la méthode d'interprétation [...] et le raisonnement qui l'auront conduit à donner tel sens à la norme dont il fait application ». V. : rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 29.

¹⁰⁸⁵ *Idem*, spéc. p. 29.

Ce refus persistant du Conseil d'État de dévoiler les données non-juridiques au fondement de ses constructions n'empêche pas d'interroger l'avenir et d'envisager, dès lors, les modalités possibles d'un exposé des données d'opportunité au sein même des motifs des décisions créatrices du Conseil d'État. Si la haute juridiction administrative consentait à l'avenir à afficher les considérations non-juridiques au fondement de ses constructions jurisprudentielles, deux hypothèses devraient être distinguées eu égard à la marge créatrice plus ou moins importante accordée au juge¹⁰⁸⁶. Dans l'hypothèse où le juge interviendrait seulement en vue de préciser le sens du texte légal, « *les éléments extra-juridiques pourraient apparaître pour caractériser l'intention du législateur* »¹⁰⁸⁷. Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque, du fait du silence ou de l'insuffisance de la législation, le juge détiendrait une marge créatrice plus importante, la justification de la solution retenue devrait être plus développée encore. En ce sens, dès lors qu'il aurait à intervenir pour suppléer ou adapter la loi, le juge devrait donner à voir l'ensemble des considérations, y compris extra-juridiques, au fondement de ses constructions. Parce que dans de tels cas de figure elles « *participent entièrement à l'élaboration de la décision* », les données d'opportunité devraient « *s'insérer dans la présentation de l'interprétation [ou de la règle prétorienne] construite par le juge* »¹⁰⁸⁸ et ainsi pleinement ressortir de la lettre même de l'arrêt.

B. Renforcement de la portée normative de la jurisprudence

324. La portée normative, deuxième pôle de la force normative¹⁰⁸⁹, « *est en lien avec les effets de la norme* » ; elle a trait à l'effectivité de celle-ci et intéresse « *la force de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires* »¹⁰⁹⁰.

Rapportée à la jurisprudence, l'étude de la portée normative suppose de porter l'attention sur la manière dont la règle jurisprudentielle est perçue et réceptionnée par ses destinataires en tant que norme juridique à part entière. Un tel point de vue est essentiel car la force normative de la règle jurisprudentielle, c'est-à-dire sa capacité à servir de norme au sens de modèle pour agir et/ou pour juger, ne dépend pas de la seule volonté du juge de faire jurisprudence ; encore faut-il que la règle jurisprudentielle soit reçue et vécue par ses destinataires comme une règle de droit à part entière. En effet, « *la volonté normatrice [...] exige d'être reçue* »¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁶ V. en ce sens : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2007, pp. 49-76, spéc. p. 73 et s.

¹⁰⁸⁷ P. DEUMIER, *op. cit.*, spéc. p. 73.

¹⁰⁸⁸ *Idem*, spéc. p. 74.

¹⁰⁸⁹ Sur les trois pôles de la force normative, cf. *supra* le paragraphe n°318.

¹⁰⁹⁰ C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, spéc. p. 822.

¹⁰⁹¹ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, 2012, spéc. p. 439.

325. À la recherche du fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le juge, certains auteurs ont vainement cru pouvoir le trouver dans l'existence d'un consensus des intéressés. De telles théories ne permettent pas de fonder valablement le pouvoir normatif du juge, ni de justifier l'origine de l'autorité normative attachée à la jurisprudence¹⁰⁹².

Toutefois, il demeure que l'adhésion du public intéressé conforte et renforce l'autorité normative, la force normative, de la jurisprudence. L'adhésion raisonnée des destinataires à la règle jurisprudentielle favorise, en effet, sa mise en œuvre ainsi que sa pérennité ou stabilité dans le temps. Mieux la règle sera acceptée, plus elle aura de chance d'être effectivement exécutée et respectée.

326. En cela, et dès lors qu'elle favorise l'émergence d'un consensus autour de la règle jurisprudentielle, la motivation moderne conforte et renforce l'autorité normative de la jurisprudence. Conscient que l'autorité attachée à sa qualité de cour suprême et la crainte de la cassation ne sont plus seules suffisantes pour espérer obtenir le respect et la mise en œuvre de ses constructions jurisprudentielles¹⁰⁹³, le Conseil d'État tend désormais à expliquer et justifier plus avant ses créations normatives en vue d'obtenir une adhésion raisonnée à la jurisprudence de la part des destinataires de celle-ci. Ainsi, c'est moins par l'autorité attachée à son statut de cour suprême et par la menace de la sanction que par le contenu même de ses constructions jurisprudentielles que la haute juridiction espère désormais imposer pleinement sa jurisprudence. Le Conseil d'État cherche à persuader, à convaincre de ses constructions jurisprudentielles par la pédagogie, l'explication et la justification et cela pour parvenir à l'adhésion des intéressés à la règle jurisprudentielle.

327. Longtemps, l'idée a pu être défendue que la dimension normative d'un arrêt (c'est-à-dire sa vocation à faire jurisprudence) impose qu'il soit catégorique, « *[son] tranchant [étant] le meilleur gage de [son] efficacité* »¹⁰⁹⁴. Traduction formelle de l'autorité souveraine du Conseil d'État, la brièveté traditionnelle de ses arrêts était considérée comme un facteur essentiel de la force et de la capacité de ses décisions à s'imposer en tant qu'arrêts de principe, « *la fermeté du commandement [apparaissant comme] proportionnelle à sa brièveté* »¹⁰⁹⁵. La brièveté et la fermeté de la motivation des décisions créatrices, en ce qu'elles empêchaient la discussion et la contestation des règles

¹⁰⁹² Cf. *supra* les paragraphes n°297 et s. de la présente thèse.

¹⁰⁹³ D'une manière générale, l'autorité seule est désormais insuffisante pour espérer obtenir le respect d'une prescription juridique. En ce sens, même le législateur, pourtant expressément habilité à produire des règles de droit, tend à motiver la loi, expression de la volonté générale. Sur ce point, V. notamment : A.-M. LEROYER, « La motivation des lois », in Association HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 87-105.

¹⁰⁹⁴ A. PERDRIAU, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 1993, spéc. p. 423.

¹⁰⁹⁵ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, spéc. p. 199.

jurisprudentielles fixées, étaient ainsi considérées comme participant à l'autorité même desdites décisions. Juridiction suprême, le Conseil d'État n'avait pas à s'expliquer ou à justifier ses constructions, « *un excès de motivation [pouvant] nuire à l'autorité législative [...] attachée* »¹⁰⁹⁶ à ses décisions. Il ne cherchait nullement à donner ses raisons, à persuader ou à convaincre ; ses « *décisions [n'étaient] pas animées par le même souci de persuasion qui anime les jugements ordinaires* »¹⁰⁹⁷. Une telle conception de la fonction de la haute juridiction et de la motivation de ses décisions s'inscrivait parfaitement dans l'histoire de cette juridiction. Ayant bénéficié jusqu'en 1872 de l'autorité attachée au Souverain, le Conseil d'État avait pris pour habitude d'affirmer ses constructions jurisprudentielles sans jamais les expliquer ni s'en justifier.

Cette conception est désormais dépassée. La haute juridiction a pris pleinement conscience que l'*imperatoria brevis* en ce qu'elle « *n'est guère porteuse d'un message compréhensible et suffisamment explicite [...] n'est [...] pas persuasive* »¹⁰⁹⁸. La brièveté traditionnelle des décisions juridictionnelles gêne l'acceptation de la jurisprudence parce qu'elle ne favorise pas un consensus autour de la règle jurisprudentielle. De fait, la rédaction brève des décisions de principe « *ne satisfait pas l'exigence de justification propre à tout processus de légitimation* »¹⁰⁹⁹ de la jurisprudence et du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le juge.

328. Au contraire, une motivation plus dense et pédagogique favorise le consensus autour de la règle jurisprudentielle. En effet, une telle motivation a vocation à permettre une adhésion raisonnée à la règle jurisprudentielle de la part des destinataires de celle-ci.

En ce sens et parce que, « *de prime abord, rien n'est plus légitimant que l'explication* »¹¹⁰⁰, le Conseil d'État tend désormais à être plus attentif à la motivation de ses décisions créatrices¹¹⁰¹. Ainsi, il consent parfois à expliquer plus précisément ses constructions jurisprudentielles pour que celles-ci soient mieux comprises et partant, mieux acceptées. La pédagogie sert alors l'effectivité de la règle jurisprudentielle. En cela, elle affermit d'autant la portée normative de la jurisprudence. De même, c'est encore pour favoriser l'adhésion à ses créations jurisprudentielles que la haute juridiction a pu parfois exposer plus précisément le raisonnement interprétatif qu'il déployait.

¹⁰⁹⁶ *Idem.*

¹⁰⁹⁷ *Idem.*

¹⁰⁹⁸ S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, n°105 du 26 mai 2004, pp. 3-20, spéc. p. 19.

¹⁰⁹⁹ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, spéc. p. 424.

¹¹⁰⁰ D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », in DARCY (G.), LABROT (V.), DOAT (M.) (dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, pp. 470-480, spéc. p. 475.

¹¹⁰¹ Cf. *supra* les paragraphes n°260 et s. de la présente thèse.

329. Ainsi, désormais, l'autorité cède le pas à la persuasion et à la conviction et l'affirmation laisse la place à l'explication et à la justification. L'adhésion à la règle jurisprudentielle ne passe plus tant par la sanction et la contrainte que par la persuasion et la conviction par la raison. La jurisprudence « *puise sa force non dans la contrainte mais dans la puissance de conviction et de persuasion, qui est la fin évidente de l'explication* »¹¹⁰². La règle jurisprudentielle est respectée et mise en œuvre parce que l'on consent, de manière raisonnée, à l'appliquer et la respecter. Les juridictions subordonnées appliquent la jurisprudence de la juridiction suprême non pas parce qu'elles sont juridiquement tenues en ce sens mais, parce qu'elles adhèrent, de manière raisonnée, à la jurisprudence du Conseil d'État. Les justiciables ont vocation à se soumettre à la règle jurisprudentielle parce qu'ils y adhèrent en raison. La pédagogie dont fait preuve le juge administratif suprême depuis le tournant des années 2000 doit ainsi être lue à l'aune de la volonté nouvelle du Conseil d'État de parvenir, par la persuasion et la conviction, à un consensus¹¹⁰³ autour de ses constructions jurisprudentielles. Un tel consensus est seul véritablement à même de garantir pleinement l'effectivité et la stabilité de la règle jurisprudentielle.

¹¹⁰² S. GJIDARA, *op. cit.*, spéc. p. 19.

¹¹⁰³ Le consensus autour de la règle jurisprudentielle n'a pas vocation à être circonscrit aux seules parties aux litiges et à la communauté des juristes mais au contraire à concerner l'ensemble des destinataires de la décision de justice c'est-à-dire non seulement les parties aux litiges et la communauté des juristes mais également, potentiellement, le corps social dans son ensemble.

Conclusion du chapitre

330. Le juge administratif assume et revendique désormais l'exercice d'un pouvoir normatif jurisprudentiel. Cette revendication par le juge de son pouvoir créateur est telle qu'elle se manifeste de plus en plus nettement à l'occasion de la rédaction des motifs de ses décisions.

Pourtant, en ce qui concerne la motivation des décisions par lesquelles il entend faire jurisprudence, le Conseil d'État n'a pas tiré toutes les conséquences de la consécration de son pouvoir normatif jurisprudentiel. Ainsi, et malgré des progrès non négligeables, des faiblesses persistent quant à la motivation des décisions rendues par le juge administratif suprême dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle.

331. De telles faiblesses ou lacunes gênent la pleine légitimité du pouvoir normatif jurisprudentiel exercé par le Conseil d'État et la pleine autorité de la jurisprudence administrative. En cela, elles paraissent très discutables. Dès lors, la question se pose des raisons de cette réticence du Conseil d'État à motiver plus avant ses constructions jurisprudentielles. Pourquoi le juge suprême rechigne-t-il encore à dévoiler pleinement son pouvoir créateur chaque fois qu'il l'exerce, et notamment par la voie de l'interprétation ? Pourquoi surtout la haute juridiction refuse-t-elle encore d'exposer plus avant les raisons, l'ensemble des raisons, au fondement de ses constructions jurisprudentielles ?

332. La cause d'une telle réticence du juge administratif suprême ne doit pas être recherchée dans une prétendue absence de volonté de sa part d'expliquer et de justifier ses constructions. Le Conseil d'État n'est pas absolument rétif à l'explication et à la justification ; le prouvent nettement l'existence et l'approfondissement de la motivation para-juridictionnelle¹¹⁰⁴. De même, cette hésitation du Conseil d'État à motiver plus pleinement ses constructions jurisprudentielles ne doit pas être appréhendée au regard de la problématique de l'autorité. Ce n'est pas pour préserver son autorité que le juge suprême persiste, malgré des efforts consentis, dans son laconisme traditionnel. Tout au contraire, nul doute que le Conseil d'État a bien compris que son autorité et celle de ses constructions jurisprudentielles sortent confortées et renforcées des efforts qu'il consent en termes d'explication et de justification de ses décisions créatrices. La haute juridiction a pris pleinement conscience que l'autorité n'est jamais seulement statutaire, ni « *jamais purement formelle, indépendante de ce qui est*

¹¹⁰⁴ Pour rappel, l'on entend par motivation para-juridictionnelle ou externe la motivation telle qu'elle ressort des conclusions des rapporteurs publics, aujourd'hui fréquemment publiées, des notes et chroniques d'arrêts rédigées par les membres de la haute juridiction ou encore des communiqués de presse, etc.

dit »¹¹⁰⁵.

Les progrès encore timides de la motivation des décisions rendues par le Conseil d'État dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle trouvent une explication privilégiée dans l'empreinte encore manifeste du dogme de la séparation des pouvoirs et de la conception positiviste du Droit. Le juge, attaché à une certaine conception de la répartition des pouvoirs au sein de l'État et à une certaine vision de ce qu'est le Droit, continue à ne pas pleinement dévoiler la part de liberté et de création qu'il détient à l'égard du droit positif et notamment légal. *A fortiori*, il persiste à ne pas expliquer ni justifier pleinement des créations qu'il n'est pas censé pouvoir construire. De fait, et parce que le juge est contraint par le principe de séparation des pouvoirs et enfermé dans une vision positiviste du Droit, la portée de la motivation de ses décisions créatrices est elle-même bornée. La motivation consiste encore pour beaucoup à justifier seulement la validité de la décision au regard de la conformité de celle-ci au droit positif ; elle ne s'étend pas au-delà d'une justification purement formelle ou déductive et d'essence positiviste.

¹¹⁰⁵ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, 2011, spéc. p. 345.

CHAPITRE II : La motivation, instrument du Conseil d'État,

Cour régulatrice gardienne de l'unité du droit

333. Le Conseil d'État détermine et fixe la jurisprudence administrative et, en aval, en assure le respect et l'application par l'ensemble des juridictions qui lui sont subordonnées. C'est principalement par la voie du recours en cassation que la haute juridiction garantit ainsi l'unité du droit propre à permettre l'égalité des justiciables devant la justice. Elle sanctionne par cette voie les juridictions inférieures qui refusent de se conformer à la jurisprudence en vigueur.

Cette fonction de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit, le Conseil d'État, juge de cassation, l'assume dorénavant également par la pédagogie dont il fait parfois preuve. Le juge administratif suprême ne se borne plus à sanctionner le non-respect, par les juridictions du fond, du droit tel qu'il ressort de la jurisprudence en vigueur ; il entend également être un guide pour les juges subordonnés en vue de la bonne application du droit par l'ensemble des juridictions administratives. Ainsi, au-delà de la double dimension de contrôle et de sanction qui entoure classiquement la fonction de cassation, *« il y a dans l'action de la Cour régulatrice [qu'est devenu le Conseil d'État], une fonction pédagogique, une perspective enseignante »*¹¹⁰⁶ que la juridiction administrative suprême tend désormais à assumer pleinement.

334. C'est donc en mobilisant les ressorts de la motivation juridictionnelle que le Conseil d'État parvient à remplir pleinement sa mission de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit. D'une part, en effet, pour être en mesure d'exercer en cassation le contrôle du bien-fondé des décisions des juges du fond, le juge administratif suprême exige des juges subordonnés qu'ils motivent leurs décisions de manière suffisante. D'autre part, afin de montrer la voie aux juges du fond quant à la bonne application du droit, le Conseil d'État se fait désormais plus pédagogue et développe les motifs de ses propres décisions. Ainsi donc, la motivation constitue un instrument privilégié de l'unité du droit dont le Conseil d'État, juge de cassation, est le gardien. Non seulement la motivation juridictionnelle permet l'exercice effectif du contrôle de cassation mais encore la motivation sert-elle la fonction pédagogique du Conseil d'État, Cour régulatrice (Section 1).

335. La cassation administrative a ceci d'original qu'elle admet un large contrôle du Conseil d'État sur le domaine du fait. Le juge administratif suprême contrôle, en effet, outre les qualifications

¹¹⁰⁶ J. RIVERO, « Le Conseil d'État, Cour régulatrice », *D.*, 1954, Chronique, pp. 157-162, spéc. p. 158.

juridiques opérées par les juges du fond, l'exactitude matérielle des faits et l'absence de dénaturation des faits soumis à l'appréciation de ces juges. Une telle immixtion du Conseil d'État dans le domaine du fait ne correspond que très imparfaitement à l'office d'une juridiction de cassation, laquelle est censée connaître, aux termes de la distinction du fait et du droit, des seules questions de droit, à l'exclusion des questions de fait. Le juge de cassation est juge de la légalité des jugements rendus par les juridictions du fond. Il n'a pas à jouer le rôle d'un troisième degré de juridiction. Il n'est pas juge du litige ni juge du fait. À cet égard, il est permis de questionner, sous l'angle qui nous intéresse de la motivation juridictionnelle, l'étendue du contrôle de cassation exercé par le Conseil d'État.

Il peut être espéré du juge administratif de cassation qu'il desserre le contrôle qu'il exerce au titre de l'erreur de fait sur les décisions des juges du fond et, au contraire, qu'il concentre son office sur le contrôle de l'erreur de droit. Car en effet, le contrôle de l'erreur de droit constitue l'instrument classique privilégié pour assurer l'unité jurisprudentielle dont le Conseil d'État est le garant. Lorsque l'on sait que la Cour de cassation, laquelle se refuse par ailleurs à exercer les contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation des faits¹¹⁰⁷, mobilise le contrôle de la motivation pour conserver une certaine marge de contrôle, mais seulement indirecte sur les faits¹¹⁰⁸, la question se pose de savoir si la clé d'une inscription renforcée de la cassation administrative dans les cadres de la distinction classique du fait et du droit n'est pas à rechercher du côté de la motivation obligatoire et de son contrôle en cassation (Section 2).

Section I : La motivation, instrument de l'unité jurisprudentielle

336. Depuis la réforme de 1987¹¹⁰⁹, c'est principalement par la voie de la cassation que le Conseil d'État exerce sa mission de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit. C'est par cette voie privilégiée, en effet, que la haute juridiction garantit l'unité jurisprudentielle en sanctionnant les juridictions subordonnées qui ne se soumettent pas à la jurisprudence en vigueur. Désormais, le juge administratif suprême assure également l'unité du droit en faisant œuvre de pédagogie à l'intention des juridictions inférieures.

¹¹⁰⁷ La Cour de cassation contrôle la dénaturation des actes.

¹¹⁰⁸ V. en ce sens particulièrement : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., p. 400 et s.

¹¹⁰⁹ La loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 *portant réforme du contentieux administratif* en créant les cours administratives d'appel, devenues pleinement les juridictions d'appel de droit commun suite au décret n°92-245 du 17 mars 1992 *relatif aux compétences des cours administratives d'appel* et à la loi n°95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, a consacré le Conseil d'État dans son rôle de juge de cassation.

Dans les deux cas, la juridiction administrative suprême mobilise les ressorts de la motivation juridictionnelle. D'une part, elle contrôle la motivation de leurs décisions par les juges du fond parce qu'un tel contrôle lui permet finalement de garantir la bonne application du droit par l'ensemble des juridictions subordonnées (§1). D'autre part, et dépassant alors son rôle traditionnel de contrôleur de l'activité des juges du fond, le Conseil d'État, juge de cassation, fait désormais œuvre de pédagogie en vue d'assurer plus pleinement encore l'unité jurisprudentielle dont il est le gardien. À ce titre, il développe des motivations plus étoffées dans l'objectif de guider, en amont, l'activité des juges subordonnés (§2).

§1 : Le contrôle de la motivation en cassation, instrument classique de l'unité jurisprudentielle

337. Dans le cadre d'un recours en cassation, la haute juridiction contrôle la régularité externe et la légalité interne, c'est-à-dire le bien-fondé, de la décision juridictionnelle soumise à son contrôle. Au titre du contrôle de la légalité interne, le Conseil d'État opère les contrôles de l'erreur de droit et de l'erreur de fait (contrôle de l'exactitude matérielle des faits, contrôle de la dénaturation des faits et contrôle de la qualification juridique des faits).

Plus particulièrement, c'est par l'exercice des contrôles de l'erreur de droit et de la qualification juridique des faits que le Conseil d'État assure l'unité jurisprudentielle. Cette dernière suppose également que le pouvoir souverain dont disposent les juges du fond en ce qui concerne le domaine du fait ne soit pas tel qu'il gêne l'application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire. Pour garantir l'unité du droit, le juge administratif suprême doit ainsi, non seulement s'assurer l'exercice d'un contrôle effectif de l'erreur de droit et de la qualification juridique des faits, mais encore parvenir à conserver une certaine emprise ou marge de contrôle sur le pouvoir souverain des juges du fond. Or, pour ce faire, la haute juridiction mobilise notamment le contrôle de la motivation suffisante. Elle exige des juges du fond une motivation suffisante de leurs décisions car une telle motivation est la condition nécessaire à l'exercice en cassation du contrôle de la légalité interne (A). Dans le même sens, le Conseil d'État parvient à contraindre, par le moyen du contrôle de la motivation suffisante, le pouvoir souverain des juges du fond s'agissant du domaine du fait (B). Le contrôle de la motivation suffisante permet ainsi avant tout au juge de cassation de peser sur l'activité des juges subordonnés. Il est cependant aussi l'occasion, déjà, d'une certaine pédagogie à destination de ces juges (C).

A. L'existence d'une motivation suffisante comme condition nécessaire à l'exercice du contrôle de la légalité interne en cassation

338. Contrairement à son homologue judiciaire¹¹¹⁰, le Conseil d'État dispose d'un accès direct aux pièces du dossier soumis aux juges du fond. De fait, le juge administratif de cassation n'a pas développé le contrôle de la motivation dans des proportions aussi importantes que la Cour de cassation¹¹¹¹, laquelle ne connaît des faits de l'affaire qu'au travers des motifs de la décision du juge d'appel. Pourtant, à l'image de la Cour judiciaire suprême qui censure le défaut de motifs et le manque de base légale¹¹¹², le Conseil d'État exerce un contrôle de la motivation des décisions des juges subordonnés. À ce titre, il impose aux juges du fond de motiver leurs décisions. Plus encore, il exige de ces juges qu'ils motivent suffisamment¹¹¹³ leurs décisions en fait et en droit. Quant à la motivation en droit, les juges du fond sont tenus d'exposer le fondement juridique de leurs décisions. Ils doivent, *a minima*, renseigner la règle de droit dont ils font application¹¹¹⁴. Au-delà de cette exigence minimale, les juridictions subordonnées ont également à indiquer la portée qu'elles entendent donner à la règle de droit qu'elles appliquent au cas d'espèce¹¹¹⁵. Les motifs des décisions des juges du fond doivent ainsi permettre au juge de cassation d'envisager la manière dont ces juges ont appréhendé, voire interprété, la règle de droit. En ce qui concerne la motivation en fait, le Conseil d'État exige des juges du fond qu'ils exposent et précisent de manière suffisante l'ensemble des éléments de fait sur lesquels ils ont fondé leurs décisions et propres à justifier celles-ci.

339. Outre ces quelques principes directeurs gouvernant l'obligation de motivation suffisante¹¹¹⁶, le caractère suffisant de la motivation ne correspond à aucun modèle type préétabli. Nulle définition

¹¹¹⁰ Hors l'hypothèse du contrôle de la dénaturation des actes, la Cour de cassation n'a pas d'accès direct aux pièces du dossier soumis aux juges du fond.

¹¹¹¹ J. BOUCHER, É. CRÉPEY, « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification juridique des faits », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 97-112, spéc. p. 108 et s.

¹¹¹² Le manque de base légale est classiquement défini comme une insuffisance des constatations de fait opérées par les juges du fond. Pour la majorité de la doctrine civiliste, il constitue un vice de fond (il n'est pas un vice de forme comme l'est au contraire le défaut de motifs, également sanctionné par la Cour de cassation). À ce titre, le manque de base légale se distingue de la motivation insuffisante censurée par le Conseil d'État, laquelle est sanctionnée au titre de la régularité externe de l'arrêt. Cette opposition doit être nuancée toutefois dès lors que certains civilistes estiment que le manque de base légale est un vice de forme. V. en ce sens : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, préc.

¹¹¹³ La motivation suffisante recouvre un double aspect quantitatif et qualitatif (V. : M. GUYOMAR, J. MASSOT, J.-H. STAHL, O. FOUQUET, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 2001, 5^e éd., spéc. p. 91 et s.). Seul l'aspect qualitatif de la motivation suffisante sera envisagé dans les lignes qui vont suivre. Pour une approche qualitative mais également quantitative de la motivation suffisante, Cf. *infra* particulièrement le huitième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°707 et s.

¹¹¹⁴ MAYRAS, conclusions sur CE, Sect., 7 décembre 1960, *Sieur Milbergue*, rec. pp. 680-686, spéc. p. 682-683.

¹¹¹⁵ CE, 28 septembre 1998, *Commune de Saint-Bon-Tarentaise*, n°172656, rec. T. p. 1230.

¹¹¹⁶ Ces principes ont été systématisés notamment par le commissaire du gouvernement Mayras dans ses conclusions précitées sur l'affaire *Sieur Milbergue*, spéc. pp. 682-683.

générale de la motivation suffisante ne peut être valablement dégagée dès lors précisément que cette notion s'entend d'une dimension fonctionnelle : est suffisante la motivation qui permet au Conseil d'État d'exercer le contrôle de la légalité interne des décisions des juges du fond. La motivation suffisante est celle propre à mettre le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle. À l'inverse, est jugée insuffisante la motivation qui ne met pas le juge de cassation à même d'exercer le contrôle du bien-fondé de la décision des juges subordonnés. Un lien nécessaire est ainsi établi entre une motivation suffisante de la décision des juges du fond et l'exercice effectif du contrôle en cassation de la légalité interne de cette décision. La motivation des décisions des juges du fond n'est pas seulement objet du contrôle de cassation au titre de la régularité externe, elle est aussi la condition d'un contrôle effectif de la légalité interne des jugements. Particulièrement, les contrôles de la qualification juridique des faits et de l'erreur de droit supposent que les décisions des juges du fond soient suffisamment motivées. Ainsi donc, si le Conseil d'État exige des juges subordonnés qu'ils motivent suffisamment leurs décisions en droit et en fait ce n'est pas seulement pour garantir le respect d'un principe de bonne justice, c'est également, et peut être surtout¹¹¹⁷, pour être en mesure de procéder effectivement au contrôle de la légalité interne des jugements qu'il lui revient d'exercer. La motivation suffisante des décisions des juges du fond constitue une condition *sine qua non* de l'exercice en cassation du contrôle de leur bien-fondé. En effet, si « *un jugement non motivé n'empêche pas le juge d'appel d'accomplir son office dans la mesure où ce dernier est amené à s'emparer directement du litige ; en revanche, il fait obstacle au contrôle du juge de cassation* »¹¹¹⁸. Les auteurs qui ont étudié la cassation administrative¹¹¹⁹ ont d'ailleurs parfaitement mis en évidence la nécessité d'une motivation suffisante en droit (2) et en fait (1) des décisions des juges subordonnés pour permettre au juge de cassation d'exercer le contrôle de la légalité interne de ces décisions¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ Il convient de noter à cet égard que c'est en tant que juge de cassation que le Conseil d'État a explicitement consacré l'obligation de motivation en tant que règle générale de procédure : CE, 5 décembre 1924, *Sieurs Légillon*, rec. p. 985 ; CE, Sect., 1^{er} mars 1935, *Platon*, rec. p. 270.

¹¹¹⁸ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd, spéc. p. 399.

¹¹¹⁹ V. notamment : D. JACQUEMART, *Le Conseil d'État juge de cassation*, Paris, LGDJ, 1957, spéc. p. 222 et s. ; J. ROUVIÈRE, *Les juridictions administratives et le recours en cassation*, Paris, Librairies techniques, 1958, spéc. p. 212 et s. ; G. PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français*, Paris, Sirey, 1958, spéc. p. 339 et s.

¹¹²⁰ Le même constat a été fait par les auteurs ayant étudié la cassation civile. V. notamment : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., spéc. p. 427 et s.

1. La motivation en fait suffisante, condition du contrôle de la légalité interne

340. Une motivation en fait insuffisante de la décision des juges du fond gêne le contrôle de la légalité interne opéré en cassation dont, en particulier, les contrôles de la qualification juridique des faits (α) et de l'erreur de droit (β).

α *La motivation en fait insuffisante, obstacle à l'exercice du contrôle de la qualification juridique des faits*

341. Le contrôle en cassation de la qualification juridique des faits suppose de la part des juges du fond qu'ils exposent de manière suffisamment précise les faits au fondement de leurs décisions. Une motivation en fait suffisante conditionne le contrôle en cassation de la qualification juridique des faits : « l'indication des faits est indispensable au contrôle de leur exactitude matérielle aussi bien que de leur qualification »¹¹²¹. La décision des juges subordonnés doit ainsi contenir un exposé du fait suffisamment précis pour que le juge de cassation soit en mesure d'exercer le contrôle de la qualification juridique des faits. Cette circonstance ressort très clairement de la jurisprudence du Conseil d'État et notamment de l'arrêt *Dubois*¹¹²², fondateur en la matière.

*« Considérant que les seuls griefs énoncés dans la décision sont tirés de ce que « tant par son activité professionnelle depuis juin 1940 que par l'expression d'opinions conformes à celles de l'occupant sur une organisation européenne de la production, Dubois André a servi les entreprises de l'ennemi » ; qu'en s'abstenant de relever les faits servant de soutien à cette appréciation, la commission n'a pas mis le Conseil d'État à même d'exercer le contrôle de la légalité qui lui appartient pour vérifier si les griefs retenus par elle rendaient le requérant passible des sanctions édictées par l'article 4 de l'ordonnance du 27 juillet 1944 ; que dès lors [...] la décision attaquée est insuffisamment motivée et, par suite, manque de base légale » (CE, Ass., 20 février 1948, *Sieur Dubois*, rec. p. 87)¹¹²³.*

En l'espèce, la Commission nationale de reconstitution des organisations syndicales d'employeurs avait prononcé à l'encontre de M. Dubois la sanction de déchéance, pour une durée de dix ans, du droit de faire partie des bureaux et organismes directeurs d'une organisation syndicale au motif qu'il

¹¹²¹ MAYRAS, conclusions précitées sur l'affaire *Sieur Milbergue*, spéc. p. 682.

¹¹²² Il convient de noter à propos de cet arrêt qu'il est intervenu quelques temps seulement après que le Conseil d'État a consacré l'exercice du contrôle de la qualification juridique des faits en cassation (CE, Sect., 2 février 1945, *Moineau*, rec. p. 27 ; CE, Ass., 16 mai 1947, *Teyssier*, rec. p. 205). Cette circonstance renforce, s'il en était encore besoin, la conviction que le contrôle de la qualification juridique des faits suppose de la part des juges du fond une motivation en fait suffisamment précise et complète de leurs décisions.

¹¹²³ (Nous soulignons).

avait servi les entreprises de l'ennemi, au sens de l'article 4 de l'ordonnance du 27 juillet 1944 *relative au rétablissement de la liberté syndicale*¹¹²⁴. La Commission nationale avait considéré que « *tant par son activité professionnelle depuis juin 1940 que par l'expression d'opinions conformes à celles de l'occupant sur une organisation européenne de la production, Dubois André a servi les entreprises de l'ennemi* ». Le Conseil d'État a jugé cette motivation insuffisante, considérant que la juridiction du fond n'avait pas relevé avec suffisamment de précision les faits lui permettant de qualifier le comportement de l'intéressé passible de l'une des sanctions prévues par l'article 4 de l'ordonnance précitée « *contre toute personne qui, notoirement, aura servi les entreprises de l'ennemi* ». Le juge de cassation reprochait ainsi au juge du fond une insuffisance de ses constatations de fait, une telle carence empêchant l'exercice en cassation du contrôle de la qualification juridique des faits.

342. Parce qu'une motivation en fait suffisante de leurs décisions par les juges du fond est une condition nécessaire au contrôle de la qualification juridique des faits, le Conseil d'État se montre particulièrement exigeant en ce qui concerne la motivation en fait des décisions de ces juges lorsqu'il exerce en cassation le contrôle de la qualification juridique des faits. Ainsi, historiquement, si le Conseil d'État s'est montré très attentif à la motivation de leurs décisions par certaines juridictions administratives spécialisées et particulièrement par les juridictions statuant en matière d'épuration professionnelle¹¹²⁵ et syndicale¹¹²⁶ et par les juridictions disciplinaires des ordres professionnels, c'est parce qu'il exerçait en cassation en contrôle serré des qualifications juridiques des faits opérées par ces juridictions¹¹²⁷. De même désormais, la haute juridiction juge insuffisante la motivation de l'arrêt de la cour administrative d'appel qui se borne à relever qu'aucune faute lourde¹¹²⁸ n'a été commise, sans préciser aucun des éléments sur lesquels elle a fondé cette affirmation¹¹²⁹. Dans le même sens, elle estime insuffisante la motivation par laquelle les juges du fond se sont référés aux résultats de l'instruction sans préciser les faits pour lesquels ils ont, en l'espèce, retenu la qualification de force

¹¹²⁴ « *Jusqu'au renouvellement, par des assemblées générales des bureaux et organismes directeurs des syndicats, unions et fédérations de syndicats professionnels, les commissions de reconstitution syndicale [...] pourront prononcer la déchéance ou l'interdiction du droit de faire partie de ces bureaux et organismes directeurs, ou des commissions provisoires de gestion contre toute personne qui, notoirement, aura servi les entreprises de l'ennemi, soit directement, soit indirectement par sa coopération volontaire aux actes de l'autorité de fait se disant gouvernement de l'État français notamment par sa coopération volontaire à la production au bénéfice de l'ennemi, à la déportation des travailleurs ou à la destruction de la liberté syndicale* ». V. : JORF du 30 août 1944, p. 776.

¹¹²⁵ V. notamment : CE, 13 février 1948, *Sieur Massing*, rec. p. 76.

¹¹²⁶ V. notamment : CE, Ass., 20 février 1948, *Sieur Dubois*, préc.

¹¹²⁷ D. JACQUEMART, *op. cit.*, spéc. pp. 253-254 ; G. PEISER, *op. cit.*, spéc. pp. 341-342 et p. 398.

¹¹²⁸ La notion de faute fait l'objet en cassation d'un contrôle de la qualification juridique des faits. V. : CE, 28 juillet 1993, *SARL Bau Rouge*, n°116943, rec. p. 249 (faute simple) ; CE, 18 novembre 1994, *Époux Sauvy*, n°141180, rec. p. 503 (faute lourde).

¹¹²⁹ CE, 6 mars 1992, *Société générale d'assainissement et de distribution*, n°106731, rec. T. p. 1261 : « *Considérant [...] qu'en se bornant après avoir ainsi constaté les manquements du maître de l'ouvrage à ses obligations, à relever qu'« en l'espèce » cette négligence n'était pas constitutive d'une faute lourde sans préciser aucun des éléments sur lesquels ils ont fondé leur appréciation, les juges du fond n'ont pas mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle* ».

majeure¹¹³⁰.

343. En sens inverse, lorsque le Conseil d'État ne contrôle pas en cassation la qualification juridique des faits opérée par les juges du fond, il se satisfait bien souvent de motivations plus succinctes¹¹³¹. Alors, la portée de l'exigence de motivation et partant, celle du contrôle exercé à ce titre par le juge de cassation, sont réduites¹¹³². Le Conseil d'État admet comme suffisantes certaines motivations laconiques purement formelles ou stéréotypées dans des matières où il se refuse à exercer le contrôle de la qualification juridique des faits. Ainsi en est-il de la notion de détournement de pouvoir. La haute juridiction n'exerce pas en cassation le contrôle de la qualification juridique des faits concernant la notion de détournement de pouvoir¹¹³³ et admet, dès lors, des motivations purement affirmatives. En ce sens, il considère que la juridiction du fond répond suffisamment au moyen tiré du détournement de pouvoir en se bornant à énoncer qu'il n'est pas établi en l'espèce¹¹³⁴. De même, abandonnant au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond la qualification d'erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'État se satisfait d'une motivation minimale de la part des juges du fond¹¹³⁵. Aussi, les exigences du juge administratif suprême concernant la motivation du

¹¹³⁰ Le Conseil d'État exerce en cassation le contrôle de la qualification juridique des faits sur la notion de force majeure, cause exonératoire de responsabilité.

CE, 16 octobre 1995, *Époux Mériadec*, n°150319, rec. p. 355 : « Considérant [...] qu'en se bornant à faire ainsi référence aux résultats de l'instruction et en s'abstenant de préciser les faits sur lesquels a porté son appréciation, la cour administrative d'appel ne met pas le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la qualification juridique qu'elle a donnée à ces faits en jugeant qu'ils étaient constitutifs d'un cas de force majeure [...] ». Pour une solution identique lorsque les juges du fond n'ont pas retenu la qualification de force majeure : CE, 31 décembre 2008, n°307058.

¹¹³¹ Cette variabilité de la portée du contrôle de la motivation suffisante selon que le Conseil d'État, juge de cassation, exerce ou non le contrôle de la qualification juridique des faits n'est pas nouvelle. M. Degoffe en faisait déjà état dans sa thèse lorsqu'il s'intéressait au contrôle de cassation mené sur les décisions des juridictions administratives spécialisées. V. : M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1996, spéc. pp. 461-464.

¹¹³² Des exceptions existent cependant. Sur ce point, cf. *infra* les paragraphes n°354 et s. de la présente thèse, spéc. le paragraphe n°357.

¹¹³³ CE, Sect., 3 juillet 1998, *Mme Salva Couderc*, rec. p. 297, conclusions P. Hubert, *RFDA*, 1999, pp. 112-123.

¹¹³⁴ CE, 30 juin 2000, *Gosson de Varennes*, n°195250, rec. T. p. 1196. Cette facilité de motivation dépend cependant de la précision et de l'ampleur de l'argumentation développée au soutien du moyen tiré du détournement de pouvoir : CE, 6 novembre 2006, *Association Les amis du château d'Hénonville*, n°277829.

¹¹³⁵ CE, Sect., 18 novembre 1994, *Société Clichy Dépannage*, n°136941, rec. p. 505, conclusions B. du Marais, *RFDA*, 1995, p. 679 et s. : dans ses conclusions sur cette affaire, B. du Marais admettait que la motivation de l'arrêt attaqué, en ce qui concerne l'erreur manifeste d'appréciation, était non seulement « affectée d'une erreur de plume » mais également « plutôt brève ». Il consentait également à reconnaître que ladite motivation était purement formelle ou affirmative dès lors que « la cour administrative d'appel a raisonné principalement par tautologie : elle n'a pas relevé d'erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il n'y en avait pas ! ». Or pourtant, suivi en ce sens par le Conseil d'État, le commissaire du gouvernement a considéré une telle motivation suffisante.

doute sérieux en référé-suspension¹¹³⁶ se révèlent limitées, que le juge des référés rejette¹¹³⁷ ou accueille¹¹³⁸ la demande de suspension¹¹³⁹.

β *La motivation en fait insuffisante, obstacle à l'exercice du contrôle de l'erreur de droit*

344. Tout comme une insuffisance des motifs de fait de la décision des juges du fond empêche le contrôle en cassation de la qualification juridique des faits, elle a vocation également à gêner le contrôle de l'erreur de droit¹¹⁴⁰. En effet, une motivation en fait insuffisante ne permet pas au juge de cassation de vérifier que c'est à bon droit, eu égard au champ d'application de la règle de droit, que les juges subordonnés ont appliqué ladite règle au cas d'espèce. Aussi, une telle motivation empêche le juge de cassation de contrôler la bonne interprétation de la règle de droit par les juges inférieurs. En ne motivant pas suffisamment en fait sa décision au titre d'une ou plusieurs des conditions pourtant nécessaires à l'application de la règle de droit, le juge subordonné ne met pas le juge de cassation en mesure de vérifier que ladite règle était effectivement applicable au cas d'espèce et ne démontre pas qu'il a exactement compris la règle de droit appliquée.

Ainsi, ne motive pas suffisamment sa décision le juge des référés précontractuels qui, pour qualifier la convention passée par une commune de délégation de service public, ne se prononce pas sur le point de savoir si la rémunération du cocontractant était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation de ces services ou assurée au moyen d'un prix payé par la commune, alors même que la loi définit la délégation de service public comme un contrat par lequel une personne morale de droit

¹¹³⁶ Relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du référé-suspension la décision par laquelle celui-ci considère que le moyen soulevé est (CE, Sect., 16 mai 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Mme Rival*, n°230980, rec. p. 243 ; CE, 27 août 2001, *Ville de Rennes*, n°236374, rec. T. p. 1100) ou n'est pas (CE, 14 mars 2001, *Aalilouch*, n°230268, rec. p. 128 ; CE, 20 novembre 2002, *Ville de Sète*, n°242856, rec. p. 858) de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée.

¹¹³⁷ Lorsqu'il rejette la demande de suspension pour défaut de moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision administrative contestée, le juge du référé-suspension est tenu de viser les mémoires produits, d'analyser les moyens invoqués devant lui et de citer les dispositions en vertu desquelles il se prononce. L'analyse des moyens invoqués peut être opérée soit dans les visas soit dans les motifs de l'ordonnance. Le Conseil d'État admet cependant comme suffisante la motivation par laquelle le juge des référés se borne à affirmer que le requérant n'invoque à l'appui de sa demande aucun moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Le juge du référé-suspension n'a donc pas à préciser les raisons pour lesquelles il considère que les moyens invoqués ne sont pas de nature à créer un doute sérieux. V. : CE, 14 mars 2001, *Mme Aalilouch*, préc.

¹¹³⁸ Lorsqu'il ordonne la suspension de la décision attaquée, le juge du référé-suspension doit identifier avec précision le moyen qu'il considère, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de cette décision (CE, 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Massamba*, n°229864, rec. T. p. 1099. Cet arrêt a confirmé la solution dégagée par CE, Sect., 5 novembre 1993, *Commune de Saint-Quay-Portrieux*, n°145246, rec. p. 305 ; CE, Sect., 20 décembre 2000, *Ouatah*, n°206745, rec. p. 643). Toutefois, même dans ce cadre, il n'est pas contraint d'exposer les raisons pour lesquelles il considère ledit moyen comme de nature à faire naître un doute sérieux.

¹¹³⁹ Sur les exigences du Conseil d'État concernant la motivation du doute sérieux en référé-suspension, V. particulièrement : O. LE BOT, *Le guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Guides dalloz », 2013, spéc. p. 251 et s.

¹¹⁴⁰ V. en ce sens, en ce qui concerne la cassation civile : T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, spéc. pp. 151-152.

public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

« Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. ; qu'il résulte de ces dispositions que pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si les modalités de rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité ; qu'ainsi, en se bornant, pour analyser la convention passée par la commune d'Andeville comme une délégation de service public, à relever que celle-ci avait pour objet l'organisation et la gestion, d'une part, de la restauration scolaire destinée aux enfants de l'école primaire et, d'autre part, d'un centre de loisirs et d'un pôle jeunes pour les enfants et les jeunes de 3 à 17 ans, sans se prononcer sur le point, qui était débattu devant lui, de savoir si la rémunération du cocontractant était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation de ces services ou assurée au moyen d'un prix payé par la commune, le juge des référés précontractuels n'a pas suffisamment motivé sa décision et n'a pas mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle » (CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n°289234, rec. p. 434)¹¹⁴¹.

En l'espèce, l'insuffisance de la motivation entachant la décision du juge des référés empêche le contrôle en cassation de sa légalité interne. Une telle insuffisance a vocation à gêner non seulement le contrôle de la qualification juridique des faits mais aussi le contrôle de l'erreur de droit. En effet, en ne motivant pas sa décision au titre de la seconde condition imposée par la loi (condition relative aux modalités de rémunération du cocontractant), le juge des référés ne démontre pas qu'il a exactement compris la règle de droit et cela dans tous ses éléments. Le Conseil d'État, juge de cassation, est alors dans l'impossibilité de déterminer si le juge des référés s'est ou non mépris sur le sens de la règle de droit, sur les critères légaux de définition de la notion de délégation de service public. De même, les faiblesses de la motivation de l'ordonnance du juge des référés empêchent le juge de cassation de vérifier que la règle de droit appliquée était effectivement applicable au cas d'espèce.

¹¹⁴¹ (Nous soulignons).

2. Motivation suffisante en droit et contrôle de la légalité interne

345. Le Conseil d'État impose aux juges du fond qu'ils motivent leurs décisions en fait mais également en droit. Cette circonstance permet de distinguer l'obligation de motivation suffisante telle qu'elle est exigée en cassation administrative de celle pesant sur les juridictions civiles du fond. Les civilistes s'accordent¹¹⁴² pour considérer que le défaut de base légale ne peut pas consister en une insuffisance des motifs de droit ; il est une insuffisance des motifs de fait. Le grief tiré du manque de base légale ne concerne pas les motifs de droit dès lors que la Cour de cassation, parce qu'elle peut procéder à une substitution des motifs de droit erronés ou incomplets, n'est pas gênée par l'insuffisance entachant les motifs de droit de la décision des juges du fond¹¹⁴³. L'étude de la jurisprudence administrative enseigne au contraire que la motivation insuffisante sanctionnée par le Conseil d'État peut consister en une insuffisance des motifs de droit entachant la décision des juges du fond. Les juridictions administratives subordonnées doivent motiver leurs décisions en droit. Or précisément, si elles sont ainsi tenues de motiver leurs décisions c'est parce qu'une insuffisance des motifs de droit est susceptible de gêner le contrôle en cassation de la légalité interne de la décision des juges du fond.

De ce que l'insuffisance des motifs de droit de la décision des juges du fond est susceptible de gêner le contrôle de la légalité interne en cassation, la jurisprudence administrative en témoigne. Ainsi, le Conseil d'État sanctionne la juridiction du fond qui n'a pas précisé sur quelles dispositions elle a entendu fonder sa décision dès lors que cette carence ne le met pas en mesure d'exercer son contrôle¹¹⁴⁴. De même, motive insuffisamment sa décision en droit la cour administrative d'appel qui, notamment, n'indique pas la portée qu'elle attache à une disposition légale¹¹⁴⁵ car alors, le juge de

¹¹⁴² Cf *contra* : T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, préc., spéc. p. 189 et s.

¹¹⁴³ Dès 1903, E. FAYE écrivait en ce sens : « *ce vice [tiré du défaut de base légale] ne peut provenir que d'une exposition incomplète du fait, le contrôle de la Cour de cassation n'étant point gêné par l'insuffisance des motifs de droit, qu'il lui appartient au besoin de compléter, de suppléer ou de rectifier* ». V. : E. FAYE, *La Cour de cassation*, 1903, réed., Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1970, spéc. p. 134.

¹¹⁴⁴ Pour un exemple en ce sens : CE, 30 juin 1999, *Guichard*, n°191232, rec. p. 218 : « *Considérant qu'en énonçant dans les motifs de l'arrêt contre lequel M. X... se pourvoit en cassation qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier, à supposer même, ainsi qu'il était soutenu, que l'article 374 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, alors applicable, soit contraire aux stipulations des articles 1^{er}, 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à celles de la convention internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1990, que M. X... ait disposé, à la date du 13 mai 1992, de l'autorité parentale sur son fils Godefroy et qu'ainsi, il ne justifiait pas, à cette date, d'un droit de garde sur cet enfant, de sorte qu'il était manifeste que les conditions requises par la convention de La Haye n'étaient pas, en l'espèce, remplies, sans préciser sur quelles dispositions elle entendait se fonder, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas mis le Conseil d'État à même d'exercer le contrôle qui lui appartient comme juge de cassation [...]* » (nous soulignons). Sur cet arrêt, V. les observations de C. DESNOYER, D., 2000, SC, p. 163 et s.

¹¹⁴⁵ CE, 28 septembre 1998, *Commune de Saint-Bon-Tarentaise*, n°172656, rec. T. p. 1230 : « *Considérant que, pour annuler le jugement [...] par lequel le tribunal administratif de Grenoble a rejeté la demande de la société civile immobilière Maréchal tendant à l'annulation de l'arrêté du 20 novembre 1991 du maire de Saint-Bon-Tarentaise accordant un permis de construire à M. X... pour l'agrandissement de son hôtel, la cour administrative d'appel de Lyon*

cassation n'est pas mis à même de vérifier que le juge d'appel a correctement appréhendé, voire interprété, ladite règle de droit.

B. L'exigence d'une motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect sur le pouvoir souverain des juges du fond dans le domaine du fait

346. Un pouvoir est dit souverain lorsqu'il échappe au contrôle d'un organe supérieur. Le pouvoir souverain des juges du fond vise ainsi les hypothèses dans lesquelles l'activité desdits juges échappe au contrôle du Conseil d'État, juge de cassation. Ainsi défini, le pouvoir souverain des juges du fond dans le domaine du fait admet trois domaines de prédilection : l'établissement des faits, l'appréciation des faits et les qualifications juridiques non contrôlées en cassation.

347. Qu'il s'agisse de l'établissement des faits (1), de l'appréciation des faits (2) ou des qualifications juridiques abandonnées (3), le pouvoir souverain des juges du fond n'est pas absolu dès lors que le Conseil d'État parvient, notamment par le contrôle de la motivation suffisante, à conserver une certaine emprise, une certaine marge de contrôle sur l'activité des juges du fond en ces matières.

Cette mobilisation du contrôle de la motivation par le Conseil d'État en vue de borner ou contraindre le pouvoir souverain des juges du fond n'est pas très éloignée de la pratique de la Cour de cassation. La juridiction judiciaire suprême reconnaît un pouvoir souverain au profit des juges du fond en ce qui concerne les faits, l'appréciation des preuves et les qualifications abandonnées ; mais, si « *le juge du fond est libre de ses appréciations, [il s'agit d'une] liberté surveillée* »¹¹⁴⁶. La Cour de cassation se réserve, en effet, une marge de contrôle sur le pouvoir souverain des juges subordonnés *via* les contrôles de la légalité, de la dénaturation des actes clairs et de la motivation. À ce dernier titre, elle opère le contrôle du défaut de motifs dont particulièrement les contrôles de l'absence de réponse à conclusions et de la contradiction de motifs et procède également au contrôle du manque de base légale constitutif d'une motivation en fait insuffisante¹¹⁴⁷.

s'est bornée à relever qu'il était constant que le permis attaqué méconnaissait l'article R. 111-19 du code de l'urbanisme sans indiquer la portée qu'elle entendait donner à cet article et sans mentionner l'appréciation qu'elle portait sur les faits de l'espèce ; qu'en statuant ainsi, la cour n'a pas mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle [...] » (nous soulignons). Pour un exemple du même type, V. : CE, 9 décembre 2009, n°312483.

¹¹⁴⁶ J. BUFFET, « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2005, pp. 113-124, spéc. p. 119.

¹¹⁴⁷ En ce qui concerne le contrôle de la motivation comme limite au pouvoir souverain des juges judiciaires du fond, V. : J. BUFFET, *op. cit.*, spéc. pp. 119-121, J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., resp. p. 413, p. 428 et p. 435.

1. Le contrôle de la motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect sur l'établissement des faits

348. Le prononcé par le juge administratif d'une mesure d'instruction est libre, sauf à ce que la mesure prescrite ne soit pas frustratoire. Ainsi, par principe, les juges du fond ont « *toute liberté d'appréciation sur l'opportunité de recourir à un complément d'information et sur la nature de cette mesure d'instruction* »¹¹⁴⁸. L'appréciation faite par les juges du fond de l'opportunité de recourir à une mesure d'instruction relève donc de leur pouvoir souverain. En ce sens, le Conseil d'État juge que, en ordonnant une nouvelle expertise, la juridiction du fond « *[se livre] à une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, laquelle n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation* »¹¹⁴⁹.

349. Un tel pouvoir souverain des juges du fond « *n'est cependant pas sans limites* »¹¹⁵⁰. En ce sens, le Conseil d'État, juge de cassation, mobilise notamment¹¹⁵¹ le contrôle de la motivation suffisante. Ainsi, il a pu censurer au titre de la motivation insuffisante une instruction menée de manière incomplète par les juges du fond. Cet usage particulier fait de la censure pour motivation insuffisante ressort particulièrement d'un arrêt *Dollet* en date du 27 juillet 1979 à l'occasion duquel le Conseil d'État a censuré, au titre du contrôle de la motivation suffisante, le caractère incomplet de l'instruction menée par la juridiction du fond, celle-ci n'ayant pas ordonné des investigations pourtant nécessaires à l'établissement complet des faits du litige¹¹⁵².

« Considérant [...] qu'en refusant d'accorder à M. Dollet les dispositions de l'article L. 41 du Code du Service national, au seul vu du mémoire produit par lui, sans rechercher, notamment par une invitation à comparaître devant elle, si ce mémoire exprimait des convictions personnelles d'ordre philosophique ou religieux la commission [juridictionnelle instituée par l'article L. 43 du Code du Service national] n'a pas suffisamment motivé sa décision » (CE, Sect., 27 juillet 1979, *Dollet*, rec. p. 341)¹¹⁵³.

¹¹⁴⁸ CE, 23 mars 1923, *Sieur Desmoulins*, rec. p. 272.

¹¹⁴⁹ CE, Sect., 17 avril 1964, *Guertin*, rec. p. 232 ; solution confirmée, concernant le rejet d'une demande d'expertise, par CE, 26 novembre 1993, *SCI « Les Jardins de Bibémus »*, n°108851 rec. p. 327 : « *en refusant d'ordonner l'expertise qui lui était demandée, la cour, dont il n'est pas allégué qu'elle aurait commis une erreur de droit, s'est livrée à une appréciation souveraine des faits qui n'est pas susceptible d'être utilement discutée devant le juge de cassation* ».

¹¹⁵⁰ R. CHAPUS, « Le contrôle des faits par le Conseil d'État français en tant que juge de cassation », in CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, pp. 371-396, spéc. p. 379.

¹¹⁵¹ Le Conseil d'État, juge de cassation, exerce également sur ce point le contrôle de l'erreur de droit. Il vérifie qu'en ordonnant ou refusant de prescrire une mesure d'instruction, les juges du fond n'ont pas commis d'erreur de droit. V. : CE, Sect., 17 avril 1964, *Guertin*, préc.

¹¹⁵² J.-F. THÉRY, conclusions sur CE, Sect., 27 juillet 1979, *Dollet*, *AJDA*, 1980, pp. 56-57.

¹¹⁵³ Dans le même sens : CE, 21 mars 1980, *Colom, Dr. adm.*, 1980, n°199.

Par le contrôle de la motivation suffisante, le Conseil d'État, juge de cassation, parvient ainsi à contraindre les juges du fond à suffisamment rechercher, au stade de l'instruction, les faits de la cause. Ce faisant, il borne ou contient le pouvoir souverain des juges du fond en ce qui concerne l'établissement des faits. Cette emprise que se réserve le Conseil d'État paraît d'autant plus nécessaire que le juge de cassation statue, eu égard seulement aux pièces du dossier soumis aux juges du fond, sans pouvoir ordonner de nouvelles mesures d'instruction.

2. Le contrôle de la motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect sur l'appréciation des faits par les juges du fond

350. Selon une approche séquentielle du raisonnement des juges du fond, le juge de cassation contrôle les opérations de constatation des faits et de qualification juridique des faits. Il opère ainsi les contrôles de l'exactitude matérielle des faits¹¹⁵⁴ et de la qualification juridique des faits¹¹⁵⁵.

Au contraire, le juge de cassation refuse de contrôler l'opération d'appréciation des faits. Sauf dénaturation, l'appréciation des faits par les juges du fond est donc souveraine¹¹⁵⁶. L'appréciation des faits, entendue au sens d'appréciation de l'objet à qualifier¹¹⁵⁷, désigne la phase du raisonnement juridique située entre l'opération de constatation des faits et l'opération de qualification juridique des faits. Elle « est l'opération consistant à émettre un jugement de valeur sur l'ensemble des éléments de fait tenus pour constants et permettant de sélectionner les éléments de fait tenus pour pertinents »¹¹⁵⁸. Ainsi définie, l'appréciation des faits consiste en une « analyse subjective des données concrètes du litige »¹¹⁵⁹. Pour cette raison, elle n'est pas contrôlée en cassation car, si elle l'était, l'exercice d'un tel contrôle conduirait le Conseil d'État à trop s'immiscer dans le domaine du fait.

351. L'opération consistant pour les juges du fond à constater les faits, c'est-à-dire à « les relever, à les décrire »¹¹⁶⁰, faisant l'objet d'un contrôle en cassation (contrôle de l'exactitude matérielle des

¹¹⁵⁴ CE, 9 septembre 1924, *Société Henri et Maurice Farman*, rec. p. 829.

¹¹⁵⁵ CE, Sect., 2 février 1945, *Moineau*, rec. p. 27 ; CE, Ass., 16 mai 1947, *Teyssier*, rec. p. 205.

¹¹⁵⁶ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Docteur Simon*, rec. p. 16.

¹¹⁵⁷ Cette notion d'appréciation des faits, au sens d'appréciation de l'objet à qualifier, doit être distinguée de celle d'appréciation souveraine des faits par les juges du fond dont le Conseil d'État use pour définir l'étendue du contrôle de cassation et qui recouvre les éléments de la décision des juges du fond que le juge de cassation se refuse à contrôler. Sur cette distinction V. : C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. pp. 545-547.

¹¹⁵⁸ C. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, spéc. p. 166 et s.

¹¹⁵⁹ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd., spéc. p. 404.

¹¹⁶⁰ *Idem*, spéc. p. 405.

faits), il n'est pas surprenant que le Conseil d'État exige des juges subordonnés qu'ils motivent suffisamment leurs décisions sur ce point. L'exercice par le juge de cassation du contrôle de l'exactitude matérielle des faits ainsi d'ailleurs que celui du contrôle de la qualification juridique des faits supposent des juges du fond qu'ils « *relèv[ent] les faits dont la mention est indispensable au juge de cassation pour exercer le contrôle de la légalité qui lui appartient* »¹¹⁶¹. En ce sens, le Conseil d'État, juge de cassation, « *impos[e] aux juges du fond d'assortir leurs décisions d'une motivation donnant une description complète et précise de la situation litigieuse et telle qu'il puisse être pleinement informé des faits retenus par eux* »¹¹⁶². Par le contrôle de la motivation suffisante, le juge administratif suprême contraint ainsi l'opération de constatation des faits.

352. L'opération d'appréciation des faits n'est, quant à elle, pas contrôlée en cassation, sauf dénaturation des faits. Pourtant, il apparaît que le Conseil d'État, en mobilisant le contrôle de la motivation suffisante, parvient à contraindre jusqu'à cette opération du raisonnement des juges du fond. Ainsi, pour retenir à l'encontre d'un praticien un « abus de prescription » contraire à la déontologie médicale et justifiant le prononcé d'une sanction d'interdiction temporaire de prodiguer des soins, la juridiction du fond doit relever les faits qu'elle retient au soutien de sa décision de manière suffisamment précise. Elle motive insuffisamment sa décision lorsque, pour affirmer que le praticien a prescrit un nombre d'actes anormalement élevé, elle se réfère, non pas à des cas précis ou particuliers, mais à des tableaux statistiques d'activité.

« *Considérant que s'il appartient à la section des assurances sociales d'apprécier souverainement les faits qu'elle retient à l'encontre d'un praticien, elle doit relever ces faits avec suffisamment de précision pour permettre au Conseil d'Etat, juge de cassation, d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient ; qu'en se bornant à indiquer qu'il résultait de l'instruction que M. X... prescrivait un nombre d'actes anormalement élevé, sans se référer expressément à ceux des cas précis soumis à son examen, qui concernaient la période des troisième et quatrième trimestres 1981, seule retenue par la section des assurances sociales, en raison de l'amnistie des faits antérieurs à cette période, et en se fondant « notamment » sur les tableaux statistiques d'activité dont les résultats ne sauraient à eux seuls, en raison même de leur caractère statistique, servir de base à une sanction disciplinaire, la section des assurances sociales n'a pas suffisamment motivé sa décision* » (CE, 29 avril 1988, Cuaz, rec. p. 176)¹¹⁶³.

Affirmer l'existence d'un nombre d'actes *anormalement* élevé, c'est pour le juge du fond procéder à une appréciation des faits. En effet alors, il opère sur les faits un jugement de valeur qui prépare la

¹¹⁶¹ GREVISSE, conclusions sur CE, 18 décembre 1957, *Sieur Monod*, rec. p. 691.

¹¹⁶² R. CHAPUS, « Le contrôle des faits par le Conseil d'État français en tant que juge de cassation », préc., spéc. p. 378.

¹¹⁶³ (Nous soulignons).

qualification retenue d' « abus de prescription ». Or, en sanctionnant ce juge pour ne pas s'être référé à des cas précis, le juge de cassation parvient à contraindre jusqu'à l'opération d'appréciation des faits elle-même¹¹⁶⁴. L'appréciation des faits est certes souveraine mais cela n'exempte pas le juge du fond de motiver suffisamment précisément sa décision en fait pour permettre au juge de cassation de mener à bien le contrôle de la légalité interne qu'il lui revient par ailleurs d'exercer : la juridiction du fond doit procéder à un exposé suffisamment précis des faits qu'elle retient au soutien de l'appréciation, pourtant souveraine, qu'elle émet. L'hypothèse envisagée révèle, s'il en était encore besoin, les limites d'une approche séquentielle du raisonnement judiciaire distinguant entre trois opérations intellectuelles supposées clairement distinctes.

353. Ainsi donc, et quand bien même l'appréciation des faits est souveraine, sauf dénaturation, le Conseil d'État conserve en la matière une certaine marge de contrôle en mobilisant, de manière habile, le contrôle de la motivation suffisante. Par le biais de ce contrôle, la haute juridiction parvient à conserver une certaine emprise sur le pouvoir que détiennent les juges du fond au stade de l'appréciation des faits.

Cette marge maintenue paraît d'autant plus utile que la haute juridiction décide parfois d'abandonner certaines qualifications à l'appréciation souveraine des juges du fond.

3. Le contrôle de la motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect des qualifications abandonnées à l'appréciation souveraine des juges du fond

354. Selon la doctrine classique de la cassation administrative telle qu'elle est issue des arrêts *Moineau*¹¹⁶⁵ et *Docteur Simon*¹¹⁶⁶, le Conseil d'État ne contrôle pas en cassation les appréciations de fait opérées par les juges du fond, lesquelles sont donc souveraines, sauf dénaturation des faits. Au contraire, le juge suprême contrôle l'exactitude matérielle des faits -ou plus précisément l'exactitude des constatations de fait opérées par les juges du fond- et les qualifications juridiques des faits retenues par ces juges. La théorie générale de la cassation administrative postule un contrôle en cassation systématique des qualifications juridiques des faits opérées par les juges du fond.

Une telle présentation ne traduit pas la réalité du contrôle de cassation¹¹⁶⁷. En pratique, le Conseil

¹¹⁶⁴ Pour un autre exemple, proche, V : CE, 15 décembre 1993, *Bénitah*, n°129277, rec. p. 367.

¹¹⁶⁵ CE, Sect., 2 février 1945, *Moineau*, préc.

¹¹⁶⁶ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Docteur Simon*, préc.

¹¹⁶⁷ Pour une présentation des limites de la doctrine classique de la cassation administrative, V : S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, spéc. p. 203 et s. et p. 272 et s. ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 531 et s.

d'État opère un contrôle seulement sélectif des qualifications juridiques des faits par les juges du fond, suivant des critères ou tendances qu'il est vain de vouloir systématiser avec certitude¹¹⁶⁸. Ainsi, il abandonne certaines qualifications juridiques à l'appréciation souveraine des juges du fond.

355. Comme l'ont clairement établi les tenants de l'école réaliste à la suite de l'analyse de MM. Combarnous et Galabert dès 1960¹¹⁶⁹, la notion d'appréciation souveraine des faits par les juges du fond est « *une notion fonctionnelle* »¹¹⁷⁰ dont le contenu varie selon que le Conseil d'État entend ou non exercer en cassation le contrôle de la qualification juridique des faits¹¹⁷¹. Ainsi, « *plutôt qu'ils expriment la distinction nette de deux opérations intellectuelles successives, [...] les termes d'appréciation et de qualification servent à classer les hypothèses où le juge de cassation désire s'en remettre entièrement au juge du fond et celles où il désire au contraire se réserver un contrôle* »¹¹⁷². En ce sens, les qualifications juridiques non contrôlées en cassation sont dites constituer des appréciations souveraines relevant du pouvoir des juges du fond. L'opération intellectuelle menée par la juridiction du fond consiste bien en une qualification juridique mais, le juge de cassation refusant de la contrôler, cette qualification est considérée relever du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; elle est une appréciation souveraine des faits.

356. Un tel pouvoir souverain détenu par les juges du fond n'est pas sans limites dès lors notamment qu'il ne soustrait pas ceux-ci à l'obligation qui s'impose à eux de motiver leurs décisions en fait et en droit. Ainsi, outre les contrôles de l'exactitude matérielle des faits, de la dénaturation¹¹⁷³ et de l'erreur de droit¹¹⁷⁴, lesquels permettent au Conseil d'État de conserver une marge de contrôle sur les qualifications juridiques abandonnées, le juge administratif de cassation exerce sur ces qualifications le contrôle de la motivation suffisante. Ce dernier apparaît alors comme une

¹¹⁶⁸ V. cependant pour une tentative de présentation de ces critères et tendances de sélection des qualifications juridiques contrôlées et non contrôlées : C. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, p. 566 et s.

¹¹⁶⁹ J. COMBARNOUS, M. GALABERT, « Le Conseil d'État, juge de cassation », chronique sur CE, 9 mars 1960, *Jourdan, AJDA*, 1960, I, pp. 95-98, spéc. pp. 97-98.

¹¹⁷⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 1306.

¹¹⁷¹ Pour un exemple topique et bien connu d'une telle variation, V. les arrêts CE, 9 mars 1960, *Jourdan*, rec. p. 189 et CE, Sect., 18 février 1977, *Hervouët*, rec. p. 98.

¹¹⁷² J. COMBARNOUS, M. GALABERT, *op. cit.*, spéc. p. 98.

¹¹⁷³ Dans le prolongement de l'analyse de l'arrêt *Docteur Simon*, la doctrine classique de la cassation administrative considère que le contrôle de la dénaturation des faits porte sur l'opération d'appréciation des faits, au sens d'appréciation de l'objet à qualifier. En réalité, le contrôle de la dénaturation permet également au Conseil d'État de contrôler les qualifications juridiques abandonnées à l'appréciation souveraine des juges du fond. En ce sens, il constitue une contrepartie à l'absence de contrôle en cassation de la qualification juridique des faits. V. : S. BOUSSARD, *op. cit.*, spéc. p. 246 et s. ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, spéc. p. 557 et s.

¹¹⁷⁴ V. particulièrement sur ce point : C. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, spéc. pp. 555-557. Le contrôle de l'erreur de droit permet au Conseil d'État de sanctionner l'interprétation erronée retenue par les juges du fond de la catégorie juridique à partir de laquelle ceux-ci ont opéré la qualification juridique des faits.

contrepartie à l'abandon de certaines qualifications juridiques à l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹⁷⁵.

357. Par l'exercice du contrôle de la motivation suffisante, le Conseil d'État se réserve une marge de contrôle sur les qualifications abandonnées au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond¹¹⁷⁶. En exigeant des juges du fond qu'ils motivent leurs qualifications souveraines, le Conseil d'État non seulement parvient à s'assurer l'exercice effectif des contrôles de l'exactitude matérielle des faits, de la dénaturation et de l'erreur de droit mais encore il « *s'assure au moins [...] que le juge du fond a correctement accompli sa mission* »¹¹⁷⁷.

Certes, lorsque le juge de cassation n'exerce pas le contrôle de la qualification juridique des faits, il se satisfait bien souvent de motivations laconiques. L'absence de contrôle opéré en cassation au titre de la qualification juridique des faits réduit notablement la portée de l'exigence de motivation pesant sur les juges du fond¹¹⁷⁸. Cependant, même alors, l'exigence de motivation demeure. Les juges du fond ne sont pas soustraits à l'obligation qui leur est faite de motiver -notamment en fait- leurs décisions¹¹⁷⁹. Plus encore, il arrive que les exigences du Conseil d'État en ce qui concerne la motivation des décisions des juges du fond soient relativement élevées à l'égard de qualifications pourtant abandonnées au pouvoir souverain de ces juges. Ainsi en est-il s'agissant de la condition d'urgence en référé-suspension. Alors pourtant que la question de savoir si l'urgence justifie ou non, en l'espèce, la suspension demandée, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, sous réserve du contrôle de l'erreur de droit et de la dénaturation des faits¹¹⁸⁰, le Conseil d'État attend du juge du référé-suspension qu'il motive suffisamment précisément sa décision. En ce sens, le juge du référé-suspension est tenu de faire apparaître les raisons de droit et de fait pour lesquelles soit il considère que l'urgence justifie la suspension de la décision administrative contestée, soit il estime

¹¹⁷⁵ V. déjà en ce sens : S. BOUSSARD, *op. cit.*, spéc. p. 316 : le contrôle de la motivation est présenté comme constituant un « *instrument d'encadrement du pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond* », pouvoir que ces juges détiennent sur les qualifications juridiques abandonnées, c'est-à-dire non contrôlées en cassation.

¹¹⁷⁶ La pratique du juge administratif suprême ne s'éloigne guère de celle de son homologue judiciaire. La Cour de cassation mobilise le contrôle de la motivation et particulièrement les contrôles de la contradiction de motifs et du manque de base légale afin de se réserver une marge de contrôle sur les qualifications juridiques abandonnées. Ainsi, alors même qu'il est traditionnellement considéré comme « *l'ouvrage avancé du contrôle de la qualification* » juridique des faits opéré en cassation, le grief tiré du défaut de base légale s'applique « *hors même du domaine des qualifications contrôlées* ». V. : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., spéc. p. 435.

¹¹⁷⁷ M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1996, spéc. p. 461.

¹¹⁷⁸ Cf. *supra* les paragraphes n°341 et s., spéc. le paragraphe n°343.

¹¹⁷⁹ Déjà en ce sens : M. DEGOFFE, *op. cit.*, spéc. p. 464.

¹¹⁸⁰ CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c. Commune de Baden*, n°230025, rec. p. 220 : « *Considérant [...] que pour estimer que l'urgence ne justifiait pas, dans les circonstances de l'espèce, la suspension demandée, le juge des référés, dont la décision n'est pas entachée d'erreur de droit, s'est livré, sans les dénaturer, à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce qui ne peut être discutée devant le juge de cassation* ».

qu'elle ne la justifie pas¹¹⁸¹. Le juge des référés ne peut pas recourir en la matière à des motivations qui seraient purement formelles ou stéréotypées. Lorsqu'il considère la condition d'urgence remplie, il appartient au juge des référés de « *faire apparaître dans sa décision tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, l'ont conduit à considérer que la suspension demandée revêtait un caractère d'urgence* »¹¹⁸². Lorsque le juge des référés rejette la demande de suspension, il « *doit faire apparaître la ou les raisons pour lesquelles il considère que la condition de l'urgence n'est pas remplie* »¹¹⁸³. Il faut noter toutefois que dans cette hypothèse, « *sa motivation sur l'urgence peut être moins développée que lorsqu'il l'accueille, sans pour autant qu'il puisse se contenter d'affirmer qu'en l'espèce la condition de l'urgence n'est pas remplie* »¹¹⁸⁴.

C. Les ressorts pédagogiques du contrôle de la motivation suffisante

358. Le contrôle de la motivation suffisante garantit au Conseil d'État, juge de cassation, les moyens d'un exercice effectif du contrôle de la légalité interne des décisions des juges subordonnés et lui permet de contenir, dans une certaine mesure, le pouvoir souverain des juges du fond dans le domaine du fait. Un tel contrôle revêt également une dimension pédagogique (1) voire normative (2) qu'il convient de ne pas négliger.

1. La dimension didactique du contrôle de la motivation suffisante : la formule « en se bornant à... sans rechercher si... motivation insuffisante »

359. Par le contrôle de la motivation suffisante, le Conseil d'État sanctionne la carence des juges du fond quant à la manière dont ils ont motivé leur décision. Au-delà de cette dimension, peut-on dire, sanctionnatrice attachée au contrôle de la motivation suffisante, la portée pédagogique de celui-ci ne doit pas être sous-estimée. Toute cassation prononcée pour motivation en fait insuffisante dispose d'une dimension pédagogique non négligeable révélée d'une manière particulièrement nette par l'usage de la formule désormais bien connue « *en se bornant à... sans rechercher si... motivation insuffisante* »¹¹⁸⁵. Par le recours à cette formule, le Conseil d'État prend soin d'indiquer à la

¹¹⁸¹ CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*... préc.

¹¹⁸² CE Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. société Sud-Est Assainissement*, n°229562, rec. p. 109.

¹¹⁸³ F. LAMY, conclusions sur CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c. Commune de Baden*, RFDA, 2001, p. 849 et s.

¹¹⁸⁴ M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Référé et contrôle de cassation, synthèse de la jurisprudence du Conseil d'État des cinq premiers mois depuis l'entrée en vigueur du Code de justice administrative », AJDA, 2001, p. 465 et s.

¹¹⁸⁵ V. : CE, 17 mars 2014, n°368641, inédit au recueil. La formule admet plusieurs variantes : « *en se bornant à regarder ... sans rechercher ... la cour administrative a insuffisamment motivé sa décision* » (CE, 16 mars 1998, *Ruggiu*, n°139738, rec. p. 89) ; « *en se bornant à relever ... sans exposer ... la cour administrative d'appel a insuffisamment motivé son*

juridiction subordonnée les éléments de fait au titre desquels elle aurait dû motiver sa décision. En effet, alors, l'arrêt du juge de cassation expose clairement les éléments de fait que les juges du fond doivent rechercher et qu'ils sont tenus d'exposer au sein des motifs de leurs décisions en vue de justifier de la légalité de celles-ci. Les indications fournies à l'occasion de telles censures pour motivation insuffisante sont particulièrement utiles à la juridiction de renvoi qui sait alors précisément de quelle manière elle doit compléter les motifs de sa décision pour ne pas encourir une nouvelle censure.

360. La formule « *en se bornant à... sans rechercher si... motivation insuffisante* » manifeste ainsi la pédagogie dont peut faire preuve le Conseil d'État¹¹⁸⁶. Lorsqu'il recourt à cette expression, le juge de cassation détermine, à l'intention des juges du fond, en quoi doit consister le travail de ceux-ci concernant les faits. Ce faisant, le juge suprême guide autant d'ailleurs qu'il dirige les juges subordonnés en leur indiquant les éléments de fait qu'ils sont tenus de relever au soutien de leur raisonnement. Le Conseil d'État guide les juges du fond autant qu'il contraint le travail mené par ceux-ci sur le fait. La direction ainsi donnée à ces juges peut être plus ou moins précise. Elle l'est particulièrement, par exemple, lorsque le Conseil d'État précise que pour qualifier des faits de faute assimilable à une fraude ou à un dol, la juridiction du fond aurait dû rechercher, eu égard aux faits de l'espèce, le caractère intentionnel des faits reprochés et constater la gravité des conséquences de ceux-ci¹¹⁸⁷.

2. La dimension normative du contrôle de la motivation suffisante : la formule « en se bornant à... sans rechercher si... erreur de droit »

361. Une censure prononcée pour motivation en fait insuffisante emporte également une dimension doctrinale (ou normative) qui ne doit pas être mésestimée. Le Conseil d'État précise, en effet, par ce biais la règle de droit ou la notion juridique en cause¹¹⁸⁸.

arrêt » (CE, 27 octobre 2010, *Société Pradeau et Morin*, n°318023, rec. T. p. 859) ; « *en se bornant à reprendre ... sans préciser ... la commission [juridictionnelle] a insuffisamment motivé sa décision* » (CE, 31 mars 1999, n°187904) ; « *en se bornant à indiquer ... sans se référer expressément à ... la section des assurances sociales n'a pas suffisamment motivé sa décision* » (CE, 15 décembre 1993, *Bénitah*, n°129277, rec. p. 367) ; « *en se bornant à relever ... sans préciser ... les juges du fond n'ont pas mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle* » (CE, 6 mars 1992, n°106731) ; « *pour décider que ... la juridiction doit rechercher si ... ; que, par la décision attaquée, [la juridiction] s'est bornée à constater que ... qu'elle a, dès lors, insuffisamment motivé sa décision* » (CE, 13 juin 1969, *Sieur Moinard*, n°72986, rec. p. 310).

¹¹⁸⁶ En ce qui concerne la cassation civile, A. Perdriau n'a pas manqué de relever la dimension pédagogique des censures prononcées par la Cour de cassation pour manque de base légale, celles-ci se révélant être « *très pédagogiques lorsqu'elles précisent les éléments qui sont à prendre en compte, et à mentionner, pour justifier l'application d'une disposition déterminée* ». V. : A. PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP. G*, 1990, I, n°3468.

¹¹⁸⁷ CE, 16 mars 1998, *Ruggiu*, n°139738, rec. p. 89.

¹¹⁸⁸ Cette dimension normative de la censure prononcée pour motivation en fait insuffisante correspond à la portée

362. La formule « *en se bornant à... sans rechercher si... motivation insuffisante* » est caractéristique de cette démarche non seulement pédagogique mais également normative du Conseil d'État par laquelle celui-ci précise le contenu de la règle de droit ou d'une notion juridique. Ainsi, le Conseil d'État a pu préciser la notion de « réfugié » au sens de la convention de Genève à l'occasion d'une censure pour motivation en fait insuffisante. Saisi en cassation d'une décision de la Commission des recours des réfugiés, le Conseil d'État a censuré l'interprétation retenue par ladite juridiction de l'article 1^{er}, alinéa 2 de la Convention de Genève au motif que la commission « *s'est bornée à déclarer que « parmi les faits personnels ainsi allégués, les uns ne sont pas établis par les pièces du dossier et les déclarations de l'intéressé devant la commission, les autres ne sont pas imputables aux autorités officielles » ; qu'en s'abstenant de préciser ceux des faits dont la matérialité ne pouvait être admise et ceux pour lesquels, dans les circonstances où ils s'étaient produits, aucune attitude de l'autorité publique n'avait pu être retenue comme ayant constitué un acte volontaire d'encouragement ou de tolérance de la part de cette autorité, la commission n'a pas mis le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle* »¹¹⁸⁹. La portée normative de la censure ainsi prononcée a été d'autant plus nette que le Conseil d'État, avant d'en revenir à l'examen de la décision juridictionnelle contestée, a fixé en des termes généraux le principe selon lequel « *il ne résulte pas de [l'article 1^{er}, alinéa 2 de la Convention de Genève] que les persécutions subies doivent émaner directement des autorités publiques ; que des persécutions exercées par des particuliers, organisés ou non, peuvent être retenues, dès lors qu'elles sont en fait encouragées ou tolérées volontairement par l'autorité publique, de sorte que l'intéressé n'est pas effectivement en mesure de se réclamer de la protection de celle-ci* ». Emporte une même dimension normative la décision par laquelle le Conseil d'État, saisi en cassation, censure l'arrêt de la cour administrative d'appel au motif « *qu'en se bornant à regarder les faits reprochés à M. X... comme constitutifs d'une faute assimilable à une fraude ou à un dol sans rechercher leur caractère intentionnel et sans se prononcer sur la gravité de leurs conséquences, la cour administrative d'appel de Lyon a insuffisamment motivé sa décision* »¹¹⁹⁰.

normative du défaut de base légale, depuis longtemps mise en lumière en ce qui concerne la cassation civile. Les civilistes ont très bien montré qu'à l'inverse d'une cassation pour défaut de motifs, laquelle n'a aucune portée normative, la cassation pour défaut de base légale dispose d'une portée jurisprudentielle qui ne doit pas être négligée. Dès 1903, E. Faye écrivait en ce sens : « *Si la cassation est prononcée pour défaut de base légale [la Cour de cassation] aborde [...] l'examen de la question de droit, elle déclare que la condition dont on a négligé de constater l'existence est essentielle pour justifier légalement la décision, elle se prononce ainsi en doctrine* ». V. : E. FAYE, *La Cour de cassation*, préc., spéc. p. 135 ; sur ce point, V. également : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, préc., spéc. p. 432, §78.53 et p. 435, §78-92 ; D. FOUSSARD, « Manque de base légale et création de la règle », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2005, pp. 70-93.

¹¹⁸⁹ CE, Sect., 27 mai 1983, *Dankha*, n°42074, rec. p. 220, conclusions B. Genevois, *AJDA*, 1983, pp. 481-484. (Nous soulignons).

¹¹⁹⁰ CE, 16 mars 1998, *Ruggiu*, n°139738, rec. p. 89.

Alors en effet, le juge suprême précise d'autant la notion de faute assimilable à une fraude ou à un dol. Une telle faute se définit par le caractère intentionnel des faits reprochés et par la gravité des conséquences de ceux-ci¹¹⁹¹.

363. La portée normative attachée à la censure pour motivation insuffisante marque ainsi une certaine proximité entre les contrôles de la motivation suffisante et de l'erreur de droit¹¹⁹². Est d'ailleurs particulièrement révélatrice d'une telle proximité la pratique du Conseil d'État consistant à censurer la décision attaquée tout à la fois pour motivation insuffisante et pour erreur de droit.

« Considérant [...] qu'en estimant que la collectivité territoriale de Corse avait méconnu le principe d'égalité entre les candidats en engageant des discussions avec la seule Société Air France, et en annulant pour ce motif la délibération litigieuse attribuant la desserte de Bastia et d'Ajaccio à cette société, sans rechercher si le président du conseil exécutif n'avait pas entendu exclure de ces discussions, au vu de l'avis de la commission, les autres candidats qui avaient présenté une offre pour ces deux lignes, le juge des référés a insuffisamment motivé son ordonnance et l'a entachée d'une erreur de droit » (CE, 14 mars 2003, Société Air Lib et autres, n°251610, rec. T. p. 861)¹¹⁹³.

Suivant une démarche analogue, il n'est pas rare que la haute juridiction, censurant finalement une erreur de droit, combine en réalité les contrôles de la motivation suffisante et de l'erreur de droit. Cette tendance est révélée par le recours à la formule « *en se bornant à... sans rechercher si... erreur de droit* ». Il est désormais fréquent que le Conseil d'État, juge de cassation, censure au titre de l'erreur de droit la décision par laquelle les juges du fond « *en se bornant à... sans rechercher si... ont commis une erreur de droit* ». À mi-chemin entre les contrôles de la motivation suffisante et de l'erreur de droit, une telle censure révèle le lien étroit qui peut exister entre ces deux contrôles. Une motivation insuffisante cache bien souvent en réalité une erreur de droit commise par les juges du fond. Il n'est pas rare, en effet, que « *les lacunes dont la motivation est affectée trahissent [...] un raisonnement juridique erroné* »¹¹⁹⁴ : c'est parce qu'ils se sont mépris sur le contenu ou le sens de la règle de droit que les juges du fond ont insuffisamment motivé leur décision. La motivation

¹¹⁹¹ V. pour d'autres exemples de censures pour motivation en fait insuffisante dotées d'une portée normative : CE, Sect., 29 février 1952, *Ministre de la Santé publique c. Marcelet*, rec. p.142 (précision sur la notion de « devoir de surveillance » incombant aux pharmaciens propriétaires d'une officine) ; CE, Sect., 13 juin 1969, *Sieur Moinard*, *AJDA*, 1969, p. 445 (précision sur la notion d'« institution de médecine sociale »).

¹¹⁹² Il en va de même en cassation civile où il existe une certaine proximité entre le défaut de base légale et la violation de la loi. V. : D. FOUSSARD, *op. cit.*, spéc. pp. 79-81.

¹¹⁹³ (Nous soulignons).

¹¹⁹⁴ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd, spéc. p. 400.

insuffisante en fait est ainsi conditionnée par une erreur de droit¹¹⁹⁵. Dans une telle hypothèse, le Conseil d'État a tendance désormais à privilégier une cassation pour erreur de droit plutôt qu'une censure pour motivation insuffisante¹¹⁹⁶ dès lors que le contrôle de l'erreur de droit relève de sa fonction essentielle et première qui est de garantir l'unité du droit. La préférence ainsi donnée à une censure pour erreur de droit n'est pas anodine quant à la portée de la cassation prononcée. Dans l'hypothèse d'une censure prononcée au motif de l'insuffisante motivation de la décision, la juridiction de renvoi pourra parfaitement prononcer une solution identique ; il lui suffira seulement de compléter les motifs de sa décision de telle sorte que soient exposés à l'occasion de ceux-ci l'ensemble des éléments propres à justifier la décision prononcée. Au contraire, si le Conseil d'État censure la décision des juges du fond pour erreur de droit, la solution initialement prononcée devra être corrigée. La juridiction qui aura à se prononcer de nouveau sur l'affaire ne pourra pas prendre une décision identique.

364. Le contrôle ainsi combiné de la motivation suffisante et de l'erreur de droit « *vise, en réalité, à censurer les erreurs de raisonnement commises par les juges du fond dans l'interprétation des règles juridiques qu'ils ont à appliquer* »¹¹⁹⁷. Par cette voie, le Conseil d'État guide autant qu'il dirige les juges du fond quant au sens et au contenu de la règle de droit ; il précise l'interprétation et les conditions nécessaires à l'application de la règle de droit. Non seulement le juge de cassation infirme et sanctionne la manière dont les juges du fond ont appréhendé et fait application de la règle de droit mais encore il précise ladite règle. Lorsqu'il annule la décision par laquelle les juges du fond « *en se bornant à... sans rechercher si... ont commis une erreur de droit* », le Conseil d'État indique par là même la manière dont les juges du fond doivent procéder pour appliquer, sans erreur, la règle de droit. Ces indications se révèlent particulièrement utiles à la juridiction de renvoi qui, ainsi renseignée sur la règle de droit qu'elle applique, sait alors précisément quoi faire pour juger en conformité avec le droit.

C'est ainsi par un contrôle combiné de la motivation suffisante et de l'erreur de droit que le Conseil d'État est venu mettre un terme à la jurisprudence dite du pays d'accueil que mettait en œuvre jusqu'alors la Commission de recours des réfugiés.

¹¹⁹⁵ Cette notion de motivation en fait insuffisante conditionnée par une erreur de droit est inspirée de la notion de « *manque de base légale conditionné par une erreur de droit* » dégagée par le Professeur T. Le Bars en ce qui concerne la cassation civile. V. : T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, spéc. p. 90.

¹¹⁹⁶ V. en ce sens particulièrement : J. GAEREMYNCK, conclusions sur CE, Sect., 5 juillet 1991, *SA Mondial Auto*, *RJF*, n°8-9/1991, pp. 615-619.

¹¹⁹⁷ M. GUYOMAR, J. MASSOT, J.-H. STAHL, O. FOUQUET, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 2001, 5^e éd, spéc. pp. 115-116.

« Considérant qu'il ressort des constatations de fait opérées par les juges du fond que M. X..., qui est de nationalité guinéenne et qui a quitté la Guinée en 1971 pour se soustraire à des persécutions politiques, « justifie de raisons sérieuses pour redouter de regagner son pays d'origine » et doit, par suite, être regardé comme entrant dans l'une des catégories visées à la section A, 2° de l'article 1^{er} de la Convention de Genève ; que si la Commission de recours des réfugiés [...] s'est bornée à constater, pour lui refuser la qualité de réfugié, que M. X... a séjourné au Sénégal de 1971 à 1975, il ne résulte pas de ce seul fait que l'intéressé ait pu être privé de la reconnaissance de cette qualité ; (annulation de la décision) » (CE, Ass., 16 janvier 1981, *Boubacar Conté*, n°20527, rec. p. 20).

En l'espèce, l'exercice du contrôle de la motivation suffisante est révélé par l'expression « *s'est bornée à constater* » qu'utilise le juge de cassation avant d'en revenir au contrôle de l'erreur de droit. L'erreur de droit commise par la juridiction du fond a consisté pour celle-ci à appliquer, en l'espèce, une cause d'exclusion du bénéfice du statut de réfugié que la Convention de Genève ne prévoyait pas. Cette circonstance ressort très clairement des conclusions du commissaire du gouvernement sur cette affaire¹¹⁹⁸.

L'arrêt *Commune de Neuves-Maisons* rendu en novembre 2015¹¹⁹⁹ aux conclusions de J. Lessi¹²⁰⁰ et relatif au contentieux de la domanialité publique illustre encore la dimension normative attachée à ce type de censure située à mi-chemin entre la motivation insuffisante et l'erreur de droit. En l'espèce, faisant d'abord application de l'article L. 2111-14 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)¹²⁰¹ la cour administrative d'appel, pour juger que la parcelle litigieuse constituait une dépendance du domaine public routier communal, avait considéré que ladite parcelle était directement affectée à la circulation terrestre au motif notamment qu'elle ne comportait aucun obstacle majeur à la déambulation des piétons. Le Conseil d'État, saisi en cassation, censure pour erreur de droit le raisonnement mené sur ce point par la cour. Il juge que celle-ci ne pouvait se borner à déduire de l'absence d'obstacle majeur à la déambulation des piétons l'affectation de la parcelle

¹¹⁹⁸ A. BACQUET, conclusions sur CE, Ass., 16 janvier 1981, *Boubacar Conté*, *AJDA*, 1981, p. 366 et s.

¹¹⁹⁹ CE, 2 novembre 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, n°373896, rec. T. p. 665 : « Considérant qu'en vertu de l'article L. 2111-14 du code général de la propriété des personnes publiques [...] ; que, selon l'article L. 2111-2 du même code [...] ; Considérant [...] que, pour qualifier la parcelle litigieuse de dépendance du domaine public communal, la cour, d'une part, après avoir relevé que cette parcelle, propriété de la commune, était située à l'intersection de deux voies communales, dans le prolongement des trottoirs bordant ces voies, sans obstacle majeur à la circulation des piétons, en a déduit que cette parcelle était affectée aux besoins de la circulation terrestre ; que, s'il lui appartenait de se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public routier communal, la cour, en statuant ainsi, sans rechercher si la commune avait affecté la parcelle en cause aux besoins de la circulation terrestre, a commis une erreur de droit ; que la cour a, d'autre part, jugé que la parcelle litigieuse constituait l'accessoire d'une dépendance du domaine public routier ; que, toutefois, en ne recherchant pas si cette parcelle était indissociable du bien relevant du domaine public dont elle était supposée être l'accessoire, la cour a méconnu les dispositions de l'article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques ». (Nous soulignons).

¹²⁰⁰ J. LESSY, conclusions sur CE, 2 novembre 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, *AJDA*, n°4/2016, pp. 204-206.

¹²⁰¹ Aux termes de cet article, le domaine public routier communal comprend l'ensemble des biens appartenant à la commune et affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées.

litigieuse à la circulation terrestre. Il ressort des conclusions de J. Lessi¹²⁰² sur cet arrêt que le juge de cassation attendait du juge d'appel, pour l'application des dispositions précitées du CGPPP, qu'il recherche l'intention c'est-à-dire la volonté véritable de la commune de donner à la parcelle litigieuse une telle affectation. En sanctionnant le raisonnement mené par le juge d'appel, le Conseil d'État, par là même, précise la notion d'affectation au sens de L. 2111-14 du CGPPP : une parcelle appartenant à une commune ne peut être qualifiée de dépendance du domaine public routier communal que dès lors que la commune a manifesté une réelle volonté ou intention d'affecter ladite parcelle aux besoins de la circulation terrestre. Faisant ensuite application de l'article L. 2111-2 du CGPPP¹²⁰³, le juge d'appel, pour qualifier la parcelle litigieuse d'accessoire du domaine public routier, relevait qu'elle s'inscrivait dans le prolongement des trottoirs. Le Conseil d'État censure l'arrêt de la cour administrative d'appel pour erreur de droit. Il ressort des conclusions de J. Lessi que cette censure a été prononcée en considération de ce que la cour d'appel n'a pas « *été suffisamment exigeante, faute de rechercher un lien « indissociable », comme l'exige de CGPPP* »¹²⁰⁴. Ainsi, et au-delà d'un lien physique entre la parcelle en litige et le domaine public routier communal, la cour aurait dû rechercher l'existence d'un lien fonctionnel entre ces deux éléments. Ce faisant, le Conseil d'État précise la notion d'« accessoire indissociable » au sens de l'article L. 2111-2 du CGPPP : ce lien n'est pas seulement un lien physique, il est aussi un lien fonctionnel qui doit être suffisamment fort.

365. Cette pédagogie normative dont fait preuve le Conseil d'État atteint son degré maximal lorsque la juridiction suprême fixe de manière explicite et générale le sens de la règle de droit avant d'en revenir à l'examen de la décision juridictionnelle soumise à son contrôle. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque le Conseil d'État, après avoir précisé la notion de *résultats de l'enquête publique* issue de l'article R. 123-12 du code de l'urbanisme, censure l'interprétation qu'en avait retenu la cour administrative d'appel.

« Considérant qu'aux termes de l'article R. 123-35 du code de l'urbanisme [...] ; qu'aux termes de l'article R. 123-12 : Le plan d'occupation des sols, éventuellement modifié pour tenir compte des résultats de l'enquête publique et des propositions de la commission de conciliation [...] ; que les résultats de l'enquête publique incluent non seulement les conclusions du commissaire-enquêteur mais aussi les souhaits exprimés lors de l'enquête par un ou plusieurs propriétaires, alors même que le commissaire-enquêteur n'a pas repris cette demande à son compte ; Considérant que la cour administrative d'appel de Lyon s'est

¹²⁰² Dès lors que le Conseil d'État a retenu la solution suggérée par son rapporteur public, l'on peut légitimement penser qu'il s'est également conformé aux raisons (motifs) développées par son rapporteur public à l'appui de la solution qu'il préconisait.

¹²⁰³ Aux termes de cette disposition, font partie du domaine public communal les biens appartenant à la commune qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public communal, en constituent un accessoire indissociable.

¹²⁰⁴ J. LESSI, conclusions préc., spéc. p. 205.

fondée, pour annuler la délibération du conseil municipal de la COMMUNE DU BEAUSSET portant approbation du plan révisé, sur ce que lesdites modifications ne résultaient pas des conclusions de l'enquête publique, sans rechercher si de telles modifications résultaient d'observations, même non reprises par le commissaire-enquêteur, faites par un ou plusieurs propriétaires au cours de l'enquête publique ; qu'il y a donc lieu, pour ce motif, de censurer l'erreur de droit commise par la cour et d'annuler son arrêt » (CE, 28 juillet 1999, Commune de Beausset, n°184858, rec. T. p. 985 et p. 1067)¹²⁰⁵.

§2 : La motivation, instrument de l'unité jurisprudentielle par la voie nouvelle de la pédagogie juridictionnelle

366. La cassation administrative constitue un instrument classique de l'unité du droit dès lors que par cette voie, le Conseil d'État censure les décisions des juges du fond non conformes à la jurisprudence en vigueur, c'est-à-dire prises en méconnaissance de la règle de droit telle qu'interprétée par la juridiction suprême. Mais, une tendance nouvelle se fait jour et consiste pour le Conseil d'État à se faire plus pédagogue en vue de guider les juridictions subordonnées sur la voie de l'unité jurisprudentielle. Il ne s'agit plus seulement de sanctionner et réprimer les juridictions du fond mais de leur montrer la voie, en amont, afin de prévenir leurs erreurs dans un but bien compris de gestion des flux contentieux. La pédagogie est ainsi mise au service de l'unité jurisprudentielle. C'est ainsi par le moyen de motivations didactiques que le Conseil d'État entend guider et diriger plus avant les juges du fond en ce qui concerne le travail qu'ils mènent sur le fait (A) et sur le droit (B) et définir plus précisément, à l'intention desdits juges, l'office du juge administratif (C).

A. La pédagogie juridictionnelle, instrument de direction des juges du fond dans le travail mené sur le fait

367. Le Conseil d'État, juge de cassation, fait désormais pleinement œuvre de pédagogie en vue de guider et diriger plus étroitement le travail mené sur le fait par les juges du fond. À cet égard, il n'hésite plus à formuler des motivations par lesquelles il indique minutieusement aux juges subordonnés la méthode à suivre pour qualifier juridiquement les faits.

Cette pratique donne lieu de la part du Conseil d'État à des motivations particulièrement précises et directives qui peuvent prendre jusqu'à la forme du mode d'emploi. C'est à l'occasion d'une motivation de ce type que la haute juridiction est venue préciser, suite à la réforme des procédures d'urgence, la méthode que doit suivre le juge du référé-suspension pour qualifier l'urgence.

¹²⁰⁵ (Nous soulignons). V. pour un autre exemple en ce sens : CE, 15 avril 2016, *Commune de Longueville*, n°371274, rec. T. p. 947 et p. 949.

« l'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; [...] il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ; qu'il lui appartient également, l'urgence s'appréciant objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, de faire apparaître dans sa décision tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, l'ont conduit à considérer que la suspension demandée revêtait un caractère d'urgence » (CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. Société Sud-Est Assainissement*, n°229562, rec. p. 109).

De même c'est par la formulation d'une motivation directive ou mode d'emploi que le Conseil d'État est venu préciser encore la méthode à suivre par la Cour nationale du droit d'asile pour retenir la qualification de réfugié au sens de la Convention de Genève.

« il appartient à la Cour nationale du droit d'asile, qui statue comme juge de plein contentieux sur le recours d'un demandeur d'asile dont la demande a été rejetée par l'OFPRA, de se prononcer elle-même sur le droit de l'intéressé à la qualité de réfugié ou, à défaut, de la protection subsidiaire, au vu de l'ensemble des circonstances de fait dont elle a connaissance au moment où elle statue ; qu'à ce titre, il lui revient, pour apprécier la réalité des risques invoqués par le demandeur, de prendre en compte l'ensemble des pièces que celui-ci produit à l'appui de ses prétentions ; qu'en particulier, lorsque le demandeur produit devant elle des pièces qui comportent des éléments circonstanciés en rapport avec les risques allégués, il lui incombe, après avoir apprécié si elle doit leur accorder crédit et les avoir confrontées aux faits rapportés par le demandeur, d'évaluer les risques qu'elles sont susceptibles de révéler et, le cas échéant, de préciser les éléments qui la conduisent à ne pas regarder ceux-ci comme sérieux » (CE, 10 avril 2015, *M. Balasingam*, n°372864, rec. T. p. 561).

368. De tels modes d'emploi formulés par le Conseil d'État et visant à guider les juges du fond dans l'opération de qualification juridique des faits manifestent l'ambition qui est celle du juge suprême de garder une certaine emprise sur l'activité des juges du fond en encadrant les méthodes mises en œuvre par ceux-ci. Le vocabulaire utilisé par la juridiction suprême (il appartient, il revient, il incombe, etc.) ne fait d'ailleurs pas mystère de son ambition.

À cet égard, bien que rien n'indique qu'elle soit circonscrite à ces seules hypothèses, il apparaît néanmoins que cette pratique est mise en œuvre par le Conseil d'État dans les cas où il se refuse à contrôler en cassation la qualification juridique opérée par les premiers juges. La notion d'« urgence » dans le cadre des référés d'urgence ou encore celle de « persécution » au sens de la

Convention de Genève¹²⁰⁶ ne sont, en effet, pas contrôlées en cassation au titre de la qualification juridique des faits. L'hypothèse peut ainsi être émise que cette pratique consistant pour la juridiction suprême à déterminer et fixer la méthode à suivre dans l'opération de qualification juridique a vocation à favoriser le recul du contrôle de la qualification juridique des faits en cassation au profit d'un contrôle élargi de l'erreur de droit¹²⁰⁷.

B. La pédagogie juridictionnelle, instrument de direction des juges du fond dans le travail mené sur le droit

369. Le Conseil d'État, juge de cassation, sanctionne les erreurs de droit commises par les juges du fond.

À côté de cette démarche de contrôle et de sanction qui est classiquement celle du juge de cassation, la haute juridiction cherche également désormais à guider les juges du fond dans le travail qu'ils mènent sur le droit. Le Conseil d'État fait ainsi œuvre de pédagogie pour assurer mieux encore l'unité du droit. À cette fin, le juge suprême n'hésite plus à exposer et expliciter la règle de droit à l'occasion d'arrêtés aux motifs plus étoffés.

370. S'interrogeant sur la portée qualitative de la réforme du contentieux administratif menée en 1953¹²⁰⁸, le Professeur J. Rivero avait déjà pressenti que le nouveau rôle de Cour régulatrice attribué au Conseil d'État au titre, alors, de sa fonction de juge d'appel, influencerait sur ses pratiques rédactionnelle et jurisprudentielle¹²⁰⁹. L'auteur mettait en lumière le lien nécessaire entre la fonction de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit, et une motivation plus claire et explicite de ses arrêts par la juridiction suprême¹²¹⁰ : « *la sauvegarde de l'unité du Droit exige [...] que le juge suprême [...] rédige ses arrêts, non pour lui-même, non pas seulement pour les plaideurs, mais aussi,*

¹²⁰⁶ Concernant la notion de réfugié, le Conseil d'État considère qu'est souveraine l'appréciation faite par la Commission des recours des réfugiés (désormais Cour nationale du droit d'asile) sur le point de savoir si les faits invoqués par le requérant sont, au sens des stipulations de la Convention de Genève, de nature à faire craindre avec raison celui-ci d'être persécuté : CE, Sect., 27 mai 1988, *Mugica Garmendia*, n°66022, rec. p. 219.

¹²⁰⁷ Pour la proposition d'un tel recul, cf. *infra* les paragraphes n°413 et s. de la présente thèse.

¹²⁰⁸ Décret n°53-934 du 30 septembre 1953 *portant réforme du contentieux administratif*, JORF du 1^{er} octobre 1953, p. 8593 et s.

¹²⁰⁹ J. RIVERO, « Le Conseil d'État, Cour régulatrice. », *D.*, 1954, Chronique, pp. 157-162. Quelques temps auparavant, F. Gazier avait déjà fait valoir que le Conseil d'État, ayant désormais à garantir l'unité de la jurisprudence, aurait à motiver ses décisions de manière plus explicite et à simplifier ses constructions jurisprudentielles pour s'assurer de l'application de sa jurisprudence par les juridictions subordonnées dont principalement les tribunaux administratifs. V. : F. GAZIER, « De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif », *RDP*, 1954, pp. 669-683.

¹²¹⁰ Dans le même sens, pour ce qui est de la Cour de cassation : C. ATIAS, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *Cour de cassation, Laboratoire d'Epistémologie juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, la Documentation française, 1994, p. 73 et s.

*et peut être d'abord, pour les juridictions du premier degré ; il lui faut [...] non plus seulement bien décider, mais encore expliquer en toute clarté le pourquoi de sa décision »*¹²¹¹.

On peut douter que la réforme de 1953 ait eu les effets suggérés par le Professeur J. Rivero et ait ainsi fait reculer *l'imperatoria brevitatis* caractéristique des décisions du Conseil d'État¹²¹². Au contraire, il faut admettre que la réforme de 1987 « *a eu des effets beaucoup plus importants* »¹²¹³ concernant la motivation des décisions du juge administratif. D'une part, consacré dans sa fonction de juge de cassation, le Conseil d'État a développé de nouvelles méthodes de contrôle ce qui l'a conduit à renforcer ses exigences et partant, la portée de son contrôle concernant la motivation des arrêts des cours administratives d'appel¹²¹⁴. D'autre part, pleinement consacrée dans son rôle de Cour régulatrice, la haute juridiction a dû endosser la « *fonction pédagogique* », le « *rôle éducatif* »¹²¹⁵ propres à toute juridiction suprême. En ce sens, elle a progressivement développé la motivation de ses arrêts, et notamment de ses arrêts de principe, en vue d'explicitier la règle de droit. Pour garantir l'application uniforme de sa jurisprudence par les juridictions subordonnées et ainsi sauvegarder l'unité du droit, le Conseil d'État a su faire évoluer le style rédactionnel de ses décisions.

371. Cette tendance du juge administratif suprême à développer la motivation de ses arrêts afin de garantir l'application de ses constructions jurisprudentielles se manifeste particulièrement depuis le tournant des années 2000. Depuis lors, la haute juridiction n'hésite plus à exposer explicitement la règle de droit et l'interprétation qui doit en être retenue. Sans doute cette pédagogie jurisprudentielle sert-elle l'administration active¹²¹⁶ puisque c'est à elle que s'adresse essentiellement le juge administratif ; mais, elle profite également aux juges du fond. La lisibilité et l'intelligibilité de la règle jurisprudentielle bénéficient à tous les publics intéressés : les particuliers et l'administration mais également « *les juges territoriaux, guidés par des principes jurisprudentiels clairs* »¹²¹⁷. Les juridictions subordonnées, mieux informées quant au sens de la règle de droit, sont mieux à même de

¹²¹¹ J. RIVERO, *op. cit.*, p. 159.

¹²¹² M. GENTOT, « Le Conseil d'État régulateur du contentieux administratif », *RA*, n°1/1999, pp. 4-9, spéc. p. 5 : il « *paraît difficile d'affirmer que le Conseil d'État devenu principalement juge d'appel ait beaucoup modifié ses habitudes de rédaction après 1953* ». Dans le même sens, V. : L. FOUGÈRE, A. PARODI (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, Éd. du CNRS, 1974, spéc. pp. 888-889 : il est fait valoir que vingt ans après la réforme de 1953, le Conseil d'État n'a pas modifié le style de ses arrêts, le laconisme de ses décisions demeurant.

¹²¹³ M. GENTOT, *op. cit.*, spéc. p. 5.

¹²¹⁴ *Idem*, spéc. pp. 5-6.

¹²¹⁵ R. PERROT, « Cour de cassation et Conseil d'État à travers leur fonction de juge suprême » in Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990 : Volume jubilaire*, Paris, Litec, p. 145 et s., spéc. p. 157. Sur la fonction pédagogique d'une Cour régulatrice, V. également : J. RIVERO, *op. cit.*, spéc. p. 158 : « *il y a, dans l'action de la Cour régulatrice, une fonction pédagogique, une perspective enseignante* ».

¹²¹⁶ Cf. *supra* le deuxième chapitre de la présente thèse (paragraphe n°144 et s.), spéc. les paragraphes n°153 et s.

¹²¹⁷ O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-296.

remplir leur mission de contrôle de l'activité administrative. Il est évident, en effet, que lorsque le Conseil d'État précise la règle de droit et la manière dont elle doit être appliquée par l'administration, il renseigne par là même les juridictions du fond sur la teneur de ladite règle telle qu'elles doivent la sanctionner.

372. Cette pédagogie jurisprudentielle développée en direction des juges du fond s'inscrit pleinement dans une démarche préventive plutôt que sanctionnatrice. Elle manifeste la volonté du Conseil d'État de guider les juges du fond dans l'application de la règle de droit.

Les arrêts par lesquels la haute juridiction est venue préciser les décisions qui, parmi celles prises par l'administration pénitentiaire, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹²¹⁸, sont significatifs de cette tendance moderne. Ainsi en est-il particulièrement des arrêts *Marie*, *Boussouar* et *Planchenault* à l'occasion desquels le Conseil d'État a très explicitement consacré le critère tiré de la nature et des effets de la décision.

C. La pédagogie juridictionnelle, instrument de définition de l'office du juge administratif

373. Ce n'est plus seulement le travail mené par les juges du fond sur le fait et sur le droit que le Conseil d'État entend guider ou diriger. Par le recours à des motivations directives, lesquelles prennent bien souvent la forme de véritables modes d'emploi destinés aux juridictions subordonnées, la haute juridiction définit également l'office¹²¹⁹ qui doit être celui du juge administratif. Il précise ainsi à l'attention des juges du fond leurs devoirs (1) et pouvoirs (2). Des motivations de ce type sont particulièrement révélatrices de l'ambition qui est celle du Conseil d'État, Cour régulatrice de l'ordre juridictionnel administratif, de conserver voire d'accroître son emprise sur l'activité des juges subordonnés en encadrant les méthodes devant être mises en œuvre par ceux-ci.

1. Définition des devoirs du juge administratif

374. Le Conseil d'État a pu développer des motivations modes d'emploi en vue de préciser les modalités d'exercice de certains devoirs ou exigences mis à la charge du juge administratif. Il fait peu

¹²¹⁸ CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, n°97754, rec. p. 84 ; CE, Ass., 14 décembre 2007, *Garde des sceaux ministre de la justice c. Boussouar*, n°290730, rec. p. 495 ; CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, n°290420, rec. p. 475 ; CE, Ass., 14 décembre 2007, *Payet*, n°306432, rec. p. 498.

¹²¹⁹ *Lato sensu*, l'office du juge désigne les fonctions, les missions du juge, les divers aspects du rôle qui lui est imparti. Entendu dans une acception plus étroite, l'office du juge désigne les pouvoirs qu'il exerce et les obligations qui pèsent sur lui dans l'exercice de ses fonctions (V. : L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2004, V. l'entrée « office du juge », spéc. p. 925 et s.). C'est dans cette seconde acception que nous entendons présentement la notion d'office du juge administratif.

de doutes que de tels guides ont pour destinataires privilégiés les juridictions subordonnées. Cette démarche est celle qui a été suivie par la juridiction suprême lorsque, par exemple, elle a précisé la portée de l'obligation issue de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme¹²²⁰. C'est à l'occasion d'un arrêt minutieusement et longuement motivé que le Conseil d'État est venu fixer l'étendue de cette obligation spécifique de motivation prévue par cet article et l'application devant être faite de ces dispositions par le juge d'appel.

« Considérant [...] qu'en vertu de ces dispositions il appartient au juge d'appel, saisi d'un jugement par lequel un tribunal administratif a prononcé l'annulation d'un permis de construire en retenant plusieurs moyens, de se prononcer sur le bien-fondé de tous les moyens d'annulation retenus au soutien de leur décision par les premiers juges et d'apprécier si l'un au moins de ces moyens justifie la solution d'annulation ; que, dans ce cas, le juge d'appel n'a pas à examiner les autres moyens de première instance ; que dans le cas où il estime en revanche qu'aucun des moyens retenus par le tribunal administratif n'est fondé, le juge d'appel, saisi par l'effet dévolutif des autres moyens de première instance, examine ces moyens ; qu'il lui appartient de les écarter si aucun d'entre eux n'est fondé et, à l'inverse, en application des dispositions précitées de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, de se prononcer, si un ou plusieurs d'entre eux lui paraissent fondés, sur l'ensemble de ceux qu'il estime, en l'état du dossier, de nature à confirmer, par d'autres motifs, l'annulation prononcée par les premiers juges » (CE, 28 mai 2001, Commune de Bohars et SARL Minoterie Francès, n°218374, rec. p. 249)¹²²¹.

375. Cette démarche du Conseil d'État consistant pour celui-ci à développer des motivations modes d'emploi en vue de guider autant que de diriger les juges du fond a également été mise en œuvre par la juridiction suprême lorsqu'elle a entendu définir plus précisément les modalités d'exercice du contrôle juridictionnel de l'action administrative.

L'unité du droit suppose non seulement que l'ensemble des juridictions administratives appliquent dans les mêmes termes la règle de droit mais encore qu'elles le fassent suivant des méthodes analogues. C'est ainsi pour garantir plus pleinement encore l'unité du droit que le Conseil d'État a désormais tendance à définir très précisément, à l'occasion d'arrêts explicitement motivés l'étendue¹²²², mais surtout les modalités du contrôle que doivent opérer les juridictions subordonnées. Ainsi, et depuis le tournant des années 2000, se multiplient les motivations directives par lesquelles

¹²²⁰ Cet article prévoit que « lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier ».

¹²²¹ (Nous soulignons).

¹²²² Pour un exemple significatif en ce sens, V. l'arrêt par lequel le Conseil d'État a très explicitement affirmé « qu'il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'exercer un entier contrôle sur les décisions prises par l'autorité préfectorale en application » des dispositions de l'article L. 2336-4 du code de la défense, désormais reprises aux articles L. 312-7 et s. du code de la sécurité intérieure : CE, 29 avril 2015, n°372356, *M. Faure*, rec. T. p. 783 et p. 833.

le juge suprême expose avec minutie la façon dont le juge administratif doit procéder dans l'exercice de son contrôle de l'activité administrative. Les motivations de ce type se reconnaissent au vocabulaire utilisé par le Conseil d'État et qui manifeste la volonté de celui-ci de diriger, d'obliger les juridictions subordonnées : « *il incombe au juge* », « *il appartient au juge* », « *il revient au juge* », « *le juge doit* », etc. Bien souvent, de telles motivations directives confinent à de véritables modes d'emploi formulés à l'intention des juridictions subordonnées. La motivation de l'arrêt *Société Arcelor* est particulièrement illustrative en ce sens. À l'occasion de cet arrêt de principe, la haute juridiction a, en effet, dressé un mode d'emploi fixant très précisément les modalités du contrôle opéré par le juge administratif sur les actes réglementaires de transposition des directives communautaires. La tonalité directive de cet arrêt ne fait aucun doute ; il s'agit bien pour le Conseil d'État de fixer et diriger l'activité des juges du fond en la matière.

« si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées » (CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n°287110, rec. p. 56)¹²²³

De nombreux autres arrêts permettent encore d'illustrer cette démarche pédagogique autant que directive du Conseil d'État. Le contentieux du contrat offre des exemples particulièrement nets de cette tendance de la haute juridiction. À plusieurs occasions¹²²⁴, le juge administratif suprême a fixé, par des motivations modes d'emploi, les principes devant guider l'office du juge du contrat. Il a déterminé l'office de ce juge et a précisé en ce sens les devoirs de ce juge, les modalités de son contrôle.

¹²²³ (Nous soulignons).

¹²²⁴ V. notamment : CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304802, rec. p. 509 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806, rec. p. 117.

376. La haute juridiction a également eu recours à ce type de motivation pour préciser ou encadrer l'office du juge en matière de procédure et notamment d'instruction. En ce sens, au titre d'une motivation particulièrement directive, le Conseil d'État est venu préciser les devoirs du juge du référé précontractuel en matière d'instruction lorsqu'est invoqué devant lui le secret commercial et industriel.

« Considérant [...] qu'il appartient au juge du référé précontractuel, lorsque est invoqué devant lui le secret commercial et industriel, et s'il l'estime indispensable pour forger sa conviction sur les points en litige, d'inviter la partie qui s'en prévaut à lui procurer tous les éclaircissements nécessaires sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion ; qu'il lui revient, si ce secret lui est opposé à tort, d'enjoindre à la collectivité de produire les pièces en cause et de tirer les conséquences, le cas échéant, de son abstention » (CE, 17 octobre 2016, *Commune de Hyères-les-Palmiers et autres*, n°400172, rec. T. p. 837 et p. 884)¹²²⁵.

2. Définition des pouvoirs du juge administratif

377. Les réformes de 1995¹²²⁶ et 2000¹²²⁷ ont doté le juge administratif de nouveaux pouvoirs dont le Conseil d'État a entendu définir les modalités d'exercice. À cette fin, il a recours au modèle de la motivation directive en vue de fixer très précisément la manière dont le juge doit faire usage de ses pouvoirs d'injonction et d'urgence. Cette pratique le mène là encore, bien souvent, à fournir, à l'intention des juges subordonnés, de véritables modes d'emploi à l'occasion desquels il précise les modalités d'exercice desdits pouvoirs.

Ainsi, par exemple, le juge des référés du Conseil d'État a développé une motivation mode d'emploi par laquelle, après avoir rappelé les principes acquis quant à l'office du juge du référé-liberté, il a consacré la faculté pour ce juge d'ordonner à l'autorité administrative compétente de prendre des mesures d'organisation du service nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

« Considérant [...] qu'il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 précité et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, de prendre les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte ; que ces mesures doivent en principe présenter un caractère provisoire, sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif

¹²²⁵ (Nous soulignons).

¹²²⁶ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°34 du 9 février 1995, p. 2175 et s.

¹²²⁷ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF n°151 du 1^{er} juillet 2000, p. 9948 et s.

de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte ; que le juge des référés peut, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, ordonner à l'autorité compétente de prendre, à titre provisoire, une mesure d'organisation des services placés sous son autorité lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ; que, toutefois, le juge des référés ne peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité, qu'ordonner les mesures d'urgence qui lui apparaissent de nature à sauvegarder, dans un délai de quarante-huit heures, la liberté fondamentale à laquelle il est porté une atteinte grave et manifestement illégale ; qu'eu égard à son office, il peut également, le cas échéant, décider de déterminer dans une décision ultérieure prise à brève échéance les mesures complémentaires qui s'imposent et qui peuvent être très rapidement mises en œuvre ; que, dans tous les cas, l'intervention du juge des référés dans les conditions d'urgence particulière prévues par l'article L. 521-2 précité est subordonnée au constat que la situation litigieuse permette de prendre utilement et à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaires » (CE, ord., 30 juillet 2015, OIP-SF, Ordre des avocats au barreau de Nîmes, n°392043, rec. p. 305)¹²²⁸.

378. Les arrêts précités *Béziers I* et *Béziers II* ont également été pour le Conseil d'État l'occasion, selon une démarche analogue, de fixer l'étendue non pas seulement des devoirs mais également des pouvoirs du juge du contrat. C'est également par le recours à une motivation mode d'emploi formulée à l'intention des juges subordonnés que le Conseil d'État est venu encadrer précisément les modalités d'exercice du pouvoir qu'il reconnaît au juge d'enjoindre à l'administration la démolition d'un ouvrage public mal implanté.

« lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général » (CE, Sect., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans, n°245239, rec. p. 21)¹²²⁹.

¹²²⁸ (Nous soulignons). Pour un autre exemple, V. : CE, 27 juillet 2016, *Département du Nord*, n°400055, rec. p. 387 : à l'occasion d'une motivation de type mode d'emploi (V. les considérants 5 et 6 de l'arrêt), le Conseil d'État précise l'office du juge du référé-liberté concernant le contentieux des mineurs isolés étrangers.

¹²²⁹ (Nous soulignons).

Section II : Le contrôle de la motivation, instrument d'une inscription renforcée de la cassation administrative dans les cadres de la distinction du fait et du droit

379. Originellement juge de cassation de juridictions administratives spécialisées, le Conseil d'État a pu juger utile de développer un contrôle serré de l'erreur de fait. Ainsi, il s'est reconnu compétent pour contrôler, outre la qualification juridique des faits, l'exactitude matérielle et l'absence de dénaturation de ceux-ci. Cette marge de contrôle du juge administratif suprême sur le domaine du fait a, depuis lors, souvent fait l'objet de critiques. Sans doute pouvait-elle se justifier au regard de la méfiance dont le Conseil d'État faisait preuve à l'égard de certaines de ces juridictions administratives spécialisées dont les membres n'étaient pas des magistrats de carrière. Dès lors désormais que la haute juridiction connaît pour l'essentiel des recours en cassation dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel, le contrôle serré ainsi mené en cassation au titre de l'erreur de fait ne paraît plus absolument nécessaire.

380. Une telle immixtion du juge de cassation dans le domaine du fait est critiquable eu égard à l'office d'une juridiction de cassation tel qu'il est traditionnellement défini au regard de la distinction du fait et du droit¹²³⁰. Certes, on ne peut espérer de la part d'une juridiction de cassation qu'elle respecte scrupuleusement cette ligne de partage des compétences entre juge de cassation et juges du fond dès lors seulement que la frontière entre le fait et le droit n'est pas toujours et absolument étanche. Pourtant, il apparaît opportun, si ce n'est nécessaire, que le Conseil d'État, dans sa fonction de juge de cassation, se rapproche autant que faire se peut de cette ligne de partage des compétences. L'enjeu n'est, en effet, pas anodin : il s'agit d'éviter que le juge administratif de cassation ne se transforme en un troisième degré de juridiction et, d'un point de vue plus pragmatique mais cela va de pair, de parer à l'engorgement de la juridiction de cassation.

381. La large marge de contrôle que se réserve le Conseil d'État sur le domaine du fait est d'autant plus contestable qu'elle ne sert pas à proprement parler la fonction de Cour régulatrice qu'il assume. L'unité jurisprudentielle n'est pas assurée par les contrôles de l'exactitude matérielle et de la

¹²³⁰ La cassation se définit classiquement au regard de deux caractéristiques essentielles. D'une part, la juridiction de cassation est juge du droit et non du fait. En ce sens, le juge de cassation est censé connaître des seules questions d'ordre juridique et ne pas se prononcer sur les questions de fait. D'autre part, le juge de cassation est juge du jugement et non de l'affaire ou du litige. À ce titre, il n'est pas censé rendre une décision se prononçant de nouveau sur le fond de l'affaire. La juridiction de cassation ne connaît pas du fond des affaires ; elle statue seulement sur la légalité de la décision juridictionnelle soumise à son contrôle.

dénaturation des faits, par la voie desquels le juge de cassation, tel un supérieur hiérarchique, sanctionne les erreurs flagrantes commises par les juges du fond dans l'exercice de leur mission. L'unité du droit est garantie de manière privilégiée par le contrôle de l'erreur de droit ainsi que, mais pour une part seulement, par le contrôle de la qualification juridique des faits. En ce sens, il peut être espéré du Conseil d'État non seulement qu'il se concentre sur sa fonction de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit, mais encore qu'il recentre celle-ci autour du contrôle de l'erreur de droit. Il apparaît pertinent, en effet, que la haute juridiction déploie encore son contrôle de l'erreur de droit et, au contraire, relâche son contrôle toutes les fois où il n'est pas pleinement nécessaire à l'unité jurisprudentielle.

À ce titre, l'analyse révèle qu'un renforcement du contrôle mené en cassation sur la motivation des décisions des juges du fond permettrait un assouplissement corrélatif du contrôle de l'erreur de fait. Le développement du contrôle de la contradiction de motifs permettrait, en effet, un cantonnement pertinent des contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation des faits (§1) tandis que le contrôle de la qualification juridique des faits pourrait être borné au profit d'un contrôle élargi de la motivation suffisante et de l'erreur de droit (§2).

§1 : Cantonnement des contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation des faits au profit du contrôle de la contradiction de motifs

382. Dans l'exercice des contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation des faits « *le juge de cassation, affranchi de l'écran de la décision attaquée, [est] en prise directe avec les faits tels qu'ils ressortent des pièces du dossier* »¹²³¹. Alors, le juge de cassation n'est plus seulement juge du droit et du jugement ; il connaît du fait et dépasse l'examen des seuls motifs de la décision juridictionnelle contestée. Il sort de son office de juge de la légalité des jugements. En cela, l'exercice en cassation de ces deux contrôles peut être contesté.

Le contrôle de la motivation paraît plus pertinent car plus conforme à l'office d'un juge de cassation. D'une part, ce contrôle est exercé sur les motifs des décisions des juges du fond, le juge de cassation n'en revenant pas alors à un examen du dossier soumis à ces juges. D'autre part, dans l'exercice du contrôle de la motivation, le juge de cassation n'en vient pas à porter un jugement, un contrôle directement sur les faits mais seulement à vérifier que les juges du fond ont suffisamment et logiquement motivé leurs décisions. Dès lors, et sans toutefois proposer l'abandon pur et simple des

¹²³¹ J. BOUCHER, É. CRÉPEY, « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification juridique des faits », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 97-112, spéc. p. 107.

contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation des faits, lesquels sont susceptibles de constituer d'utiles garde-fous, il convient de les contenir dans la place résiduelle qui doit être la leur. À ce titre, toutes les fois où cela sera rendu possible, le contrôle de l'exactitude matérielle des faits (A) et le contrôle de la dénaturation (B) devront céder la place au contrôle de la contradiction de motifs, lequel serait alors revitalisé. À ce jour, le Conseil d'État fait encore un usage modéré du moyen tiré de la contradiction de motifs, même si la tendance semble évoluer¹²³². Il s'agirait que la haute juridiction administrative se rapproche de la pratique de la Cour de cassation dont les arrêts censurant une contradiction de motifs sont plus nombreux.

383. Il y a contradiction de motifs censurée en cassation¹²³³ lorsque les motifs de la décision des juges du fond sont contradictoires et par conséquent s'annulent de manière réciproque. Une telle contradiction met en cause la cohérence, la logique des motifs et du raisonnement du juge. En ce sens, devant le Conseil d'État, la contradiction de motifs n'est pas sanctionnée au titre du contrôle de la régularité externe¹²³⁴ mais au titre du contrôle de la légalité interne (ou contrôle du bien-fondé) de la décision des juges du fond¹²³⁵.

¹²³² En ce sens, si, dans la première édition de leur ouvrage *Le Conseil d'État juge de cassation*, les auteurs faisaient valoir que, « à la différence de la Cour de cassation dont les arrêts censurent très fréquemment une contradiction de motifs, le Conseil d'État n'a fait, jusqu'ici, qu'un usage très parcimonieux de ce moyen de cassation », ils remarquent, à l'occasion de la cinquième édition de leur ouvrage que « le Conseil d'État fait progressivement une plus large place à ce moyen de cassation ». V. : M. GUYOMAR, J. MASSOT, J.-H. STAHL, O. FOUQUET, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 2001, 5^e éd, spéc. p. 98.

¹²³³ Pour de telles censures, V. : CE, Sect., 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, rec. p. 224 ; CE, 8 juillet 1983, *Association gestionnaire de l'école Violet*, rec. p. 305 ; CE, 15 janvier 1992, *Perrichet*, n°110457, inédit au rec. ; CE, 7 juillet 1999, *Zuh*, rec. p. 984.

¹²³⁴ Devant la Cour de cassation, la contradiction de motifs est traditionnellement assimilée au défaut de motifs dont elle constitue l'une des modalités : les motifs se contredisant entre eux, ils se détruisent et s'annulent mutuellement. De cette assimilation au défaut de motifs, il ressort que la contradiction de motifs constitue un vice de forme qui touche la régularité externe de l'arrêt. La contradiction de motifs sanctionnée par la Cour judiciaire suprême est seulement celle qui concerne les motifs de fait. En pratique, la contradiction de motifs résulte soit de la contradiction entre deux constatations de fait, le même fait étant tour à tour affirmé puis nié, soit de la contradiction entre deux appréciations techniques, soit encore de la contradiction entre une constatation de fait et une appréciation souveraine -au sens de qualification juridique abandonnée. V. : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., spéc. p. 410 et s.

¹²³⁵ CE, 5 mai 1999, *Époux Gazeau*, n°158216, rec. T. p. 984, conclusions E. Honorat, *BJDU*, n°4/1999, pp. 278-280 : « la contradiction de motifs n'est pas [...] une question relative à la régularité « externe » de l'arrêt attaqué, comme l'insuffisance de motivation, mais bien une question relative à la régularité « interne » de l'arrêt et, plus précisément, au bien-fondé du raisonnement suivi par les juges du fond pour parvenir à leur conclusion ». Cette solution a été explicitement confirmée par : CE, 27 juin 2012, *Société Gérard Poulalion*, n°346392 : « la contradiction de motifs affecte le bien-fondé d'une décision juridictionnelle et non sa régularité ».

A. Cantonnement du contrôle de l'exactitude matérielle des faits au profit du contrôle de la contradiction de motifs

384. Le Conseil d'État opère en cassation le contrôle de l'exactitude matérielle des faits¹²³⁶ et censure, à ce titre, les décisions des juges du fond fondées sur des faits matériellement inexacts¹²³⁷. Le juge de cassation s'assure ainsi de l'existence, de la réalité des faits énoncés par les juges du fond à l'appui de leurs décisions. À noter toutefois que ce contrôle est exercé par le Conseil d'État au vu des pièces du dossier soumis aux juges du fond. L'erreur matérielle doit ressortir de l'examen desdites pièces¹²³⁸. Le juge de cassation confronte ainsi les faits tels que constatés par la juridiction du fond à l'occasion de sa décision aux faits « réels » tels qu'ils résultent des pièces du dossier soumis à ladite juridiction. Si de cette confrontation il ressort une contradiction entre les faits tels qu'ils ressortent du dossier soumis au juge du fond et les faits constatés par ce juge dans sa décision, le juge de cassation censure cette dernière pour inexactitude matérielle des faits. Ainsi donc, le contrôle de l'exactitude matérielle des faits conduit le juge de cassation, non pas à vérifier la matérialité des faits en tant que telle, mais à vérifier « *l'exactitude des « constatations » de faits opérées par les juges du fond, ou, autrement dit, [...] celle des faits « constatés » par eux* »¹²³⁹.

385. Pour certains¹²⁴⁰, le contrôle de l'exactitude matérielle des faits n'est pas incompatible avec le rôle d'un juge de cassation dès lors d'une part que « *le moins qu'on puisse exiger d'un juge, c'est qu'il fonde sa décision sur des faits dont la consistance est établie par le dossier qu'il a sous les yeux* »¹²⁴¹ et d'autre part, que ce contrôle est exercé à partir seulement des pièces du dossier soumis aux juges du fond.

¹²³⁶ CE, 9 septembre 1924, *Société Henri et Maurice Farman*, rec. p. 829.

¹²³⁷ Pour des censures prononcées pour inexactitude matérielle des faits : CE, 9 septembre 1924, *Société Henri et Maurice Farman*, préc. ; CE, 12 janvier 1949, *Protin*, rec. T. p. 790 ; CE, 17 février 1992, *Diaby*, rec. T. p. 1262 ; CE, 9 octobre 1996, *Commune de Rochefort-sur-Nenon*, n°157040, inédit au recueil ; CE, 28 septembre 1998, *Époux Desgouttes*, n°172664, inédit au recueil ; CE, 8 février 1999, *Commune de La Clusaz*, n°171946, inédit au recueil.

¹²³⁸ V. en ce sens notamment : CE, 8 décembre 1978, *Solomko Hochberg*, rec. T. p. 813 et p. 924 : « *Considérant qu'il n'appartient pas au juge de cassation de contrôler les constatations de fait opérées par les juges du fond, si ce n'est dans le cas où l'inexactitude matérielle de ces constatations résulterait des pièces du dossier qui leur était soumis* ».

¹²³⁹ R. CHAPUS, « Le contrôle des faits par le Conseil d'État français en tant que juge de cassation », in CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, pp. 371-396, spéc. p. 375.

¹²⁴⁰ V. notamment en ce sens : G. PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français*, Paris, Sirey, 1958, spéc. p. 379 ; J. ROUVIÈRE, *Les juridictions administratives et le recours en cassation*, préc., spéc. p. 224 et s. ; R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », in Mélanges en l'honneur de Jacques BORÉ, *La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 135-140, spéc. p. 137 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. pp. 600-601.

¹²⁴¹ R. DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, spéc. p. 137.

Pourtant, et quand bien même la portée de ce débat ne doit pas être surestimée puisque les censures pour inexactitude matérielle des faits « *demeurent extrêmement rares* »¹²⁴², il apparaît qu'un tel contrôle n'est pas pleinement compatible avec l'office d'un juge de cassation. En effet, l'exercice de ce contrôle conduit le juge de cassation à s'éloigner du droit pour s'immiscer plus avant dans le domaine du fait. Cette incursion dans le domaine du fait paraît d'autant plus critiquable que la phase de constatation des faits « *consiste rarement en une simple collecte de données ; elle contient fréquemment une part d'appréciation* »¹²⁴³ plus subjective. De même, le contrôle de l'exactitude matérielle des faits conduit le Conseil d'État à se détacher d'autant du seul texte de la décision juridictionnelle soumise à son contrôle¹²⁴⁴. Alors, le juge de cassation n'est plus seulement juge du droit et du jugement et sort des cadres classiques de l'office d'une juridiction de cassation tel qu'il est censé se définir au regard de la distinction du fait et du droit. En ce sens d'ailleurs, la Cour de cassation n'exerce pas le contrôle de l'exactitude matérielle des faits et admet comme constants les faits souverainement constatés par les juges du fond.

386. Parce que le contrôle de l'exactitude matérielle des faits « *paraît excéder la mission d'une juridiction de cassation* »¹²⁴⁵, il a souvent été suggéré d'en abandonner l'exercice¹²⁴⁶. En ce sens, S. Boussard a proposé l'abandon de ce contrôle en faisant état de ce qu'« *il serait préférable pour le juge de cassation de substituer au contrôle de la matérialité des faits le contrôle de la contradiction de motifs de fait révélée par les pièces du dossier* »¹²⁴⁷.

Quatre considérations principales confirment la nécessité d'abandonner le contrôle de l'exactitude matérielle des faits opéré en cassation ou, *a minima*, de favoriser le reflux de ce contrôle. D'une part, ce contrôle relève de « *l'anecdote* »¹²⁴⁸ en ce qu'il donne rarement lieu à censure. D'autre part, un tel contrôle paraît essentiellement superflu puisque lorsque l'affaire parvient au Conseil d'État elle a, par principe, déjà été examinée deux fois par les juges du fond, lesquels sont d'ailleurs mieux à même que le juge de cassation d'appréhender les faits. Aussi, le contexte ayant conduit à la consécration de ce contrôle a fondamentalement évolué. Le contrôle de l'exactitude matérielle des faits a été consacré

¹²⁴² J.-H. STAHL, « La cassation », *RA*, n°1/1999, pp. 83-88, spéc. p. 86.

¹²⁴³ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd., spéc. p. 405.

¹²⁴⁴ J. ROUVIÈRE, *op. cit.*

¹²⁴⁵ D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, n°18/1993, pp. 31-43, spéc. p. 40.

¹²⁴⁶ V. notamment en ce sens : D. LABETOULLE, *op. cit.* ; J.-C. BONICHOT, conclusions sur CE Sect., 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz, RFDA*, 1994, p. 35 et s. ; S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, spéc. p. 383 et s.

¹²⁴⁷ S. BOUSSARD, *op. cit.*, spéc. p. 384.

¹²⁴⁸ J.-H. STAHL, « La cassation », *RA*, n°1/1999, pp. 83-88, spéc. p. 86.

à une période où le Conseil d'État a entendu étendre son contrôle de cassation sur l'activité de juridictions administratives spécialisées qui, pour nombre d'entre elles, n'étaient pas composées de magistrats professionnels¹²⁴⁹. S'il demeure juge de cassation de juridictions administratives spécialisées, le Conseil d'État est devenu à titre essentiel, depuis la réforme de 1987, juge de cassation des cours administratives d'appel. Dès lors, on peut valablement penser que le contrôle de l'exactitude matérielle des faits, en ce qu'il conduit à un contrôle serré de l'activité menée par les juges du fond dans le domaine du fait, n'est plus désormais indispensable. Enfin, et surtout, il est possible de compenser le cantonnement ainsi suggéré de ce contrôle par un renforcement corrélatif du contrôle de la motivation.

387. L'analyse des arrêts à l'occasion desquels le Conseil d'État a censuré des décisions des juges du fond pour inexactitude matérielle des faits démontre que de telles censures sanctionnent en réalité les erreurs des juges du fond commises dans l'examen, voire dans la compréhension, des pièces du dossier. Ainsi en a-t-il été de la Commission supérieure des dommages de guerre qui, dans l'affaire inaugurale *Société Henri et Maurice Farman*, s'était méprise sur le sens à attribuer aux statuts de la société requérante¹²⁵⁰. De même, il ressort clairement de l'arrêt *Diaby*¹²⁵¹, par lequel le Conseil d'État a censuré pour inexactitude matérielle des faits la décision de la Commission de recours des réfugiés (ancêtre de l'actuelle Cour nationale du droit d'asile), que l'inexactitude matérielle sanctionnée en l'espèce résultait en réalité d'une erreur de compréhension des pièces versées au dossier. En effet, alors que de ces pièces il ressortait que les craintes alléguées par le requérant reposaient sur ses relations étroites avec son beau-frère qui, après avoir été Premier ministre du successeur du président

¹²⁴⁹ Classiquement, les défenseurs du contrôle de l'exactitude matérielle des faits faisaient état de ce contexte particulier, lequel, selon eux, justifiait pleinement l'exercice en cassation du contrôle de la matérialité des faits. L'exercice de ce contrôle était ainsi présenté comme nécessaire eu égard à l'organisation et à la composition des juridictions relevant alors du Conseil d'État en cassation. V. notamment en ce sens : G. PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français*, préc., spéc. p. 379.

¹²⁵⁰ CE, 9 septembre 1924, *Société Henri et Maurice Farman*, rec. p. 829 : « Considérant que les statuts de la société requérante prévoient que les fonds déposés en compte courant par les associés peuvent être retirés par ceux-ci, soit avec le consentement des autres associés, soit après un préavis de trois mois ; [...] la commission supérieure [des bénéfices de guerre], pour réintégrer dans les bénéfices les intérêts de ces sommes, s'est fondée sur ce que lesdites sommes « ne peuvent être retirées qu'avec le consentement des autres associés » ; que la commission, en fondant ainsi sa décision sur une prétendue disposition des statuts contraire au texte véritable de ceux-ci, a commis une erreur matérielle incontestable ».

¹²⁵¹ CE, 17 février 1992, *Diaby*, n°96723, rec. T. p. 1262 : « Considérant que la décision attaquée de la commission de recours des réfugiés énonce que M. X..., citoyen guinéen ... « soutient qu'il a des craintes de rester dans son pays en raison de sa collaboration avec l'ancien Premier ministre de Sekou Touré, son beau-frère » et que « le régime a changé en Guinée depuis 1984 », en concluant « que les craintes de persécution alléguées par le requérant ne sont pas fondées » ; Considérant que, s'il est exact qu'un changement politique est intervenu en Guinée en 1984, le président Sekou Touré étant décédé et ayant été remplacé par le colonel Lansana Y..., il résulte des pièces versées au dossier que les craintes alléguées par le requérant reposaient sur ses relations étroites avec son beau-frère, M. A..., qui, après avoir été Premier ministre, non du président Sekou Touré mais de son successeur, M. Y..., avait tenté de renverser ce dernier en organisant un coup d'État en juillet 1985 ; qu'ainsi la commission s'est [...] fondée sur des faits matériellement inexacts ».

Sekou Touré, avait tenté de le renverser en organisant un coup d'État, la Commission de recours des réfugiés a compris des pièces versées au dossier que les craintes dont faisait état le requérant reposaient sur ses relations étroites avec l'ancien Premier ministre du président Sekou Touré.

388. De l'erreur commise par les juges du fond dans l'examen du dossier, il résulte une contradiction, sanctionnée en cassation au titre du contrôle de l'exactitude matérielle des faits, entre les faits tels qu'ils ressortent des pièces du dossier et les faits tels qu'ils ont été constatés par les juges du fond dans leur décision. Une telle contradiction ne peut pas être alors censurée au titre du contrôle de la contradiction de motifs dès lors précisément qu'elle ne ressort pas de la confrontation des motifs de la décision des juges du fond mais de la confrontation entre les motifs de cette décision et les pièces du dossier soumis à ces juges.

Pour espérer substituer le contrôle de la contradiction de motifs au contrôle de l'exactitude matérielle des faits, encore faudrait-il que la contradiction entre les faits « réels » et les faits constatés par les juges du fond ressorte des motifs mêmes de la décision de ces juges. À cette fin, on peut attendre du Conseil d'État qu'il impose aux juges du fond une présentation plus complète et précise des pièces du dossier sur lesquelles ils font reposer leurs décisions. À ce titre particulièrement, les expressions du type « *il résulte de l'instruction* » ou « *il ressort des pièces du dossier* » auraient vocation à être précisées par les juges du fond. Il apparaît souhaitable que de telles formules soient, autant que possible, étayées de références précises aux faits et pièces pertinents dès lors, en effet, que c'est « *la tolérance [du Conseil d'État] à l'égard des motivations concises, se référant globalement aux pièces du dossier [qui] l'oblig[e] pratiquement à vérifier la cohérence de la constatation des faits, non d'après la motivation intrinsèque du jugement, mais par la comparaison du fait constaté et des pièces ayant servi à sa constatation* »¹²⁵². Les juges du fond seraient ainsi tenus d'examiner, voire d'exposer plus avant, au sein des motifs de leurs décisions, la teneur des pièces du dossier propres à établir la réalité des faits qu'ils retiennent à l'appui de leurs solutions. Si alors une contradiction ressortait de la confrontation entre d'une part, cet exposé loyal et précis des faits « réels » tels qu'ils ressortent objectivement des pièces du dossier et d'autre part, les faits relevés et retenus par le juge du fond à l'appui de sa décision, elle pourrait être censurée au titre de la contradiction de motifs, le même fait ayant été successivement affirmé puis nié par la juridiction subordonnée.

¹²⁵²A. DAMIEN, J. BORÉ, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA*, 1990, pp. 777-791, spéc. p. 783.

389. Quelques exemples pourront utilement illustrer le propos.

390. Dans l'affaire précitée *Société Henri et Maurice Farman*, si la Commission supérieure des bénéfices de guerre avait pris soin de préciser, voire même de reproduire, au sein des motifs de sa décision, les termes mêmes des statuts de la société requérante sur laquelle elle a fait reposer son analyse, la contradiction entre le texte véritable des statuts et la lecture qu'en a retenue la juridiction aurait pu être censurée en cassation au titre de la contradiction de motifs. Le Conseil d'État n'aurait pas eu à en revenir à l'examen des pièces du dossier.

391. De même, il ressort de l'analyse de l'arrêt *Haddad*¹²⁵³ qu'un exposé plus précis des faits tels qu'ils ressortaient des pièces versées au dossier aurait sans doute permis au juge de cassation de censurer pour contradiction de motifs l'erreur flagrante commise par la juridiction du fond. En l'espèce, la section disciplinaire du Conseil de l'ordre des médecins avait infligé au docteur Haddad une sanction d'interdiction d'exercer la médecine pendant une période d'un an au motif notamment que « *le docteur Haddad entretenait des relations étroites avec un institut de beauté domicilié dans le même immeuble que son cabinet, géré par son épouse et au capital duquel il avait été associé, et qu'il se trouvait ainsi à même de bénéficier de la publicité faite autour de cet institut* ». Saisi en cassation, le Conseil d'État a censuré cette décision jugeant que la section disciplinaire avait fondé sa décision sur des faits matériellement inexacts dès lors qu'il ressortait du dossier soumis aux juges du fond que le cabinet du docteur Haddad et l'institut d'esthétique dirigé par son épouse n'étaient pas domiciliés dans le même immeuble, ni même dans le même arrondissement de Paris. On le pressent, si la section disciplinaire avait précisé, au sein des motifs de sa décision, les adresses respectives du cabinet médical et de l'institut de beauté telles qu'elles ressortaient objectivement des pièces du dossier avant d'affirmer que « *le docteur Haddad entretenait des relations étroites avec un institut de beauté domicilié dans le même immeuble que son cabinet* », l'erreur commise par la section disciplinaire aurait pu être censurée en cassation, non pas pour inexactitude matérielle des faits, mais pour contradiction de motifs.

392. La lecture d'un arrêt plus récent¹²⁵⁴ laisse encore envisager la possibilité de remplacer le contrôle de l'exactitude matérielle des faits par celui de la contradiction de motifs. En l'espèce, par ordonnance prise sur le fondement de l'article R. 222-1 4° du code de justice administrative, le président de la 6^e chambre de la cour administrative d'appel de Marseille avait rejeté pour tardiveté

¹²⁵³ CE, Sect., 18 juin 1993, *Haddad*, n°97127, conclusions D. Kessler, *AJDA*, 1993, p. 572 et s.

¹²⁵⁴ CE, 15 octobre 2014, n°375180, inédit au recueil.

la requête formée par M. B. A. L'article R. 776-9 du code de justice administrative relatif au contentieux des obligations de quitter le territoire national et des arrêtés de reconduite à la frontière prévoit un délai d'appel d'un mois « *à compter du jour où le jugement a été notifié à la partie intéressée* ». En l'espèce, selon la cour d'appel, le jugement du tribunal administratif avait été notifié à M. B. A. le 13 février 2013 et la requête d'appel de M. B. A. contre ce jugement n'avait été enregistrée auprès de la cour que le 15 mars 2013 c'est-à-dire une fois seulement le délai d'appel dépassé. Saisi en cassation, le Conseil d'État annule l'ordonnance du juge d'appel pour inexactitude matérielle des faits au motif « *qu'il ressort [...] des pièces du dossier soumis au juge de cassation que l'historique du suivi postal du courrier de notification de ce jugement indique que le courrier a été distribué le 15 février 2013* ». Là encore, on peut penser que si le juge d'appel avait renseigné plus complètement, au sein des motifs de son ordonnance, les faits de l'espèce, tels qu'ils résultaient précisément et objectivement des pièces du dossier et notamment de celles permettant de renseigner la date à laquelle le courrier de notification du jugement du tribunal administratif avait effectivement été notifié à l'intéressé, l'erreur commise aurait pu être sanctionnée en cassation au titre du contrôle de la contradiction de motifs.

393. Il convient toutefois de faire état des limites de l'évolution ainsi suggérée consistant pour le Conseil d'État à donner, chaque fois que possible, la préférence au contrôle de la contradiction de motifs plutôt qu'à celui de l'exactitude matérielle des faits. Il ne s'agit pas de défendre la thèse d'un abandon pur et simple du contrôle de l'exactitude matérielle des faits au motif supposé que ce dernier pourrait être rapidement et pleinement compensé par le contrôle de la contradiction de motifs. Si le regain espéré du contrôle de la contradiction de motifs peut permettre ou favoriser le reflux du contrôle en cassation de l'exactitude matérielle des faits, il ne pourrait, en toute hypothèse, compenser pleinement un éventuel abandon de celui-ci.

Trois considérations nous paraissent susceptibles de gêner l'évolution suggérée du recul du contrôle de l'exactitude matérielle des faits au profit du contrôle de la contradiction de motifs. D'une part, on l'a vu, le regain du contrôle de la contradiction de motifs suppose que le Conseil d'État consente à renforcer encore ses exigences en ce qui concerne la motivation des décisions des juridictions du fond. D'autre part, il nous semble que le contrôle de la contradiction de motifs est inapte, au moins dans un cas déterminé, à compenser l'absence de contrôle de l'exactitude matérielle des faits. Lorsque l'erreur actuellement sanctionnée en cassation au titre du contrôle de l'exactitude matérielle des faits vise l'hypothèse dans laquelle les juges du fond n'ont pas tenu compte, volontairement ou non, d'une ou plusieurs pièces versées au dossier propres pourtant à fonder une solution différente ou contraire

à celle qu'ils ont retenue¹²⁵⁵, il est impossible d'envisager agir au titre du contrôle de la contradiction de motifs. En effet alors, seul un retour au dossier peut permettre au juge de cassation de censurer la contradiction entre les faits tels qu'ils ressortent des pièces du dossier soumis au juge du fond et les faits constatés par la juridiction du fond tels qu'ils ressortent des motifs de sa décision. Dans ce type d'hypothèse, seul le contrôle de l'exactitude matérielle des faits est efficace. Enfin, et en toute hypothèse, dès lors que l'erreur aujourd'hui sanctionnée au titre du contrôle de l'exactitude matérielle des faits consiste en réalité en une erreur commise par les juges du fond dans l'examen et la compréhension des pièces du dossier, exiger de ces juges une présentation plus précise et complète des éléments de fait tels qu'ils ressortent du dossier et sur lesquels ils font reposer leur décision n'empêchera pas, le cas échéant, la reproduction, au sein des motifs de leur décision, des erreurs de compréhension qu'ils commettent parfois. Si les juges du fond se sont mépris sur le sens et la portée de telle ou telle autre pièce du dossier, leur imposer d'exposer plus avant les faits de l'espèce tels qu'ils résultent desdites pièces n'y changera rien : ils exposeront les faits selon la lecture qu'ils ont retenue, honnêtement par ailleurs, des pièces du dossier, quand bien même cette présentation ne correspondrait pas à la réalité. Alors, par hypothèse, aucune contradiction n'apparaîtra au sein des motifs de leur décision. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Diaby*, quand bien même les juges du fond auraient eu à préciser plus avant les faits eu égard aux pièces du dossier et tels qu'ils étaient propres à fonder leur appréciation, tout laisse à croire qu'ils auraient exposé et présenté les pièces du dossier comme attestant que le requérant alléguait des craintes en raison de ses relations avec le Premier ministre de l'ancien président et non du successeur de celui-ci.

394. Malgré les limites qu'elle comporte, il reste que l'évolution suggérée, parce qu'elle suppose, en amont, le renforcement des exigences du Conseil d'État en ce qui concerne la motivation des décisions des juges du fond, a vocation à emporter une dimension préventive bienvenue. D'une part, on peut penser que, tenus de préciser plus avant la teneur des pièces du dossier qui appuient leur analyse ou appréhension des faits, les juges du fond seront d'autant plus minutieux ou méticuleux dans leurs lecture et analyse desdites pièces ; les erreurs les plus flagrantes pouvant alors être empêchées. D'autre part, contraints de préciser plus avant, au sein des motifs de leurs décisions, les faits tels qu'ils résultent objectivement des pièces du dossier, les juges du fond seront en mesure de corriger par eux-mêmes leurs erreurs dès lors que la contradiction entre les motifs de leurs décisions

¹²⁵⁵ V. en ce sens : CE, 8 février 1999, *Commune de la Clusaz*, n°171946, inédit au recueil : en l'espèce, le Conseil d'État juge que dès lors que le dossier soumis au juge du fond comporte un exemplaire de chacun des arrêtés délivrés par le maire mentionnant que l'affichage en a été effectué, le juge d'appel a entaché son arrêt d'une inexactitude matérielle en relevant, pour écarter la fin de non-recevoir opposée par la commune à la demande de première instance, l'absence au dossier de tout élément de nature à étayer l'irrecevabilité ainsi invoquée. V. également en ce sens : CE, 9 octobre 1996, *Commune de Rochefort-sur-Nenon*, n°157040, inédit au recueil.

leur apparaîtra nettement. Ainsi, dans l'affaire *Haddad*, si la section disciplinaire de l'Ordre national des médecins avait pris soin de préciser, au sein des motifs de sa décision, les adresses respectives du cabinet médical et de l'institut de beauté telles qu'elles ressortaient des pièces du dossier, elle se serait très probablement aperçue de son erreur et n'aurait pas alors affirmé que ledit institut était domicilié dans le même immeuble que le cabinet du docteur Haddad.

B. Cantonnement du contrôle de la dénaturation au profit du contrôle de la contradiction de motifs

395. Depuis 1952 et l'arrêt *Docteur Simon*¹²⁵⁶, le Conseil d'État exerce en cassation le contrôle de la dénaturation des faits. Entendu au sens de cette jurisprudence inaugurale, ledit contrôle permet au juge administratif de cassation de sanctionner les juges du fond qui donnent des faits matériellement exacts une interprétation fautive ou tendancieuse¹²⁵⁷. Par cette voie, le Conseil d'État sanctionne les erreurs graves d'interprétation¹²⁵⁸ des faits commises par les juges du fond au stade de l'opération d'appréciation des faits, laquelle précède, selon une lecture séquentielle du raisonnement judiciaire, la qualification juridique des faits¹²⁵⁹. Le contrôle de la dénaturation des faits permet également¹²⁶⁰ au juge de cassation de conserver une marge de contrôle sur les qualifications juridiques qu'il abandonne à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le contrôle de la dénaturation des faits apparaît alors comme un substitut au contrôle de la qualification juridique des faits.

En toute hypothèse, le contrôle de la dénaturation permet la censure en cassation des erreurs flagrantes, c'est-à-dire grossières ou évidentes, commises par les juges du fond dans l'analyse des faits de l'espèce. Ce contrôle constitue, en ce sens, une limite au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Lorsqu'il censure pour dénaturation, le juge de cassation estime que, eu égard aux pièces du dossier qui leur a été soumis, les juges du fond se sont gravement mépris concernant les faits de l'espèce. Il considère que les juges subordonnés ont dénaturé lesdits faits c'est-à-dire présenté ces faits de telle manière qu'ils leur ont attaché une portée qu'ils n'ont pas¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Docteur Simon*, rec. p. 13 et s.

¹²⁵⁷ LETOURNEUR, conclusions sur CE, Ass., 4 janvier 1952, *Docteur Simon*, rec., spéc. p. 16.

¹²⁵⁸ F. COLIN, « Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif », *RDP*, 2000, p. 779 et s.

¹²⁵⁹ Pour un autre exemple d'un tel usage du contrôle de la dénaturation : CE, 26 juillet 1996, *Centre hospitalier spécialisé Paul Guiraud*, n°137898, inédit au recueil.

¹²⁶⁰ Sur cette double dimension du contrôle de la dénaturation des faits, V. particulièrement : S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, spéc. p. 247 et s. ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 557 et s.

¹²⁶¹ J. ROUVIÈRE, *Les juridictions administratives et le recours en cassation*, Paris, Librairies techniques, 1958, spéc. p. 229.

396. Le contrôle de la dénaturation des faits est inconnu de la Cour de cassation, celle-ci ne contrôlant que la dénaturation des actes¹²⁶². Toutefois l'opposition entre les contrôles de la dénaturation des faits et des actes ne doit pas être exagérée. En effet, très souvent en pratique, le contrôle de la dénaturation des faits opéré par le Conseil d'État passe par l'examen d'un écrit versé au dossier. En ce sens, il existe une certaine similarité entre le contrôle de la dénaturation des faits opéré par le juge administratif suprême et le contrôle de la dénaturation des actes opéré par la Cour de cassation¹²⁶³. Cela paraît d'autant plus vrai désormais que le Conseil d'État a progressivement étendu le contrôle de la dénaturation à certains actes : les contrats, les conclusions des parties et les jugements judiciaires¹²⁶⁴.

397. Par principe, les juges du fond interprètent souverainement les contrats. L'interprétation des clauses contractuelles relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹²⁶⁵. Ce pouvoir souverain n'est cependant pas illimité. Le juge administratif de cassation censure, outre la dénaturation de la commune intention des parties¹²⁶⁶, la dénaturation des clauses claires et précises du contrat.

La censure prononcée par le Conseil d'État pour dénaturation des clauses claires et précises ne se réduit pas à la sanction d'une erreur flagrante ou grossière commise par les juges du fond dans l'interprétation desdites clauses. Il s'agit plutôt pour le juge administratif suprême de sanctionner toute méconnaissance par les juges du fond des stipulations claires et précises d'un contrat¹²⁶⁷. En cela d'ailleurs, le contrôle de la dénaturation des clauses contractuelles exercé par le Conseil d'État ne peut être pleinement assimilé au contrôle opéré par la Cour de cassation. Le Conseil d'État retient une interprétation extensive de ce contrôle. Toute erreur d'interprétation, flagrante ou non, a vocation à emporter censure de la décision des juges du fond : « *si les clauses sont claires, et que le juge*

¹²⁶² La Cour de cassation, si elle se refuse à contrôler la dénaturation des faits, opère le contrôle de la dénaturation des actes : le fait est alors saisi mais seulement à travers un écrit. Devant la juridiction judiciaire suprême, il y a dénaturation lorsque les juges du fond retiennent d'un écrit clair et précis une interprétation manifestement incompatible avec les termes mêmes ou la portée de cet acte. La dénaturation emporte cassation de la décision des juges du fond lorsque l'erreur flagrante, ainsi commise par ceux-ci, entache un motif essentiel c'est-à-dire non surabondant de leur arrêt. V. : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., spéc. p. 440 et s.

¹²⁶³ A. DAMIEN, J. BORÉ, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA*, 1990, pp. 777-791, spéc. p. 784 : « *si l'on examine de près les rares espèces dans lesquelles le moyen de dénaturation des faits a été accueilli par le Conseil d'État, on s'aperçoit qu'il est souvent possible de remonter du fait prétendument dénaturé au document de preuve invoqué, pour constater que ce document avait été manifestement déformé -dénaturé- dans son contenu, soit par omission, soit par adjonction* ».

¹²⁶⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 1310 ; S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, préc., spéc. p. 256 et s.

¹²⁶⁵ CE, 8 octobre 1965, *Commissaire du gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Dijon c. Renard*, rec. p. 499.

¹²⁶⁶ Ce contrôle s'exerce dans les mêmes termes que le contrôle de la dénaturation des faits tel qu'il est classiquement opéré par le Conseil d'État. La raison en est que l'appréciation de l'intention des parties est une question de fait.

¹²⁶⁷ S. BOUSSARD, *op. cit.*, spéc. p. 261 et s.

*d'appel les interprète autrement que le Conseil d'État, cette interprétation différente est nécessairement erronée et cette erreur de lecture confine presque aussitôt à la dénaturation »*¹²⁶⁸.

398. Les contrôles de la dénaturation des conclusions des parties soumises aux juges du fond et de la dénaturation des jugements judiciaires répondent à cette même approche extensive de la dénaturation. Par la voie du contrôle de la dénaturation, le juge administratif de cassation sanctionne, non pas les erreurs flagrantes d'interprétation, mais l'interprétation inexacte des conclusions des parties ou des jugements judiciaires par les juges du fond. Chaque fois que l'interprétation à laquelle se sont livrés les juges du fond diffère de celle que retient le juge de cassation, celui-ci censure la décision des premiers juges pour dénaturation¹²⁶⁹.

399. Dès lors qu'il conduit le juge de cassation à s'immiscer plus avant dans le domaine du fait, le contrôle de la dénaturation des faits n'apparaît pas pleinement compatible avec l'office d'une juridiction de cassation¹²⁷⁰, juge du droit et du jugement. La question peut alors être posée du maintien de ce contrôle. En ce sens d'ailleurs, certains suggèrent le « *délaissement* » ou la « *subsidiarisation* »¹²⁷¹ voire l'abandon de ce contrôle¹²⁷². Un tel cantonnement paraît d'autant plus pertinent que, outre les inconvénients de ce contrôle au regard de la distinction du fait et du droit, trois éléments postulent dans le sens du rétrécissement de son champ d'application. D'une part, les censures pour dénaturation des faits sont rares¹²⁷³. D'autre part, à l'image du contrôle de l'exactitude matérielle des faits, le contrôle de la dénaturation a été consacré à une époque où il a pu s'avérer utile que le Conseil d'État renforce son contrôle de cassation sur l'activité de juridictions administratives spécialisées dont bon nombre d'entre elles n'étaient pas composées de magistrats professionnels¹²⁷⁴. Le Conseil d'État étant devenu, à titre essentiel, juge de cassation des cours administratives d'appel,

¹²⁶⁸ L. TOUVET, J.-H. STAHL, « Contrôle du juge de cassation », chronique sur CE, Sect., 18 novembre 1994, *Société Clichy Dépannage* et CE, 25 novembre 1994, *Commune de Colombes*, AJDA, 1995, pp. 109-115.

¹²⁶⁹ *Idem*.

¹²⁷⁰ Cette position n'est pas unanime. Notamment, G. Peiser considérait le contrôle de la dénaturation des faits compatible avec l'office d'un juge de cassation dès lors précisément que ce contrôle aurait vocation à servir le contrôle de la légalité de la décision juridictionnelle attaquée. V. : G. Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français*, Paris, Sirey, 1958, spéc. p. 381 et s. ; dans le même sens : R. CHAPUS, « Le contrôle des faits par le Conseil d'État français en tant que juge de cassation », in CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, pp. 371-396, spéc. p. 390 et s.

¹²⁷¹ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 605 et s.

¹²⁷² S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, spéc. p. 384 et s.

¹²⁷³ J.-H. STAHL, « La cassation », RA, n°1/1999, pp. 83-88, spéc. p. 86.

¹²⁷⁴ Là encore, les défenseurs du contrôle de la dénaturation des faits faisaient classiquement valoir ce contexte, lequel justifiait, selon eux, l'exercice en cassation d'un tel contrôle. Ce dernier était alors présenté comme utile ou nécessaire au contrôle de l'activité de juridictions administratives spécialisées dont certaines n'avaient pas pour membres des magistrats de carrière ; il s'agissait notamment des formations disciplinaires des ordres professionnels. V. notamment en ce sens : G. Peiser, *op. cit.*, spéc. p. 383.

tout laisse à penser que le temps est venu pour la haute juridiction de desserrer le contrôle qu'elle opère sur le domaine du fait. Enfin et surtout, le recul ainsi suggéré du contrôle de la dénaturation peut être compensé par un renforcement du contrôle de la motivation.

400. Le doyen Marty a démontré, en ce qui concerne la cassation civile, la parenté qui existe entre la contradiction de motifs et la dénaturation des actes, ces deux hypothèses se distinguant par « *une différence purement formelle de rédaction et de présentation* »¹²⁷⁵. Si la juridiction du fond « *a appuyé ses constatations de fait sur un document qu'elle a simplement visé sans en reproduire les termes, et où ce document est en opposition directe avec les affirmations que les juges [du fond] ont prétendu y avoir trouvé, la contradiction n'est pas dans les motifs eux-mêmes* »¹²⁷⁶. Il y a dénaturation des actes parce que les constatations de fait opérées par les juges du fond sont en contradiction directe avec l'acte visé comme base de leur décision ou encore parce que, sous prétexte d'interprétation, les juges du fond ont méconnu le sens et la portée de l'acte visé, sans suffisamment justifier l'interprétation qu'ils en ont retenue. Si, maintenant, « *dans leur décision, les juges ont visé un document et en ont reproduit un passage qui mentionne formellement l'existence d'un fait, mais que dans la suite de leur raisonnement, qu'ils appuient sur le passage en question, ils ont méconnu, sans autre explication, que ce fait se soit produit* »¹²⁷⁷, ces juges entachent leur décision de dénaturation mais encore de contradiction de motifs.

401. Dès lors que le contrôle de la dénaturation exercé par le Conseil d'État confine pour une large part au contrôle de la dénaturation des actes tel qu'il est exercé par la Cour de cassation et que celui-ci peut être rapproché du contrôle de la contradiction de motifs, il est possible d'envisager le reflux du contrôle de la dénaturation exercé en cassation au profit du renforcement du contrôle de la contradiction de motifs. Une telle évolution suppose toutefois que la haute juridiction administrative

¹²⁷⁵ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, réédition OFFSET, 1972, spéc. p. 295.

Marty a également lié la dénaturation des actes à la motivation insuffisante, considérant « *que le contrôle de la dénaturation [...] s'analyse en réalité en un examen du caractère sérieux et suffisant de la motivation* » (V. : G. MARTY, *op. cit.*, p. 318) de la décision des juges du fond. Ces derniers peuvent retenir d'un écrit une interprétation en opposition avec le sens *a priori* clair et précis de cet acte à condition toutefois qu'ils justifient cette interprétation de manière sérieuse et suffisante.

J. et L. Boré ont mis en évidence les limites d'une telle assimilation. La dénaturation des actes doit être distinguée de l'insuffisance des motifs de fait, constitutive du défaut de base légale. La dénaturation d'un écrit, à l'inverse du manque de base légale, n'empêche pas, dans l'absolu, le contrôle en cassation. En effet, « *en cas de dénaturation d'un acte, le juge a donné son appréciation de la portée de l'acte et la Cour de cassation peut, à partir de celle-ci, exercer son contrôle sur le droit ; mais elle s'y refuse parce que cette appréciation est en contradiction manifeste avec le document dont le juge prétend la tirer* ». V. : J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., spéc. p. 443.

¹²⁷⁶ G. MARTY, *op. cit.*, spéc. p. 295.

¹²⁷⁷ *Idem*, spéc. p. 294.

consente à renforcer encore ses exigences quant à la motivation de leurs décisions par les juges du fond. Il existe, en effet, une différence essentielle entre la dénaturation et la contradiction de motifs. En cas de dénaturation, la contradiction entre l'interprétation retenue par les juges du fond d'un acte ou d'un fait et le sens véritable de cet acte ou de ce fait n'est pas interne à la décision de ces juges¹²⁷⁸. La contradiction existe mais seulement entre les motifs de l'arrêt eux-mêmes et les pièces du dossier soumis aux juges du fond. En ce sens, pour espérer le reflux du contrôle de la dénaturation au profit du contrôle de la contradiction de motifs, il faut attendre du Conseil d'État qu'il exige des juges du fond un exposé plus précis et complet, au sein des motifs de leurs décisions, des pièces du dossier qui apportent la preuve des faits ou actes sur lesquels ils fondent leurs solutions. Les juges du fond seraient ainsi tenus de viser et reproduire, au sein des motifs de leurs décisions, le passage du ou des actes en cause ou du ou des documents écrits qui fait la preuve de l'existence d'un fait toutes les fois du moins où il leur est effectivement possible de remonter à un ou des écrits précis et déterminés versés au dossier. Particulièrement, il conviendrait, là encore, d'exiger des juges du fond qu'ils mettent progressivement un terme à la pratique consistant à renvoyer, sans plus de précision, à l'instruction ou aux pièces du dossier.

402. Quelques exemples permettront d'illustrer utilement le propos.

403. Dans l'affaire *Docteur Simon*¹²⁷⁹, les juges du fond avaient renvoyé à l'instruction.

*« mais considérant qu'il résulte de l'instruction que, dans une allocution radiodiffusée prononcée à New-York, le 4 mars 1947, le docteur Simon s'est, pour condamner certaines méthodes thérapeutiques, servi de termes injurieux pour les médecins français qui l'utilisent, les taxant notamment d'imprudence et d'esprit de lucre [...] ; que de tels faits constituent des fautes graves et sont de nature à être sanctionnés [...] »*¹²⁸⁰.

L'imprécision résultant d'un tel renvoi à l'instruction a contraint le juge de cassation à en revenir à l'analyse des pièces du dossier soumis aux juges du fond¹²⁸¹ et particulièrement aux termes de l'allocution prononcée par le docteur Simon¹²⁸². Or, on le pressent aisément, l'erreur commise par les

¹²⁷⁸ V. déjà en ce sens concernant la cassation civile : J. BORÉ, L. BORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 442.

¹²⁷⁹ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Docteur Simon*, préc.

¹²⁸⁰ Ce passage de la décision attaquée rendue par la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins est reproduit dans les conclusions précitées de M. Letourneur sur l'arrêt *Docteur Simon*, rec. pp. 13-19, spéc. p. 14.

¹²⁸¹ Le révèle la formule employée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Docteur Simon* : « *Considérant qu'il résulte de l'examen des pièces du dossier que les critiques émises par le sieur Simon [...]* ».

¹²⁸² V. en ce sens les conclusions précitées de M. Letourneur, spéc. pp. 15-16. C'est après avoir confronté les termes mêmes de l'allocution prononcée par le docteur Simon et rapportée au dossier aux observations émises par les juges du fond à l'occasion des motifs de leur décision que le commissaire du gouvernement conclut à une dénaturation des faits.

juges du fond dans l'interprétation des propos tenus par le docteur Simon aurait pu être révélée à la seule lecture des motifs de leur décision si les juges du fond, avant même de se livrer à l'interprétation des propos émis par le docteur Simon à l'occasion de son intervention radio, avaient précisé c'est-à-dire reproduit, dans les motifs de leur décision, la teneur même desdits propos telle qu'elle ressortait des pièces soumises au dossier. Alors, l'opposition ou la contradiction entre d'une part, les faits tels qu'ils ressortaient objectivement des pièces du dossier et d'autre part, l'interprétation (par hypothèse faussée) émise par les premiers juges quant à ces faits serait apparue à la seule lecture de leur décision et aurait pu alors être censurée en cassation au titre de la contradiction de motifs.

404. À l'occasion d'un arrêt *Commune de Tournes*¹²⁸³, le Conseil d'État a censuré pour dénaturation des pièces du dossier l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy rendu à propos du licenciement d'un employé communal. En l'espèce, le juge d'appel avait considéré que le licenciement litigieux de l'employé communal, M. Trouvain, était fondé sur la seule altercation survenue entre celui-ci et son voisin, également employé communal, alors que, selon le Conseil d'État *« il ressort[ait] des pièces du dossier soumis aux juges du fond, et notamment des termes mêmes de la lettre du 19 décembre 1985 du maire de Tournes prononçant le licenciement de M. Trouvain, que si cette décision a été prise à la suite de l'altercation qui a opposé l'intéressé à l'un de ses voisins, employé communal comme lui, elle repose également sur des motifs relatifs au comportement antérieur de cet agent dans le service »*. Là encore, l'erreur commise par les juges du fond et censurée en l'espèce pour dénaturation des pièces du dossier aurait parfaitement pu être sanctionnée pour contradiction de motifs si la cour administrative d'appel avait précisément rapporté, au sein des motifs de son arrêt, les termes de la lettre rédigée par le maire de la commune. La contradiction entre les termes de la lettre et l'interprétation erronée qu'en ont retenue les juges du fond serait alors apparue à la seule lecture de l'arrêt de la cour.

405. Il faut toutefois, là encore, reconnaître certaines limites de l'évolution ainsi suggérée. Il est nécessairement des hypothèses dans lesquelles remplacer le contrôle de la dénaturation par celui de la contradiction de motifs apparaîtra impossible. Ainsi en est-il notamment des cas où la reproduction, au sein des motifs de la décision, du ou des documents versé(s) au dossier et propre(s) à apporter la preuve des faits retenus par les juges du fond au soutien de leur décision sera irréalisable soit parce qu'il sera simplement impossible de remonter à un document écrit, soit parce que le juge ayant déterminé sa conviction au vu d'un ensemble de pièces, il lui sera difficile de faire état, au sein des motifs de sa décision, d'un ou plusieurs documents écrits déterminés.

¹²⁸³ CE, 14 mars 1997, *Commune de Tournes*, n°146644, rec. T. p. 1043.

406. L'évolution envisagée d'un cantonnement des contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation au profit d'une revivification du contrôle de la contradiction de motifs, elle-même favorisée par un renforcement des exigences du juge de cassation quant à la motivation des décisions des juges du fond, aurait, certes, pour conséquence négative d'alourdir la charge de travail desdits juges, ceux-ci devant développer plus avant les considérants de fait de leurs décisions. Une telle réserve ne paraît cependant pas décisive. Le surplus de travail mis à la charge des juges subordonnés serait modéré. Il s'agirait pour eux de retranscrire plus précisément, au sein des motifs de leurs décisions, de manière objective et honnête, l'analyse des pièces du dossier¹²⁸⁴ et des faits tels qu'ils en ressortent. Dans un tel cas de figure, les juges du fond auraient seulement à retranscrire un travail qu'ils mènent déjà actuellement sur le dossier et sur les faits. Le cas échéant, il pourrait s'agir pour les juges du fond de reproduire le contenu même de pièces du dossier propres à faire la preuve des faits sur lesquels ils fondent leurs décisions. L'utilisation de l'outil informatique rendrait alors le surplus de travail très modeste.

§2 : Recul du contrôle de la qualification juridique des faits au profit d'un renforcement des contrôles de l'erreur de droit et de la motivation

407. Le contrôle de la qualification juridique des faits participe de la fonction de Cour régulatrice assumée par le Conseil d'État. Par l'exercice de ce contrôle de l'exacte application de la loi aux faits en litige, la haute juridiction parvient, en effet, à assurer l'unité dans l'application faite par les juges subordonnés de la règle de droit en vigueur.

Pourtant, un tel contrôle apparaît ne pas correspondre pleinement à l'office d'un juge de cassation dès lors qu'il conduit bien souvent le Conseil d'État à se comporter comme un troisième degré de juridiction. Lorsqu'il procède à un contrôle effectif¹²⁸⁵ de la qualification juridique, le Conseil d'État annihile le pouvoir d'appréciation des faits des juges du fond. Ledit contrôle ne laisse, en effet, aucune place à l'appréciation des faits opérée par les juges du fond dès lors que « *c'est [...] avec une grande minutie que, pour exercer son contrôle de la qualification juridique, le Conseil d'État juge de*

¹²⁸⁴ Plus précisément des pièces du dossier qui ont été déterminantes dans la prise de décision des juges.

¹²⁸⁵ Le contrôle en cassation de la qualification juridique des faits est effectif lorsqu'il conduit le Conseil d'État à vérifier l'ensemble du processus de qualification mis en œuvre par les juges du fond. Dans ce cas de figure, le juge de cassation substitue son appréciation des faits à celle des juges du fond. V. pour des exemples significatifs d'un contrôle effectif de la qualification juridique des faits en cassation : CE, Sect., 5 juin 1992, *Époux Cala*, n°115331, rec. p. 410 ; CE, 15 mars 1999, n°162036, *Mme Canonne*, rec. T. p. 833 et p. 987. Sur ce point, V. particulièrement : S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État*, préc., spéc. pp. 280-283.

cassation apprécie l'objet à qualifier »¹²⁸⁶. Dans de tels cas de figure, le juge de cassation « refai[t] l'ensemble du raisonnement juridique opéré par le juge du fond »¹²⁸⁷ et en vient en définitive à substituer sa propre analyse du fait à celle opérée par les juges du fond.

408. Parce que le contrôle de la qualification juridique des faits présente le risque de voir le juge de cassation se transformer en un troisième juge du fond, il peut être valablement suggéré d'en restreindre le champ au profit d'un contrôle élargi de l'erreur de droit. Chaque fois que le contrôle de la qualification juridique se révélerait inutile à la sauvegarde de l'unité du droit, le Conseil d'État devrait ainsi lui préférer le contrôle de l'erreur de droit. Il est d'autant plus commode de suggérer une telle évolution que celle-ci est déjà en marche et a déjà été envisagée par plusieurs membres des doctrines officielle et universitaire, lesquels ont suggéré l'abandon¹²⁸⁸ ou seulement le recul¹²⁸⁹ du contrôle de la qualification juridique au profit du contrôle de l'erreur de droit. Il conviendrait donc seulement de poursuivre et approfondir une démarche déjà engagée par la haute juridiction. À ce titre, il est permis de mesurer le chemin restant à parcourir et de questionner les modalités possibles de l'évolution ainsi envisagée.

409. Borner le contrôle de la qualification juridique des faits suppose, d'une part et en premier lieu, que le Conseil d'État continue à abandonner certaines qualifications juridiques à l'appréciation souveraine des juges du fond. Or, il ressort de l'analyse que cette démarche pourrait être favorisée par une mobilisation renforcée du contrôle de la motivation suffisante en ce qu'il est susceptible de constituer un substitut pertinent au contrôle de la qualification juridique des faits (A). D'autre part, restreindre le contrôle de la qualification juridique implique d'élargir d'autant le contrôle de l'erreur de droit de telle sorte que la fonction juridique assurée par le Conseil d'État ne sorte pas affaiblie de cette évolution (B).

¹²⁸⁶ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, préc., spéc. p. 587.

¹²⁸⁷ *Idem*, spéc. p. 595.

¹²⁸⁸ Remettant en cause la distinction appréciation des faits-qualification juridique des faits, le commissaire du gouvernement, J. Gaeremynck, proposait ainsi l'abandon du contrôle de la qualification juridique des faits.

V. : J. GAEREMYNCK, conclusions sur CE, Sect., 5 juillet 1991, *SA Mondial Auto*, *RJF*, n°8-9/1991, pp. 615-619. Dans le même sens, le Professeur C. Vautrot-Schwarz propose l'abandon du contrôle de la qualification juridique des faits au profit d'un contrôle élargi de l'erreur de droit et d'une optimisation des contrôles exercés par le juge de cassation au titre de sa fonction disciplinaire. V. : C. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, spéc. p. 596 et s.

¹²⁸⁹ P. HUBERT, conclusions sur CE, Sect., 3 juillet 1998, *Mme Salva Couderc*, *RFDA*, 1999, pp. 112-123 : le commissaire du gouvernement proposait de limiter l'exercice du contrôle de la qualification juridique des faits aux cas dans lesquels le contrôle de l'erreur de droit se révèle insuffisant à lui seul pour garantir l'unité du droit. Lorsque le contrôle de la qualification juridique est inutile au maintien de l'unité du droit, le juge de cassation devrait ainsi renoncer à l'exercer, c'est-à-dire donc abandonner la qualification juridique en cause, et se borner à procéder au contrôle de l'erreur de droit.

A. Renforcement du contrôle de la motivation suffisante comme substitut au contrôle de la qualification juridique des faits

410. Dès lors que le contrôle de la qualification juridique des faits n'est pas pleinement conforme à l'office d'une juridiction de cassation, on peut souhaiter du Conseil d'État qu'il en restreigne la portée. En ce sens, il apparaît pertinent de poursuivre dans la voie ouverte, particulièrement depuis la réforme de 1987, consistant pour le Conseil d'État à abandonner certaines qualifications juridiques à l'appréciation souveraine des juges du fond parce que leur contrôle en cassation n'est pas utile ou nécessaire à la sauvegarde de l'unité jurisprudentielle. Cette tendance paraît, en effet, très positive et ce d'autant plus qu'elle participe certainement d'une gestion plus apaisée des flux contentieux au stade de la cassation. Par conséquent, ce recul du contrôle en cassation de la qualification juridique des faits doit être encouragé.

Or précisément, le renforcement du contrôle de la motivation suffisante des décisions des juges du fond a vocation à favoriser le reflux amorcé du contrôle de la qualification juridique des faits. Le contrôle de la motivation en fait suffisante, par la voie duquel le Conseil d'État censure la décision des juges du fond au motif que ceux-ci n'ont pas relevé avec une précision suffisante les faits pourtant nécessaires à justifier l'application de la règle de droit au cas d'espèce, peut constituer un substitut pertinent au contrôle de la qualification juridique des faits en cassation. Car en effet, derrière un tel contrôle de la motivation, il y a « *en filigrane une sanction de la décision pour erreur de qualification, non parce qu'elle est, dans le fond, erronée, mais parce que le juge du fond ne donne pas formellement les éléments au juge de cassation pour suivre le raisonnement qu'ils ont suivi* »¹²⁹⁰.

411. Dès lors, donc, qu'un contrôle resserré de la motivation suffisante a vocation à favoriser le recul du contrôle en cassation de la qualification juridique des faits, il faut espérer du Conseil d'État qu'il renforce la portée du contrôle de la motivation dans les hypothèses où il abandonne une qualification juridique au pouvoir souverain des juges du fond. On peut raisonnablement penser que si la haute juridiction acceptait de renforcer ses exigences en termes de motivation et de déployer d'autant la portée de son contrôle de la motivation, elle aurait moins de réticence à abandonner certaines qualifications à l'appréciation souveraine des juges du fond. De la sorte, le Conseil d'État conserverait une certaine marge de contrôle sur les qualifications qu'il déciderait pourtant d'abandonner aux juges du fond¹²⁹¹ et aurait ainsi moins de craintes à restreindre l'étendue de son

¹²⁹⁰ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 601.

¹²⁹¹ Cf. *supra* les paragraphes n°354 et s. de la présente thèse.

contrôle de la qualification juridique des faits. Plus exigeant quant à la motivation mise en œuvre par les juges du fond, le Conseil d'État pourrait abandonner en confiance d'autres qualifications juridiques peu utiles à la sauvegarde de l'unité jurisprudentielle. Le passage de relais de la haute juridiction vers les juges du fond serait ainsi favorisé par le renforcement du contrôle de la motivation en fait suffisante.

412. Pour que le contrôle de la motivation en fait suffisante puisse pallier effectivement l'absence en cassation du contrôle de la qualification juridique des faits encore faudrait-il que le Conseil d'État soit suffisamment exigeant en la matière toutes les fois où il abandonne une qualification juridique à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Telle n'est pourtant pas la tendance de principe actuelle. En effet, lorsque la haute juridiction n'opère pas le contrôle de la qualification juridique des faits elle a souvent tendance à réduire d'autant la portée de son contrôle de la motivation suffisante¹²⁹². À cet égard, on peut regretter que le Conseil d'État n'ait pas suivi son commissaire du gouvernement de l'époque lorsque celui-ci lui proposait d'opérer en cassation un contrôle plus strict de la motivation au titre du détournement de pouvoir. Tout en conseillant au Conseil d'État de ne pas contrôler en cassation la qualification de détournement de pouvoir, le commissaire du gouvernement, P. Hubert, suggérait à la haute juridiction d'exiger des juges du fond qu'ils motivent effectivement les décisions par lesquelles ils refusent de reconnaître l'existence d'un détournement de pouvoir. Il faisait ainsi valoir que « *les juges de fond recourent trop souvent à la classique et laconique formule selon laquelle le détournement de pouvoir n'est pas établi. Les forcer à expliquer pourquoi est une révolution qui peut porter, en elle-même, une évolution* »¹²⁹³. Le Conseil d'État n'a pas suivi la proposition ainsi formulée et a continué à juger suffisantes des motivations purement affirmatives au titre du détournement de pouvoir¹²⁹⁴.

¹²⁹² Cf. *supra* les paragraphes n°341 et s. de la présente thèse, spéc. le paragraphe n°343.

¹²⁹³ P. HUBERT, conclusions précitées sur CE, Sect., 3 juillet 1998, *Mme Salva Couderc*.

¹²⁹⁴ En ce sens, le Conseil d'État juge suffisante la motivation par laquelle, saisis d'un moyen tiré du détournement de pouvoir, les juges du fond se bornent à énoncer, sans autre forme d'explication, qu'un tel détournement n'est pas établi : CE, 30 juin 2000, *Gosson de Varenne*, n°195250, rec. T. p. 1196. Le juge de cassation peut se révéler plus exigeant toutefois lorsque l'argumentation développée au soutien du moyen tiré du détournement de pouvoir est dense et précise : CE, 6 novembre 2006, *Association Les amis du château d'Hénonville*, n°277829.

B. Extension du contrôle de l'erreur de droit comme contrepartie au recul du contrôle de la qualification juridique des faits

413. Parce que le contrôle de la qualification juridique des faits participe de la fonction de Cour régulatrice assumée par le Conseil d'État, le recul de ce contrôle doit être compensé de telle manière que l'unité jurisprudentielle ne pâtisse pas de cette évolution. En ce sens, restreindre la portée du contrôle de la qualification juridique des faits au profit du contrôle de l'erreur de droit est envisageable à condition toutefois d'élargir le contrôle de l'erreur de droit de telle façon qu'il permette de garantir désormais non seulement l'unité d'interprétation mais également l'unité d'application du droit. Le reflux suggéré du contrôle de la qualification juridique des faits doit ainsi être compensé par le renforcement corrélatif du contrôle de l'erreur de droit, celui-ci « *inclu[ant] les éléments proprement juridiques de la qualification* »¹²⁹⁵.

414. Le contrôle de l'erreur de droit est typiquement celui par lequel le juge de cassation assure le maintien de l'unité de la jurisprudence. Ce contrôle portant sur le raisonnement juridique tenu par les juges du fond permet classiquement au Conseil d'État de sanctionner les erreurs commises par les juges du fond dans l'identification de la règle de droit applicable ainsi que dans l'interprétation de la portée et du contenu de ladite règle¹²⁹⁶.

Pour parfaire le contrôle de l'erreur de droit de telle sorte qu'il compense pleinement le recul du contrôle de la qualification juridique des faits, il faut attendre du Conseil d'État qu'il l'élargisse dans deux directions. D'une part, le contrôle de l'erreur de droit doit être tel qu'il permette de sanctionner les erreurs d'interprétation commises par les juges du fond en ce qui concerne les notions ou catégories juridiques à partir desquelles ils opèrent la qualification juridique des faits litigieux (1). D'autre part, le contrôle de l'erreur de droit pourrait être pertinemment « *élargi au contrôle des techniques de qualification employées par les juges du fond* »¹²⁹⁷ de telle sorte qu'il permette de censurer la mise en œuvre par ces juges de mauvaises méthodes de qualification juridique des faits (2). En toute hypothèse, un tel élargissement du contrôle de l'erreur de droit ne peut être rendu pleinement effectif que dès lors qu'il a vocation à être accompagné d'un renforcement corrélatif du contrôle de la motivation suffisante.

¹²⁹⁵ G. GOULARD, « L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'État », *RJF*, n°8-9/1993, spéc. p. 625.

¹²⁹⁶ Pour une présentation des diverses « *catégories d'erreurs de droit* », V. particulièrement : Y. ROBINEAU, « Contrôle du juge de cassation », fasc. 80-23, *Jurisclasseur LexisNexis, Justice administrative*.

¹²⁹⁷ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, préc., spéc. p. 598. V. pour un exemple éclairant de cette pratique : CE, 6 novembre 1991, *Garçon*, n°106386, rec. T. p. 984.

1. Renforcement du contrôle de l'erreur de droit portant sur la définition des catégories juridiques

415. Le Conseil d'État parvient, par le contrôle de l'erreur de droit, à maîtriser les qualifications juridiques qu'il abandonne pourtant au pouvoir souverain des juges du fond.

Le Conseil d'État, juge de cassation, suit deux voies principales selon qu'il souhaite exercer un contrôle plus ou moins poussé sur la qualification opérée par les juges du fond : soit il contrôle ladite qualification soit, à l'inverse, il l'abandonne au pouvoir souverain des juges du fond et se borne alors à censurer les erreurs constitutives de dénaturation. Entre ces deux positions opposées, la haute juridiction choisit parfois une voie médiane¹²⁹⁸ : elle abandonne la qualification juridique à l'appréciation souveraine des juges du fond mais conserve une marge de contrôle au titre de l'erreur de droit. L'abandon de certaines qualifications au pouvoir souverain des juges du fond ne signifie pas que le Conseil d'État renonce à tout contrôle. Par le biais des contrôles de l'erreur de droit et de la dénaturation, la haute juridiction parvient, en effet, à conserver la maîtrise des qualifications juridiques qu'il abandonne pourtant aux juges du fond.

416. Le contrôle de l'erreur de droit opéré sur les qualifications abandonnées conduit le juge de cassation à vérifier le choix des critères de définition de la notion juridique qui ont été retenus par les juges du fond pour qualifier les faits de l'espèce tout en laissant cependant à ces juges un pouvoir souverain concernant l'application de ces critères au cas d'espèce. Le juge administratif de cassation vérifie que les juges subordonnés ont appliqué des critères valides permettant de retenir la qualification juridique opérée en l'espèce. Le contrôle de l'erreur de droit est l'occasion pour le Conseil d'État de vérifier la validité des critères mis en œuvre par les juridictions du fond pour retenir, en l'espèce, telle qualification. De la sorte, et quand bien même il abandonne certaines qualifications juridiques à l'appréciation souveraine des juges du fond, le Conseil d'État parvient à sanctionner, au titre de l'erreur de droit, les erreurs commises par les juges subordonnés dans l'interprétation des notions ou catégories juridiques à partir desquelles ces juges opèrent les qualifications juridiques.

417. Cette maîtrise gardée sur les qualifications juridiques abandonnées par le biais du contrôle de l'erreur de droit explique, pour bonne part, la tendance qui est désormais celle du Conseil d'État à laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond bon nombre de qualifications juridiques.

¹²⁹⁸ Sur ces trois voies possibles, V. : J. BOUCHER, É. CRÉPEY, « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification juridique des faits », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 97-112, spéc. pp. 101-102.

Conscient de pouvoir maîtriser de telles qualifications par le biais du contrôle de l'erreur de droit, le Conseil d'État a pu se montrer moins réticent à abandonner certaines qualifications juridiques. Ainsi en a-t-il été particulièrement en contentieux de l'urbanisme et notamment de la notion d' « espace urbanisé ». Le Conseil d'État contrôle au titre de l'erreur de droit la validité des critères retenus par les juges du fond pour qualifier un espace d'urbanisé au sens de l'article L. 146-4-III du code de l'urbanisme. Le contrôle de cassation porte sur le choix des critères retenus par les juges du fond. Au contraire, l'application et la pondération faites de ces critères au cas d'espèce par les juges du fond ne sont pas contrôlées en cassation et relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, sauf à ce que le Conseil d'État opère le contrôle de la dénaturation¹²⁹⁹.

418. Cette voie médiane devrait être ainsi celle privilégiée toutes les fois où « *la notion [juridique] en cause est susceptible de se résoudre en quelques critères pouvant être pondérés de la même manière dans les différentes hypothèses où elle est susceptible de se rencontrer* »^{1300 1301}. De la sorte, le contrôle de la qualification juridique des faits pourrait progressivement se tarir au profit du contrôle de l'erreur de droit.

419. On le pressent, une telle évolution suppose corrélativement que le Conseil d'État renforce ses exigences en ce qui concerne la motivation de leurs décisions par les juges du fond. L'élargissement suggéré du contrôle de l'erreur de droit implique, pour être pleinement effectif, le renforcement du contrôle de la motivation suffisante des décisions des juges du fond. On le sait¹³⁰², le contrôle de la légalité interne des décisions juridictionnelles est conditionné par une motivation suffisante de la décision des juges du fond. Pour que le contrôle de l'erreur de droit et, *a fortiori*, un contrôle de l'erreur de droit élargi puissent être effectifs, encore faut-il que les juges du fond motivent suffisamment leurs décisions. Ce n'est que si ces juges développent suffisamment les raisons au soutien de leurs décisions que le juge de cassation sera à même de vérifier qu'ils ont, sans erreur, appliqué la règle de droit. Le commissaire du gouvernement J.-D. Combrexelle a parfaitement mis en lumière cette nécessité dans ses conclusions sur les arrêts *Société Coprotour et SCI Ifana*. Proposant au Conseil d'État de contrôler au titre de l'erreur de droit le choix des critères retenus par les juges

¹²⁹⁹ CE, 12 mai 1997, *Société Coprotour et SCI Ifana* (deux espèces), rec. p. 189, conclusions J.-D. Combrexelle, *BJDU*, n°3/1997, pp. 214-217. Dans le même sens, concernant la notion de « *parties actuellement urbanisées de la commune* » au sens de l'article L. 111-1-2 du code de l'urbanisme : CE, 26 juillet 1996, M^{lle} Pruvost, n°160065, rec. p. 314, conclusions J.-D. Combrexelle, *BJDU*, n°4/1996, pp. 290-293.

¹³⁰⁰ J. BOUCHER, É. CRÉPEY, *op. cit.*, spéc. p. 102.

¹³⁰¹ Au contraire, cette démarche ne paraît pas pouvoir être mise en œuvre de manière pertinente toutes les fois où la catégorie juridique en cause est indéterminable (exemple topique : la notion de faute). Dans de tels cas de figure, la sauvegarde de l'unité du droit postule le maintien du contrôle en cassation de la qualification juridique des faits.

¹³⁰² Cf. *supra*, les paragraphes n°338 et s. de la présente thèse.

du fond pour qualifier un espace d'urbanisé au sens de l'article L. 146-4-III du code de l'urbanisme, il précisait qu'un tel contrôle « *est possible à condition que les juges du fond, par la motivation de leur arrêt, [...] aient mis [le Conseil d'État, juge de cassation,] à même d'exercer ce contrôle* »¹³⁰³. Les juges subordonnés doivent exposer au sein des motifs de leurs décisions les critères qu'ils retiennent pour qualifier un espace d'urbanisé au sens de l'article L. 146-4-III du code de l'urbanisme. Le contrôle opéré par le juge de cassation au titre de l'erreur de droit et consistant à vérifier la validité des critères retenus par les juges du fond « *ne peut être réellement exercé que si la motivation de l'arrêt est assez explicite* »¹³⁰⁴. C'est à cette seule condition que le juge de cassation sera en mesure de contrôler que les juges du fond n'ont pas commis d'erreur de droit. Il pourra, en effet alors, vérifier que les juges du fond ont appliqué des critères valides, c'est-à-dire conformes aux textes et à la jurisprudence, lorsqu'ils ont opéré la qualification des faits en litige.

2. Extension du contrôle de l'erreur de droit au contrôle des techniques de qualification juridique

420. Au-delà, il serait également pertinent et opportun que le contrôle de l'erreur de droit soit élargi au contrôle des techniques de qualification¹³⁰⁵. *Via* l'exercice d'un contrôle de l'erreur de droit ainsi élargi, le Conseil d'État parviendrait à sanctionner la mise en œuvre, par les juges du fond, de méthodes de qualification erronées. Là encore, un tel approfondissement du contrôle de l'erreur de droit impliquerait une motivation suffisante de leurs décisions par les juges du fond. Il est évident, en effet, qu'un tel contrôle ne peut être effectif que si les juges subordonnés font, au moyen d'une motivation plus précise de leurs décisions, toute la lumière sur la technique de qualification qu'ils ont mise en œuvre en l'espèce. L'élargissement ainsi considéré du contrôle de l'erreur de droit supposerait donc, de manière corrélative, que le Conseil d'État renforce ses exigences en ce qui concerne la motivation des décisions des juges du fond.

421. Par ailleurs, pour être pleinement efficace, l'élargissement ainsi suggéré du contrôle de l'erreur de droit au contrôle des techniques de qualification supposerait de la part du Conseil d'État qu'il indique précisément aux juges du fond, par le recours à des motivations plus pédagogiques, les méthodes de qualification à mettre en œuvre. Une telle démarche ne serait d'ailleurs pas absolument inédite de la part du juge administratif suprême. En effet, par des arrêts aux motivations

¹³⁰³ J.-D. COMBREXELLE, conclusions précitées sur CE, 12 mai 1997, *Société Coprotour et SCI Ifana*, spéc. p. 215.

¹³⁰⁴ L. TOUVET, Observations sur CE, 12 mai 1997, *SCI Ifana et Société Coprotour*, *BJDU*, n°3/1997, spéc. p. 219.

¹³⁰⁵ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 597 et s.

particulièrement pédagogiques prenant la forme de véritables modes d'emploi, le Conseil d'État est déjà parfois venu guider les juges du fond quant à la manière dont ils devaient opérer la qualification juridique des faits¹³⁰⁶. C'est à l'occasion de motivations de ce type que la haute juridiction a précisé, suite à la réforme des procédures d'urgence, la méthode que doit suivre le juge du référé-suspension pour qualifier l'urgence¹³⁰⁷.

« Considérant [...] que la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ; qu'il appartient au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision, d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue » (CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n°228815, rec. p. 29)¹³⁰⁸.

Il faut noter, à l'égard de ces arrêts modes d'emploi, qu'ils concernent une notion laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. L'appréciation portée par le juge du référé-suspension sur la condition d'urgence relève, en effet, de son pouvoir souverain d'appréciation. Le Conseil d'État n'opère pas en cassation le contrôle de la qualification juridique concernant la condition d'urgence¹³⁰⁹. Le juge de cassation parvient cependant à conserver une certaine maîtrise de cette qualification abandonnée en fixant, à l'intention du juge du référé-suspension, un mode d'emploi à l'occasion duquel il définit précisément la méthode que ce juge doit mettre en œuvre pour apprécier l'urgence. Le juge du référé-suspension doit ainsi apprécier concrètement et globalement l'urgence et le juge de cassation de préciser les modalités d'une telle appréciation concrète et globale de

¹³⁰⁶ Cf. *supra* les paragraphes n°367 et s. de la présente thèse.

¹³⁰⁷ L'on constate dans cette démarche du Conseil d'État une certaine proximité avec la pédagogie dont il fait preuve dans ses avis contentieux. Dans ce cadre, en effet, la haute juridiction a déjà eu l'occasion d'indiquer aux juges du fond la méthode de qualification juridique devant être mise en œuvre. V. particulièrement en ce sens : CE, Ass., avis, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, n°187122, rec. p. 372 : « La reconnaissance du caractère cultuel d'une association est donc subordonnée à la constatation de l'existence d'un culte et à la condition que l'exercice de celui-ci soit l'objet exclusif de l'association. Le respect de la condition relative au caractère exclusivement cultuel de l'association doit être apprécié au regard des stipulations statutaires de l'association en cause et de ses activités réelles. La poursuite par une association d'activités autres que celles rappelées ci-dessus est de nature, sauf si ces activités se rattachent directement à l'exercice du culte et présentent un caractère strictement accessoire, à l'exclure du bénéfice du statut d'association cultuelle ».

¹³⁰⁸ Pour un autre exemple d'une telle motivation mode d'emploi, V. notamment l'arrêt précité *Préfet des Alpes-Maritimes c. société Sud-Est Assainissement* (CE, Sect., 28 février 2001, n°229562, rec. p. 109).

¹³⁰⁹ CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c. commune de Baden*, rec. p. 220.

l'urgence. En ce sens, dans le cadre de son appréciation concrète de l'urgence, le juge des référés doit « *apprécier [...], compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de [la décision litigieuse] sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence* ». Dans le cadre de son appréciation globale de l'urgence, le juge du référé-suspension doit encore, et on touche ici à la motivation exigée, « *faire apparaître dans sa décision tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, l'ont conduit à considérer que la suspension demandée revêtait un caractère d'urgence* »¹³¹⁰. En même temps qu'il définit de la sorte la méthode que doit suivre le juge du référé-suspension pour apprécier l'urgence, le Conseil d'État borne d'autant la liberté de ce juge à l'égard de cette notion. La pédagogie est ainsi utilement mise au service du cantonnement du pouvoir souverain d'appréciation des juges subordonnés. Certes, le juge des référés est souverain appréciateur de la notion d'urgence mais il doit suivre cependant certaines méthodes que le Conseil d'État précise et dont il sanctionne le respect par l'exercice des contrôles de l'erreur de droit¹³¹¹ et de la motivation suffisante¹³¹². Le Conseil d'État parvient ainsi à conserver une certaine emprise sur le pouvoir souverain des juges du fond non seulement par le biais du contrôle de la motivation suffisante¹³¹³ mais encore par la pédagogie dont il sait désormais faire preuve.

¹³¹⁰ CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. société Sud-Est Assainissement*, préc.

¹³¹¹ V. concernant la sanction de l'appréciation globale de l'urgence : CE, 25 novembre 2002, *Ministre de l'Équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer c. Astoul*, n°248423, rec. T. p. 862.

¹³¹² V. concernant la sanction de l'appréciation globale de l'urgence : CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, préc. ; CE, 5 novembre 2001, *Commune du Cannet-des-Maures*, n°234396, rec. p. 540.

¹³¹³ Cf. *supra* les paragraphes n°346 et s. de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°354 et s.

Conclusion du chapitre

422. Depuis qu'il a imposé aux juridictions qui lui sont subordonnées de motiver leurs décisions, le Conseil d'État n'a eu de cesse de renforcer ses exigences en la matière. Ce mouvement n'a pas été sans raison. Il a permis au Conseil d'État de rendre pleinement effectif son contrôle de cassation et ainsi de s'imposer véritablement en tant que juge de cassation. Dans ce cadre classique de la cassation administrative, le Conseil d'État n'hésite plus désormais à faire œuvre également de pédagogie afin de guider et diriger plus étroitement encore les juridictions subordonnées. L'application uniforme du droit par l'ensemble des juridictions administratives est ainsi plus pleinement assurée et le Conseil d'État consacré dans son rôle de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit.

La difficulté demeure cependant que l'office du Conseil d'État, juge de cassation, n'est pas strictement borné à cette mission de préservation de l'unité juridique puisque la haute juridiction continue d'exercer un large contrôle sur le domaine du fait, lequel n'est pas pleinement utile à sa mission de Cour régulatrice. Il conviendrait, dès lors, que le Conseil d'État concentre davantage son office sur cette mission de Cour régulatrice. À ce titre, il apparaît qu'en renforçant son contrôle de la motivation, le juge administratif suprême parviendrait à se départir, pour une part, de l'exercice du contrôle de l'erreur de fait. Ce faisant, la haute juridiction se rapprocherait d'autant de l'idéal de la distinction du fait et du droit et, à tout le moins, assurerait efficacement ses fonctions juridique et disciplinaire, au sens de la distinction opérée par le doyen G. Marty¹³¹⁴.

423. Par le contrôle de l'erreur de droit dont il tend à élargir la portée, le Conseil d'État assume plus pleinement sa fonction juridique de maintien de l'unité du droit et son office de Cour régulatrice. Il faut espérer de la haute juridiction qu'elle poursuive dans cette voie et abandonne le contrôle de la qualification juridique des faits toutes les fois où le contrôle de l'erreur de droit pourrait, seul, permettre de garantir l'unité jurisprudentielle. Une telle évolution, d'ailleurs amorcée, paraît d'autant plus réalisable que le renforcement du contrôle de la motivation est, d'une part, susceptible de

¹³¹⁴ Après avoir démontré les limites attachées à la distinction classique du fait et du droit (la Cour de cassation ne contrôle pas tout ce qui relève pourtant du domaine du droit et, à l'inverse, s'immisce parfois dans le domaine du fait ; il n'existe pas de frontière absolument tranchée entre les domaines du droit et du fait), le doyen Marty a proposé une nouvelle distinction permettant d'appréhender de manière plus satisfaisante l'office d'une juridiction de cassation : la distinction des fonctions juridique et disciplinaire. Par l'exercice de sa fonction juridique, le juge de cassation a pour mission de maintenir l'unité de la jurisprudence et donc d'assumer un rôle de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit. Dans le cadre de sa fonction disciplinaire, qu'elle a vocation à assurer essentiellement d'ailleurs par le contrôle de la motivation, la juridiction de cassation assume un rôle proche de celui d'un supérieur hiérarchique et sanctionne les erreurs flagrantes commises par les juges subordonnés dans l'exercice de leur mission. V. : G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, réédition OFFSET, 1972, spéc. p. 363 et s.

compenser le reflux envisagé du contrôle de la qualification juridique et, d'autre part, à même de favoriser l'élargissement corrélatif du contrôle de l'erreur de droit.

Quant à la fonction disciplinaire qu'il lui revient d'exercer, il faut attendre du juge administratif suprême qu'il l'assure, à titre essentiel, par le biais du contrôle de la motivation dont la portée pourrait être pertinemment étendue de telle sorte que refluent les contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation des faits.

Conclusion du titre

424. L'étude de la motivation juridictionnelle éclaire sur l'évolution des rapports entretenus entre l'administration et son juge. Elle permet également d'appréhender les mouvements de frontières entre la juridiction et la législation.

425. Supposé borné dans son action par le principe de séparation des pouvoirs, le juge administratif exerce pourtant, à n'en pas douter, un pouvoir créateur jurisprudentiel. Il participe à la création du Droit et le revendique désormais. En ce sens, il n'hésite plus à imprimer, au plan formel *via* la motivation de ses décisions, son pouvoir normatif jurisprudentiel. Plus encore, il tend à faire de la motivation juridictionnelle et des ressorts rhétoriques et pédagogiques de celle-ci le fondement médiat de son pouvoir jurisprudentiel.

Ce mouvement est plus pleinement perceptible à l'endroit du Conseil d'État, lequel d'ailleurs mobilise désormais davantage la motivation juridictionnelle pour s'assurer de la bonne application de sa jurisprudence par les juridictions subordonnées. À cet égard, la motivation apparaît constituer un utile instrument de structuration des rapports internes à la juridiction administrative. Le Conseil d'État, en effet, a su mettre la motivation juridictionnelle au service de la régulation des rapports entre les divers degrés de juridiction. Dans l'objectif primordial de garantir l'unité jurisprudentielle nécessaire à l'égalité des citoyens devant la justice, la haute juridiction a su mobiliser les ressorts de la motivation en vue d'approfondir son rôle de Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit. Elle pourrait être tentée de le faire également pour inscrire plus avant son office de juge de cassation dans la distinction classique du droit et du fait.

Conclusion de la première partie

426. La motivation juridictionnelle administrative telle qu'elle ressort de la pratique contemporaine n'est pas seulement la traduction de l'évolution de l'office classique du juge administratif ; elle a été mise au service de cette évolution. Le juge administratif a su la mobiliser pour dessiner les contours de son office et structurer les rapports qu'il entretient avec l'administration et la législation.

427. Des rapports entretenus avec l'administration active, l'étude de la motivation juridictionnelle administrative a permis de mettre en évidence un certain paradoxe de l'Histoire. D'abord mobilisée pour mieux spécifier la juridiction administrative et ainsi la distinguer davantage de l'administration active, la motivation de ses décisions par le juge administratif est désormais un moyen pour celui-ci de peser plus étroitement sur l'activité de l'administration. Depuis le tournant des années 2000, en effet, la motivation juridictionnelle sert la figure du juge-administrateur.

Elle sert également l'office du jurislateur. Le pouvoir créateur jurisprudentiel du juge administratif existe depuis les origines. Ainsi, dès l'an VIII, le Conseil d'État a construit des pans entiers du droit administratif moderne. Mais, contraint par le principe de séparation des pouvoirs, le pouvoir normatif du juge a longtemps avancé caché. Il a fallu attendre 2007 et l'arrêt *Tropic* pour voir le Conseil d'État consacrer enfin son pouvoir créateur. Depuis lors, il n'a eu de cesse de le confirmer *via* la motivation formelle de ses décisions. Surtout, il se fait moins laconique et plus pédagogue en vue de conforter son pouvoir jurisprudentiel. Il fait évoluer sa pratique de la motivation afin de légitimer et, plus encore, de fonder ce pouvoir que la tradition constitutionnelle française lui interdit d'exercer. D'un même mouvement, cette pédagogie nouvelle du juge administratif suprême lui permet de guider plus étroitement les juridictions subordonnées et ainsi s'assurer de la bonne application par celles-ci des règles jurisprudentielles qu'il fixe. Le Conseil d'État, juge de cassation, apparaît pleinement alors sous les traits d'une Cour régulatrice, gardienne de l'unité du droit.

428. Le prisme de la motivation juridictionnelle éclaire pertinemment sur l'évolution de l'office classique du juge administratif. Utile à l'étude d'une telle évolution, ce prisme d'analyse l'est également, et peut être plus encore, à l'appréhension de la mutation contemporaine de l'office du juge administratif. Sous l'effet de l'internationalisation du droit et de la montée en puissance de l'objectif de performance de la justice, le juge administratif fait face désormais à de nouveaux défis. Or, pour les relever, il mobilise pleinement les ressorts de la motivation juridictionnelle.

PARTIE II : La motivation, instrument d'un nouvel

office du juge administratif

429. Le tournant des années 2000 n'a pas seulement marqué le renouveau de l'office classique du juge administratif, sous l'effet principal des lois du 8 février 1995 et du 30 juin 2000 et de la jurisprudence *Tropic*. Il a également été le point de départ véritable d'une mutation plus substantielle de l'office du juge administratif sous le double effet de l'internationalisation du droit et de l'essor de l'impératif de performance de l'action publique.

Originellement emprunt d'une vision traditionnelle du droit et de la justice selon laquelle l'activité juridique se déploie dans les seules limites de l'État, le juge administratif a dû s'ouvrir au monde en raison du mouvement d'internationalisation du droit et accepter l'influence de juridictions internationales et européennes, voire étrangères. Il a dû composer surtout avec l'activité de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne et, dans ce cadre, consentir à contraindre, dans une certaine mesure, ses velléités d'indépendance. Lorsque l'on sait l'attachement historique du Conseil d'État à son indépendance, d'ailleurs durement acquise, l'on mesure l'importance de l'effort ainsi consenti. L'ampleur de la tâche n'a pas été moindre lorsque le juge administratif, après avoir dû réceptionner les exigences de la Cour de Strasbourg en termes de droit au procès équitable, a dû intégrer également les exigences d'efficacité et de performance de l'action publique portées notamment par la LOLF de 2001.

430. Ainsi donc, l'évolution du contexte dans lequel le juge administratif fait œuvre de justice l'a contraint à dépasser son office classique pour finalement exercer un office modifié. Le juge administratif doit rendre la justice mais cela désormais tout en ayant égard à la jurisprudence d'autres juridictions nationales mais également étrangères, européennes voire internationales et sans négliger jamais l'impératif de bonne administration de la justice.

À ce titre, la question se pose de savoir si l'évolution contemporaine de la motivation juridictionnelle administrative n'a pas à voir avec une telle mutation de l'office du juge administratif. La chronologie des événements interroge. Car en effet, au moment même où le juge administratif a dû faire face aux diverses conséquences induites par l'internationalisation du droit et la montée en puissance de la conception managériale de la justice, il a fait évoluer ses pratiques quant à la rédaction et la motivation de ses décisions. Ce double mouvement suggère une hypothèse : le juge administratif aurait mobilisé les ressorts ou le potentiel de la motivation juridictionnelle afin de répondre aux nouveaux défis posés

par le pluralisme juridique (Titre 1) et l'objectif de modernisation de la justice administrative (Titre 2).

TITRE I : La motivation, instrument mobilisé face au pluralisme juridique

431. Le mouvement d'internationalisation du droit a bouleversé les lignes traditionnelles de la matière juridique en confortant notablement et durablement le phénomène de pluralisme juridique et juridictionnel. Le droit contemporain n'est plus seulement constitué du droit de l'État. Il est également irrigué par des règles issues d'autres ordres juridiques et interprétées par d'autres juridictions. En cela d'ailleurs, le pluralisme du droit a bousculé la sécurité juridique, entendue dans sa triple acception classique d'accessibilité, de stabilité et de prévisibilité du droit.

432. Dans ce contexte redessiné, l'office du juge administratif est modifié. Originellement confronté à la seule norme interne, le juge doit désormais et depuis particulièrement les années 1990 intégrer la norme internationale, dont particulièrement la norme européenne. L'enjeu est de taille pour le juge administratif qui doit désormais s'ouvrir au monde et accepter l'influence d'autres droits et juridictions. Il doit le faire tout en parvenant cependant à préserver les impératifs d'harmonie et de sécurité juridiques.

Pris dans ce mouvement d'internationalisation du droit, le juge administratif n'entend pas rester au ban de cette évolution essentielle du droit contemporain. À cette fin, il mobilise la motivation formelle et substantielle de ses décisions. Il renouvelle ses méthodes rédactionnelles et de raisonnement pour participer au pluralisme juridique induit notamment par l'internationalisation du droit (Chapitre 1) tout en palliant les risques, spécialement en termes de sécurité juridique (Chapitre 2).

CHAPITRE I : La motivation, instrument mobilisé face à l'internationalisation du droit

433. L'internationalisation du droit a eu deux conséquences essentielles pour le juge administratif. D'une part, elle a contraint ce juge à s'ouvrir au monde. Dans un espace juridique désormais mondialisé ou globalisé, l'isolement du juge et son repli sur soi ne sont plus tenables. L'ordre juridique interne n'est plus fermé sur lui-même mais « ouvert [et] construit en interaction avec son environnement »¹³¹⁵. Le juge national et notamment le juge administratif doivent dès lors composer avec ce contexte rénové. Accoutumé à échanger avec son homologue judiciaire puis avec le Conseil constitutionnel, le juge administratif a dû progressivement s'ouvrir également aux juridictions internationales, européennes et étrangères. Il se doit désormais d'interagir avec les juges étrangers, européens et internationaux pour ne pas rester au ban de l'évolution du droit. D'autre part, l'internationalisation du droit a bousculé le modèle hiérarchique et l'image traditionnelle de la pyramide¹³¹⁶ censés traduire « la simplicité (au moins théorique) d'un ordonnancement unifié, hiérarchisé et stable, tel qu'on le connaît dans le droit interne »¹³¹⁷. Le juge administratif n'est plus seulement confronté à la norme interne mais également à la norme internationale et notamment à la norme européenne. De fait, l'ordre normatif classique, structuré selon le principe hiérarchique et le modèle pyramidal, est mis en cause en ce qu'il ne refléterait plus fidèlement la réalité du phénomène juridique ou de l'univers juridique. Le juge fait face à « une situation de pluralisme juridique, [l'] État s'inscrivant dans des ordres [...] ouverts les uns sur les autres, mais surtout intimement reliés, sans être clairement hiérarchisés et subordonnés, les uns aux autres. [...] Ces systèmes n'obéissent en effet à aucune hiérarchie prédéfinie – chacun ayant affirmé son autonomie – et leur multitude tout autant que leurs permanentes interactions déstructurent la hiérarchie pyramidale des normes décrite par Hans Kelsen au profit de ce qui est désormais décrit comme un réseau de normes »¹³¹⁸. La difficulté vient de la rencontre de ces divers systèmes juridiques qui correspondent chacun à un ordre juridique propre ou autonome, cohérent, structuré et hiérarchisé. L'articulation du droit de l'Union européenne et du droit européen des droits de l'homme avec l'ordre juridique interne

¹³¹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Paris, Éd. du Seuil, 2006, spéc. p. 98.

¹³¹⁶ Sur la crise de ce paradigme, V. : F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

¹³¹⁷ M. DELMAS-MARTY, « Avant-propos », in DUBOUT (É.), TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 5-10, spéc. p. 8.

¹³¹⁸ J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », discours à l'Université de Kyoto, 26 octobre 2016 (disponible sur le site internet officiel du Conseil d'État).

pose avec une acuité extrême la question de la pertinence d'un raisonnement fondé sur la hiérarchie des normes dès lors « *qu'il n'existe pas de véritable hiérarchie des normes en Europe* »¹³¹⁹.

434. Ce double enjeu moderne qui s'impose à lui en raison du phénomène d'internationalisation du droit, le juge administratif en a pris pleinement conscience¹³²⁰. En ce sens, il n'est plus le juge replié sur lui-même dont on a pu contester la position de défiance qu'il a longtemps maintenue à l'égard du droit international, notamment des droits européen des droits de l'homme et de l'Union européenne. Le Conseil d'État s'est ouvert au monde. Ainsi se multiplient les influences croisées qu'il entretient avec les juridictions internationales et européennes, notamment les Cours de Strasbourg et de Luxembourg, et avec certaines juridictions nationales suprêmes étrangères. Le juge administratif entend bien faire sa place dans le dialogue des juges désormais en marche. À ce titre, il mobilise pleinement la motivation de ses décisions en ce qu'elle lui permet de s'inscrire dans le dialogue des juges (Section 1).

435. De même qu'il a compris la nécessité de s'ouvrir vers l'extérieur, le juge administratif a pris acte de ce que le pluralisme juridique induit par l'internationalisation du droit lui impose de penser les interactions entre la norme interne et la norme externe en dehors du seul prisme hiérarchique. L'image classique de la pyramide ne permet pas de rendre pleinement compte des rapports entre la norme interne et la norme internationale. De même, le principe hiérarchique ne permet pas de manière pleinement satisfaisante de régler des conflits éventuels entre ces normes.

En première ligne face à ces rapports systémiques, il revient essentiellement au juge ordinaire national d'articuler et de concilier ces diverses hiérarchies de normes. Faisant face à « *plusieurs systèmes juridiques [qui] cohabitent, souvent se chevauchent, parfois se contredisent, sans que les doublons, les tensions ou les antinomies éventuelles puissent se résoudre de manière simple en l'absence de règle de conflit de type fédéral* »¹³²¹, le juge administratif est ainsi en quête d'une forme renouvelée d'ordre ou d'organisation du droit qui, dépassant le prisme hiérarchique fondé sur la relation binaire supériorité-subordination, a vocation à garantir une plus grande souplesse dans les interactions entre des systèmes juridiques divers mais néanmoins interdépendants et les normes qui en sont issues. Parce que le pluralisme juridique a bousculé l'image traditionnelle d'un ordre juridique interne censé parfaitement ordonné selon le modèle hiérarchique et pyramidal, il s'agit désormais de penser

¹³¹⁹ M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, n°43/2009, p. 11 et s.

¹³²⁰ V. notamment : M. GUYOMAR, D. SIMON, *op.cit.*

¹³²¹ *Idem.*

l'émergence de nouvelles clés permettant d'appréhender les rapports entre systèmes et ainsi garantir sinon un ordre parfaitement organisé au moins une certaine harmonie.

436. Le juge administratif semble vouloir s'orienter dans cette voie de l'harmonie. C'est en tout cas ce qui ressort de l'étude de la motivation de ses décisions. Le Conseil d'État, en effet, cherche à établir une structuration rénovée des rapports entre la norme interne et la norme internationale. Sans totalement se départir de la logique hiérarchique traditionnelle, il entend néanmoins désormais favoriser la cohérence ou l'harmonie plutôt que la hiérarchie. L'ordre juridique interne n'étant plus fermé sur lui-même, le juge national n'est plus en mesure de garantir un ordre véritable, une stricte hiérarchie entre des normes d'origines désormais diverses. Il doit cependant s'attacher à maintenir une certaine cohérence ou harmonie¹³²² normative de telle sorte que des normes pourtant issues de systèmes juridiques distincts puissent être conciliées et s'accorder ensemble. La stabilité nécessaire du droit l'impose. L'objectif n'est plus de parvenir à une structuration précisément hiérarchisée des rapports entre la norme interne et la norme internationale mais de favoriser une articulation harmonieuse entre ces normes. Il s'agit non plus de déterminer les rapports hiérarchiques entre ces normes, mais plutôt de les faire s'accorder ensemble. Cet objectif d'harmonie que le juge administratif poursuit transparaît tout entier de la motivation, tant formelle que substantielle, de ses décisions. Car, en effet, ledit juge mobilise pleinement la motivation de ses décisions non seulement pour manifester cette harmonie souhaitée, mais encore pour la construire (Section 2).

¹³²² Les termes harmonie (du grec *harmonia*, assemblage) et cohérence (du latin *cohaerentia*, attaché ensemble) sont très similaires en ce qu'ils renvoient tous deux à l'idée de liaison et d'accord ou d'entente entre les diverses parties d'un tout, d'un ensemble. Nous utiliserons néanmoins par préférence la notion d'harmonie que nous croyons moins connotée ou chargée de sens. En théorie classique, la cohérence renvoie en effet plus spécifiquement à la problématique des antinomies en droit c'est-à-dire aux hypothèses d'incompatibilité entre deux ou plusieurs normes qui imposent des prescriptions contradictoires ne pouvant dès lors être exécutées simultanément. Or, en ce qu'elle focalise ainsi sur la problématique des conflits normatifs, la cohérence n'épuise pas à elle seule, selon nous, la question plus globale des rapports entre normes. Questionner les rapports entre normes c'est s'intéresser à l'articulation de ces normes en cas de conflit mais également, le cas échéant, à l'ordonnancement de ces normes ou encore à la manière dont ces normes sont susceptibles de s'influencer réciproquement.

À noter que R. Latournerie, en son temps, a mobilisé la notion d'harmonie, faisant valoir que la « *loi générale d'harmonie* » constitue « *la règle d'or du raisonnement juridique* ». V. : R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275, spéc. pp. 238-239.

Section I : La motivation, instrument de l'insertion du juge administratif dans le dialogue des juges

437. L'image classique d'un juge replié sur lui-même et réticent aux échanges avec les autres juges ne correspond plus à l'attitude qui est désormais celle du Conseil d'État. Ce dernier s'est, en effet, progressivement ouvert au monde, à compter particulièrement des années 1990. Le juge administratif entend bien, depuis lors, participer pleinement au « dialogue des juges »¹³²³, entendu au sens de « *moyen de coopération avec l'extérieur [, avec] les « autres » juges* » et qui « *se traduit par un rapprochement jurisprudentiel libre et volontaire ou un évitement spontané de divergence, à la fois non directement imputables à une obligation préexistante [de dialoguer] et suggérant un rapport de réciprocité* »^{1324 1325}.

Pour jouer ainsi le jeu du dialogue des juges, le juge administratif mobilise la motivation de ses décisions. Par une rédaction habile des motifs de ses décisions, il donne à voir l'influence de jurisprudences externes sur la sienne propre. De même, il n'hésite plus à faire des motifs de ses décisions un lieu privilégié de dialogue et d'échanges avec les autres juges. Cette volonté du juge administratif de s'inscrire dans une démarche dialogique (§1) trouve cependant une limite dans celle, qui est également la sienne, de préserver son indépendance. Si le Conseil d'État accepte de participer au dialogue des juges et dans ce cadre, tient compte effectivement de jurisprudences extérieures, il n'est pas encore prêt à s'abandonner pleinement à l'autorité de celles-ci. Cette réserve essentielle, la haute juridiction entend bien la manifester par la manière dont elle rédige ses décisions (§2).

¹³²³ Pour la paternité de cette notion de « dialogue des juges », V. : B. GENEVOIS, conclusions sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit, D.*, 1979, pp. 155-161.

¹³²⁴ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010, resp. p. 314 et p. 323.

¹³²⁵ Nous nous bornerons à appréhender le dialogue des juges tel que présentement défini selon une approche qui fait relativement consensus sans pour autant cependant mésestimer ou nier l'incertitude qui entoure la notion ainsi considérée. Le concept de dialogue des juges est en effet particulièrement incertain dès lors que le terme même souffre d'une ambivalence terminologique et que le phénomène qu'il désigne est lui-même ambivalent notamment parce qu'il renvoie à des phénomènes dialogiques multiples et hétéroclites plus ou moins institutionnalisés. Sur cette ambivalence terminologique et conceptuelle du dialogue des juges, V. : M. DISANT, *op. cit.*, spéc. p. 291 et s.

§1 : La motivation, instrument de revendication de la participation du juge administratif au dialogue des juges

438. Il est particulièrement remarquable de considérer « *l'attachement si ce n'est la revendication du dialogue dont font montre les juges eux-mêmes lors de colloques, communications, allocutions, et autres interventions* »¹³²⁶. Dans le contexte moderne du pluralisme juridictionnel, les juges entendent revendiquer chacun leur participation au dialogue inter-juridictionnel. Le juge administratif français n'est pas en reste et revendique le déploiement du dialogue entretenu avec d'autres juges¹³²⁷.

Cette volonté revendiquée du juge administratif de participer activement au dialogue des juges ressort désormais, également, de la motivation de ses décisions. Le juge administratif mobilise en effet la motivation tant formelle que substantielle de ses décisions en vue de revendiquer plus pleinement encore sa participation au dialogue des juges.

439. De la participation du Conseil d'État au dialogue des juges, il résulte des influences censées réciproques entre la haute juridiction et notamment les juges européens (Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme), voire même entre la haute juridiction et des juridictions nationales suprêmes étrangères, notamment européennes. Le Conseil d'État est influencé lui-même par des jurisprudences externes mais entend bien à son tour influencer les autres juges.

Précisément, la motivation de ses décisions sert ce double mouvement dialogique auquel le juge administratif suprême est désormais partie. Par la pratique de la motivation par référence expresse à des jurisprudences extérieures, le Conseil d'État consent à donner à voir ses influences et marque ainsi qu'il accepte le jeu du dialogue et du pluralisme (A). En retour, pour espérer compter sur la scène internationale et influencer d'autres juges, le juge administratif suprême mobilise les motifs de ses décisions comme lieu privilégié de dialogue et d'échanges avec les autres juges (B). La motivation sert le dialogue autant qu'elle en manifeste l'existence.

¹³²⁶ M. DISANT, *op. cit.*, spéc. p. 303.

¹³²⁷ V. notamment en ce sens : J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », discours à l'Université de Kyoto, 26 octobre 2016 (disponible sur le site internet officiel du Conseil d'État).

A. La motivation, manifestation d'un dialogue source d'influence pour le juge administratif

440. La référence expresse à une jurisprudence externe témoigne avant tout du dialogue entretenu entre les juges : « *le chassé-croisé des références à des décisions de justice « externes » [...] est la marque du dialogue judiciaire* »¹³²⁸. La pratique rédactionnelle du juge administratif marque ainsi le dialogue engagé avec les autres juges. À ce titre, il est notable de constater que le juge administratif se réfère de plus en plus souvent aux jurisprudences d'autres juridictions et ce de manière expresse. Alors même qu'il rechigne à se référer expressément à sa propre jurisprudence, le juge administratif n'hésite plus à faire exprès appel à la jurisprudence d'autres juridictions nationales mais pas seulement. En ce sens, le juge administratif motive ses décisions par référence expresse à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et parfois même par référence expresse à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

441. La pratique de la motivation par référence expresse à une jurisprudence externe a d'abord concerné les rapports entre les juridictions nationales. Il n'est plus exceptionnel en ce sens de voir le Conseil d'État faire référence à la jurisprudence de la Cour de cassation. Face à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le juge administratif se révèle traditionnellement plus prudent. Devant faire application d'un texte de loi qui n'a pas été soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, le juge administratif, « *alors même que la question de principe soulevée par l'affaire a, à propos d'un autre texte, déjà reçu réponse de la part du Conseil constitutionnel [...] estime qu'il est libre de se déterminer* »¹³²⁹ et de ne pas suivre la position du juge constitutionnel. En conséquence, le plus souvent dans ce cas, ni les visas, ni les motifs de la décision du juge administratif ne contiennent référence à une décision du Conseil constitutionnel¹³³⁰. Ainsi, la tendance classique est à la réception implicite de la chose interprétée constitutionnelle^{1331 1332}. Le Conseil d'État, certes, a déjà consenti à

¹³²⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95-130, spéc. p. 99.

¹³²⁹ J. ARRIGHI DE CASANOVA, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°30/2011, pp 23-29, spéc. p. 24.

¹³³⁰ *Idem*.

¹³³¹ V. pour des exemples classiques : CE, 9 juillet 1986, *Ville de Paris*, n°74691, rec. p. 196, conclusions M. Fornacciari, *RFDA*, 1987, spéc. p. 281 et s. ; CE, 20 janvier 1988, *SCI « La Colline »*, n°70719, rec. p. 21, conclusions C. De la Verpillière, *RFDA*, 1988, spéc. p. 882.

¹³³² Au contraire, le juge administratif n'hésite pas à se référer expressément à la chose jugée constitutionnelle. Ayant à appliquer un texte de loi à propos duquel le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité, le juge administratif s'estime tenu par la chose jugée constitutionnelle (CE, Ass., 20 décembre 1985, *Société Établissements Outters*, rec. p. 382 ; concernant les réserves d'interprétation dont le Conseil d'État estime qu'elles sont revêtues de l'autorité de chose jugée : CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, n°115052, rec. p. 17) et n'hésite pas alors à se référer expressément à la décision du Conseil constitutionnel dans les visas et les motifs de sa propre décision. La pratique de la rédaction par référence expresse à la chose jugée constitutionnelle a été mise en œuvre par le Conseil d'État dès son arrêt *Société Établissements Outters*.

se référer de manière expresse, dans les visas¹³³³ ou les motifs¹³³⁴ de ses décisions, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel mais ce cas de figure est resté plus rare.

La pratique de la rédaction par référence expresse à la jurisprudence constitutionnelle et celle de la motivation par référence expresse à cette jurisprudence se sont toutefois progressivement développées particulièrement sous l'influence et dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité¹³³⁵ (QPC). Il a pu être constaté à ce titre, depuis l'entrée en vigueur de cette procédure, un « *accroissement sensible du nombre des décisions du Conseil d'État se référant à celles du Conseil constitutionnel* »¹³³⁶. Eu égard aux conditions fixées par les textes pour le renvoi de la QPC au juge constitutionnel¹³³⁷, le Conseil d'État, juge du filtre, est, en effet, « *conduit à viser des décisions du Conseil constitutionnel et à les citer dans ses motifs, en dehors des hypothèses, correspondant à l'application de l'article 62 [de la Constitution], auxquelles il se tenait auparavant* »^{1338 1339}. La troisième condition du filtre relative au caractère nouveau ou sérieux de la question posée favorise la pratique, jusqu'alors exceptionnelle, de la motivation par référence expresse à la chose interprétée constitutionnelle. Car en effet, l'appréciation de cette condition suppose de la part du Conseil d'État, juge du filtre, qu'il se prononce au regard de la jurisprudence constitutionnelle¹³⁴⁰. Ainsi, lorsqu'il refuse de saisir le juge constitutionnel au motif que la question

¹³³³ CE, 20 janvier 1988, *Ministre de l'intérieur c. Elfenzi*, n°87036, rec. p. 17 : visa de la décision du Conseil constitutionnel n°82-155 DC du 30 décembre 1982.

¹³³⁴ CE, 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs titulaires du Muséum d'histoire naturelle*, n°67622, rec. p. 216 : « *Considérant qu'ainsi que l'a énoncé le Conseil constitutionnel dans sa décision 83-165 DC du 20 janvier 1984, la garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; que cette indépendance suppose que ...* ».

¹³³⁵ Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une QPC sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit (article 61-1 de la Constitution). La loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* a prévu dans ce cadre un mécanisme de double filtrage de la QPC opéré par le juge ordinaire.

¹³³⁶ J. ARRIGHI DE CASANOVA, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », préc., spéc. p. 29.

¹³³⁷ Le juge administratif *a quo* saisi d'une QPC la transmet au Conseil d'État sous trois conditions cumulatives : la disposition législative contestée eu égard à sa conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit est applicable au litige ou à la procédure ; elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; la question posée n'est pas dépourvue de caractère sérieux. La troisième condition du renvoi de la QPC est appliquée plus strictement par le Conseil d'État et la Cour de cassation, juges du filtre : la question posée doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux. V. les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

¹³³⁸ J. ARRIGHI DE CASANOVA, *op. cit.*, spéc. p. 27.

¹³³⁹ L'appréciation de la seconde condition du filtre tenant à l'absence de déclaration de conformité a conforté la pratique déjà acquise de la motivation par référence à la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Parce que l'appréciation de cette seconde condition suppose du juge du filtre une lecture de la chose déjà jugée par le Conseil constitutionnel, il n'y a « *rien de surprenant [...] à ce que le Conseil d'État se réfère explicitement à la décision de conformité* » (J. ARRIGHI DE CASANOVA, *op. cit.*, spéc. p. 27) antérieurement émise par le juge constitutionnel. En ce sens, pour des exemples de références expresses : CE, 19 mai 2010, *Commune de Buc*, n°330310 ; CE, 17 décembre 2010, n°341829 ; CE, 7 octobre 2013, n°370296.

¹³⁴⁰ Cela est particulièrement vrai pour ce qui concerne la condition tenant au sérieux de la question. En effet, dans l'appréciation du caractère sérieux de la question posée, le Conseil d'État, juge du filtre, n'est pas censé développer une jurisprudence constitutionnelle autonome (il le fait pourtant parfois) mais, au contraire, tenir compte de et réceptionner la

posée n'est pas nouvelle, le juge administratif suprême n'hésite pas à se référer de manière expresse à la jurisprudence constitutionnelle¹³⁴¹. De même et plus encore, lorsqu'il refuse de transmettre la question au motif qu'elle ne présente pas un caractère sérieux, le Conseil d'État a tendance à motiver sa décision par référence expresse à la jurisprudence constitutionnelle¹³⁴². Le Conseil d'État choisit alors parfois de se référer expressément, mais sans davantage de précisions, à la chose interprétée constitutionnelle¹³⁴³. Dans d'autres cas, se faisant plus précis, le juge administratif suprême indique les références de la décision du Conseil constitutionnel par laquelle celui-ci a fixé sa jurisprudence¹³⁴⁴.

442. Désormais, la pratique de la motivation par référence expresse concerne également les rapports entre le juge national et certaines juridictions internationales¹³⁴⁵. Ainsi voit-on particulièrement le Conseil d'État se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et à celle de la Cour de justice de l'Union européenne. L'influence des jurisprudences luxembourgeoise et strasbourgeoise sur la jurisprudence administrative ne ressort plus seulement des conclusions des rapporteurs publics mais se manifeste désormais concrètement dans les motifs, ainsi d'ailleurs que dans les visas, des décisions du juge administratif. La tendance est au développement de la motivation par référence aux jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme. Cet essor de la motivation par référence expresse se manifeste avec une acuité particulière dans les rapports qu'entretient le juge administratif avec la Cour de justice de l'Union européenne. La pratique habituelle de la motivation par référence expresse à la chose interprétée par la Cour de Luxembourg (1) contraste ainsi avec le caractère encore exceptionnel de la référence expresse à la jurisprudence strasbourgeoise (2). Cette divergence de pratique est d'autant plus étonnante qu'elle emporte conséquence s'agissant de la légitimité des décisions du juge administratif (3).

chose interprétée constitutionnelle. Sur ce point, V. notamment : B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit administratif », in PERRIER (J.-B.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, pp. 143-153.

¹³⁴¹ V. pour un exemple : CE, 28 juin 2010, n°338537 : référence expresse à la décision du Conseil constitutionnel n°2003-483 DC du 14 août 2003.

¹³⁴² V. déjà en ce sens : M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Paris, Lamy, coll. « Axe droit », 2011, spéc. p. 235

¹³⁴³ V. pour un exemple : CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et a.*, n°320667, rec. T. p. 810 : référence expresse est faite dans les motifs de cet arrêt aux « termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel ».

¹³⁴⁴ V. pour des exemples : CE, 16 juillet 2010, n°321056 : visa de la décision du Conseil constitutionnel n°89-260 DC du 28 juillet 1989 et référence expresse à cette décision ; CE, 23 juillet 2010, n°339595 : référence expresse à la décision du Conseil constitutionnel n°88-248 DC du 17 janvier 1989 ; CE, 31 mai 2010, *Exbrayat*, n°338727, rec. p. 175 : visa de la décision n°89-268 DC du 29 décembre 1989 du Conseil constitutionnel et référence expresse à cette décision.

¹³⁴⁵ À titre exceptionnel, le juge des référés du Conseil d'État a pu se référer expressément, dans les motifs de son ordonnance, à la jurisprudence d'une juridiction nationale suprême étrangère (en l'espèce, la *Hight Court of Justice*) : CE, ord., 29 octobre 2003, *Techna SA*, n°260768, rec. p. 422.

1. La pratique habituelle de la motivation par référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

443. Les références faites par le Conseil d'État à la jurisprudence interprétative, essentiellement¹³⁴⁶ préjudicielle, de la Cour de justice de l'Union européenne « *après avoir été plutôt implicites, sont devenues progressivement explicites* »¹³⁴⁷. La tendance de principe est désormais à la référence explicite et même expresse à la jurisprudence interprétative de la Cour de justice. Ainsi en est-il, d'abord, lorsque le juge administratif se prononce au fond après avoir sursis à statuer et renvoyé lui-même une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg. En effet, « *la décision juridictionnelle rendue au fond après l'arrêt de la Cour de justice prend en compte l'arrêt sur renvoi dans ses considérants : elle rappelle le problème posé par l'espèce et cite la réponse apportée par la Cour à cette question, en précisant la date de l'arrêt et le fait qu'elle statuait sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État. La réponse apportée par la Cour dans son dispositif est citée in extenso* »¹³⁴⁸. De même désormais, la motivation par référence expresse à la jurisprudence interprétative de la Cour de Luxembourg est celle mise en œuvre par principe lorsque le juge administratif réceptionne la chose interprétée par la Cour de justice saisie à titre préjudiciel par une autre juridiction administrative ou judiciaire française ou par une juridiction d'un autre État membre de l'Union. Dans un tel cas de figure en effet, le juge administratif n'hésite plus à se référer expressément dans les visas et¹³⁴⁹/ou les motifs de sa décision à la chose interprétée communautaire.

444. Ainsi, le Conseil d'État lui-même se réfère-t-il parfois expressément, mais sans plus de précision, à la chose interprétée par la Cour de Luxembourg.

« *Considérant que les dispositions de la directive [2003/88/CE du 4 novembre 2003], telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes, ne font pas obstacle, par elles-mêmes, à la fixation de rapports d'équivalence entre le temps de présence d'un travailleur sur son lieu de travail et le temps de travail regardé comme effectif ; qu'aux termes de l'article 1er du décret attaqué : [...]; qu'en prévoyant*

¹³⁴⁶ Les interprétations du droit de l'Union européenne émises par la Cour de justice ont vocation à l'être de manière privilégiée dans le cadre, prévu à cet effet, de la procédure préjudicielle. Toutefois, la Cour de justice peut être amenée à interpréter le droit de l'Union à l'occasion de toute autre voie de droit et notamment à l'occasion d'un arrêt rendu dans le cadre d'un recours en manquement.

¹³⁴⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1998, spéc. p. 430.

¹³⁴⁸ Rapport du Conseil d'État, « *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des communautés européennes* », Colloque de l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, Helsinki, 20 et 21 mai 2002, spéc. p. 27.

¹³⁴⁹ V. notamment : CE, 8 avril 1987, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c. Heisch*, n°73887, rec. p. 138 : après avoir visé « *la décision n° 67/79 du 28 février 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes* », saisie à titre préjudiciel par une juridiction étrangère, le Conseil d'État s'y réfère expressément dans les motifs de son arrêt.

ainsi, par son article 1er, un rapport d'équivalence entre le temps de présence des agents des douanes embarqués et leur temps de travail, et, par son article 2, que, pour le calcul de la durée hebdomadaire maximale de ce temps de travail, était prise en compte l'intégralité de leurs heures de présence à bord, le décret attaqué n'a eu ni pour objet ni pour effet de méconnaître les dispositions de la directive citées ci-dessus » (CE, 6 mars 2009, *Fédération des finances CFDT*, n°311311, inédit au recueil)¹³⁵⁰.

« Considérant que si, aux termes de l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : [...], il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que cet article s'adresse non pas aux Etats membres mais uniquement aux institutions, organes et organismes de l'Union ; qu'ainsi, le moyen tiré de leur violation par une autorité d'un Etat membre est inopérant ; [...] Considérant, toutefois, qu'il résulte également de la jurisprudence de la Cour de Justice que le droit d'être entendu fait partie intégrante du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union ; qu'il appartient aux Etats membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, de déterminer les conditions dans lesquelles le respect de ce droit est assuré ; que ce droit se définit comme celui de toute personne de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours d'une procédure administrative avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts ; qu'il ne saurait cependant être interprété en ce sens que l'autorité nationale compétente est tenue, dans tous les cas, d'entendre l'intéressé lorsque celui-ci a déjà eu la possibilité de présenter, de manière utile et effective, son point de vue sur la décision en cause [...] » (CE, 9 novembre 2015, *M. Arslanaliyev*, n°381171, rec. T. p. 575)¹³⁵¹.

Dans d'autres cas, le Conseil d'État se réfère de manière expresse à la jurisprudence interprétative de la Cour de justice en prenant soin de préciser les références de l'arrêt par lequel la Cour a fixé sa jurisprudence. En ce sens, il arrive que le juge administratif suprême indique, au sein des motifs de son arrêt, la date précise de la décision préjudicielle de la Cour¹³⁵². Plus encore, ledit juge a pu renseigner les références complètes de l'arrêt de la Cour de justice.

« Considérant qu'il résulte de l'article 43 CE du traité, tel que l'a interprété la Cour de justice des Communautés européennes, notamment dans l'arrêt Reinhard X... (aff. C-55/94 du 30 novembre 1995), que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ; qu'à cet égard, il incombe au juge national de se prononcer au vu des

¹³⁵⁰ (Nous soulignons).

¹³⁵¹ (Nous soulignons).

¹³⁵² CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, n°58657, rec. p. 251 : « Considérant que le règlement n°1035/72 du conseil des communautés européennes en date du 12 mai 1972 a défini, [...] ; qu'il résulte de l'interprétation donnée dans sa décision du 25 novembre 1986 par la cour de justice des communautés européennes statuant sur renvoi préjudiciel que [...] » (nous soulignons). En l'espèce, la décision préjudicielle à laquelle fait référence le Conseil d'État a été rendue par la Cour de justice (CJUE, 25 novembre 1986, aff. 218/85, *CERAFEL c. Le Campion*) sur saisine d'une juridiction judiciaire française.

modalités concrètes d'application de la réglementation contestée devant lui [...]» (CE, 5 mars 2003, *Société Immaldi et Cie*, n°225470, rec. T. p. 687 et p. 701)¹³⁵³.

2. La pratique encore exceptionnelle de la motivation par référence expresse à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

445. À l'opposé de la pratique qui est la sienne concernant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil d'État réceptionne et applique classiquement la jurisprudence strasbourgeoise de manière seulement implicite. « *Au besoin, le Conseil d'État cite certes des arrêts européens dont la mise en œuvre serait directement en cause (comme dans l'affaire société Amibu de 1997) ; on ne le voit pas en revanche citer de jurisprudences ou interprétations et doctrines de la Cour* »¹³⁵⁴ car en effet « *une chose est de renvoyer à des décisions particulières et à la chose jugée qui s'y intègre, autre chose est de fonder un arrêt sur l'opinion ou les interprétations d'un autre juge* »¹³⁵⁵.

Quand bien même il se conforme par principe désormais à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le juge administratif suprême rechigne à le faire savoir à l'occasion des visas et motifs de ses décisions. La haute juridiction se borne ainsi, le plus souvent, à viser voire citer le texte même de la Convention européenne des droits de l'homme sans se référer toutefois à la jurisprudence interprétative de la Cour européenne y afférente¹³⁵⁶. Parfois même, la haute juridiction procède à l'internalisation ou la « *naturalisation* »¹³⁵⁷ d'un droit ou d'un principe de nature conventionnelle qu'elle applique. Dans un tel cas de figure, le Conseil d'État fait appel à un droit ou principe dont il laisse croire qu'il préexiste en droit interne à toute consécration par la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁵⁸. Ainsi en est-il lorsque le Conseil d'État présente le principe d'impartialité comme étant simplement rappelé à l'article 6§1 de la Convention européenne¹³⁵⁹ ou encore lorsqu'il consacre le droit à un délai raisonnable de jugement en tant que celui-ci compte parmi les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives¹³⁶⁰. Dans un

¹³⁵³ (Nous soulignons).

¹³⁵⁴ B. PACTEAU, « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », in SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 251-287, spéc. p. 259.

¹³⁵⁵ *Idem*, p. 261.

¹³⁵⁶ V. pour des exemples : CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, rec. p. 34 ; CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des sceaux, Ministre de la justice c. Magiera*, n°239575, rec. p. 247 ; CE, Ass., 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, n°317747, rec. p. 251.

¹³⁵⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, « Rapports nationaux. La France », in DUBOUT (É.), TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 233-257, spéc. p. 246.

¹³⁵⁸ Sur cette pratique du juge administratif, V. notamment : A. ROBLOT-TROIZIER, *op.cit.*

¹³⁵⁹ CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n°207434, rec. p. 399 ; CE, Sect., 12 octobre 2009, *Petit*, n°311641, rec. p. 368, avec les conclusions de M. Guyomar.

¹³⁶⁰ CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des sceaux, Ministre de la justice c. Magiera*, préc.

tel cas de figure, le Conseil d'État souscrit à la jurisprudence européenne des droits de l'homme mais il le fait « indirectement [...] au travers du prisme [des] principes déjà classiques »¹³⁶¹ de la jurisprudence administrative française.

446. Sans renverser totalement la réserve rédactionnelle qu'il entretient à l'égard de la jurisprudence interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État tend toutefois à la dépasser en consentant, parfois, à se référer de manière plus explicite à ladite jurisprudence.

Ainsi en est-il lorsque la haute juridiction administrative vise expressément un arrêt par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a fixé sa jurisprudence. Cette pratique a été particulièrement mise en œuvre par le juge administratif suprême durant les années 2005 et 2006¹³⁶².

Aussi en est-il lorsque le juge administratif reprend à son compte des formules similaires à celles utilisées par la Cour. Est particulièrement topique de cette pratique l'arrêt *Commune de Meudon*¹³⁶³. À l'occasion de cet arrêt, tout en maintenant sa jurisprudence traditionnelle issue de sa décision *Société Dikson*¹³⁶⁴, le Conseil d'État en modifie cependant le considérant de principe, jusqu'alors repris dans des termes identiques¹³⁶⁵, de sorte à ce que celui-ci soit désormais plus proche de la formule dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁶⁶ dans son arrêt *Thomann*¹³⁶⁷.

Enfin en est-il lorsque le Conseil d'État fait expresse référence, au sein même des motifs de sa décision, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette pratique a été inaugurée par le juge des référés du Conseil d'État. Ainsi, dans son ordonnance *Meyer*¹³⁶⁸ de 2005, le juge du référé-suspension, à l'occasion d'une incise, a fait état de ce que « selon la jurisprudence

¹³⁶¹ B. PACTEAU, « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », préc., spéc. p. 282.

¹³⁶² V. pour des exemples en ce sens : CE, ord., 20 décembre 2005, *Meyer*, n°288253, rec. p. 586 : visa de « l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 avril 1988, *Boyle et Rice* » ; CE, ord., 24 février 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix*..., n°289394, rec. T. p. 1013 : visa de « l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 avril 2003, *Mocie c/ France* ».

¹³⁶³ CE, Sect., 11 février 2005, *Commune de Meudon*, n°258102, rec. p. 55 : « en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant les conditions dans lesquelles il doit être statué après l'annulation d'une décision de justice, ni le devoir d'impartialité qui s'impose à toute juridiction, qui est rappelé par l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni aucune autre règle générale de procédure ne s'oppose à ce que les juges dont une décision a été annulée délibèrent à nouveau sur l'affaire en la même qualité ».

¹³⁶⁴ CE, 12 novembre 1926, *Société Dikson, Walrave et Cie*, rec. p. 963 : « si des dispositions législatives ou réglementaires ont déterminé, dans certains cas, les conditions dans lesquelles il doit être statué, après cassation d'une décision de justice, par la juridiction de renvoi, aucune règle générale de procédure ne s'oppose, en l'absence de texte de cette nature, à ce que les juges dont une décision a été annulée pour violation de la loi soient appelés à délibérer à nouveau sur la même affaire ».

¹³⁶⁵ V. notamment : CE, 25 juillet 1980, *Dollet*, rec. p. 323.

¹³⁶⁶ V. en ce sens : C. LANDAIS, F. LENICA, « Le devoir d'impartialité à l'épreuve du dialogue des juges », chronique sur CE, Sect., 11 février 2005, *Commune de Meudon*, *AJDA*, 2005, p. 660 et s.

¹³⁶⁷ Cour EDH, 10 juin 1996, *Thomann c. Suisse*, requête n°17602/91, spéc. §32 et §33.

¹³⁶⁸ CE, ord, 20 décembre 2005, *Meyer*, n°288253, rec. p. 586.

de la Cour européenne des droits de l'homme l'article 13 de la convention « ne saurait s'interpréter comme exigeant un recours interne pour toute doléance » ». De même, dans les motifs de son ordonnance *Section française de l'observatoire international des prisons*¹³⁶⁹ de 2007, le juge du référé-suspension a fait valoir « qu'ainsi que l'a jugé la cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il résulte de l'article 2 de la convention qu'elle est chargée d'appliquer qu'eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration, il appartient tout particulièrement à celle-ci de prendre les mesures propres à protéger leur vie ». Cette pratique de la motivation par référence expresse à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a également été mise en œuvre par les formations plénières de la haute juridiction¹³⁷⁰ et par certaines juridictions subordonnées¹³⁷¹. Elle constitue l'ultime étape caractéristique de la tendance moderne du juge administratif à réceptionner plus explicitement la jurisprudence strasbourgeoise. Pour l'heure, le Conseil d'État se refuse à généraliser cette pratique.

3. L'intérêt de la motivation par référence à une jurisprudence externe en termes de légitimité

447. Il n'est pas nouveau que le juge administratif réceptionne et applique la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁷². Il est plus récent, au contraire, qu'il consente à donner à voir cette réception. Cette pratique moderne n'est pas sans portée dans les relations entre le Conseil d'État et les Cours de Luxembourg et de Strasbourg précisément parce qu'elle manifeste l'influence des jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence administrative française. Classiquement tue¹³⁷³, cette influence est désormais donnée à voir.

Si le juge administratif accepte désormais de dévoiler ainsi les influences au fondement de ses décisions, c'est en réponse à des enjeux modernes bien compris. Outre qu'elle permet de manifester

¹³⁶⁹ CE, ord., 11 juillet 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°305595, inédit au recueil.

¹³⁷⁰ CE, 25 mai 2007, *Courty*, n°296327, rec. T. p. 852, p. 927 et p. 1023, conclusions R. Keller, *AJDA*, 2007, pp. 1424-1427 : le Conseil d'État, en sous-sections réunies, se réfère à « l'article 6§1 de la Convention tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme »

¹³⁷¹ CAA de Marseille, 4 septembre 2007, préc. : la cour administrative d'appel se réfère explicitement à la chose interprétée par la Cour de Strasbourg : « il résulte des stipulations précitées des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentale et de l'article 1er à son protocole additionnel, telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les arrêts susvisés, que tout justiciable a droit à un recours « utile et efficace », devant les juridictions internes et selon les voies qui y sont prévues, afin de pouvoir contester toute atteinte à ses biens, y compris les créances et obligations de nature fiscale ». (Nous soulignons).

¹³⁷² Sur ce point, V. notamment : L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999.

¹³⁷³ L'influence des jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme ressortait alors tout au plus des conclusions des commissaires du gouvernement, devenus rapporteurs publics.

le maintien de l'harmonie juridique par-delà le pluralisme¹³⁷⁴, la pratique de la motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, en ce qu'elle est mobilisée par le juge administratif en vue de revendiquer en la manifestant sa participation au dialogue des juges, emporte un intérêt non négligeable en termes de légitimation du juge et de ses décisions. L'objectif attaché à cette pratique rédactionnelle moderne est de concrétiser le dialogue des juges, de le rendre visible pour mieux finalement en revendiquer l'existence ou la réalité, mais surtout l'utilité en tant qu'il légitime la position du juge administratif et ses décisions. La motivation par référence expresse à des jurisprudences externes répond à l'ambition du juge administratif d'illustrer, de concrétiser la réalité du dialogue amorcé avec d'autres juges dès lors que l'existence même d'un tel dialogue emporte des enjeux essentiels en termes de légitimité.

D'une part, un juge qui participe au dialogue inter-juridictionnel est renforcé dans sa légitimité. Car en effet, ce faisant, il apparaît sous les traits d'un juge ouvert aux échanges avec l'extérieur, jouant le jeu du pluralisme et participant dans ce cadre à la formation progressive d'un droit espéré commun, ou au moins harmonisé, à l'échelle européenne sinon mondiale. En ce sens, la pratique de la motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, en ce qu'elle manifeste et concrétise la participation du juge administratif au dialogue des juges, renforce la légitimité de ce juge en véhiculant de lui l'image bienvenue d'un juge ouvert sur le monde.

D'autre part, du dialogue ainsi entretenu avec d'autres juges, les décisions du juge administratif ont vocation à voir leur légitimité accrue. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe participe de la légitimation des décisions du juge administratif. L'appel à une jurisprudence externe, et notamment à la jurisprudence communautaire ou européenne des droits de l'homme, permet en effet au juge administratif de légitimer plus avant sa décision. La référence à la jurisprudence communautaire ou strasbourgeoise renforce la légitimité de la décision juridictionnelle administrative puisque celle-ci apparaît alors comme la mise en application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme. En cela, la motivation par référence expresse aux jurisprudences de ces deux Cours s'inscrit dans une stratégie de légitimation de la décision du juge administratif. Elle sert l'ambition du juge administratif de conforter, d'asseoir plus certainement ses décisions en montrant qu'elles s'insèrent de manière cohérente au sein du système jurisprudentiel en vigueur. Le juge français entend ainsi justifier et partant, conforter ses décisions en faisant jouer l'argument systémique. La référence à la jurisprudence communautaire ou européenne des droits de l'homme doit en ce sens être considérée comme un utile argument propre à conforter la légitimité de la solution adoptée par le juge

¹³⁷⁴ Cf. *infra* les paragraphes n°465 et s. de la présente thèse.

administratif¹³⁷⁵. En cela, cette technique de motivation sert indubitablement l'argumentation judiciaire, la rhétorique judiciaire.

B. La motivation, instrument dialogique d'influence à disposition du juge administratif

448. Le dialogue des juges est un phénomène très positif parce que, fait d'échanges voulus constructifs entre juges, il a vocation à favoriser l'accord entre ceux-ci et partant, le rapprochement de leur jurisprudence respective. Toutefois, cette facette du dialogue des juges ne doit pas masquer que celui-ci est traversé de fortes tensions dès lors qu'il prend corps dans un contexte de pluralisme juridictionnel qui, par essence, place les juges dans des rapports de compétition ou de concurrence. À ce titre, précisément, il apparaît que le juge administratif entend mobiliser les motifs de ses décisions pour compter et s'imposer dans cet univers compétitif. En ce sens, lesdits motifs sont parfois le siège d'oppositions ou de résistances voire de rébellions du juge administratif¹³⁷⁶.

449. Les motifs des décisions de justice sont un lieu privilégié d'échanges entre juges ; ils sont un moyen essentiel pour les juges de s'inscrire dans le dialogue inter-juridictionnel. Quand bien même des mécanismes ont été institués pour que se développe le dialogue des juges¹³⁷⁷, les motifs des décisions de justice demeurent le siège essentiel des échanges inter-juridictionnels. Dans le contexte moderne du pluralisme juridictionnel qui aboutit à une mise en compétition des juges, ceux-ci mobilisent les motifs de leurs décisions en vue d'exposer leurs positions et ainsi tenter d'influencer les autres juridictions¹³⁷⁸. Le juge administratif français n'est pas en reste. Les efforts en termes de pédagogie consentis par le Conseil d'État lui-même, depuis surtout le début des années 2000, s'expliquent pour partie par sa volonté de faire entendre sa voix à l'échelle mondiale ou au moins européenne car, en effet, « *dans un espace de « dialogue », le style concis, voire apodictique, de décisions juridictionnelles [...] est un handicap sérieux pour la diffusion du droit jurisprudentiel* »¹³⁷⁹. Le didactisme de certaines de ses décisions doit ainsi être appréhendé eu égard au contexte marqué par l'essor du pluralisme juridictionnel.

¹³⁷⁵ Les mêmes conclusions peuvent être valablement dégagées pour ce qui concerne la pratique de la motivation par référence expresse à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

¹³⁷⁶ C. OTERO, « Écrire pour dialoguer ou se rebeller ? », *Les cahiers de la justice*, n°2/2014, pp. 229-239.

¹³⁷⁷ L'on pense particulièrement au mécanisme préjudiciel. Un tel mécanisme existe en droit de l'Union européenne. L'article 267 TFUE dispose que la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités et sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

¹³⁷⁸ G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolance » des juges », *RSC*, 2005, p. 799 et s.

¹³⁷⁹ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010, spéc. p. 327.

En ce sens, l'arrêt *Mme Esclatine*¹³⁸⁰ a été l'occasion pour le juge administratif suprême de faire valoir son point de vue sur l'institution du commissaire du gouvernement suite à l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd*¹³⁸¹ par lequel la Cour de Strasbourg a condamné l'État français à raison de la procédure suivie devant la Cour de cassation. Les auteurs des Grands Arrêts du Contentieux Administratif ne s'y trompent pas lorsqu'ils énoncent que cette décision du Conseil d'État « *répondant par avance aux critiques qui auraient pu être portées à l'institution [du commissaire du gouvernement] compte tenu de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme à propos du rôle de l'avocat général près la Cour de cassation dans l'affaire Reinhardt et Slimane-Kaïd [...] expliquait de manière très didactique* »¹³⁸² le rôle du commissaire du gouvernement, depuis lors devenu rapporteur public. De manière similaire, l'arrêt *Rujovic*¹³⁸³ rendu à propos de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a été l'occasion pour le Conseil d'État de défendre son point de vue quant à la question de la compatibilité de cette procédure avec le droit de l'Union européenne. Par cette décision, la haute juridiction administrative a entendu participer au dialogue engagé sur cette question par la Cour de cassation avec la Cour de justice de l'Union européenne et auquel le Conseil constitutionnel avait également participé¹³⁸⁴.

450. Ainsi donc, pour espérer influencer la position de la juridiction strasbourgeoise ou celle de la Cour de Luxembourg, le Conseil d'État soigne la motivation de ses décisions. Dans l'objectif de convaincre et persuader du bien-fondé de sa position, la haute juridiction l'explique voire l'argumente plus avant. Toutefois, et quand bien même alors le juge administratif dépasse sa réserve rédactionnelle traditionnelle, les chances de voir la juridiction européenne réviser sa position en conséquence sont minces. Le dialogue censé exister entre les juridictions nationales suprêmes et les Cours de Strasbourg et de Luxembourg est un fantasme bien plus qu'une réalité. Il est, pour une large part, « *un leurre* »¹³⁸⁵ dès lors que la réciprocité lui fait largement défaut¹³⁸⁶.

¹³⁸⁰ CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, n°179635, rec. p. 320.

¹³⁸¹ Cour EDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, requêtes n°23043/93 et n°22921/93.

¹³⁸² J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd., V. le commentaire sous CE, Sect., 21 juin 2013, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*, spéc. p. 1208 et s.

¹³⁸³ CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n°312305, rec. p. 165.

¹³⁸⁴ CC, Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

¹³⁸⁵ P. WACHSMANN, « Le dialogue au lieu de la guerre », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 1121-1138, spéc. p. 1138.

¹³⁸⁶ Ainsi, la procédure préjudicielle prévue par l'article 267 TFUE laisse en pratique peu de place au dialogue des juges à proprement parler. En ce sens, la juridiction nationale qui statue par une décision insusceptible d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, sauf exceptions énumérées par la jurisprudence luxembourgeoise (V. sur ces exceptions : CJCE, 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62, *Da Costa* ; CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*), de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel en interprétation du droit de l'Union européenne (la saisine préjudicielle de la Cour de justice est une simple faculté pour les juridictions nationales qui ne statuent pas par des décisions insusceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne) et l'interprétation délivrée par cette Cour s'impose à la juridiction nationale avec force obligatoire de chose

451. La tendance moderne du Conseil d'État à se départir de son *imperatoria brevitatis* traditionnel pour espérer convaincre de ses positions et ainsi favoriser l'exportation de sa jurisprudence ne concerne pas seulement les rapports qu'il entretient avec les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Le dialogue des juges s'instaure également entre certaines juridictions nationales suprêmes, notamment à l'échelle européenne. Plus même, il faut considérer que s'il se développe effectivement un dialogue véritable, c'est-à-dire réciproque et équilibré entre juges, il s'instaure moins entre les juridictions nationales et internationales et notamment européennes (Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme) qu'entre les juridictions suprêmes des États¹³⁸⁷. Dans ce cadre, si le Conseil d'État consent de plus en plus à tenir compte des solutions adoptées par les juridictions nationales suprêmes étrangères¹³⁸⁸, il entend également faire valoir ses positions pour espérer l'exportation de sa jurisprudence à l'étranger. À ce titre, l'enjeu qu'il y a à développer des motivations plus étoffées est parfaitement appréhendé par le juge administratif français, lequel a parfaitement conscience que le « *style [concis traditionnel] rend [...], dans une certaine mesure, plus difficile [la] diffusion [de ses décisions] à l'étranger* »¹³⁸⁹.

§2 : La motivation formelle, instrument au service de la structuration du dialogue inter-juridictionnel

452. La pratique habituelle de la motivation par référence expresse à la jurisprudence communautaire et celle, certes plus exceptionnelle, de la motivation par référence expresse à la jurisprudence européenne des droits de l'homme constituent un indice manifesté de l'acceptation, par le Conseil d'État, de l'autorité de chose interprétée attachée à ces jurisprudences. Par une telle pratique de motivation, le juge administratif donne en effet à voir qu'il s'estime tenu de réceptionner la jurisprudence d'une autre juridiction. De la sorte, ledit juge témoigne de ce qu'il accepte et se

interprétée. Aussi, la Cour de justice est seule compétente pour déclarer invalide un acte de l'Union et cette déclaration d'invalidité s'impose au juge national.

De même, le dialogue, censé réciproque et équilibré, entretenu avec la Cour de Strasbourg est tronqué. En effet, pour éviter la condamnation de l'État partie, le juge national aura tendance à ne pas se risquer à engager un tel dialogue et préférera bien souvent se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sans même chercher à influencer la position de celle-ci.

¹³⁸⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95-130.

¹³⁸⁸ Cette prise en considération par le juge administratif suprême « *ne se traduit pas formellement dans ses décisions, qui ne citent que très exceptionnellement la jurisprudence d'autres juridictions, mais elle se lit largement dans les conclusions des rapporteurs publics* » : J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », discours à l'Université de Kyoto, 26 octobre 2016 (disponible sur le site officiel du Conseil d'État).

¹³⁸⁹ V. : rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 11.

soumet à la compétence privilégiée de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme pour interpréter respectivement le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. En cela, la motivation par référence expresse aux jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme participe, en le manifestant, d'un processus en marche de verticalisation des rapports entre le Conseil d'État et les deux Cours européennes (A). À cet égard néanmoins, l'habitude prise par le juge administratif suprême de se référer expressément à la jurisprudence de Luxembourg tranche avec la réserve dont il témoigne encore vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (B).

A. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, indice de la verticalisation des rapports inter-juridictionnels

453. Passée une certaine période, le dialogue des juges doit cesser pour ne pas verser dans la cacophonie. Au dynamisme des échanges doit faire suite une phase de stabilisation¹³⁹⁰ permettant d'acter les résultats du dialogue inter-juridictionnel c'est-à-dire de fixer la norme telle qu'elle ressort, par hypothèse enrichie, de ce dialogue. Dans le contexte moderne du pluralisme juridictionnel, la question est cependant celle de la juridiction propre à mettre ainsi fin au dialogue et compétente pour fixer l'interprétation censée s'imposer à tous et notamment aux autres juges.

454. « Les « interpénétrations » de systèmes [...] présentent des conséquences extrêmement importantes notamment au niveau de la théorie [...] de l'interprétation juridique [...] dans la mesure où une norme appartenant à un système juridique est susceptible d'être interprétée par les juridictions appartenant à un autre lorsque celles-ci sont appelées à en faire application »¹³⁹¹. La multiplicité des juridictions qui ont vocation à appliquer les mêmes normes suppose ainsi la mise en place d'une certaine verticalité, sinon d'une hiérarchie, entre les interprètes. Cela doit être particulièrement vérifié toutes les fois où, comme c'est le cas de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, une juridiction a été spécialement pensée pour exercer le rôle d'interprète privilégié ou authentique de la norme constitutive de l'ordre juridique au sein duquel elle évolue. Dès lors que la juridiction ainsi instituée comme gardienne d'une telle norme constitutive s'est déjà prononcée sur l'interprétation à en retenir, les autres juridictions ayant à appliquer ce texte sont censées recevoir et appliquer l'interprétation ainsi émise.

¹³⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Paris, Éd. du Seuil, 2006, spéc. p. 62 et s.

¹³⁹¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. pp. 200-201.

Le pluralisme juridictionnel impose de « *discipliner l'attribution de sens* »¹³⁹² des normes constitutives des divers systèmes juridiques en présence. Appliquée à l'échelle de l'Europe, une telle mise en ordre suppose qu'il soit garanti que les interprétations émises par les Cours de Luxembourg et de Strasbourg s'imposent avec autorité obligatoire aux autres juges et particulièrement au juge national. Une autorité juridique obligatoire doit ainsi être reconnue aux interprétations formulées par les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Une telle reconnaissance a vocation, en effet, à permettre une certaine unité dans l'interprétation des traités communautaires et de la Convention européenne et partant, une certaine harmonie d'un droit pourtant désormais pluriel. L'autorité dite de chose interprétée doit ainsi être consacrée à l'égard des jurisprudences luxembourgeoise et strasbourgeoise.

455. L'autorité de chose interprétée¹³⁹³ est une construction doctrinale initiée par le doyen Boulouis concernant la jurisprudence préjudicielle de la Cour de justice des Communautés européennes¹³⁹⁴ et ensuite étendue aux jurisprudences interprétatives de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel¹³⁹⁵. Cette doctrine postule une autorité juridique obligatoire¹³⁹⁶ de la jurisprudence interprétative dégagée par la juridiction qui, désignée gardienne de la norme constitutive de l'ordre juridique dans lequel elle intervient, a pour rôle d'assurer et maintenir la cohérence de cet ordre. Pour éviter les divergences de jurisprudence et assurer une interprétation

¹³⁹² M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010, spéc. p. 753. Le propos de l'auteur concerne spécifiquement le Conseil constitutionnel et l'autorité de chose interprétée attachée à la jurisprudence constitutionnelle : « *l'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel est destinée à discipliner l'attribution de sens à la Constitution* ». Une telle remarque peut cependant être valablement étendue à la question de l'interprétation des traités communautaires et de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹³⁹³ L'autorité de chose interprétée se distingue de l'autorité de chose jugée au regard de son objet mais également de son but. D'une part, tandis que l'autorité de chose interprétée concerne la jurisprudence contenue dans les motifs d'une décision de justice, l'autorité de chose jugée concerne le jugement proprement dit tel qu'il ressort du dispositif de la décision juridictionnelle. D'autre part, alors que l'autorité de chose interprétée a pour fonction essentielle d'assurer la cohérence de l'interprétation d'une norme constitutive d'un ordre juridique, l'autorité de chose jugée vise à empêcher que ce qui a été jugé puisse être remis en cause en dehors des voies de recours prévues par la loi. Ainsi, l'autorité de chose interprétée ne doit pas être confondue avec l'autorité absolue de chose jugée.

Sur cette distinction, V. particulièrement : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, préc., spéc. pp. 366-367 ; du même auteur, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 11-28, spéc. p. 24.

¹³⁹⁴ J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in Mélanges en l'honneur de Marcel WALINE, *Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome 1, pp.149-162.

¹³⁹⁵ V. notamment : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, préc. Concernant spécifiquement le Conseil constitutionnel, V. : M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, préc.

¹³⁹⁶ Cette caractéristique permet de distinguer l'autorité de chose interprétée de l'autorité reconnue à la jurisprudence par la doctrine classique alors même qu'elles portent sur un objet similaire (la jurisprudence). L'autorité de chose interprétée se distingue de l'autorité de la jurisprudence au regard de sa nature. L'autorité de chose interprétée n'est pas une autorité purement factuelle ou d'ordre seulement sociologique (persuasion). Elle est une autorité juridique obligatoire. Sur cette distinction, V. notamment : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, préc., spéc. p. 367.

uniforme, ou au moins homogène, de la norme constitutive, la jurisprudence interprétative de la juridiction érigée en gardienne de cette norme fondamentale doit être dotée d'une autorité contraignante spécifique. Le juge ordinaire doit se conformer de manière prioritaire, et sauf motifs dirimants contraires, à la chose interprétée par la juridiction gardienne de la norme constitutive dès lors précisément que la réception par ce juge de la jurisprudence interprétative dégagée par la juridiction interprète authentique de la norme constitutive est indispensable à la cohérence du système juridique. « *L'uniformité d'interprétation de la norme fondamentale conditionne en effet la cohérence d'un ordre juridique. Cette cohérence ne peut être réussie que si la jurisprudence de la juridiction gardienne de l'acte fondateur s'impose juridiquement aux autres juridictions qui participent au fonctionnement du système juridique* »¹³⁹⁷.

Selon la doctrine de l'autorité de chose interprétée, l'autorité attachée à la jurisprudence de la juridiction gardienne de la norme constitutive n'est pas de nature seulement sociologique ou purement factuelle. Elle n'est pas une autorité d'influence ou persuasive qui laisserait les autres juges libres de réceptionner ou non cette jurisprudence selon qu'ils sont ou non convaincus du bien-fondé des solutions émises par la juridiction gardienne de l'acte fondateur. Elle est une autorité spécifique, de nature juridique et de portée contraignante, en vertu de laquelle la jurisprudence interprétative de la juridiction gardienne de la norme constitutive a vocation à s'imposer de manière prioritaire aux juges ordinaires, ceux-ci ne pouvant s'en écarter que pour des motifs valables et dirimants.

456. Précisément, la pratique rédactionnelle du juge administratif témoigne de ce qu'il accepte la verticalisation nécessaire des rapports qu'il entretient avec la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁹⁸. Parce qu'une telle verticalisation est seule propre à ordonner le dialogue des juges et au-delà, à maintenir une certaine harmonie juridique, le juge administratif non seulement accepte de se soumettre à la jurisprudence de ces Cours mais également consent à donner à voir cette déférence.

Les pratiques combinées de la réception des jurisprudences des Cours de Luxembourg et de Strasbourg et de la motivation par référence expresse à ces jurisprudences constituent un indice fort qui traduit l'acceptation par le Conseil d'État d'une autorité juridique obligatoire attachée aux interprétations émises par ces deux Cours. La motivation par référence expresse fait la lumière sur l'application, par le juge administratif suprême, de la chose interprétée communautaire et européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État se donnant alors à voir comme juridiquement tenu par les

¹³⁹⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, spéc. p. 388.

¹³⁹⁸ Pour une acceptation plus réservée de cette verticalisation en ce qui concerne les relations entretenues avec la Cour européenne des droits de l'homme, *cf. infra* les paragraphes n°457 et s. de la présente thèse.

jurisprudences de Luxembourg et de Strasbourg. La réception expresse des jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme traduit ainsi la reconnaissance, par le juge administratif, de l'autorité de chose interprétée attachée aux jurisprudences interprétatives des Cours de Luxembourg et de Strasbourg¹³⁹⁹. D'un même mouvement, cette pratique rédactionnelle marque la déférence que concède le juge administratif à l'égard des Cours de Luxembourg et de Strasbourg en tant qu'elles sont les interprètes authentiques respectivement des traités communautaires et de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁰⁰. La motivation par référence expresse aux jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme participe ainsi d'un mouvement en marche de verticalisation des rapports entre le juge administratif et les deux Cours européennes.

B. Un processus inabouti de verticalisation des rapports inter-juridictionnels manifesté par une pratique diversifiée de la motivation par référence expresse

457. Tandis que la réception expresse de la jurisprudence communautaire est devenue habituelle, elle demeure encore exceptionnelle pour ce qui est de la jurisprudence strasbourgeoise¹⁴⁰¹. La pratique rédactionnelle du Conseil d'État témoigne ainsi d'une acceptation ferme de l'autorité obligatoire attachée à la chose interprétée communautaire tout autant que d'une réserve persistante à l'égard de l'autorité de la jurisprudence européenne des droits de l'homme. Cette divergence quant à l'autorité reconnue respectivement à la jurisprudence luxembourgeoise et strasbourgeoise que traduit le recours plus ou moins récurrent à la motivation par référence expresse à ces jurisprudences trouve explication dans une différence essentielle qui distingue le système communautaire du système européen de protection des droits de l'homme. La Cour de justice de l'Union européenne est consacrée sans ambages par les traités communautaires en tant que l'interprète authentique du droit de l'Union. En conséquence, sa jurisprudence interprétative a, par essence, vocation à s'imposer au juge national. Au contraire, le fondement de la compétence d'interprète privilégié censée être exercée par la Cour européenne des droits de l'homme a fait davantage débat. De fait, la nature de l'autorité attachée à la jurisprudence strasbourgeoise a pu être considérée comme plus incertaine.

¹³⁹⁹ V. en ce sens : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, spéc. p. 405.

¹⁴⁰⁰ De manière similaire, lorsque le juge administratif motive ses décisions par référence expresse à la chose interprétée constitutionnelle, il marque de la sorte qu'il reconnaît l'autorité de chose interprétée attachée à la jurisprudence interprétative du Conseil constitutionnel ; il manifeste qu'il s'estime juridiquement tenu de se conformer à la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, lequel est ainsi pleinement reconnu, par le juge administratif, comme étant l'interprète privilégié de la Constitution.

¹⁴⁰¹ Cf. *supra* les paragraphes n°440 et s. de la présente thèse.

458. C'est de manière habituelle désormais que le juge administratif motive ses décisions par référence expresse à la chose interprétée communautaire. Cette pratique devenue de principe ne surprend guère lorsque l'on sait que la Cour de justice de l'Union européenne est compétente, en vertu des traités, pour interpréter le droit de l'Union¹⁴⁰² et que ses décisions préjudicielles sont obligatoires pour le juge national¹⁴⁰³. Dès lors, parce qu'il ne fait pas de doute que la jurisprudence interprétative communautaire s'impose au juge national, le juge administratif n'hésite pas à s'y référer expressément. C'est ainsi que *via* la motivation par référence expresse à la jurisprudence interprétative de la Cour de Luxembourg, le Conseil d'État donne à voir qu'il est juridiquement tenu par ladite jurisprudence. Par sa pratique rédactionnelle, le Conseil d'État entend, en définitive, manifester son entière adhésion, en ce qui concerne la jurisprudence interprétative communautaire, à la doctrine dite de l'autorité de chose interprétée. Par là même, mais cela va de pair, le juge administratif suprême marque sa pleine acceptation de la compétence d'interprète authentique du droit de l'Union européenne dévolue à la Cour de justice.

459. À l'inverse, et sauf quelques exceptions récentes, le juge administratif, par principe, ne vise ni ne se réfère expressément au sein des motifs de ses décisions à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁰⁴. Cette pratique rédactionnelle traduit une certaine réserve classique du Conseil d'État à l'égard de l'autorité des décisions de la Cour de Strasbourg¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰² En vertu des traités, la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'un monopole pour interpréter le droit de l'Union. La Cour est en effet compétente pour « *assurer[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* ». La compétence préjudicielle qu'elle exerce sur le fondement de l'article 267 TFUE la conforte pleinement dans son rôle d'interprète authentique du droit de l'Union européenne.

¹⁴⁰³ L'arrêt préjudiciel de la Cour de justice de l'Union européenne est obligatoire. Il lie le juge national de renvoi pour la solution du litige au principal (autorité *inter partes*). Il lie également l'ensemble des juridictions nationales qui ont vocation à connaître de ce litige par le jeu des voies de recours. Au-delà, l'arrêt préjudiciel a vocation à s'imposer dans d'autres affaires opposant d'autres parties devant les juridictions d'autres États membres (autorité *erga omnes*). Ainsi, la décision préjudicielle en interprétation du droit de l'Union européenne lie la juridiction nationale de renvoi mais également l'ensemble des juridictions des autres États membres qui ont à connaître d'une espèce analogue à l'occasion de laquelle se pose la même question de droit (CJCE, 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62, *Da Costa*). De même, la décision de la Cour de justice constatant l'invalidité d'un acte adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union s'impose au juge national auteur du renvoi préjudiciel mais également à l'ensemble des juges des autres États membres dès lors en effet qu'une telle décision « *constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre* » (CJCE, 13 mai 1981, aff. 66/80, *International Chemical Corporation*).

¹⁴⁰⁴ Cf. *supra* les paragraphes n°445 et s. de la présente thèse.

¹⁴⁰⁵ En vertu de l'article 46§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel dispose que les États parties « *s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties* », les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont autorité de chose jugée. L'arrêt de la Cour oblige l'État partie au litige avec autorité de chose jugée. L'autorité des arrêts de la Cour est renforcée par l'effet direct attaché à ceux-ci (Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*). L'effet direct a deux conséquences : l'arrêt de la Cour s'impose à l'ensemble des organes de l'État partie condamné ; dès lors que la solution prononcée par la Cour sur le point de droit en litige est suffisamment précise et complète, l'État condamné doit l'appliquer aux affaires dont les faits sont similaires à ceux de celle qui a donné lieu à l'arrêt de condamnation de la Cour. Au-delà de l'autorité de chose jugée et de l'effet direct, la Cour de Strasbourg tend à faire explicitement sienne la théorie de l'autorité de chose interprétée selon laquelle sa jurisprudence a vocation à s'imposer aux États parties et notamment aux juges nationaux de manière obligatoire. En ce sens notamment, l'arrêt *Fabris c. France* (Cour EDH, 7 février 2013, spéc. le §75) peut être considéré « *comme*

La haute juridiction administrative reconnaît certes l'autorité relative de chose jugée attachée aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme mais considère que « *rien ne [l'] oblige en droit à adhérer aux constructions jurisprudentielles de la Cour européenne* »¹⁴⁰⁶. Cette position classique est régulièrement rappelée par les commissaires du gouvernement devenus rapporteurs publics¹⁴⁰⁷. Sans nier l'importance voire la nécessité qu'il y a pour le juge administratif de tenir compte et de se conformer autant que possible à la jurisprudence interprétative de la Cour de Strasbourg, nombreux sont ainsi les commissaires du gouvernement puis rapporteurs publics devant le Conseil d'État à considérer que le juge administratif n'est pas juridiquement tenu par la jurisprudence strasbourgeoise¹⁴⁰⁸. Quand bien même donc ce juge tient compte de la jurisprudence strasbourgeoise et s'y conforme par principe¹⁴⁰⁹, voire la dépasse et la devance parfois, il reste qu'il rechigne à reconnaître à cette jurisprudence une autorité autre que d'ordre sociologique ou factuel. « *La qualification de la nature de l'autorité reconnue aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme continue de poser problème* »¹⁴¹⁰. Le Conseil d'État refuse encore de consacrer pleinement, concernant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la doctrine dite de l'autorité de chose interprétée.

Précisément, c'est cette position de principe que le juge administratif suprême entend manifester en refusant de motiver ses décisions par référence expresse à la jurisprudence européenne des droits de l'homme¹⁴¹¹. Parce qu'il ne s'estime pas juridiquement tenu de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État n'entend pas se donner à voir comme tel.

l'expression de l'effet direct et erga omnes des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » (F. SUDRE et alii., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2017, 8^e éd, spéc. p. 912.). Pour une telle présentation de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme V. le commentaire sous l'arrêt *Broniowski c. Pologne* aux *grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme* préc. spéc. p. 903 et s.

¹⁴⁰⁶ R. ABRAHAM, conclusions sur CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Mme Babas*, rec. pp. 152-162, spéc. p. 157.

¹⁴⁰⁷ V. en ce sens : D. LABETOULLE, conclusions sur CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, rec. pp. 395-406 ; B. GENEVOIS, conclusions sur CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini, D.*, 1985, pp.150-156 ; J. ARRIGHI DE CASANOVA, conclusions sur CE, Sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre c. SARL Auto-industrie Méric, RJF*, n°5/1995, pp. 326-332, spéc. p. 329 ; R. ABRAHAM, conclusions sur CE, Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet, RFDA*, 1998, pp. 1243-1253, spéc. pp. 1246-1247.

¹⁴⁰⁸ En ce sens, s'adressant aux membres du Conseil d'État, le commissaire du gouvernement G. Bachelier a pu affirmer qu'« *il va de soi que lorsque vous faites application des stipulations de la Convention, vous tenez le plus grand compte de l'interprétation qu'en a donnée la Cour européenne dans le dernier état de sa jurisprudence mais vous ne pouvez-vous considérer comme étant juridiquement lié par cette interprétation* » (G. BACHELIER, conclusions sur CE, 24 novembre 1997, *Société Amibu Inc., Revue de droit fiscal*, n°8/1998, pp. 278-280, spéc. p. 280).

¹⁴⁰⁹ V. pour un exemple notable de ralliement du Conseil d'État à la jurisprudence de Strasbourg : CE, Ass, 14 février 1996, *Maubleu*, rec. p. 34 : après plusieurs années d'opposition, le Conseil d'État accepte de se rallier à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle l'article 6§1 de la Convention (publicité des audiences) est applicable aux procédures devant les juridictions disciplinaires.

¹⁴¹⁰ L. DUBOIS, « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 391-402, spéc. p. 399.

¹⁴¹¹ V. déjà en ce sens, L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999, spéc. p. 660 : « *il apparaît qu'en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'absence de référence expresse à ses arrêts correspond à une prise de position de principe : le Conseil d'État ne s'estime pas juridiquement lié par eux* ».

En conséquence, il refuse par principe encore de motiver ses décisions par référence expresse à la jurisprudence de Strasbourg et ce quand bien même pourtant il réceptionne cette dernière. Pour un juge, consentir à la réception volontaire de la jurisprudence d'une autre juridiction est une chose, le donner à voir en est une autre puisqu'alors ce juge donne le sentiment de perdre en termes de souveraineté ou d'indépendance. La réserve rédactionnelle dont fait preuve le Conseil d'État à l'égard de la jurisprudence européenne des droits de l'homme manifeste ainsi sa réticence à admettre pleinement l'autorité de chose interprétée attachée à cette jurisprudence. Dans ses conclusions sur l'affaire *M. Bitouzet*, le commissaire du gouvernement R. Abraham établissait en ce sens un lien de cause à effet entre le refus du Conseil d'État de reconnaître autorité de chose interprétée à la jurisprudence strasbourgeoise et l'absence dans ses arrêts de toute référence expresse à ladite jurisprudence. Ainsi, selon R. Abraham, dès lors que la thèse de l'autorité de chose interprétée de la jurisprudence de la Cour européenne, parce qu'elle ne bénéficie d'aucun appui textuel dans la Convention elle-même, ne peut être valablement réceptionnée par le Conseil d'État, c'est « à bon droit que [les décisions de celui-ci], même lorsqu'elles s'inspirent étroitement des interprétations dégagées par la Cour de Strasbourg, s'abstiennent toujours de se référer expressément aux arrêts de cette dernière »¹⁴¹².

460. Reflet formel de la réticence du Conseil d'État à consacrer pleinement l'autorité de nature obligatoire de la jurisprudence interprétative de la Cour de Strasbourg, la pratique rédactionnelle de la haute juridiction administrative est critiquable en cela seul qu'il est difficilement tenable de contester encore l'autorité obligatoire attachée à la chose interprétée européenne des droits de l'homme. D'une part, en effet, reconnaître une autorité obligatoire à la jurisprudence interprétative de la Cour de Strasbourg est nécessaire à l'objectif même d'harmonisation que poursuit le système conventionnel de protection des droits de l'homme. D'autre part, dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme doit être effectivement considérée comme l'interprète ultime et privilégié de la Convention, ses interprétations ont vocation à s'imposer aux juges nationaux.

461. La finalité du système européen de protection des droits de l'homme n'est pas de parvenir à une protection unifiée ou uniforme des droits de l'homme à l'échelle de l'Europe. Elle est d'assurer une harmonisation des droits nationaux en matière de protection des droits de l'homme. En ce sens, la Convention européenne se borne à fixer un standard minimum de protection que les États parties peuvent évidemment dépasser. L'harmonisation ainsi recherchée n'empêche pas une marge de manœuvre laissée aux États en ce qui concerne la protection des droits de l'homme mais elle suppose

¹⁴¹² R. ABRAHAM, conclusions sur CE, Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, préc., spéc. p. 1247.

néanmoins une certaine unité dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. « *La Convention européenne, de par sa nature même (traité objectif, traité de garantie collective), commande l'uniformité d'interprétation de la Convention : les normes européennes protectrices des droits de l'homme ne sauraient varier selon les qualifications juridiques propres aux droits nationaux* »¹⁴¹³. Or, seule la Cour de Strasbourg est, par sa position, à même de garantir l'uniformité d'interprétation des stipulations de la Convention. De fait, il apparaît nécessaire à la bonne marche du système européen de protection des droits de l'homme et pleinement conforme à l'esprit même de celui-ci que les organes des États, et notamment les juges nationaux, réceptionnent et se conforment à la jurisprudence de la Cour européenne. L'objectif d'harmonisation que poursuit le système européen de protection des droits de l'homme le commande : l'harmonisation ne peut être réalisée que dès lors que les juges nationaux acceptent de se conformer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

462. Par ailleurs, si la Convention ne prévoit pas le monopole de la Cour de Strasbourg pour interpréter ses stipulations, elle entend consacrer la compétence privilégiée de celle-ci en la matière. En vertu de l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour est, en effet, non seulement compétente pour appliquer mais également pour interpréter la Convention et ses protocoles¹⁴¹⁴. Certes, contrairement au système communautaire qui prévoit la compétence exclusive de la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union européenne, le système conventionnel européen ne consacre pas un monopole d'interprétation au profit de la Cour de Strasbourg. Tout au contraire même, le principe de subsidiarité implique que le juge national, juge de droit commun de la Convention, applique et, dans ce cadre, interprète en priorité la Convention. De même, aucun mécanisme préjudiciel¹⁴¹⁵ équivalent à celui prévu par les traités communautaires n'a vocation à consacrer la compétence exclusive de la Cour européenne pour interpréter la Convention. Toutefois, et cela est induit par le principe de subsidiarité, la Cour de Strasbourg est l'interprète ultime de la Convention. « *La question de la supériorité de l'interprétation de la Convention par la Cour de Strasbourg est [...] réglée en ce sens que [...] la Cour interprète et statue en dernier lieu. C'est donc elle qui en fixe le sens* »¹⁴¹⁶. La pluralité des interprètes de la Convention ne signifie pas que tous ont

¹⁴¹³ F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, n°7-9/1991, pp. 259-274, spéc. p. 271.

¹⁴¹⁴ En vertu de l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg est compétente pour connaître de « *toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47* ».

¹⁴¹⁵ Le protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme en date du 2 octobre 2013 prévoit une procédure d'avis consultatif permettant aux plus hautes juridictions des États parties d'adresser à la Cour de Strasbourg des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Ce protocole n'est toutefois pas encore entré en vigueur.

¹⁴¹⁶ P. ROLLAND, « L'interprétation de la Convention », *RUDH*, n°7-9/1991, pp. 280-288, spéc. p. 282.

une compétence d'interprétation de portée similaire. La Cour européenne des droits de l'homme demeure l'interprète ultime et privilégié de la Convention. Elle a le dernier mot quant à l'interprétation à retenir des stipulations conventionnelles. En ce sens, dans le cadre du recours individuel, dès lors qu'elle intervient par principe¹⁴¹⁷ après épuisement des voies de recours internes, la Cour européenne des droits de l'homme est susceptible de contredire l'interprétation de la Convention retenue par le juge national. Ainsi donc, il revient aux organes des États parties et notamment aux juges nationaux de respecter les interprétations émises par la Cour de Strasbourg en ce que celle-ci est l'interprète privilégié ou authentique de la Convention. En toute logique, en effet, « *dès lors qu'une juridiction a été créée pour assurer la garde d'un texte, en l'occurrence la CEDH pour la Convention européenne des droits de l'homme [...], l'interprétation privilégiée de [ce] text[e] qui [doit] prévaloir est celle de [cette] juridictio[n]* »¹⁴¹⁸.

463. Reflet formel de la réticence originelle du Conseil d'État à reconnaître pleinement l'autorité obligatoire attachée à la jurisprudence européenne des droits de l'homme, la réserve rédactionnelle du juge administratif suprême est contestable également parce qu'elle ne correspond plus à la pratique de ce juge. Le Conseil d'État se conforme désormais par principe à la chose interprétée strasbourgeoise. Les divergences de jurisprudence entre les deux juridictions se raréfient. Ainsi, quand bien même nombreux sont encore les rapporteurs publics qui continuent à nier, au plan théorique, l'autorité obligatoire de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, l'attitude du Conseil d'État tend à démontrer au contraire qu'il reconnaît, en pratique, l'autorité obligatoire attachée à la chose interprétée strasbourgeoise. L'habitude prise par la haute juridiction administrative de se conformer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg témoigne par elle-même de la « *reconnaissance pratique [par le Conseil d'État] de l'autorité de la chose interprétée* »¹⁴¹⁹ attachée à ladite jurisprudence. En ce sens, la réserve rédactionnelle dont fait encore montre la haute juridiction à l'égard de la chose interprétée européenne des droits de l'homme est « *regrettable* »¹⁴²⁰ précisément parce qu'elle est en contradiction avec la reconnaissance pratique par ce juge de l'autorité obligatoire attachée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁴¹⁷ Ce principe est à nuancer dès lors en effet que les organes de Strasbourg retiennent une interprétation souple de la condition de recevabilité des requêtes individuelles prévue à l'article 35§1 de la Convention et tenant à l'épuisement préalable des voies de recours internes. V. sur ce point le commentaire sur l'arrêt Cour EDH, Grd Ch., 16 septembre 1996, *Akdivar c. Turquie*, in F. SUDRE et alii., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2015, 7^e éd.

¹⁴¹⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 11-28, spéc. p. 26.

¹⁴¹⁹ H. LABAYLE, F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. SERMET, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2010, p. 587 et s.

¹⁴²⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1998, spéc. p. 437.

À cet égard, les quelques exemples récents de décisions à l'occasion desquelles le juge administratif a consenti à se référer expressément dans ses motifs à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg témoignent d'une évolution très favorable dès lors qu'ils traduisent¹⁴²¹ un mouvement amorcé vers la pleine reconnaissance, par le Conseil d'État, de l'autorité obligatoire de la jurisprudence de Strasbourg. Ces quelques décisions manifestent, en effet, l'évolution idéale à l'œuvre au sein même du Conseil d'État, lequel paraît en passe de consacrer enfin l'autorité de chose interprétée attachée à la jurisprudence européenne des droits de l'homme¹⁴²².

Section II : La motivation, instrument de l'harmonie juridique

464. Le dialogue des juges, engagé *via* notamment les motifs des décisions juridictionnelles, est propre à favoriser un rapprochement des droits et jurisprudences. Dans les rapports entre le juge national et les juridictions internationales et européennes, un tel rapprochement normatif a pour effet essentiel de prévenir, en les supprimant *ab initio*, les conflits entre normes internes et internationales. En ce sens, le rapprochement des droits et jurisprudences que permet le dialogue des juges constitue le vecteur privilégié de l'harmonie juridique espérée. L'harmonie entre des systèmes juridiques distincts mais interdépendants passe en premier lieu en effet par un tel rapprochement normatif. Le Conseil d'État l'a parfaitement compris et c'est précisément pourquoi il consent au dialogue, particulièrement avec les Cours de Luxembourg et de Strasbourg, et à l'ouverture à l'égard des jurisprudences de ces Cours.

L'harmonie juridique n'est toutefois pas pleinement et absolument garantie au seul titre de l'instauration d'un dialogue entre juges. Un tel dialogue, en effet, ne permet pas chaque fois de prévenir les conflits de normes, lesquels constituent le reflet ultime d'une dysharmonie entre des droits et jurisprudences d'origines désormais diverses. L'intégration croissante du droit international et notamment celle des droits européens des droits de l'homme et de l'Union européenne dans l'ordre juridique interne ont eu pour conséquence de multiplier les éventualités de conflits entre la norme internationale et la norme interne. Or, le dialogue des juges ne permet pas à lui seul de supprimer ces hypothèses de conflits. L'harmonie juridique est le résultat ou l'aboutissement d'un processus toujours recommencé dont le juge est le principal architecte. Face au pluralisme juridique et au

¹⁴²¹ Cf *contra* : F. SUDRE, « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité... », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp 1015-1031.

¹⁴²² J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, a pu affirmer en ce sens que « *les juges nationaux ont [...] un devoir de coopération loyale avec [la] Cour [européenne des droits de l'homme], qui doit conduire à envisager la reconnaissance de l'autorité interprétative de ses arrêts et donc d'effets erga omnes, indépendamment de l'autorité de chose jugée entre les parties* ». V. : J.-M. SAUVÉ, Intervention prononcée lors de la rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, 29 janvier 2010 (disponible sur le site officiel du Conseil d'État).

sentiment de désordre que celui-ci est susceptible de véhiculer, le juge administratif est en quête d'une nouvelle cohérence ou harmonie. Il entend rétablir l'ordre et la stabilité classiquement attachée au droit, celui-ci étant censé constituer un tout, un ensemble, dont les diverses composantes s'accordent et s'organisent en harmonie. Confronté à des normes toujours plus nombreuses et désormais issues de systèmes juridiques distincts, le juge construit l'harmonie normative nécessaire à la stabilité du droit (§2). Dans cette quête de l'harmonie, le Conseil d'État a parfaitement compris encore l'importance des apparences. En ce sens, il tend à faire évoluer la rédaction de ses décisions de manière à ce que celles-ci reflètent, au plan formel, l'harmonie juridique convoitée. C'est ainsi que la haute juridiction pratique la motivation par référence expresse aux jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme (§1).

§1 : La motivation formelle, instrument d'une image idéale d'harmonie juridique

465. La motivation par référence expresse aux jurisprudences des Cours de Luxembourg et de Strasbourg permet au juge administratif de concrétiser, en la donnant à voir, l'harmonie des droits et jurisprudences. Une telle pratique de rédaction témoigne, en effet, de ce que les jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme s'intègrent sans heurt ni difficulté insurmontable au sein de l'ordre juridique interne. L'idéal convoité de l'harmonie juridique est ainsi concrétisé (A) quitte, le cas échéant, à en forcer les traits (B).

A. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, instrument de concrétisation de l'idéal d'harmonie

466. Par la pratique de la motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, le juge administratif consent à donner à voir les influences extérieures susceptibles de peser sur lui. Ainsi, lorsque ce juge se réfère expressément dans les motifs de ses décisions à la jurisprudence communautaire ou, parfois, à la jurisprudence européenne des droits de l'homme, il marque qu'il les réceptionne et les applique et manifeste de la sorte l'influence de ces jurisprudences sur la sienne propre. Une telle pratique rédactionnelle s'inscrit notamment, on le sait¹⁴²³, dans une démarche de légitimation du juge et de ses décisions. Il apparaît toutefois que l'enjeu attaché à une telle pratique de motivation n'est pas seulement de cet ordre. Lorsque le juge administratif motive ses décisions par référence expresse à des jurisprudences externes et notamment aux jurisprudences de Luxembourg et

¹⁴²³ Cf. *supra* le paragraphe n°447 de la présente thèse.

de Strasbourg, c'est aussi et peut être avant tout pour concrétiser l'harmonie maintenue par-delà le pluralisme juridique et juridictionnel.

Dans sa quête de l'harmonie juridique, non seulement le Conseil d'État réceptionne désormais par principe les jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme¹⁴²⁴, mais encore il entend manifester l'harmonie ainsi recherchée. En ce sens, par la pratique de la motivation par référence expresse aux dites jurisprudences, le Conseil d'État entend donner à voir des rapports harmonieux entretenus avec la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que l'harmonie des jurisprudences administrative nationale, communautaire et européenne des droits de l'homme¹⁴²⁵.

467. Par une telle pratique rédactionnelle, le juge administratif manifeste son accord avec les Cours de Luxembourg et de Strasbourg et plus encore, la déférence qu'il consent à l'égard de celles qu'il reconnaît comme les interprètes privilégiés, respectivement des traités communautaires et de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴²⁶. La motivation par référence expresse aux jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme traduit ainsi l'harmonie des rapports entre juges. Elle marque pleinement les relations désormais pacifiées entre d'une part, le juge administratif et la Cour de justice de l'Union européenne et d'autre part, entre le juge administratif et la Cour européenne des droits de l'homme.

Aussi, cette pratique traduit l'harmonie entre des normes pourtant issues de systèmes juridiques distincts. La motivation par référence expresse aux jurisprudences de Luxembourg et de Strasbourg marque une politique d'ouverture du juge administratif vers l'extérieur et concrétise une interpénétration harmonieuse des ordres juridiques interne, communautaire et européen des droits de l'homme. Par sa pratique rédactionnelle, le Conseil d'État entend donner à voir l'influence de jurisprudences externes sur la sienne propre et l'intégration de celles-ci au sein de l'ordre juridique interne. La motivation par référence expresse concrétise ainsi l'harmonie juridique maintenue. Elle marque un ensemble, un tout harmonieux, dès lors que la jurisprudence à laquelle il est fait référence

¹⁴²⁴ Depuis surtout les années 1990, il faut constater en effet « la très large acceptation par le Conseil d'État de l'interprétation des règles européennes que donnent la Cour de justice des Communautés et la Cour européenne des droits de l'homme. Les convergences sont la règle ; les divergences exceptionnelles » (L. DUBOIS, « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 391-402, spéc. p. 398).

Sur l'influence des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne sur la jurisprudence du Conseil d'État, V. notamment : L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999.

¹⁴²⁵ La logique qui sous-tend la pratique de la motivation par référence expresse à la chose interprétée constitutionnelle est similaire : il s'agit pour le juge administratif de manifester les rapports désormais pacifiés qu'il entretient avec le Conseil constitutionnel et, au-delà, de donner à voir l'unité de l'ordre juridique interne autour de la Constitution.

¹⁴²⁶ Cf. *supra* les paragraphes n°453 et s. de la présente thèse.

est donnée à voir comme porteuse d'une norme normalement et nécessairement appliquée par le juge interne. Lorsque le juge administratif fait expresse référence, dans les motifs de ses décisions, aux jurisprudences luxembourgeoise et strasbourgeoise, celles-ci sont en effet données à voir en ce qu'elles s'insèrent normalement et nécessairement au sein de la jurisprudence administrative et de l'ordre juridique étatique.

468. Malgré quelques tentatives en ce sens, le Conseil d'État refuse encore de généraliser la pratique de la motivation par référence expresse à la jurisprudence interprétative strasbourgeoise¹⁴²⁷. Or, parce que la motivation par référence expresse est utile à la manifestation de l'harmonie juridique, le refus persistant du juge administratif suprême est, sur ce point encore¹⁴²⁸, contestable. Certes, l'essentiel pour le juge administratif est moins de manifester cette harmonie que d'y concourir en acceptant de réceptionner la jurisprudence européenne des droits de l'homme. Mais, et dès lors désormais que le Conseil d'État applique ladite jurisprudence et s'y conforme par principe, la logique des choses suppose que la haute juridiction dépasse la réserve rédactionnelle traditionnelle qu'elle maintient à l'égard de la jurisprudence de Strasbourg. Quand bien même le juge administratif continue, au plan théorique, à nier l'autorité de chose interprétée attachée à la jurisprudence interprétative de Strasbourg, sa pratique démontre qu'il reconnaît effectivement une telle autorité à cette jurisprudence dès lors précisément qu'il la réceptionne et s'y conforme désormais par principe. En conséquence, il est permis d'attendre du juge administratif suprême qu'il franchisse enfin le pas et mette sa technique rédactionnelle en conformité avec sa pratique.

B. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, instrument de construction d'une image d'harmonie

469. La motivation par référence expresse aux jurisprudences communautaire et européenne des droits de l'homme témoigne de ce que le juge administratif accepte de recevoir lesdites jurisprudences et parvient à intégrer les exigences en résultant. Une telle pratique de motivation manifeste en ce sens une interpénétration harmonieuse des jurisprudences du Conseil d'État, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme (1) ainsi que l'harmonie des rapports entre ces juridictions (2).

¹⁴²⁷ Cf. *supra* les paragraphes n°445 et s. de la présente thèse.

¹⁴²⁸ Pour une première critique de ce refus, cf. *supra* les paragraphes n°457 et s. de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°460 et s.

Lorsque l'on sait l'hostilité originelle du Conseil d'État à l'égard de la compétence de ces Cours¹⁴²⁹ et ses réticences initiales à réceptionner leur jurisprudence respective¹⁴³⁰, l'harmonie ainsi ostensiblement manifestée interroge quant à sa réalité. La référence aux jurisprudences interprétatives communautaire et européenne des droits de l'homme est-elle la garantie de leur réception pleine et entière par le Conseil d'État ? Signifie-t-elle nécessairement une révérence absolue du juge administratif suprême à l'égard des Cours de Luxembourg et de Strasbourg ? Il semble que non. L'étude de la jurisprudence révèle, en effet, que la déférence manifestée par la pratique de la motivation par référence expresse n'est pas chaque fois pleinement révélatrice de la révérence effectivement consentie par le Conseil d'État à l'égard de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. Un décalage existe parfois entre la déférence manifestée et la révérence effectivement consentie. La motivation par référence expresse sert à masquer ce décalage pour maintenir l'image idéale de l'harmonie juridique et juridictionnelle (3).

1. La manifestation d'une harmonie des jurisprudences

470. À l'occasion de son arrêt *Quintanel*¹⁴³¹, le Conseil d'État a visé et s'est expressément référé à un arrêt préjudiciel en interprétation de l'article 141 du traité (actuel article 157 du TFUE) rendu par la Cour de justice¹⁴³².

Saisie à titre préjudiciel par la cour administrative d'appel de Lyon en 2013 la Cour de justice avait conclu que « l'article 141 CE doit être interprété en ce sens que, sauf à pouvoir être justifié par des

¹⁴²⁹ Particulièrement, c'est non sans une certaine réticence que le Conseil d'État a accepté le monopole dévolu par les traités à la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union européenne. Le juge administratif suprême a ainsi cherché, au départ, à gêner la compétence préjudicielle de la Cour de Luxembourg. Mobilisant de manière discutable la théorie de l'acte clair, il a, à plusieurs reprises, évité de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel (CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, rec. p. 344 ; CE, Sect., 10 février 1967, *Société des Établissements Petit Jean et autres*, rec. p. 63 ; CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, rec. p. 524), parvenant de la sorte à imposer sa propre interprétation du droit de l'Union européenne. Aussi, par sa jurisprudence *ONIC* (CE, Sect., 26 juillet 1985, *ONIC*, rec. p. 233), le Conseil d'État a eu pour ambition de limiter la portée à son égard de la compétence préjudicielle de la Cour de justice. Par cette décision, il avait estimé que les appréciations portées par la Cour de justice dans le cadre d'une saisine préjudicielle liaient la juridiction nationale de renvoi mais seulement en ce qu'elles entraient dans les limites de la question posée à titre préjudiciel. Le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence *ONIC* et juge désormais que les interprétations portées par la Cour de justice à l'occasion d'une saisine préjudicielle lient le juge national de renvoi quand bien même elles ne faisaient pas l'objet du renvoi préjudiciel (CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV et autre*, n°234560, rec. p. 512).

¹⁴³⁰ Des divergences de jurisprudence ont pu opposer le Conseil d'État et les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. V. notamment l'opposition initiale entre le Conseil d'État (CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, rec. p. 524) et la Cour de justice (CJCE, 17 décembre 1970, aff. 33/70, *Société SACE* et CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Van Duyn*) sur la question de l'invocabilité directe des directives. V. également l'opposition initiale entre le Conseil d'État (CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, n°07103, rec. p. 395 ; CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, rec. p. 259) et la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'application des exigences issues de l'article 6§1 de la Convention (publicité des audiences) aux juridictions disciplinaires.

¹⁴³¹ CE, Ass., 27 mars 2015, *M. Quintanel*, n°372426, rec. p. 119.

¹⁴³² CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-173/13, *Léone c. France*.

facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, tels qu'un objectif légitime de politique sociale, et à être propre à garantir l'objectif invoqué et nécessaire à cet effet, ce qui exige qu'il réponde véritablement au souci d'atteindre ce dernier et qu'il soit mis en œuvre de manière cohérente et systématique dans cette perspective, un régime de bonification de pension tel que celui en cause au principal [et prévu par l'article 15 du décret 2003/1306] engendre une discrimination indirecte en matière de rémunération entre travailleurs féminins et travailleurs masculins contraire à cet article ». Elle avait conclu de manière identique en ce qui concerne le régime de mise à la retraite anticipée avec pension à jouissance immédiate prévu par les articles L. 24 et R. 37 modifiés du Code des pensions civiles et militaires.

Se référant de manière expresse à cet arrêt préjudiciel dans les considérants 3, 7 et 8 de sa décision *Quintanel*, le juge administratif suprême donne à voir qu'il réceptionne la chose interprétée communautaire. Dans un premier temps, il admet ainsi que le dispositif national contesté engendre effectivement une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Dans un second temps cependant, le Conseil d'État considère que cette différence de traitement n'est pas contraire au droit de l'Union européenne. Suivant sur ce point le mode d'emploi fixé par la Cour de justice, le Conseil d'État estime en effet que ladite discrimination est justifiée par un objectif légitime de politique sociale, qu'elle est propre à garantir cet objectif et qu'elle est nécessaire à celui-ci. Ce faisant, le juge administratif suprême exploite l'exception admise par la Cour de justice pour finalement « *prendre l'exact contre-pied de la solution communautaire* »¹⁴³³. Certes, la haute juridiction ne sort pas des bornes tracées par la Cour de justice : elle respecte et applique la chose interprétée communautaire puisque la Cour de justice elle-même a admis qu'une discrimination indirecte fondée sur le sexe puisse être justifiée. Il reste que la lecture tant du dispositif que des motifs de la décision préjudicielle de la Cour de justice indique que celle-ci considérait le dispositif national français contraire au droit de l'Union européenne. Exploitant pleinement la compétence qui est la sienne seule d'interpréter le droit national, le juge administratif conclut en sens contraire de ce qu'a paru vouloir lui souffler la Cour de justice. En ce sens, il a pu être souligné la manière dont le Conseil d'État a, par cet arrêt, habilement « *concili[é] déférence communautaire et résistance nationale* »¹⁴³⁴. L'on perçoit ainsi à l'analyse de cet arrêt que la motivation par référence expresse à la jurisprudence interprétative de la Cour de justice, si elle vise à manifester la révérence du Conseil d'État à l'égard de la chose interprétée communautaire, ne signifie nullement de la part de la haute juridiction administrative un abandon de son indépendance de décision.

¹⁴³³ G. ALBERTON, « L'art de concilier déférence communautaire et résistance nationale », note sous CE, Ass, 27 mars 2015, *M. Quintanel*, *AJDA*, n°31/2015, pp. 1761-1767, spéc. p. 1765.

¹⁴³⁴ *Idem.* p. 1761.

471. L'arrêt *Courty*¹⁴³⁵ témoigne également de ce que la motivation par référence expresse n'est pas chaque fois le signe de la révérence absolue du Conseil d'État à l'égard d'une jurisprudence externe. Une telle pratique de motivation ne signifie pas l'abandon, par la haute juridiction, de son indépendance de décision.

L'affaire *Courty* est l'un des nombreux épisodes d'une saga jurisprudentielle et réglementaire mettant en scène la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités françaises et le Conseil d'État relativement au statut du commissaire du gouvernement, devenu depuis lors rapporteur public.

472. Par un arrêt *Kress contre France* de 2001¹⁴³⁶, la Cour de Strasbourg a considéré que la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement méconnaissait l'article 6§1 de la Convention et a, par conséquent, condamné la France. Suite à cette condamnation, l'État français a révisé sa réglementation par un décret du 19 décembre 2005 aux termes duquel le commissaire du gouvernement assiste au délibéré mais sans y prendre part. L'évolution ainsi consentie n'a toutefois pas convaincu la Cour européenne des droits de l'homme puisque celle-ci a de nouveau condamné la France pour méconnaissance du droit au procès équitable garanti par la Convention. Par un arrêt *Martinie contre France*¹⁴³⁷ elle a en effet jugé contraire à l'article 6§1 non seulement la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement, mais encore sa seule présence audit délibéré. Tirant les conséquences de cette nouvelle condamnation, la France a, par un décret du 1^{er} août 2006, inséré dans le code de justice administrative un alinéa 1^{er} d'un nouvel article R. 733-3 aux termes duquel « *sauf demande contraire d'une partie, le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part.* ». La réglementation française maintient le principe selon lequel le commissaire du gouvernement assiste au délibéré mais prévoit désormais une exception à ce principe dès lors qu'une partie en fait la demande.

Saisi de la compatibilité du dispositif prévu par le décret d'août 2006 avec l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État, à l'occasion de l'affaire *Courty*, en confirme la conventionnalité au motif que « *le décret attaqué, loin de porter atteinte aux garanties prévues par l'article 6 § 1er de la convention tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, a contribué à les renforcer* ». Selon la haute juridiction, le nouveau dispositif est conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'il permet aux justiciables d'être

¹⁴³⁵ CE, 25 mai 2007, *Courty*, n°296327, rec. T. p. 852, p. 927 et p. 1023.

¹⁴³⁶ Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*, requête n°39594/98.

¹⁴³⁷ Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France*, requête n°58675/00.

pleinement informés de leur droit de demander à ce que le commissaire du gouvernement n'assiste pas au délibéré et dès lors, de choisir, en toute connaissance de cause, de faire usage de ce droit ou d'y renoncer de leur plein gré. La conventionnalité ainsi affirmée du nouveau dispositif n'allait pourtant pas de soi « *car, après tout, si aucune partie ne s'oppose à la présence du commissaire au délibéré, celui-ci y assiste. Or, c'est cette seule présence qui constitue, aux termes des arrêts Kress et Martinie, une violation de l'article 6, paragraphe 1* »¹⁴³⁸. Ainsi, c'est de manière habile que le Conseil d'État se réfère expressément, au sein des motifs de sa décision de 2007, à la jurisprudence interprétative de la Cour européenne relative à l'article 6§1 de la Convention¹⁴³⁹. En effet, la motivation par référence expresse paraît avoir été mobilisée comme pour mieux contourner finalement la position hostile de la Cour à l'égard de l'institution du commissaire du gouvernement telle qu'elle ressort de ses arrêts *Kress contre France* et *Martinie contre France*. Le Conseil d'État donne à voir qu'il réceptionne la chose interprétée européenne des droits de l'homme relative au droit au procès équitable pour mieux s'éloigner de la position alors en vigueur de la Cour de Strasbourg selon laquelle la participation ainsi que la seule présence du commissaire du gouvernement au délibéré sont contraires au droit au procès équitable garanti par l'article 6§1 de la Convention. Le raisonnement développé par le Conseil d'État a dû convaincre la Cour européenne des droits de l'homme puisque celle-ci confirmera quelques mois plus tard la compatibilité de la règle énoncée par le décret du 1^{er} août 2006 avec l'article 6§1 de la Convention européenne¹⁴⁴⁰.

2. La manifestation de rapports inter-juridictionnels harmonieux

473. Outre qu'elle permet de maintenir l'image idéale d'une harmonie des jurisprudences administrative, communautaire et européenne des droits de l'homme, la motivation par référence expresse aux jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de Strasbourg que pratique plus ou moins régulièrement le Conseil d'État participe également de l'image souhaitée de rapports harmonieux entre ces juridictions. Une telle pratique rédactionnelle a en effet pour avantage non négligeable de masquer les éventuelles tensions susceptibles d'entacher les relations entretenues par le Conseil d'État avec les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Ainsi, et outre notamment l'arrêt *Courty* qui a illustré pleinement la résistance du Conseil d'État face à la Cour européenne des droits de l'homme quant aux statut et rôle du commissaire du gouvernement, l'arrêt

¹⁴³⁸ P.-O. CAILLE, « Présence du commissaire du gouvernement au délibéré et droit au procès équitable : point final », *Dr. adm.*, n°1/2010, comm. n°9 (commentaire sur l'arrêt Cour EDH, 15 sept. 2009, *Étienne c. France*).

¹⁴³⁹ Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un justiciable peut renoncer de son plein gré à un principe fondamental consacré par l'article 6§1 de la Convention sans qu'il y ait alors méconnaissance de cette stipulation.

¹⁴⁴⁰ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Étienne c. France*, requête n°11396/08.

*Conseil national des barreaux*¹⁴⁴¹ témoigne de ce que la motivation par référence expresse ne signifie pas l'absence ou la disparition de tout rapport de force entre juridictions.

474. En l'espèce, saisi de la conventionnalité d'une directive communautaire au regard des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État vise et se réfère expressément dans les motifs de sa décision à un arrêt préjudiciel en appréciation de validité rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres*.

Saisie à titre préjudiciel par le juge constitutionnel belge, la Cour de justice avait conclu, par son arrêt du 26 juin 2007, à la conformité de la directive contestée à l'article 6 de Convention européenne des droits de l'homme. À l'occasion de sa décision, la Cour de justice avait dû interpréter l'article 6§3 de la directive dès lors qu'il ressortait du texte de celle-ci une contradiction entre son considérant 17 et son article 6§3. La Cour avait finalement interprété l'article 6§3 de la directive à la lumière du considérant 17 de celle-ci¹⁴⁴². Elle ne s'était pas prononcée sur la validité de la directive contestée au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En 2008, le Conseil d'État se réfère expressément et à plusieurs reprises à cet arrêt préjudiciel au sein même des motifs de sa décision *Conseil national des barreaux*.

« Considérant qu'il résulte de l'interprétation de la directive du 4 décembre 2001 qui a été donnée par l'arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres*, de la Cour de justice des Communautés européennes, saisie d'une question préjudicielle par la Cour d'arbitrage de Belgique, que les dispositions de son article 6 qui [...] permettent, dans certains cas, aux Etats membres de ne pas imposer aux avocats les obligations d'information et de coopération qu'il prévoit, doivent être regardées, à la lumière du considérant n° 17 de la directive, et afin de donner une interprétation du texte compatible avec les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme excluant que de telles obligations puissent, dans les cas ainsi mentionnés, leur être imposées ; Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qu'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes que la directive, ainsi interprétée, ne méconnaît pas les exigences liées au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle impose que soient exclues du champ des obligations d'information et de coopération les informations reçues ou obtenues par les avocats à l'occasion de leurs activités juridictionnelles ; Considérant, en deuxième lieu, que si la Cour de justice des Communautés

¹⁴⁴¹ CE, Sect., 10 avril 2008, n°296845, rec. p. 129, avec les conclusions de M. Guyomar.

¹⁴⁴² V. sur cette interprétation, les points 27 et s. de l'arrêt de la Cour et spécialement les points 34 et 35. Après avoir relevé que l'article 6§3 alinéa 2 de la directive contestée prête à plusieurs interprétations, la Cour de justice précise que lorsqu'un acte de droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, doit être retenue celle qui permet de conclure à la compatibilité de cet acte avec le droit de l'Union et les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire. Faisant application de ce principe d'interprétation, la Cour interprète ledit article 6§3 à la lumière du considérant 17 de la directive.

européennes, qui n'était saisie que de la question de la validité de la directive au regard de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne s'est pas explicitement prononcée en ce qui concerne les informations reçues ou obtenues par un avocat lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client, il résulte de l'interprétation qu'elle a donnée de la directive que celles-ci doivent également, à la lumière du considérant n° 17, être exclues du champ des obligations d'information et de coopération à l'égard d'autorités publiques, sous les seules réserves des cas où le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, où la consultation juridique est fournie à des fins de blanchiment de capitaux et où l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux ; que dans ces conditions [...] doit être écarté le moyen tiré de ce que la directive [...] porterait une atteinte excessive au droit fondamental du secret professionnel protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] »¹⁴⁴³.

Par ce choix d'une motivation par référence expresse, le juge administratif suprême donne à voir qu'il réceptionne et applique la chose interprétée communautaire. Cette manière de procéder ne pose aucune difficulté en ce qui concerne la question de la conformité de la directive contestée à l'article 6 de la Convention européenne. En jugeant la directive conforme à l'article 6 de la Convention européenne, le Conseil d'État se borne en effet à reprendre à son compte la solution retenue par la Cour de justice quelques mois plus tôt et qui s'impose à lui¹⁴⁴⁴. Au contraire, cette manière de procéder interroge davantage en ce qui concerne la conformité de la directive à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme précisément parce que la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur ce point à l'occasion de sa décision préjudicielle du 26 juin 2007. Or pourtant, la rédaction de l'arrêt *Conseil national des barreaux* donne à voir que le Conseil d'État a entendu s'appuyer sur la décision de la Cour de justice.

475. Dès lors que la Cour de justice ne s'était pas prononcée sur la validité de la directive communautaire contestée au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la question se posait en l'espèce au Conseil d'État de savoir s'il devait ou non saisir la Cour de Luxembourg à titre préjudiciel, celle-ci étant seule compétente pour constater l'invalidité des actes des institutions communautaires¹⁴⁴⁵. Suivant sur ce point son commissaire du gouvernement¹⁴⁴⁶, le

¹⁴⁴³ (Nous soulignons).

¹⁴⁴⁴ Les arrêts préjudiciels de la Cour de justice de l'Union européenne en interprétation du droit de l'Union et en appréciation de la validité des actes des institutions communautaires s'imposent *erga omnes* aux juges des États membres. Cf. *supra* la note de bas de page n°1403 de la présente thèse.

¹⁴⁴⁵ CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost*. En vertu de cette jurisprudence, la Cour de justice dispose d'une compétence exclusive pour constater l'invalidité d'un acte de l'Union, pour le déclarer invalide. Les juridictions nationales peuvent certes examiner la validité d'un tel acte mais seulement conclure à sa validité.

¹⁴⁴⁶ M. GUYOMAR, conclusions sur CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres, RFDA*, 2008, p. 575 et s.

Conseil d'État a choisi de trancher lui-même la question de la conventionnalité de la directive au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a décidé de ne pas saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel. À la lumière des conclusions conformes du commissaire du gouvernement, M. Guyomar, il apparaît qu'une considération essentielle a guidé la haute juridiction administrative dans ce choix : le Conseil d'État, en l'espèce, a considéré se trouver dans le champ de la jurisprudence *CILFIT*¹⁴⁴⁷.

Pour apprécier la conventionnalité de la directive au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État a dû se poser la question de savoir si l'atteinte portée par la directive au secret professionnel des avocats était justifiée par un but légitime, et proportionnée à l'objectif poursuivi. En l'espèce, le juge administratif suprême a considéré que l'atteinte portée était justifiée par un but légitime (la lutte contre le blanchiment de capitaux) et proportionnée à l'objectif poursuivi. Or précisément, pour apprécier le caractère proportionné de l'atteinte, le juge administratif en est revenu à l'interprétation de l'article 6§3 de la directive opérée par la Cour de justice lorsqu'elle avait eu à se prononcer, en juin 2007, sur la conventionnalité de la directive au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (interprétation de l'article 6§3 de la directive à la lumière du considérant 17 de celle-ci). Selon le Conseil d'État, tout se passe comme si la Cour de justice, par son arrêt préjudiciel du 26 juin 2007, avait fixé un principe général d'interprétation de la directive en vertu duquel l'article 6§3 de celle-ci doit être lu au regard du considérant 17 de cette même directive. En ce sens, statuant dans l'affaire *Conseil national des barreaux*, le Conseil d'État a considéré que l'interprétation à retenir de la directive s'imposait d'elle-même et avec évidence dès lors précisément qu'elle « *s'évin[çait] nécessairement des motifs de l'arrêt du 26 juin 2007. En interprétant l'article 6 de la directive à la lumière de son considérant 17 s'agissant des procédures juridictionnelles, la Cour [a] invit[é] nettement [le juge national] à faire de même s'agissant des consultations juridiques qui sont mentionnées au même article* »¹⁴⁴⁸. Sur la base de l'interprétation de la directive telle qu'elle avait été dégagée par la Cour de justice elle-même, le Conseil d'État a donc estimé pouvoir se prononcer sans difficulté sérieuse sur la validité de la directive au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En conséquence, il a choisi de ne pas saisir la Cour de justice à titre préjudiciel.

¹⁴⁴⁷ CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*. Aux termes de cette jurisprudence, la Cour de justice a consacré, en ce qui concerne les juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours, une nouvelle exception à l'obligation spécifique de renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union européenne prévue par l'article 267 TFUE. Lesdites juridictions nationales peuvent ne pas saisir la Cour de justice toutes les fois où elles sont confrontées à une application du droit de l'Union européenne qui s'impose « *avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée* ».

¹⁴⁴⁸ M. GUYOMAR, conclusions précitées.

476. Sans doute alors, reprenant à son compte une interprétation développée par la Cour de Luxembourg à l'occasion des motifs d'une de ses décisions préjudicielles, le Conseil d'État s'est-il inscrit effectivement « *dans la droite ligne du raisonnement tenu par la Cour de justice* »¹⁴⁴⁹.

La question demeure toutefois de savoir si la haute juridiction administrative en décidant de ne pas saisir la Cour de justice à titre préjudiciel en appréciation de la validité de la directive au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas allée trop loin, heurtant au passage la logique « révérentielle » qui, précisément, sous-tend le mécanisme préjudiciel de l'article 267 TFUE ? Certes, l'on peut raisonnablement penser que, saisie de la question de la conformité de la directive à l'article 8 de la Convention, la Cour de justice aurait conclu à une telle conformité par le détour à l'interprétation de l'article 6§3 à la lumière du considérant 17 de la directive. Toutefois, le doute n'était pas absolument exclu. Dès lors, il est permis de s'interroger sur la décision du Conseil d'État de ne pas saisir la Cour de justice et de la portée d'une telle décision au regard des rapports entre ces deux juridictions.

3. La construction d'une image idéale d'harmonie par la pratique de la motivation par référence expresse à une jurisprudence externe

477. La motivation par référence expresse permet de masquer l'indépendance de décision que le Conseil d'État se réserve ainsi que les rapports de force susceptibles de persister entre la haute juridiction et les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Le décalage qui existe parfois entre, d'une part, la déférence manifestée via la motivation par référence expresse, et d'autre part, la révérence effectivement consentie par le Conseil d'État à l'égard des deux Cours européennes et de leur jurisprudence respective permet à lui seul d'appréhender pleinement la fonction réelle et essentielle attachée à cette technique de motivation : la motivation par référence expresse est mobilisée pour construire et maintenir l'image ou l'illusion d'un ordre juridique harmonieux. En ce sens, ladite pratique de motivation est moins la traduction d'un ordre juridique effectivement harmonieux qu'un instrument mobilisé dans une quête d'harmonie. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe est ainsi mobilisée par le juge administratif pour maintenir l'image d'un ordre juridique harmonieux quitte à en forcer les traits. Bien plus qu'elle ne traduit l'harmonie effective de l'ordre juridique, la motivation par référence expresse poursuit et participe d'un idéal d'harmonie que le juge administratif cherche à imposer. Si donc le Conseil d'État consent à sortir de sa réserve

¹⁴⁴⁹ *Idem.*

réductionnelle classique à l'égard de jurisprudences venues d'ailleurs c'est précisément parce que cela participe du maintien nécessaire de l'image d'un ordre juridique censé en harmonie.

§2 : La motivation substantielle, instrument de construction de l'harmonie juridique

478. Donner à voir l'harmonie espérée de l'ordre juridique en mobilisant la motivation formelle des décisions juridictionnelles est une chose, assurer cette harmonie dans un contexte de pluralisme juridique et juridictionnel en est une autre. Le dialogue des juges, en ce qu'il favorise un rapprochement des droits et jurisprudences, est un vecteur privilégié mais insuffisant de l'harmonie juridique. En conséquence, le juge administratif mobilise d'autres méthodes en vue d'assurer et maintenir l'harmonie entre des droits et jurisprudences d'origines désormais diverses. Les raisonnements du juge administratif, tels qu'ils prennent corps dans la motivation substantielle de ses décisions, traduisent ainsi une volonté de sa part d'assurer l'harmonie en évitant autant que faire se peut les conflits entre la norme interne et la norme internationale (A) mais également de maintenir une certaine harmonie dans la résolution même de ces conflits normatifs lorsqu'ils n'ont pu être ni prévenus ni évités (B).

A. La motivation substantielle, instrument de l'harmonie par l'évitement des conflits normatifs

479. Le juge dispose de divers moyens lui permettant d'éviter voire de supprimer un conflit normatif entre une norme interne et une norme internationale¹⁴⁵⁰. Parmi ces techniques permettant d'assurer l'harmonie juridique, l'interprétation conforme ou conciliatrice trouve une place privilégiée (1). La pratique récurrente de cette technique interprétative pose avec acuité la question, plus générale, de savoir si l'harmonie juridique n'est pas devenue un impératif à part entière pesant sur le juge interprète (2).

¹⁴⁵⁰ Le juge dispose notamment de la technique du champ d'application. V. : B. SEILLER, *Droit administratif. Les sources et le juge*, tome 1, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 2016, 6^e éd, spéc. p. 77 et s.

1. L'interprétation conforme, instrument de l'harmonie juridique

480. L'interprétation conforme est une technique juridique ancienne jamais mise en cause¹⁴⁵¹ et qui consiste pour le juge à mobiliser les ressorts de l'interprétation en vue de rendre compatibles des normes *a priori* inconciliables¹⁴⁵². Cette technique est notamment¹⁴⁵³ mise en œuvre en ce qui concerne les rapports entre la norme interne et la norme internationale en vue de supprimer les conflits susceptibles de les opposer. Le raisonnement au fondement de la décision du juge conduit alors ce dernier à rendre compatibles la norme interne et la norme internationale alors même que celles-ci apparaissaient *a priori* inconciliables.

481. Faisant usage du pouvoir dont il dispose désormais pleinement¹⁴⁵⁴ pour interpréter les traités internationaux classiques¹⁴⁵⁵, le juge administratif a pu en ce sens interpréter la norme internationale à la lumière de la norme constitutionnelle. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Koné*¹⁴⁵⁶, le Conseil d'État a interprété l'article 44 de l'accord franco-malien de coopération en matière de justice conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) selon lequel l'État français doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique¹⁴⁵⁷. L'incompatibilité initiale¹⁴⁵⁸ entre l'accord bilatéral en cause et le PFRLR de valeur constitutionnelle est ainsi résolue par le recours à une interprétation conciliatrice. Ainsi lues « *conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique [les stipulations conventionnelles en cause] ne sauraient [...] limiter le pouvoir de l'État français de refuser*

¹⁴⁵¹ Cette technique n'a jamais été remise en cause dans son existence même. Elle a pu toutefois faire l'objet de critiques. En ce sens, il a pu être reproché au juge de recourir à l'interprétation conforme dans l'objectif de neutraliser la norme internationale au profit de la norme interne. Cette critique paraît devoir être relativisée puisque le juge mobilise désormais l'interprétation conforme en vue de faire prévaloir la norme internationale, dans le respect de la hiérarchie des normes. V. sur ce point : M. GAUTIER, « Application des normes internationales », fasc. 22, *Jurisclasseur Administratif*, spéc. §54.

¹⁴⁵² L'interprétation conforme n'a pas pour objet même de choisir entre plusieurs sens possibles d'un même texte. Elle vise la mise en conformité de normes *a priori* inconciliables. L'interprétation conforme doit, en ce sens, être distinguée de l'interprétation juridictionnelle au sens classique que recouvre ce terme et qui consiste à déterminer le sens d'un texte, par hypothèse obscur. Sur ce point, V. : G. PELLISSIER, « Le Conseil d'État pose un nouveau principe de valeur constitutionnelle », *LPA*, n°153 du 20 décembre 1996, pp. 19-26

¹⁴⁵³ La technique de l'interprétation conforme est également mobilisée par le juge administratif en vue de concilier des normes nationales.

¹⁴⁵⁴ CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, rec. p. 171.

¹⁴⁵⁵ Le juge national est incompetent pour interpréter le droit de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive en la matière.

¹⁴⁵⁶ CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, n°169219, rec. p. 255.

¹⁴⁵⁷ Ce PFRLR a été consacré par le Conseil d'État lui-même à l'occasion de son arrêt *Koné*.

¹⁴⁵⁸ L'accord bilatéral franco-malien prévoyait un seul motif possible de refus opposé, par l'État français, à la demande d'extradition : l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est de nature politique ou connexe à une infraction de cette nature. Il ne prévoyait pas que la demande d'extradition puisse être rejetée au motif que l'extradition demandée le soit dans un but politique.

l'extradition au seul cas des infractions de nature politique et des infractions qui leur sont connexes »¹⁴⁵⁹. Interprétées à la lumière de la norme constitutionnelle, lesdites stipulations doivent au contraire être considérées en ce qu'elles recouvrent deux hypothèses dans lesquelles l'État français est à même de refuser l'extradition demandée : l'extradition est demandée à raison de la commission d'une infraction de nature politique ou connexe ; l'extradition est demandée dans un but politique. Ainsi donc, plutôt que de cristalliser le conflit, le juge administratif contourne la difficulté en procédant à une interprétation de la convention permettant de garantir sa compatibilité avec la norme constitutionnelle. Le conflit est ainsi supprimé.

482. Mobilisant les ressorts de l'interprétation, le juge administratif parvient également à concilier des normes nationales et internationales contradictoires en interprétant les normes nationales conformément aux exigences internationales. Le juge procède alors à une interprétation conforme de la loi nationale afin de neutraliser son inconventionnalité et ainsi parvenir à concilier deux normes, la loi nationale et la norme internationale, *a priori* inconciliables. Plutôt que d'avoir à écarter la loi nationale au motif de son inconventionnalité, le juge administratif interprète ladite norme interne en vue de la rendre compatible avec la norme internationale. La loi nationale telle qu'interprétée à la lumière des exigences internationales pourra ainsi être appliquée par le juge.

Le Conseil d'État s'est ainsi livré à une interprétation constructive, sinon contraire, de l'article 192 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 afin de le rendre compatible avec les exigences issues de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme relativement au principe de publicité des audiences. Le juge administratif a pu de la sorte éviter l'annulation dudit décret¹⁴⁶⁰. C'est également en procédant à une interprétation particulièrement constructive de la loi nationale que le Conseil d'État a pu conclure à la conventionnalité de l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme qui consacre le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme¹⁴⁶¹. Pour pouvoir affirmer la compatibilité de cette disposition législative avec l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, la haute juridiction a ajouté à la loi. Se conformant aux conclusions de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État a en effet « ajout[é] une exception supplémentaire au principe [de non-indemnisation consacré par la loi], en reconnaissant un droit à indemnité au propriétaire qui subit une charge spéciale et exorbitante hors de proportion avec l'objectif d'intérêt public que poursuit l'institution de la servitude »¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁹ CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, préc.

¹⁴⁶⁰ CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, n°132369, rec. p. 34, avec les conclusions de M. Sanson.

¹⁴⁶¹ CE, Sect., 8 juillet 1998, *Bitouzet*, n°158592, rec. p. 288. V. : D. DE BÉCHILLON, « Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme. À propos de l'arrêt *Bitouzet* », *RFDA*, 1999, p. 841 et s.

¹⁴⁶² R. ABRAHAM, conclusions sur CE, Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, *RFDA*, 1998, pp. 1243-1253, spéc. p. 1251.

483. La technique de l'interprétation conforme apparaît ainsi comme un « *instrument de coordination et d'harmonisation* »¹⁴⁶³ essentiel. Par ce biais, en effet, le juge incorpore à la norme interprétée les exigences issues de la norme de référence. La norme interprétée l'est à la lumière des exigences issues de la norme qui sert de référence. En ce sens, le recours à l'interprétation conforme permet de pallier le risque d'une dysharmonie normative. Intrinsèquement, l'interprétation conforme constitue un instrument de régulation, de pacification des rapports entre des légalités diverses et compte pleinement, en ce sens, parmi les « *techniques jurisprudentielles pragmatiques* »¹⁴⁶⁴ contribuant à l'articulation harmonieuse des systèmes juridiques interne et internationaux. Elle est un instrument de cohérence ou d'harmonie que le juge administratif a su parfaitement mettre à contribution pour endiguer les effets perturbateurs induits par l'internationalisation du droit. Le juge sait mobiliser les ressorts de l'interprétation pour éviter les conflits normatifs et ainsi maintenir une certaine harmonie entre des normes issues de systèmes juridiques distincts mais interdépendants.

484. Il a pu être mis en évidence, outre une fonction d'adaptation, une fonction de systématisation attachée à l'interprétation juridique dès lors que celle-ci « *permet de reconstruire le droit comme un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement* »¹⁴⁶⁵. Cette fonction attachée à l'interprétation juridique et notamment juridictionnelle est de l'essence même de la technique de l'interprétation conforme, laquelle permet précisément de garantir une certaine harmonie par l'évitement des conflits entre normes. Il convient de noter à cet égard que l'harmonie alors recherchée l'est du côté de la hiérarchie des normes et du principe de primauté. En effet, par la voie de l'interprétation conforme, le juge entend faire respecter la hiérarchie des normes : la norme considérée comme inférieure est interprétée à la lumière des exigences de la norme qui lui est supérieure. Ainsi, la norme infra-législative est interprétée conformément à la loi, qui est elle-même interprétée conformément à la Constitution et à la norme internationale, cette dernière étant elle-même interprétée, le cas échéant, à la lumière de la norme constitutionnelle. L'interprétation conforme apparaît ainsi comme une technique certes plus douce que le contrôle de légalité proprement dit¹⁴⁶⁶ mais qui poursuit néanmoins le même objectif de

¹⁴⁶³ M. LUCIANI, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges » in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 695-707.

¹⁴⁶⁴ J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », discours à l'Université de Kyoto, 26 octobre 2016 (disponible sur le site officiel du Conseil d'État).

¹⁴⁶⁵ J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 115-129, spéc. p. 125.

¹⁴⁶⁶ Technique plus douce, en effet, puisqu'elle ne conduit pas à annuler ni encore à laisser inappliquée une norme au motif de son incompatibilité avec la norme qui lui est supérieure.

garantie de la hiérarchie des normes dès lors en effet que « *toute interprétation conforme est l'affirmation d'une supériorité* »¹⁴⁶⁷.

2. L'harmonie juridique, un impératif pesant sur le juge-interprète

485. Par le recours à l'interprétation conforme, le pouvoir d'interprétation du juge est mis au service de l'harmonie du droit. Cette technique interprétative fait ainsi le lien entre interprétation juridictionnelle et harmonie juridique. L'existence continuée et la pratique récurrente de cette technique de l'interprétation conforme posent dès lors la question de savoir si l'impératif d'harmonie juridique n'est pas devenu une directive d'interprétation à part entière pesant sur le juge-interprète.

486. Le juge n'est pas absolument libre dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation. Sa marge de liberté en ce domaine est encadrée par un ensemble de règles explicites ou non qui contraignent son pouvoir d'interprétation. La liberté du juge-interprète n'est pas illimitée dès lors qu'elle est bornée par l'existence de directives d'interprétation c'est-à-dire par un ensemble de « *propositions signifiant un « modèle de comportement » [...] dont la formulation est destinée à « influencer »* »¹⁴⁶⁸ le comportement du juge-interprète. Les directives d'interprétation orientent et guident le processus interprétatif juridictionnel, sans pour autant jamais le prédéterminer totalement¹⁴⁶⁹.

487. Le pluralisme juridique et juridictionnel induit par l'internationalisation du droit renouvelle la problématique des directives ou contraintes pesant sur le juge-interprète. À la lumière de ce contexte rénové, la question peut être posée, en effet, de savoir si l'impératif d'harmonie n'est pas devenu une directive d'interprétation à part entière pesant sur le processus interprétatif du juge. Le travail du juge-interprète apparaît effectivement contraint par un idéal recherché d'harmonie. Cette quête de l'harmonie du système juridique paraît être devenue une figure essentielle de l'office du juge administratif. Dans son travail d'interprétation des textes, le juge entend garantir l'harmonie entre des normes d'origines diverses.

Cet impératif d'harmonie juridique est parfois explicitement consacré en tant que directive censée guider le juge-interprète. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne fait obligation au juge national d'interpréter le droit de son État conformément au droit de l'Union¹⁴⁷⁰. Cette exigence répond

¹⁴⁶⁷ G. PELLISSIER, « Le Conseil d'État pose un nouveau principe de valeur constitutionnelle », préc., spéc. p. 24.

¹⁴⁶⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 135-153, spéc. p. 137.

¹⁴⁶⁹ V. sur ce point : F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, spéc. p. 152.

¹⁴⁷⁰ CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Von Colson*.

à une fonction préventive : il s'agit d'assurer la pleine effectivité du droit de l'Union européenne en neutralisant, au stade de l'interprétation, toute illégalité éventuelle de la norme nationale au regard du droit de l'Union européenne. En cela, une telle obligation d'interprétation conforme participe pleinement d'une recherche d'harmonie des droits et jurisprudences. Au-delà de ce cas de figure d'une directive explicite obligeant le juge-interprète, celui-ci paraît être pleinement dévoué à cette quête d'harmonie. C'est en effet dans ce même objectif que le juge administratif consent désormais à réceptionner des jurisprudences venues d'ailleurs. Pour ne retenir que ce seul exemple, l'impératif d'harmonie conduit le juge administratif à appliquer la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'elle est interprétée par la Cour de Strasbourg c'est-à-dire donc à retenir une interprétation de la Convention conforme à celle développée par la Cour européenne des droits de l'homme plutôt que de développer, comme il a pu le faire par le passé¹⁴⁷¹, une interprétation nationale des stipulations de la Convention susceptible de heurter l'interprétation émise par la Cour européenne. De même, c'est pour maintenir l'harmonie de l'ordre juridique que le juge, mobilisant la technique de l'interprétation conforme, interprète une norme conformément à une autre, alors même qu'elles sont *a priori* inconciliables.

488. Affirmer de la sorte que l'harmonie juridique est devenue une directive d'interprétation à part entière s'imposant au juge n'a rien d'incongru parce que rien d'absolument novateur. Le juge a depuis longtemps suivi comme « *directive d'interprétation la plus fondamentale [celle consistant à retenir] l'interprétation qui conforte la « rationalité du législateur » (image destinée [précisément] à traduire la cohérence, logique et axiologique du système juridique, ainsi que son caractère opératoire)* »¹⁴⁷². Dans un contexte rénové d'internationalisation du droit, la nécessité de maintenir un certain ordre apparaît d'autant plus pressante ou primordiale. Dès lors, en sus d'agir en vue de sauvegarder la cohérence et la rationalité de l'ordre juridique interne, le juge national doit désormais également garantir l'harmonie entre des droits et jurisprudences internes et internationaux. L'impératif d'harmonie est ainsi progressivement devenu une directive d'interprétation à part entière censée

¹⁴⁷¹ CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, n°07103, rec. p. 395 ; CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, n°54300, rec. p. 259 : faisant valoir une interprétation littérale de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme en opposition avec celle, dynamique et téléologique, développée par la Cour de Strasbourg, le Conseil d'État décide que le principe de publicité des audiences prévu par l'article 6§1 de la Convention n'est pas applicable aux juridictions disciplinaires.

De manière générale, les oppositions initiales entre les deux juridictions s'expliquaient principalement par une position de défiance du juge administratif français : refusant par principe de se conformer aux interprétations dynamiques de la Convention développées par la Cour de Strasbourg, le Conseil d'État privilégiait une lecture littérale du texte conventionnel. Les divergences de jurisprudence entre le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme se sont progressivement raréfiées dès lors que le juge administratif a consenti à se conformer à la jurisprudence de Strasbourg.

¹⁴⁷² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », préc., spéc. p. 152.

orienter le travail du juge-interprète lorsque celui-ci est confronté aux rapports entre la norme interne et la norme internationale.

B. La motivation substantielle, instrument de l'harmonie dans le traitement des conflits normatifs

489. Lorsque le conflit entre la norme interne et la norme internationale n'a pu être évité, le juge administratif est contraint de le trancher. Pour ce faire, il recourt classiquement au principe hiérarchique¹⁴⁷³ : il détermine le rapport de supériorité entre les normes et tranche le litige en appliquant la norme qui, selon la hiérarchie interne des normes, prime sur l'autre. En la matière toutefois, une tendance moderne se dessine : le principe hiérarchique tend à être délaissé. Pour éviter la cristallisation des conflits entre normes internes et internationales, le juge administratif cherche en effet à s'extraire de la logique hiérarchique et entend privilégier « *des modes alternatifs de résolution* »¹⁴⁷⁴ des conflits pour ainsi favoriser une articulation plus harmonieuse des normes nationales et internationales et notamment européennes. En vue d'une mise en ordre pacifiée du pluralisme juridique, le juge tend ainsi à renouveler ses méthodes de raisonnement pour éviter les confrontations directes entre la norme interne et la norme internationale. En ce sens, il ne raisonne plus chaque fois en termes de supériorité et de subordination entre normes. Délaissant le principe hiérarchique, le juge administratif fonde ainsi certaines de ses décisions sur un raisonnement mettant en jeu la figure de la protection équivalente des droits fondamentaux (1). Cette tendance observée du juge administratif à raisonner en termes d'équivalence de protection des droits fondamentaux paraît autrement plus révélatrice d'une évolution des méthodes de ce juge que la pratique qu'on lui prête parfois de motiver certaines de ses décisions par le recours à un raisonnement fondé sur sa compétence (2).

¹⁴⁷³ La logique hiérarchique est celle qui sous-tend, plus ou moins explicitement, un ensemble de décisions par lesquelles le Conseil d'État a fixé les grandes lignes des rapports entre le droit international et la loi nationale (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, rec. p. 190) et entre la Constitution et le droit international (CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, n°169219, rec. p. 255 ; CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n°200286, 200287, rec. p. 369 ; CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, n°226514, rec. p. 624).

¹⁴⁷⁴ H. GAUDIN, « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 639-649, spéc. p. 641.

1. Le délaissement observé du principe hiérarchique au profit de la figure de la protection équivalente des droits fondamentaux

490. Quoique la figure de la protection équivalente des droits fondamentaux n'est pas dénuée de tout paradoxe¹⁴⁷⁵ ni insusceptible de critiques d'ordre essentiellement théorique¹⁴⁷⁶, elle est désormais mobilisée par le juge administratif. Si traditionnellement ce dernier appréhende les rapports et conflits entre normes, notamment entre normes internes et internationales, selon une logique hiérarchique de type pyramidal, il tend désormais à favoriser un critère matériel fondé sur l'équivalence des protections des droits fondamentaux¹⁴⁷⁷. En mobilisant ainsi la figure de la protection équivalente, le Conseil d'État paraît se ranger à l'hypothèse selon laquelle les droits fondamentaux ont vocation à constituer un vecteur privilégié de l'ordonnancement du pluralisme et à l'idée essentielle qu'il s'agit « non [de] rechercher et [de] définir un cadre systémique hiérarchisé ou hiérarchisant, mais [d'] identifier les règles et principes de cohabitation entre plusieurs systèmes de droit [...] plus ou moins autonomes sur un plan institutionnel, mais normativement interdépendants »¹⁴⁷⁸.

491. La question de savoir si, conformément au principe de primauté du droit de l'Union européenne tel qu'il est interprété par la Cour de justice¹⁴⁷⁹, ce droit a vocation à primer sur la Constitution nationale constitue « un nœud gordien »¹⁴⁸⁰ auquel est confronté le juge administratif. De fait, et comme le révèle topiquement l'arrêt *Arcelor*¹⁴⁸¹, l'articulation entre le droit de l'Union européenne et la Constitution donne lieu, de la part du Conseil d'État, à des montages complexes qui répondent à un objectif essentiel : éviter une confrontation directe entre la Constitution et le droit de l'Union. En ce sens, dans l'affaire *Arcelor*, plutôt que de faire jouer pleinement le principe hiérarchique, le Conseil d'État a raisonné en termes d'équivalence des protections.

¹⁴⁷⁵ Le recours à la figure de la protection équivalente des droits fondamentaux permet un mouvement double et contraire. Car en effet, l'équivalence des protections est invoquée, selon les cas, pour favoriser une ouverture à d'autres systèmes juridiques, notamment internationaux, ou, à l'opposé, pour permettre et justifier un repli identitaire. La jurisprudence *Arcelor* du Conseil d'État illustre parfaitement cette double dimension ou facette de la figure de la protection équivalente. V. sur ce point particulièrement : É. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010.

¹⁴⁷⁶ V. notamment sur ce point : F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, n°2/2012, pp. 307-317 : l'auteur met notamment en lumière « les présupposés contestables » sur lesquels repose cette notion de protection équivalente.

¹⁴⁷⁷ A. ROBLLOT-TROIZIER, « Rapports nationaux. La France. », in DUBOUT (É.), TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, préc., pp. 233-257.

¹⁴⁷⁸ É. DUBOUT, S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT (É.), TOUZÉ (S.) (dir.), préc., pp. 11-35, spéc. p. 24.

¹⁴⁷⁹ Selon une jurisprudence classique de la Cour de justice de l'Union européenne, la primauté du droit de l'Union vaut à l'égard de l'ensemble des normes nationales, y compris donc constitutionnelles : CJCE, 1964, *Costa c. ENEL* ; CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* ; CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmmenthal*.

¹⁴⁸⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2017, 7^e éd., spéc. p. 198.

¹⁴⁸¹ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n°287110, rec. p. 55.

S'inspirant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives communautaires¹⁴⁸², le Conseil d'État, dans son arrêt *Arcelor*, définit « *les modalités particulières* »¹⁴⁸³ du contrôle de constitutionnalité des mesures réglementaires qui transposent directement, en droit interne, les dispositions précises et inconditionnelles de directives communautaires. À cet égard, sans rompre totalement avec la logique hiérarchique, le juge administratif suprême suit un raisonnement centré sur le principe d'équivalence des protections. La particularité des modalités du contrôle de constitutionnalité ainsi consacré¹⁴⁸⁴ tient à ce que ce dernier passe par une « *opération de translation, qui condui[t] à ce [qu'il] s'effectue [...] sous le timbre du droit communautaire* »¹⁴⁸⁵ dès lors qu'est en cause une disposition ou un principe de valeur constitutionnelle qui trouve un équivalent en droit de l'Union européenne.

492. Le juge administratif est compétent pour trancher le litige à l'occasion duquel est contestée la constitutionnalité d'une mesure réglementaire de transposition d'une directive communautaire « *mais le conflit de normes auquel [il] ser[a] confront[é] appellera deux modes de résolution différents* »¹⁴⁸⁶ selon qu'il existe ou non entre le droit interne et le droit de l'Union une équivalence dans la protection des droits.

Dans l'hypothèse où la disposition ou le principe de valeur constitutionnelle dont la violation est alléguée a un équivalent en droit de l'Union européenne, le conflit normatif est ramené dans le giron du droit de l'Union. Le juge statue au regard du droit de l'Union européenne. La Constitution est mise de côté¹⁴⁸⁷. La norme de référence de son contrôle n'est pas la norme constitutionnelle nationale mais le droit de l'Union. Il s'agit alors pour le juge de vérifier la conformité de la directive communautaire aux règles et principes généraux du droit de l'Union européenne. Le juge est ainsi conduit à contrôler la validité de la directive communautaire. Ce contrôle s'exerce dans le cadre classique de la jurisprudence *Foto-Frost*¹⁴⁸⁸. Deux cas de figure sont ainsi envisageables : en l'absence de difficulté sérieuse quant à la question de la conformité de la directive au droit de l'Union européenne, le juge

¹⁴⁸² Notamment : CC, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; CC, Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur*.

¹⁴⁸³ M. GUYOMAR, conclusions sur CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, RFDA, 2007, p. 384 et s.

¹⁴⁸⁴ Les modalités particulières du contrôle de constitutionnalité des mesures réglementaires nationales de transposition des directives communautaires concernent uniquement l'examen de la légalité interne desdites mesures. Le contrôle de la régularité externe des mesures nationales de transposition n'est pas affecté : il relève de la compétence du juge national dans les conditions de droit commun.

¹⁴⁸⁵ M. GUYOMAR, conclusions précitées.

¹⁴⁸⁶ *Idem*.

¹⁴⁸⁷ D. TRUCHET, *Droit administratif*, préc., spéc. p. 210.

¹⁴⁸⁸ CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost* : les juridictions nationales peuvent vérifier la validité d'un acte pris par une institution de l'Union mais elles sont incompétentes pour déclarer elles-mêmes l'invalidité d'un tel acte. La Cour de justice de l'Union européenne, saisie à titre préjudiciel, est seule compétente pour déclarer, pour constater, une telle invalidité.

administratif écarte lui-même le moyen invoqué à ce titre ; en cas de difficulté sérieuse, le juge administratif saisit à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne, seule compétente pour déclarer invalide un acte pris par une institution de l'Union au motif de son incompatibilité avec le droit de l'Union européenne.

Lorsque le droit de l'Union n'offre aucun équivalent à la disposition ou au principe de valeur constitutionnelle dont la violation est alléguée, le juge administratif vérifie la conformité de l'acte réglementaire contesté à la Constitution. « *S'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées* »¹⁴⁸⁹.

493. Par le recours à la figure de la protection équivalente, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Arcelor*, parvient ainsi à un équilibre subtil entre le principe de primauté du droit de l'Union européenne et la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne : sans remettre catégoriquement en cause la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne, le juge administratif suprême y apporte les corrections nécessaires au respect des exigences issues du droit de l'Union européenne.

494. La logique qui sous-tend le raisonnement suivi par le Conseil d'État dans son arrêt *Conseil national des barreaux* est, bien que de manière plus implicite, également fondée sur la figure de la protection équivalente. Saisi de manière inédite de la conventionnalité d'une directive communautaire¹⁴⁹⁰, le juge administratif suprême a dû s'extraire de la logique hiérarchique dès lors que, pour résoudre la question des rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique européen des droits de l'homme, le prisme hiérarchique ne lui était d'aucun secours. À l'occasion d'un considérant de principe formulé explicitement et à titre de prolégomènes, la haute juridiction a précisé le cadre de son contrôle.

« il résulte tant de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment de son arrêt du 15 octobre 2002, que, dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire ; qu'il appartient en conséquence au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de

¹⁴⁸⁹ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, préc.

¹⁴⁹⁰ En l'espèce, les requérants alléguaient de la non-conformité d'une directive communautaire et des mesures nationales procédant à sa transposition en droit interne (loi de transposition et décret pris pour son application) à des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme (articles 6 et 8) et des principes généraux du droit de l'Union européenne.

l'homme et des libertés fondamentales, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne » (CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n°296845, rec. p. 129).

Ainsi qu'il ressort des termes de cet arrêt, le Conseil d'État a inscrit sa solution dans le cadre de la jurisprudence *Foto-Frost*¹⁴⁹¹. Suivant la proposition de son commissaire du gouvernement¹⁴⁹², la haute juridiction a aligné « *l'examen des moyens tirés de la méconnaissance de la Convention européenne des droits de l'Homme par une directive [...] sur celui des moyens tirés de la violation du droit communautaire originaire ou des principes généraux du droit communautaire et [...] dès lors [...] effectu[é] [cet examen] dans le cadre de la jurisprudence Foto-Frost du 22 octobre 1987 qui réserve à la Cour de justice une compétence exclusive pour constater l'invalidité d'un acte communautaire* »¹⁴⁹³. Si le Conseil d'État a pu appréhender de la sorte le conflit normatif opposant la directive communautaire et la Convention européenne des droits de l'homme, c'est précisément parce qu'il est présumé que le système européen de protection des droits de l'homme et le système communautaire sont équivalents en matière de protection des droits fondamentaux. La solution retenue par le juge administratif suprême est certes expressément fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice et l'article 6§2 du Traité sur l'Union européenne mais elle repose fondamentalement sur la figure de la protection équivalente des droits fondamentaux. Parce que les systèmes européen et communautaire de protection des droits fondamentaux sont (présumés) équivalents, « *il est tout à fait possible de suivre le même processus de contrôle que le grief invoqué à l'encontre de la directive communautaire tiennent à son incompatibilité avec une norme supérieure propre à l'ordre juridique communautaire ou à son incompatibilité avec un droit fondamental notamment protégé par la CEDH* »¹⁴⁹⁴. Ainsi, et quand bien même le litige pose la question de la compatibilité d'une directive communautaire à la Convention européenne des droits de l'homme, il peut valablement revenir, en dernier recours, à la Cour de justice de l'Union européenne saisie à titre préjudiciel de la trancher. Le raisonnement qui sous-tend la solution ainsi consacrée par le Conseil d'État procède d'une logique centrée sur le principe d'équivalence de protection des droits fondamentaux¹⁴⁹⁵. Au-delà des termes mêmes du traité et de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg rappelés dans l'arrêt, s'il peut ainsi

¹⁴⁹¹ CJUE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, préc.

¹⁴⁹² M. GUYOMAR, conclusions sur CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres, RFDA*, 2008, p. 575 et s.

¹⁴⁹³ *Idem*.

¹⁴⁹⁴ M. GAUTIER, « De Bruxelles à Paris en passant par Luxembourg et en songeant à Strasbourg : exemple de dialogue des juges », *Dr. adm.*, n° 6/2008, comm. n°83.

¹⁴⁹⁵ Déjà en ce sens, notamment : M. GAUTIER, *op. cit.* ; P. DEUMIER, « Le juge interne face à la coordination du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.*, 2008, pp. 444-448.

être affirmé par le juge administratif suprême que « *les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire* » c'est précisément parce qu'il est présumé que les systèmes conventionnel européen et communautaire offrent une protection équivalente des droits fondamentaux.

2. *Le délaissement supposé du principe hiérarchique au profit d'un raisonnement fondé sur la compétence*

495. La thèse selon laquelle le juge administratif suprême aurait parfois recours à un raisonnement fondé sur la compétence est celle défendue particulièrement par le Professeur B. Bonnet¹⁴⁹⁶. Selon ce dernier, le Conseil d'État aurait tendance à délaisser sa traditionnelle lecture hiérarchique des rapports entre les normes internes et internationales au profit d'une lecture fondée sur sa compétence censée favoriser l'harmonie entre des normes issues de systèmes juridiques distincts mais interdépendants. Face à un conflit entre une norme interne et une norme internationale concurrentes, le juge administratif ne chercherait plus à déterminer le rapport hiérarchique entre ces normes en vue de définir leur place respective au sein de l'ordre juridique interne mais se bornerait à faire application prioritaire de l'une de ces deux normes en vertu du titre lui donnant compétence pour trancher le conflit.

Cette thèse entend reposer sur l'analyse de la jurisprudence administrative. L'auteur, pour appuyer sa thèse, se fonde en effet sur l'étude de plusieurs arrêts rendus par le Conseil d'État et qui seraient symptomatiques de cette volonté du juge administratif suprême de privilégier désormais un raisonnement fondé sur sa compétence pour résoudre les conflits normatifs : les arrêts *Sarran*¹⁴⁹⁷, *Deprez et Baillard*¹⁴⁹⁸, et *Arcelor*¹⁴⁹⁹. L'arrêt *Sarran* est ainsi présenté comme la première tentative à l'occasion de laquelle le Conseil d'État aurait fondé son raisonnement sur une logique de compétence et non de hiérarchie ou de primauté. À cet égard, il est fait valoir que cet arrêt peut valablement faire l'objet d'une autre interprétation que celle, dominante, selon laquelle le Conseil d'État a, à cette occasion, affirmé sans ambages la supériorité, dans l'ordre juridique interne, de la Constitution sur le traité international. Aux termes de cette autre interprétation, il est défendu l'hypothèse selon laquelle, dans l'arrêt *Sarran*, « *le Conseil d'État [...] statue non en termes de hiérarchie des normes, mais en*

¹⁴⁹⁶ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, coll. « Forum », 2013 ; du même auteur, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, n°1/2005, p. 56 et s.

¹⁴⁹⁷ CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, rec. p. 369.

¹⁴⁹⁸ CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, n°257341, rec. p. 1.

¹⁴⁹⁹ CE, Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n°287110, rec. p. 55.

termes de compétence juridictionnelle »¹⁵⁰⁰. Par cette décision, le Conseil d'État n'aurait pas entendu consacrer la suprématie constitutionnelle dans l'ordre juridique interne mais se serait borné à affirmer que ni l'article 55 de la Constitution, ni aucun autre titre de droit interne ne lui donne compétence pour écarter une disposition constitutionnelle au motif de son inconstitutionnalité. Le Conseil d'État aurait ainsi affirmé que « le juge administratif n'est [...] pas autorisé à écarter l'application d'une disposition à caractère constitutionnel au nom de la primauté des traités internationaux, faute d'un quelconque titre à faire prévaloir sa propre interprétation sur celle du pouvoir constituant »¹⁵⁰¹. Les arrêts *Deprez et Baillard*¹⁵⁰² et *Arcelor* constitueraient d'autres tentatives du Conseil d'État de sortir de la logique hiérarchique pour lui préférer une lecture des conflits normatifs en termes de compétence. À l'occasion de ces arrêts, le juge administratif n'aurait pas recherché à déterminer la place hiérarchique respective de la norme interne et de la norme internationale en établissant la primauté de l'une sur l'autre mais se serait borné à fixer une règle de priorité d'application de l'une de ces normes par rapport à l'autre.

496. La difficulté vient de ce que les exemples jurisprudentiels ainsi mobilisés à l'appui de sa thèse par l'auteur ne paraissent pas traduire avec pleine certitude une évolution véritable des méthodes du juge administratif dans le traitement des conflits entre normes internes et internationales. Certes, du fait de l'ambiguïté de la rédaction de son considérant de principe¹⁵⁰³, il est permis de douter de la portée certaine de l'arrêt *Sarran*¹⁵⁰⁴. Il reste que, « en refusant d'examiner le moyen [dont il était saisi] et en appliquant la Constitution au détriment de la norme internationale, la haute juridiction s'est prononcée, implicitement mais nécessairement, pour la subordination de cette dernière »¹⁵⁰⁵. Force est ainsi de reconnaître que l'arrêt *Sarran* témoigne de la mise en œuvre par le Conseil d'État d'« un raisonnement qui ne fait pas l'économie d'une référence au principe hiérarchique »¹⁵⁰⁶. Au

¹⁵⁰⁰ D. SIMON, « L'arrêt *Sarran* : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe*, n°3/1999, pp. 4-6, spéc. p. 5.

¹⁵⁰¹ *Idem*, spéc. p. 6.

¹⁵⁰² Par cet arrêt, le Conseil d'État est venu affirmer très explicitement que l'article 55 de la Constitution fixe une règle de conflit de normes qu'il appartient au juge administratif de suivre en vue de déterminer la norme applicable au litige dont il est saisi : « pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article ».

¹⁵⁰³ « si l'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que le décret attaqué, en ce qu'il méconnaîtrait les stipulations d'engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre interne, serait par là même contraire à l'article 55 de la Constitution, ne peut lui aussi qu'être écarté ».

¹⁵⁰⁴ D. SIMON, « L'arrêt *Sarran* : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », préc.

¹⁵⁰⁵ B. SEILLER, *Droit administratif. Les sources et le juge*, tome 1, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 2016, 6^e éd., spéc. p. 65.

¹⁵⁰⁶ B. BONNET, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, n°1/2005, p. 56 et s.

surplus, l'arrêt *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*¹⁵⁰⁷, à l'occasion duquel le juge administratif suprême a pris soin de souligner que le « *principe de primauté [du droit de l'Union européenne] ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution* », a confirmé la prétention du Conseil d'État à établir la primauté de la Constitution sur la norme internationale dans l'ordre juridique interne. Le raisonnement mis en œuvre alors par la haute juridiction n'est nullement fondé sur une logique de compétence mais bien sur une lecture en termes de supériorité et de subordination entre normes.

En ce qui concerne l'arrêt *Deprez et Baillard*, lequel se veut central dans la démonstration du Professeur B. Bonnet, il est permis, à l'image du Professeur P. Cassia, de douter de la portée de cet arrêt pour ce qui a trait à la problématique des conflits entre normes internes et internationales. Il n'est pas certain, en effet, que cette décision porte sur une telle question. En ce sens, il peut être soutenu que l'arrêt *Deprez et Baillard* n'intéresse pas la hiérarchie des normes mais traite seulement de l'opposabilité d'une norme d'origine externe (la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en l'espèce) en droit interne¹⁵⁰⁸. Enfin, si, à l'occasion de l'arrêt *Arcelor*, le Conseil d'État a effectivement cherché à dépasser, sans la délaisser pleinement toutefois¹⁵⁰⁹, une lecture hiérarchique des rapports entre systèmes juridiques et normes internes et internationaux, ce n'est pas au profit d'une logique fondée sur la compétence mais bien davantage en faveur d'un raisonnement en termes d'équivalence des protections¹⁵¹⁰.

497. Ainsi donc, la portée accordée aux arrêts *Sarran*, *Deprez et Baillard* et *Arcelor* en ce qu'ils traduiraient la mise en œuvre par le juge administratif suprême d'un raisonnement fondé sur la compétence peut et doit être relativisée, sinon contestée. En tout état de cause, l'on perçoit difficilement la plus-value apportée par la thèse ainsi défendue et consistant à affirmer une tendance forte du Conseil d'État à délaisser, en ce qui concerne le traitement des conflits entre normes internes et internationales, le prisme hiérarchique pour lui préférer une lecture en termes de compétence. En quoi décider de l'application prioritaire d'une norme plutôt que d'une autre diffère-t-il profondément de l'affirmation de la supériorité de cette norme sur l'autre ? Écarter une norme au profit d'une autre

¹⁵⁰⁷ CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, n°226514, préc.

¹⁵⁰⁸ P. CASSIA, « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *RFDA*, n°3/2005, pp. 465-472, spéc. pp. 468-469.

¹⁵⁰⁹ L'arrêt *Arcelor* ne rompt pas absolument avec la logique hiérarchique dès lors précisément que le Conseil d'État prend soin de réaffirmer le principe issu de la jurisprudence *Sarran*. De l'aveu même du commissaire du gouvernement, M. Guyomar, le raisonnement qu'il propose et que le Conseil d'État consacre finalement « *tient tout entier dans la suprématie absolue des règles et principes de valeur constitutionnelle* ». Il s'agit d'assurer le respect de la suprématie constitutionnelle dans l'ordre juridique interne, lequel « *respect [...] passe, dans une certaine mesure, par la reconnaissance de la primauté du droit communautaire* ». V. M. GUYOMAR, conclusions précitées.

¹⁵¹⁰ Cf. *supra* les paragraphes n°490 et s. de la présente thèse.

ou lui donner une priorité d'application revient à affirmer implicitement mais nécessairement sa prévalence, ce qui équivaut, en définitive, à lui reconnaître un caractère supérieur¹⁵¹¹.

¹⁵¹¹ Déjà en ce sens : P. CASSIA, préc., spéc. p. 472.

Conclusion du chapitre

498. L'internationalisation du droit a eu pour conséquence de modifier les méthodes classiques du juge administratif dès lors seulement que ce dernier intègre depuis lors la norme internationale en tant que norme de référence de son contrôle¹⁵¹². Plus spécifiquement, le juge administratif a fait évoluer la motivation de ses décisions de telle sorte qu'elle marque et permette son inscription dans le mouvement en marche d'internationalisation du droit. Le juge administratif, en effet, a su mobiliser la motivation tant formelle que substantielle de ses décisions pour être et apparaître, non pas simple spectateur, mais véritable acteur de ce mouvement moderne. En ce sens, par la motivation formelle de ses décisions, c'est-à-dire par la manière dont il formule ou rédige les motifs de celles-ci, le juge administratif manifeste une politique d'ouverture sur le monde et d'échange avec les autres juges. La pratique de la motivation par référence expresse à des jurisprudences externes caractérise cette politique moderne autant d'ailleurs qu'elle fait la lumière sur une structuration amorcée des rapports entre juges. Car en effet, elle traduit une révérence consentie du juge administratif à l'égard particulièrement des juridictions européennes. En définitive, une telle pratique rédactionnelle véhicule une image d'harmonie maintenue entre des droits et jurisprudences d'origines pourtant diverses. Par la motivation substantielle de ses décisions, c'est-à-dire par la manière dont il motive celles-ci *via* un raisonnement censé proprement juridique, le juge administratif entend favoriser, par-delà le pluralisme, l'harmonie des droits et jurisprudences. À cette fin, non seulement il mobilise les motifs de ses décisions comme un lieu privilégié de dialogue avec les autres juges propre à favoriser un rapprochement des droits et jurisprudences mais encore il n'hésite pas même à renouveler les raisonnements au fondement de ses décisions en vue de dépasser les contradictions et conflits éventuels.

499. Dans le cadre et à l'échelle de son action, le juge administratif participe à n'en plus douter à l'avènement souhaité d'un pluralisme ordonné¹⁵¹³. Par la motivation formelle et substantielle de ses décisions, le juge administratif entend participer à la mise en ordre du droit et revendique la part ou le rôle qu'il joue dans l'ordonnancement du pluralisme. La mise en ordre, ou plutôt en harmonie, d'un système juridique devenu pluriel est un enjeu essentiel de la période contemporaine et un défi majeur pour le juge. En ce sens, le juge administratif entend bien faire de l'ordonnancement du pluralisme une nouvelle figure de son office. Si donc un doute pouvait encore subsister quant à la question de

¹⁵¹² Y. GAUDEMET, « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », in *Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. SPILIOPOULOS, État, Loi, Administrations*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 147-158.

¹⁵¹³ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Paris, Éd. du Seuil, 2006.

savoir si « « ordonner le pluralisme » n'est [...] pas aujourd'hui le nouvel office des juges qui ne dit pas son nom »¹⁵¹⁴, il n'a plus lieu d'être à l'analyse de l'évolution moderne de la motivation de ses décisions par le juge administratif. Ainsi engagé sur la voie du pluralisme ordonné, le juge administratif entend dépasser pour une large part désormais la simple coordination par entrecroisements¹⁵¹⁵. En ce sens, le dialogue des juges, lequel passe notamment par les motifs des décisions de justice et est concrétisé par cette voie, n'est plus seulement fait d'influences réciproques et d'horizontalité mais davantage d'autorité et de verticalité. La pratique de la motivation par référence expresse témoigne de cette verticalisation des rapports entre juges amorcée principalement à l'échelle de l'Union européenne et de l'Europe des droits de l'homme. De même, l'harmonie que convoite le juge administratif, et en vue de laquelle il mobilise la motivation de ses décisions, confine bien souvent à une harmonisation par rapprochement de droits et jurisprudences d'origines diverses. Le renouveau des raisonnements développés par le juge à l'appui de ses décisions témoigne typiquement d'un tel processus d'harmonisation par rapprochement. La technique de l'interprétation conforme permet, en effet, au juge d'intégrer les exigences issues de la norme internationale au sein même de la norme interne. La figure de la protection équivalente des droits fondamentaux, plusieurs fois mobilisée par le Conseil d'État, repose par essence, quant à elle, sur le présupposé de droits ou systèmes normatifs proches ou équivalents en ce qui concerne la protection des droits de l'homme.

¹⁵¹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95-130, spéc. p. 113.

¹⁵¹⁵ La coordination par entrecroisements est une première étape dans la mise en ordre du pluralisme mais elle est très insuffisante. Par conséquent, elle doit être approfondie et donner lieu, dans un second temps, à un processus d'harmonisation par rapprochement des droits et jurisprudences. Un tel mouvement de la coordination par entrecroisements vers l'harmonisation par rapprochement marque une étape essentielle dans la mise en ordre du pluralisme. V. : M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, spéc. p. 62 et s.

CHAPITRE II : La motivation, instrument de sécurité juridique

500. Selon une définition devenue classique et qui a trait à son contenu, la sécurité juridique renvoie au triptyque accessibilité, stabilité et prévisibilité du droit. Ainsi entendu, « *le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »¹⁵¹⁶.

501. Cette définition classique se révèle imparfaite autant qu'incomplète. Imparfaite parce que les recoupements entre ses trois composantes (accessibilité, stabilité, prévisibilité) sont nombreux, qui d'ailleurs témoignent de l'importance essentielle de la prévisibilité du droit en tant que composante de l'impératif de sécurité juridique¹⁵¹⁷. Incomplète parce que la sécurité juridique peut se définir autrement que par son contenu en tenant compte de sa substance et en distinguant alors entre la sécurité juridique objective et la sécurité juridique subjective¹⁵¹⁸. Alors que la sécurité juridique objective suppose un angle de vue abstrait et renvoie à la sécurité du droit objectif et du système juridique dans leur ensemble, la sécurité juridique subjective s'entend d'un angle de vue concret et renvoie à la sécurité juridique telle qu'elle est vécue par les sujets de droit. Le prisme subjectif conduit ainsi à penser et mesurer l'impératif de sécurité juridique à l'aune de l'individu, du sujet de droit. Sous l'influence du mouvement des droits de l'homme qui met l'individu au cœur du droit, la sécurité juridique tend à se subjectiviser. La sécurité juridique objective, qui suppose l'ordre et la cohérence du droit objectif, tend ainsi à céder le pas face à la sécurité juridique subjective, laquelle suppose de tenir compte plus précisément des situations individuelles concrètes. Tandis que la sécurité juridique considérée sous son aspect objectif constitue depuis longtemps déjà un idéal, le versant subjectif de la sécurité juridique est au fondement d'un engouement renouvelé pour l'impératif de sécurité juridique.

¹⁵¹⁶ Rapport public annuel du Conseil d'État, 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, spéc. p. 281 (le rapport est disponible sur le site officiel du Conseil d'État).

¹⁵¹⁷ Selon T. Piazzon, la prévisibilité du droit est au cœur de l'exigence de sécurité juridique. En ce sens, la définition qu'il retient de l'impératif de sécurité juridique est centrée sur l'exigence de prévisibilité du droit. V. : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2009, spéc. p. 44 et s.

¹⁵¹⁸ Sur cette distinction, V. particulièrement : T. PIAZZON, *op.cit.*, spéc. p. 73 et s.

502. Sans nier l'imperfection ni l'incomplétude de la définition de la sécurité juridique selon son contenu, c'est elle néanmoins qui sera privilégiée dans la suite de ces lignes. La clarté et la simplicité de l'exposé appellent un retour au triptyque accessibilité, stabilité, prévisibilité dès lors que, consacré par le Conseil d'État¹⁵¹⁹, il tend à faire référence. En faisant ainsi le choix de centrer le propos sur le triptyque accessibilité, stabilité, prévisibilité, il est admis que l'analyse sera principalement axée sur l'aspect formel de la sécurité juridique considérée dans son versant objectif¹⁵²⁰ c'est-à-dire donc sur la problématique de la qualité des sources du droit.

503. L'impératif de sécurité juridique connaît un net regain d'intérêt particulièrement depuis les années 1990¹⁵²¹ et sous l'influence décisive du droit de l'Union européenne¹⁵²² et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵²³. Pourtant, le souci du droit administratif et du juge administratif pour la sécurité juridique est ancien¹⁵²⁴. Historiquement, de nombreuses règles du droit administratif sont fondées plus ou moins directement sur l'impératif de sécurité juridique¹⁵²⁵. Le juge administratif n'a jamais été totalement indifférent ou insensible à la sécurité juridique et la jurisprudence contemporaine le confirme¹⁵²⁶. Ainsi donc, « *les considérations de sécurité juridique irriguent de longue date, et de façon renforcée dans les années récentes, la jurisprudence du juge administratif* »¹⁵²⁷. L'arrêt *KPMG*¹⁵²⁸ à l'occasion duquel, de manière inédite, le Conseil d'État a entendu consacrer solennellement le principe de sécurité juridique¹⁵²⁹, constitue l'aboutissement de

¹⁵¹⁹ V. spéc. le rapport public précité du Conseil d'État en date de 2006, spéc. p. 281 et s.

¹⁵²⁰ T. Piazzon distingue entre les aspects institutionnel (en lien avec la qualité du système juridique dans son ensemble), formel (en lien avec la qualité des sources du droit) et matériel (relatif au contenu des normes) de la sécurité juridique objective. V. : T. PIAZZON, *op.cit.*

¹⁵²¹ La circonstance que le Conseil d'État a consacré son rapport public annuel de 1991 au thème de la sécurité juridique le révèle. V. : Rapport public annuel du Conseil d'État, 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

¹⁵²² La Cour de justice de l'Union européenne consacre le principe de sécurité juridique en tant que principe général du droit communautaire (CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61, *Bosch*). Elle reconnaît également le principe de confiance légitime (CJCE, 5 juin 1973, aff. 81/72, *Commission contre Conseil* ; CJCE, 3 mai 1978, aff. 112/77, *Töpfer c. Commission*) en tant que « *principe fondamental de la Communauté* » (CJCE, 5 mai 1981, aff. 112/80, *Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*). Le principe de confiance légitime peut être considéré comme le versant subjectif du principe de sécurité juridique.

¹⁵²³ La Cour européenne des droits de l'homme consacre le principe de sécurité juridique en tant que principe « *inhérent au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n°6833/74).

¹⁵²⁴ M. DELAMARRE, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, pp. 186-194.

¹⁵²⁵ C'est le cas topiquement du principe de non rétroactivité des actes administratifs unilatéraux (CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « l'Aurore »*, rec. p. 289).

¹⁵²⁶ V. notamment : CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, rec. p. 497 ; CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, rec. p. 197 ; CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360.

¹⁵²⁷ C. LANDAIS, F. LENICA, « Sécurité juridique : la consécration », *Chronique sur CE, Ass.*, 24 mars 2006, *Société KPMG*, *AJDA*, 2006, pp. 1028-1032, spéc. p. 1029.

¹⁵²⁸ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst et Young et autres*, rec. p. 154 ; solution confirmée par CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna et autres*, rec. p. 451.

¹⁵²⁹ Si la rédaction de l'arrêt a pu faire douter de la consécration solennelle et générale du principe de sécurité juridique (V. particulièrement en ce sens : F. MELLERAY, « L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », *AJDA*, 2006, p. 897 et s.), là a bien été pourtant l'ambition du Conseil d'État. Ainsi l'a nettement révélé le titre du communiqué de presse accompagnant l'arrêt : « *Le Conseil d'État consacre solennellement le principe de sécurité*

la prise en compte par le juge administratif de cette exigence telle qu'entendue dans son versant objectif¹⁵³⁰. Protéger et promouvoir la sécurité juridique par le contenu des règles qu'il énonce n'a, on le voit, rien d'inédit pour ce juge.

Ce qui apparaît plus novateur c'est la tendance moderne de ce juge à mobiliser les ressorts de la technique juridique et particulièrement de la motivation de ses décisions en vue de promouvoir davantage encore l'impératif de sécurité juridique. Le renouveau contemporain de la motivation de ses décisions par le juge administratif n'est pas sans lien avec la poursuite de cet idéal qu'est devenue la sécurité juridique. Le juge entend faire de la motivation de ses décisions un vecteur privilégié de sécurité du droit. De fait, dans l'objectif assumé de promouvoir la sécurité juridique, le juge administratif fait évoluer la motivation de ses décisions de sorte à ce que soient favorisées et renforcées l'accessibilité (Section 1) et la continuité du droit (Section 2). La pratique contemporaine du juge administratif confirme ainsi l'hypothèse déjà envisagée selon laquelle la motivation des décisions de justice constitue un moyen de promouvoir l'impératif de sécurité juridique¹⁵³¹. Conscient des avantages qu'il y a en termes de gestion des flux contentieux à garantir la sécurité juridique¹⁵³² et par ailleurs fin connaisseur¹⁵³³ des inconvénients sociaux¹⁵³⁴, sociétaux¹⁵³⁵ et économiques¹⁵³⁶ attachés à l'insécurité juridique, le juge administratif met la motivation de ses décisions au service de la sécurité juridique. Par une motivation habile de ses décisions, ce juge entend participer à l'enracinement et au respect de l'exigence de sécurité juridique.

juridique ».

¹⁵³⁰ Au contraire, le Conseil d'État ne reconnaît pas en droit interne le principe de confiance légitime issu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et qui a un caractère subjectif. Ce principe ne trouve à s'appliquer en droit interne que lorsque la situation juridique dont connaît le juge administratif est régie par le droit de l'Union européenne. Le Conseil d'État est encore réticent à consacrer le versant subjectif de la sécurité juridique. Il a cependant réceptionné le concept d'espérance légitime issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article premier du Premier Protocole additionnel à la Convention (V. en dernier lieu : CE, plén. fiscale, 9 mai 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c. société EPI*, n°308996, rec. p. 200).

¹⁵³¹ V. déjà pour la formulation de cette hypothèse : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préc., spéc. p. 524 et s.

¹⁵³² La sécurité juridique postule une norme juridique accessible, stable et prévisible. Dès lors, mis en mesure d'accéder à la règle de droit, de l'assimiler et de la comprendre, voire même de l'anticiper, le justiciable administratif est supposé conformer ses actes et comportements à la règle de droit en vigueur, ce qui est censé conduire à des litiges moins nombreux et donc à une baisse du contentieux.

¹⁵³³ Pour une étude des inconvénients attachés à l'insécurité juridique, V. les rapports publics précités du Conseil d'État respectivement de 1991, « *De la sécurité juridique* », et de 2006, « *Sécurité juridique et complexité du droit* » ainsi que son étude annuelle de 2016, « *Simplification et qualité du droit* ».

¹⁵³⁴ L'insécurité juridique et particulièrement l'inaccessibilité et l'inintelligibilité du droit mettent en cause l'égalité censée exister entre les citoyens. Elles conduisent à une fracture juridique au sein de la société dès lors que seule une partie de la population est susceptible d'avoir accès au droit, de le comprendre et partant, de pouvoir faire valoir ses droits.

¹⁵³⁵ L'insécurité juridique affaiblit le droit dans son rôle de régulation sociale dès lors en effet qu'elle conduit à une dévalorisation de la norme juridique, celle-ci apparaissant non plus comme une source de sécurité et de protection mais comme une menace et une source d'insécurité. La tentation est alors pour le citoyen de ne plus avoir confiance en un droit complexe et changeant. Le risque est alors que le citoyen ne respecte plus le droit en vigueur.

¹⁵³⁶ L'insécurité juridique a un impact économique non négligeable parce qu'elle gêne les opérateurs économiques en place et décourage ceux qui envisagent de s'implanter.

Section I : La motivation, instrument d'accessibilité du droit

504. L'accessibilité du droit est essentielle. Parce qu'elle a vocation à permettre à tout citoyen d'avoir accès à ses droits et de les faire valoir, elle est un vecteur utile d'égalité entre les citoyens face au droit et à la justice

L'accessibilité du droit suppose que la règle de droit soit matériellement accessible mais aussi, et peut être surtout, intelligible c'est-à-dire susceptible d'être appréhendée par l'intelligence humaine. Les progrès de l'accessibilité matérielle de la norme sont indéniables et ont été d'ailleurs confortés par l'introduction de l'internet. Des sites comme Légifrance, Service-Public.fr ou les sites officiels des juridictions permettent un accès rapide et facilité à la norme textuelle et jurisprudentielle. Le risque n'est plus dorénavant le manque d'information mais, au contraire, le trop plein d'information. L'accessibilité intellectuelle de la norme, c'est-à-dire son intelligibilité, continue, quant à elle, de poser difficulté à l'heure où les défauts de la loi sont unanimement dénoncés et le laconisme du juge souvent encore critiqué.

505. L'accessibilité du droit objectif, dans sa double acception matérielle (accès matériel à la règle de droit) et substantielle (intelligibilité de la règle de droit), est protégée et garantie au niveau constitutionnel et européen.

Le Conseil constitutionnel a consacré un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁵³⁷. Cet objectif de valeur constitutionnelle est fondé sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et notamment sur son article 16, lequel fait référence à la garantie des droits. L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont ainsi consacrées en ce qu'elles constituent des conditions de la garantie des droits et donc, de l'État de droit. La valeur constitutionnelle ainsi attachée à cette double exigence et la grandeur des fondements de l'objectif de valeur constitutionnelle consacré en 1999 ne doivent pas faire oublier toutefois les limites de l'instrument. D'une part, en tant que simple objectif de valeur constitutionnelle, l'impératif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'est qu'un principe d'action censé gouverner celle du législateur. D'autre part, cet objectif de valeur constitutionnelle n'a pas la valeur d'un droit subjectif et dès lors n'est doté que d'une faible portée pratique¹⁵³⁸. À côté de cet objectif de valeur constitutionnelle, le Conseil

¹⁵³⁷ CC, Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes*. Le Conseil constitutionnel entend la notion de loi dans son sens formel comme étant l'œuvre du législateur.

¹⁵³⁸ B. SEILLER, « La reconnaissance d'un droit au droit », in LEDUC (F.) (coord.), *L'accès au droit*, Publications de l'Université François Rabelais de Tours, 2002, pp. 41-51.

constitutionnel fait également jouer « *l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi* »¹⁵³⁹. Fondé sur l'article 34 de la Constitution, ce principe paraît viser davantage le respect du domaine de la loi que l'intelligibilité de celle-ci.

La Cour européenne des droits de l'homme rattache les exigences d'accessibilité et d'intelligibilité du droit à l'impératif de sécurité juridique. Elle exige ainsi que « *la « loi » soit suffisamment accessible* » et qu'elle soit « *énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* »¹⁵⁴⁰. Le droit au droit ainsi reconnu par le juge européen, à la différence de celui consacré par le juge constitutionnel français, a la valeur d'un droit subjectif¹⁵⁴¹. Il est invocable devant le juge à l'encontre de toute disposition de droit qui ne répondrait pas à ce standard minimum de qualité.

506. Le Conseil d'État, à l'image du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, entend également se faire le gardien de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit objectif au nom de l'impératif de sécurité juridique. En ce sens, est opérant devant le juge administratif le moyen tiré de la méconnaissance par une décision administrative de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme ou, et parce que la formulation retenue par le juge administratif a pu fluctuer, de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et l'intelligibilité de la norme¹⁵⁴². Cet objectif est ainsi au nombre des normes de référence du contrôle de légalité opéré par le juge administratif. En pratique, l'examen d'un tel moyen conduit souvent ce juge à le rejeter. Il arrive cependant que son examen aboutisse à la censure pour ce motif d'une décision administrative¹⁵⁴³.

507. Cette vigueur des juges en faveur de la garantie de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la norme doit être appréhendée au regard du contexte moderne marqué par les excès quantitatifs et les défaillances qualitatives de la norme et particulièrement de la norme légale. Le juge entend, sinon remédier, du moins pallier les défauts de la norme écrite afin que l'adage « *Nul n'est censé ignorer la loi* » ne devienne une fiction parfaitement vaine. Si, bien sûr, il est utopique d'espérer que la norme puisse être comprise de tous, encore est-il néanmoins possible de faire en sorte qu'elle soit intelligible

¹⁵³⁹ CC, Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*.

¹⁵⁴⁰ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. RU*, requête n°6538/74, spéc. § 49.

¹⁵⁴¹ B. SEILLER, *op. cit.*, spéc. p. 49 et s.

¹⁵⁴² Pour une discussion des inconvénients potentiels d'une telle fluctuation, V. : F. BRUNET, « L'absence de valeur normative du titre d'un décret », *AJDA*, 2015, p. 2212 et s.

¹⁵⁴³ Pour des annulations de décrets prononcées sur ce fondement, V. : CE, 29 octobre 2013, *Association Les amis de la rade et des calanques*, n°360085, rec. T. p. 413 ; CE, 11 décembre 2015, *Polynésie française*, n°378622, inédit au recueil.

pour le plus grand nombre. Le citoyen *lambda*, si besoin accompagné d'un conseil juridique avisé, doit être en mesure de comprendre la norme qui lui est applicable et à laquelle il est soumis. C'est en ce sens que, dans le cadre de son office, le juge administratif entend participer à rendre la norme textuelle plus compréhensible. Mobilisant les ressorts de la motivation juridictionnelle, il fait de l'application de la loi « *en même temps une explication* » de celle-ci¹⁵⁴⁴ (§2).

508. Les exigences d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme sont censées s'imposer quelle que soit la nature de la norme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est d'ailleurs en ce sens¹⁵⁴⁵. Qu'elle soit textuelle ou jurisprudentielle, la norme doit être accessible et intelligible. Pour ce qui concerne la règle de droit jurisprudentielle, cela paraît d'autant plus nécessaire qu'elle est désormais considérée comme une source du droit. Si, à l'image de la loi, la jurisprudence constitue une source du droit, elle doit répondre à certaines qualités exigées de la loi. Dès lors que le juge administratif admet et revendique désormais l'exercice d'un véritable pouvoir créateur, l'impératif de sécurité juridique s'impose à lui. Les faiblesses éventuelles de la jurisprudence en termes d'accessibilité et d'intelligibilité ont vocation, en effet, à être d'autant plus criantes que le juge a progressivement mais certainement revendiqué son pouvoir normatif. « *La vocation normative de la jurisprudence implique qu'elle doit être comprise par ceux dont elle a vocation à déterminer le comportement à l'avenir* »¹⁵⁴⁶. Le juge administratif se voit ainsi contraint lui-même de respecter l'exigence d'intelligibilité de la norme. Or, pour parvenir à rendre la jurisprudence plus intelligible, le juge administratif mobilise pleinement la motivation de ses décisions. Il se fait plus pédagogue en vue de favoriser l'intelligibilité de la norme jurisprudentielle. La pédagogie juridictionnelle est ainsi mise au service de l'intelligibilité de la norme jurisprudentielle elle-même. Faisant de la maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » un impératif guidant son action¹⁵⁴⁷, le juge administratif s'efforce de rendre ses décisions plus compréhensibles pour finalement rendre la norme jurisprudentielle elle-même plus intelligible. À cet égard, certaines faiblesses persistantes de la motivation juridictionnelle paraissent d'autant plus regrettables qu'elles gênent l'intelligibilité de la norme telle qu'elle ressort de la jurisprudence (§1).

¹⁵⁴⁴ J.-A. MAZÈRES, « Les voies possibles d'une pédagogie en droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 19-36, spéc. p. 33.

¹⁵⁴⁵ La jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à la qualité du droit s'applique à la loi entendue au sens matériel, et non pas formel, de ce terme.

¹⁵⁴⁶ H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2005, pp. 53-66, spéc. p. 63.

¹⁵⁴⁷ J.-A. MAZÈRES, *op. cit.*, spéc. p. 32 : l'auteur fait valoir que l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » peut être appréhendé en ce qu'il a vocation à constituer un impératif, « *un principe éthique* », qui s'adresse avant tout à ceux qui font la norme, et non aux destinataires de celle-ci.

§1 : Les faiblesses de la motivation, obstacle à l'intelligibilité de la norme

509. Au regard de l'impératif de sécurité juridique, deux critiques sont traditionnellement avancées à l'encontre de la norme jurisprudentielle¹⁵⁴⁸. La première de ces critiques concerne la rétroactivité de la jurisprudence, laquelle pose difficulté en termes de stabilité et de prévisibilité du droit¹⁵⁴⁹. La seconde critique concerne le mode de formulation ou d'expression de la règle jurisprudentielle. La jurisprudence est hermétique, voire « *secrète* »¹⁵⁵⁰, et pose en ce sens difficulté en termes d'intelligibilité du droit. Le laconisme traditionnel du juge administratif gêne l'intelligibilité de la décision juridictionnelle¹⁵⁵¹ mais également de la règle de droit telle qu'issue de la jurisprudence. L'essor de l'impératif de sécurité juridique a ainsi conduit le juge à faire reculer le laconisme de ses décisions, le contraignant alors à la recherche de nouvelles voies lui permettant de garder la main sur l'évolution de sa jurisprudence (C). L'exigence de sécurité juridique a modifié la pratique du juge administratif mais elle ne l'a pas bouleversée. Le juge a fait refluer son laconisme mais il ne l'a pas abandonné. En ce sens, il refuse encore de faire pleinement la lumière sur les raisonnements qu'il mène sur le droit (A) et sur le fait (B). Ce faisant, il gêne la complète intelligibilité de la norme jurisprudentielle par ses destinataires.

A. Les faiblesses de la motivation en droit, obstacle à l'intelligibilité de la norme

510. Au titre de la motivation en droit de ses décisions, le juge administratif expose les prémisses normatives au fondement de la solution qu'il prononce. On sait¹⁵⁵² que la détermination par le juge des prémisses majeures de sa décision recèle toujours une part plus ou moins grande de création. Quelle que soit la portée jurisprudentielle d'une décision, c'est-à-dire sa vocation à « faire jurisprudence », elle recèle une part de création normative¹⁵⁵³ et par ce seul fait, participe de la construction progressive de la règle de droit¹⁵⁵⁴. La motivation en droit témoigne ainsi du pouvoir de

¹⁵⁴⁸ Y. GAUDEMET, « Sécurité du droit et jurisprudence. Rapport », *La Semaine juridique : Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n°6/1990, pp. 12-17, spéc. p. 15.

¹⁵⁴⁹ Sur ce point, *cf. infra* les paragraphes n°546 et s. de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°566 et s.

¹⁵⁵⁰ Y. GAUDEMET, *op. cit.*

¹⁵⁵¹ Sur ce point, *cf. infra* le septième chapitre de la présente thèse (paragraphes n°583 et s. de la thèse).

¹⁵⁵² *Cf. supra* le troisième chapitre de la présente thèse (paragraphes n°219 et s. de la thèse).

¹⁵⁵³ À noter cependant que dans certains cas « le seul « constat » de la majeure, dans la situation de l'espèce, est vécu comme imposant inéluctablement la solution du problème dans un sens donné ». V. : D. DE BÉCHILLON, « Sur la diversité des méthodes et manières de juger : propos introductifs », Intervention du 29 novembre 2004, Cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, première conférence (disponible sur le site internet officiel de la Cour de cassation).

¹⁵⁵⁴ Selon qu'elle est plus ou moins déterminante, cette part de création témoigne de la volonté plus ou moins marquée du juge de « faire jurisprudence ».

création du juge et les motifs de droit de la décision juridictionnelle constituent le lieu d'expression de ce pouvoir.

511. Les progrès de la motivation en droit des décisions juridictionnelles administratives sont indéniables¹⁵⁵⁵ : le juge administratif favorise désormais une formulation explicite de la règle de droit appliquée ; il n'hésite plus à expliciter, c'est-à-dire à clarifier, la règle de droit qu'il applique ; parfois même, il expose plus précisément le raisonnement au terme duquel il découvre la règle de droit applicable. Le juge administratif fait reculer son laconisme traditionnel. Les efforts ainsi consentis participent incontestablement d'une meilleure intelligibilité de la norme. Mais, ils ne sont pas tels qu'ils la garantissent avec pleine certitude. Car en effet, les progrès de la motivation en droit demeurent largement perfectibles. La formulation choisie de la règle jurisprudentielle (1) et les carences dans l'explication de ladite règle (2) ne permettent pas chaque fois la pleine intelligibilité de la norme. De fait, l'impératif d'intelligibilité du droit n'est pas pleinement réalisé. Les faiblesses déjà aperçues¹⁵⁵⁶ de la motivation en droit gênent la sécurité juridique, entendue dans son versant intelligibilité de la norme.

1. Les faiblesses de la formulation de la règle jurisprudentielle, obstacle à la pleine intelligibilité de la norme

512. La formulation retenue par le juge de la règle de droit dont il fait application au cas d'espèce ne garantit pas chaque fois l'intelligibilité de la norme.

513. Lorsque le juge fait le choix de ne pas pleinement détacher le principe jurisprudentiel qu'il formule des considérations de fait propres au cas d'espèce, il gêne la pleine intelligibilité de la norme. Ainsi, par exemple, la formulation de l'arrêt *Commune de Moissy Cramayel* a pu faire douter de la portée de la règle de droit alors consacrée.

« Considérant qu'en jugeant que le maire, en s'abstenant de faire usage de ses pouvoirs de police pour édicter une réglementation relative à l'accès au terrain de sport en cause et destinée à réduire les nuisances sonores résultant de son utilisation, avait commis une faute de nature à engager la responsabilité de la commune, sans qualifier celle-ci de faute lourde, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit » (CE, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy Cramayel*, n°238349, rec. p. 464).

¹⁵⁵⁵ En ce sens, cf. *supra* le troisième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°260 et s.

¹⁵⁵⁶ *Idem*.

La question a pu être posée, en effet, de savoir si l'arrêt avait consacré l'abandon de l'exigence d'une faute lourde en matière de police générale ou seulement en matière de police du bruit¹⁵⁵⁷.

514. Même lorsque le juge, consentant à faire reculer son laconisme traditionnel, entend expliciter et clarifier davantage la règle qu'il applique, le sens et la portée de celle-ci peuvent demeurer incertains ou relativement obscurs avec pour conséquence potentielle de gêner la compréhension et la mise en œuvre de la règle. Autrement dit, la formulation pédagogique de la règle de droit applicable ne garantit pas chaque fois la parfaite intelligibilité de celle-ci. C'est en effet qu' « *un droit qui se veut pédagogique [...] ne simplifie pas toujours sa propre mise en œuvre* »¹⁵⁵⁸.

Ainsi, par exemple, quand bien même le Conseil d'État a été alors animé par un indéniable souci de pédagogie, la règle consacrée concernant l'installation des crèches de Noël dans les lieux publics n'est pas des plus claires¹⁵⁵⁹. La distinction établie par la haute juridiction selon que la crèche de Noël est installée dans l'enceinte des bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public, ou dans les autres emplacements publics laisse perplexe et a pu être critiquée sur ce point¹⁵⁶⁰. La rédaction pédagogique de l'arrêt facilite certes la lecture de la règle de droit consacrée mais elle ne garantit pas pour autant la parfaite intelligibilité de celle-ci.

2. Les faiblesses de l'explication de la règle jurisprudentielle, obstacle à la pleine intelligibilité de la norme

515. Qu'il fasse usage de son pouvoir d'interprétation ou de son pouvoir de création prétorienne, le juge, par principe, affirme ses constructions sans en exposer ni en expliquer les raisons. Il ne donne pas à voir clairement les raisons d'ordre juridique ni, *a fortiori*, d'ordre extra-juridique qui l'ont guidé dans la détermination et la définition de la règle applicable¹⁵⁶¹.

Ce constat d'une carence de la motivation en droit peut être relativisé à deux égards. D'une part, les progrès de la motivation para-juridictionnelle ou externe, concrétisés par la multiplication de documents annexes visant à expliciter, à expliquer et à justifier la jurisprudence administrative¹⁵⁶²,

¹⁵⁵⁷ V. notamment : F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, pp. 71-76.

¹⁵⁵⁸ Étude annuelle du Conseil d'État, 2016, « *Simplification et qualité du droit* », spéc. p. 59 (l'étude est disponible sur le site officiel du Conseil d'État).

¹⁵⁵⁹ CE, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun*, n°395122, rec. p. 462 ; CE, 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n°395223, rec. p. 449.

¹⁵⁶⁰ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « La crèche entre dans les Tables », chronique sur CE, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun*, *AJDA*, 2016, p. 2375 et s.

¹⁵⁶¹ En ce sens, cf. *supra* le troisième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°270 et s.

¹⁵⁶² Conclusions des commissaires du gouvernement devenus rapporteurs publics, chroniques et notes de jurisprudence rédigées par des membres de la juridiction administrative, communiqués de presse, rapports annuels du Conseil d'État, etc.

pallient dans une certaine mesure les faiblesses de la motivation en droit des décisions juridictionnelles administratives. Historiquement d'ailleurs, c'est d'abord par le recours à ces divers instruments de communication extérieurs aux décisions de justice que le juge administratif a entendu favoriser l'intelligibilité de sa jurisprudence¹⁵⁶³. Sans contester les apports de la motivation para-juridictionnelle sur la compréhension de la jurisprudence par le public, il convient cependant d'en mesurer les limites. Aussi longtemps que la motivation para-juridictionnelle sera considérée, non pas comme une plus-value, mais comme un palliatif¹⁵⁶⁴ à la motivation, par hypothèse défailante, des décisions du juge administratif, elle devra être discutée. Cela d'autant plus que, selon les supports par la voie desquels elle procède, cette motivation extérieure ou externe est mobilisée par le juge moins pour servir l'intelligibilité de la jurisprudence que pour garder la maîtrise de celle-ci¹⁵⁶⁵. D'autre part et surtout, suivant en cela les préconisations du rapport d'avril 2012, le juge administratif a pu, à l'occasion d'arrêts récents, dévoiler davantage le raisonnement mené par lui quant à l'interprétation retenue de la règle de droit applicable. En ce sens, le Conseil d'État a pu indiquer, à l'occasion des motifs d'une de ses décisions, qu'il interprétait les dispositions de la convention internationale applicable au litige « *conformément au sens ordinaire à attribuer à leurs termes, dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but* »¹⁵⁶⁶. De même, dans un arrêt *Google Inc.*¹⁵⁶⁷, la haute juridiction a pleinement donné à voir sa démarche interprétative. En l'espèce, le Conseil d'État a sursis à statuer et saisi la Cour de justice de l'Union européenne de trois questions préjudicielles en interprétation du droit de l'Union s'agissant de la portée du « droit au déréférencement » consacré par la Cour de justice à l'occasion d'un arrêt préjudiciel en date du 13 mai 2014, *Google Spain et Google*¹⁵⁶⁸. Le didactisme dont a fait preuve le Conseil d'État dans cette affaire est manifeste. À titre de prolégomènes, la haute juridiction a fixé le cadre juridique du litige. À cet effet, elle a interprété des dispositions de la loi nationale, ayant transposé en droit français les dispositions d'une directive communautaire, à la lumière de l'interprétation retenue des dispositions en cause de ladite directive par la Cour de justice à l'occasion d'un arrêt préjudiciel. Tenu par l'interprétation préjudicielle fixée par la Cour de justice, le Conseil d'État a exposé très clairement les étapes de son raisonnement interprétatif. Il a décrit précisément sa démarche et, par la même, fait la lumière sur le raisonnement au terme duquel il a donné tel sens aux dispositions législatives

¹⁵⁶³ A. DE LAUBADÈRE, « Le Conseil d'État et l'incommunicabilité », *EDCE*, 1979-1980, pp. 17-22.

¹⁵⁶⁴ *Idem.*

¹⁵⁶⁵ V. notamment en ce sens : M. DISANT, « La « doctrine » du juge, entre pédagogie et sources du droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 125-152 ; pour un exposé critique des communiqués de presse du Conseil d'État, V. particulièrement : O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? » in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, préc., pp. 293-309.

¹⁵⁶⁶ CE, 20 mai 2016, *Ministre des finances et des comptes publics c. Société Easyvista*, n°389994, rec. T. p. 703.

¹⁵⁶⁷ CE, 19 juillet 2017, *Google Inc.*, n°399922, rec. T. p. 498.

¹⁵⁶⁸ CJUE, 13 mai 2014, aff. 131/12, *Google Spain et Google*.

nationales applicables au cas d'espèce. Ce faisant, il a réitéré la démarche didactique mise en œuvre précédemment à l'occasion d'un arrêt rendu en Assemblée le 24 février 2017¹⁵⁶⁹.

« 3. D'une part, aux termes des dispositions de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : " (...) Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction (...) ". Aux termes de son article 3 : " I. - Le responsable d'un traitement de données à caractère personnel est, sauf désignation expresse par les dispositions législatives ou réglementaires relatives à ce traitement, la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens (...) ". Ces dispositions assurent la mise en œuvre en droit national de l'article 2, sous b) et d), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Elles doivent dès lors être interprétées à la lumière de ces dispositions. Or, par son arrêt du 13 mai 2014 Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez (C-131/12), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que : " L'article 2, sous b) et d), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, doit être interprété en ce sens que, d'une part, l'activité d'un moteur de recherche consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de " traitement de données à caractère personnel ", au sens de cet article 2, sous b), lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel et, d'autre part, l'exploitant de ce moteur de recherche doit être considéré comme le " responsable " dudit traitement, au sens dudit article 2, sous d) ". 4. Il en résulte nécessairement que l'exploitant d'un moteur de recherche doit être regardé comme un responsable de traitement au sens des articles 2 et 3 de la loi du 6 janvier 1978. [...] » (CE, 19 juillet 2017, Google Inc., n°399922, rec. T. p. 498)¹⁵⁷⁰.

La jurisprudence la plus récente témoigne ainsi d'une évolution favorable de la pratique de la motivation en droit des décisions du juge administratif.

516. Malgré ces progrès consentis en termes d'explication de la règle jurisprudentielle, par principe encore, le juge administratif tait son raisonnement interprétatif ou créateur. Il affirme la règle de droit qu'il applique mais n'en explique pas les fondements. Cette manière qu'a le juge d'exposer la règle

¹⁵⁶⁹ CE, Ass., 24 février 2017, *Mme C, M. T, M. C. et M. D.*, n°391000, rec. p. 59.

¹⁵⁷⁰ (Nous soulignons).

de droit comme si elle était un donné s'imposant à lui pose question au regard de l'impératif d'intelligibilité de la norme. Car en effet, pour garantir la bonne compréhension de la règle jurisprudentielle, il ne suffit pas que le juge mentionne la règle de droit qu'il applique, ni même qu'il en explicite ou clarifie le sens et la portée. La pleine intelligibilité de la norme suppose du juge qu'il fasse davantage la lumière sur le raisonnement et les raisons au terme desquels il a déterminé la règle de droit applicable et défini le sens de celle-ci. En conséquence, le refus persistant du juge administratif de dévoiler les raisons juridiques et, *a fortiori*, extra-juridiques au fondement de ses décisions créatrices gêne la complète intelligibilité de la norme telle qu'issue de la jurisprudence.

517. Dans un contexte rénové marqué par l'essor de l'impératif de sécurité juridique, la question se pose de la persistance d'un tel refus classique¹⁵⁷¹. Puisque les carences du juge dans l'explication de la règle jurisprudentielle gênent la pleine intelligibilité de la norme, pourquoi ne consent-il pas enfin à dépasser sa réserve traditionnelle pour ainsi exposer les motifs des motifs de ses décisions créatrices ?

La portée restrictive que le juge administratif attache à l'impératif d'intelligibilité du droit explique pour bonne part ces faiblesses perpétuées de la motivation en droit de ses décisions par le juge. L'exigence de sécurité juridique conduit le juge à rechercher un équilibre subtil entre prudence et prolixité dans l'énoncé de la règle. L'impératif de sécurité juridique, entendu sous l'angle de l'intelligibilité du droit, suppose que la règle de droit soit clairement énoncée afin qu'elle puisse être lue et comprise par le plus grand nombre. Ce qui compte en termes de sécurité juridique c'est avant tout que la règle de droit soit clairement énoncée par le juge afin que les personnes intéressées puissent aisément la connaître, la comprendre et donc l'appliquer¹⁵⁷². Au contraire, l'appréhension de l'ensemble des considérations d'ordre juridique voire extra-juridique qui ont guidé le juge dans la détermination de la règle de droit applicable et de sa signification apparaît plus secondaire en termes d'intelligibilité du droit. Le juge administratif fait progresser la motivation en droit de ses décisions dans la limite de ce qui apparaît *strictement* nécessaire à l'intelligibilité du droit tel qu'issu de la jurisprudence. En ce sens, il consent à un énoncé plus lisible, explicite et clair de la règle jurisprudentielle mais se refuse encore par principe à un exposé plus poussé sur la règle et ses fondements.

¹⁵⁷¹ Pour une première explication de ce refus traditionnel, cf. *supra* le paragraphe n°293 de la présente thèse.

¹⁵⁷² D. BOTTEGHI, « L'ambition pédagogique du juge administratif », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, préc., pp. 153-160, spéc. p. 159.

B. Les faiblesses de la motivation en fait, obstacle à l'intelligibilité de la norme

518. À l'image des efforts qu'il consent au titre de la motivation en droit de ses décisions, le juge administratif est également soucieux désormais de renforcer ou étoffer la motivation en fait de ses décisions, c'est-à-dire celle qu'il développe à l'occasion de l'application de la règle de droit au cas d'espèce.

Deux exemples suffiront à illustrer les progrès ainsi réalisés au titre de la motivation en fait des décisions juridictionnelles administratives. D'une part, le passage du sursis à exécution au référé-suspension opéré par la réforme du 30 juin 2000¹⁵⁷³ s'est accompagné d'un renforcement de la motivation en fait des décisions du juge administratif. Les ordonnances prononcées en référé-suspension sont motivées de manière plus circonstanciée, particulièrement pour ce qui concerne la condition d'urgence et lorsque la suspension de la décision contestée est prononcée. Le constat opéré de la carence, sinon de l'absence, de la motivation des décisions prononcées en sursis à exécution¹⁵⁷⁴ ne pourrait être ainsi sans nuance valablement étendu à la motivation des ordonnances de référé-suspension. Malgré des faiblesses¹⁵⁷⁵, la motivation en fait de ces ordonnances est, en effet, plus étoffée et circonstanciée que celle, par principe affirmative et standardisée, des décisions prononcées sous l'empire du sursis à exécution. D'autre part, la jurisprudence relative au contrôle juridictionnel des mesures de police administrative illustre également cette tendance moderne aux motivations en fait plus étoffées. Si dans l'exercice du contrôle des mesures de police, le juge administratif fait montre d'une tendance traditionnelle au laconisme, un tel constat ne doit toutefois pas cacher certains efforts consentis par ce juge. Ainsi, quand bien même la motivation en fait des décisions du juge administratif demeure perfectible, le sens de l'évolution est favorable. Les motivations laconiques et standardisées du type de celle de l'arrêt *Benjamin* cèdent le pas face à des motivations plus précises et circonstanciées¹⁵⁷⁶.

519. Les progrès de la motivation en fait sont d'autant plus importants que certaines faiblesses ou carences en la matière sont susceptibles de gêner la compréhension des décisions de justice et, au-delà, l'intelligibilité de la norme jurisprudentielle elle-même. Ainsi, la pratique du juge

¹⁵⁷³ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*, JORF, n°151 du 1^{er} juillet 2000, p. 9948.

¹⁵⁷⁴ R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Les notions de préjudice difficilement réparable et de moyen sérieux », *Gaz. Pal.*, 1985, pp. 124-126, spéc. p. 125 : « la plupart des décisions de rejet des demandes de sursis ne sont pas motivées. La plupart des décisions accordant le sursis sont brèves et stéréotypées. Les circonstances de fait n'y sont pas relatées ».

¹⁵⁷⁵ Ces lacunes concernent particulièrement la motivation de la condition tenant au doute sérieux sur la légalité de la décision contestée. Sur ce point, cf. les paragraphes n°130, n°343, n°629 et n°722 de la présente thèse.

¹⁵⁷⁶ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *infra* le septième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°604 et s.

administratif consistant pour celui-ci à motiver ses décisions au titre de l'une seulement des diverses conditions d'application de la règle de droit applicable empêche la complète intelligibilité de la norme. Le laconisme du juge conservé alors au stade de la motivation en fait de ses décisions engendre une incertitude fâcheuse quant aux conditions d'application de la norme et donc finalement, quant aux modalités d'application de celle-ci. Lorsque le juge motive sa décision au titre de l'une seulement des conditions d'application de la norme fixées par un texte ou par une jurisprudence, est-ce à dire qu'il appréhende différemment désormais lesdites conditions d'application ?

520. La jurisprudence relative à l'obligation pour les autorités de police d'édicter des mesures de police administrative initiales est topique de ce cas de figure. Cette jurisprudence illustre parfaitement comment, à l'image des lacunes de la motivation en droit, les faiblesses de la motivation en fait sont susceptibles, elles aussi, de gêner la complète intelligibilité de la norme.

521. Par l'arrêt *Sieur Doublet*¹⁵⁷⁷, le Conseil d'État a consacré le principe de l'obligation d'édicter des mesures de police administrative générale initiales. Il a fixé alors trois conditions cumulatives à l'existence d'une obligation pour l'autorité de police compétente d'agir au titre de tels pouvoirs de police. L'autorité de police a l'obligation de prendre une mesure de police administrative initiale dès lors que ladite mesure apparaît « *indispensable (1^{re} condition) pour faire cesser un péril grave (2^e condition) résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public (3^e condition)* »¹⁵⁷⁸.

522. Lorsqu'il a fait application de la grille d'analyse ainsi fixée en 1959, le juge administratif a eu tendance à motiver ses décisions au titre des trois conditions d'application de la règle telles qu'elles résultent de la jurisprudence *Sieur Doublet*. En ce sens et pour un exemple topique, saisi de la décision implicite d'un maire refusant d'user de ses pouvoirs de police en vue de l'enlèvement d'une clôture installée par un habitant du village, le Conseil d'État, après avoir rappelé *in extenso* le considérant de principe de l'arrêt *Sieur Doublet*, a motivé sa décision au titre des trois conditions fixées par cet arrêt. À ce titre, il a relevé que la clôture litigieuse n'avait pas exposé le bon ordre, ni la tranquillité publique, ni la salubrité publique à un péril grave et a ajouté que la commune avait pris des dispositions « *afin de pallier les inconvénients de cette situation sur la circulation des véhicules automobiles* »¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁷ CE, 23 octobre 1959, *Sieur Doublet*, rec. p. 540.

¹⁵⁷⁸ F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, pp. 71-76.

¹⁵⁷⁹ CE, 19 avril 1989, *Kerlo*, n°61740.

D'autres arrêts d'application témoignent au contraire de ce que le juge n'a pas chaque fois motivé ses décisions au titre de chacune des conditions d'application de la règle de droit fixées par la jurisprudence *Sieur Doublet*¹⁵⁸⁰. Le juge a procédé de la sorte qu'il rejette la requête ou qu'il prononce une décision d'annulation. La difficulté vient de ce que dans de tels cas de figure, le laconisme du juge a pu gêner l'appréhension de la norme quant à ses conditions d'application. Le laconisme dont a fait preuve le juge administratif au stade de la motivation en fait de ses décisions a en effet posé la question de la portée attachée à l'obligation pour l'autorité compétente d'éditer des mesures de police administrative initiales : « *les conditions posées en 1959 ont-elles été discrètement assouplies [...] ? Les arrêts récents sont-ils simplement plus laconiques que les plus anciens et le juge continue-t-il cependant d'user de la même grille restrictive ?* »¹⁵⁸¹.

C. Les voies nouvelles de la prudence judiciaire

523. « *Notre jurisprudence classique, à la française, était faite de temps et d'incertitudes* »¹⁵⁸². Historiquement, la jurisprudence a été élaborée de façon progressive et formulée de manière discrète de telle sorte qu'elle « *ne se livrait pas et conservait la liberté de s'écarter d'elle-même* »¹⁵⁸³. La progressivité de l'élaboration de la jurisprudence et la concision gardée dans son expression sont autant de marques traditionnelles de la prudence du juge administratif dans la construction de sa jurisprudence. Le laconisme permet au juge de ne pas dévoiler trop sa démarche de sorte à conserver pour l'avenir la maîtrise de l'application et de l'évolution de sa jurisprudence. Par exemple, lorsque le Conseil d'État décide de garder le silence sur le fondement du régime de responsabilité de l'État du fait des lois adoptées en méconnaissance des engagements internationaux de la France¹⁵⁸⁴, il se garde la possibilité de faire évoluer à l'avenir la règle jurisprudentielle ainsi fixée.

524. L'impératif d'intelligibilité du droit suppose du juge qu'il neutralise les incertitudes, l'aléa jurisprudentiels. De fait, le laconisme traditionnel tend à céder le pas. Désormais contraint par l'impératif de sécurité juridique, le juge administratif n'hésite plus à fixer en détail sa jurisprudence, parfois à l'occasion d'arrêts qui sont de véritables modes d'emploi. Certes, des faiblesses demeurent

¹⁵⁸⁰ V. notamment en ce sens et pour des exemples empruntés au Professeur F. Melleray : CE, 21 juin 1968, *Dame Spaggeri et Demoiselle Courtois*, rec. p. 380 ; CE, 12 mars 1986, *Préfet de police c. Metzler*, n°52101, rec. p. 70 ; CE, 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*, n°80775, rec. p. 281.

¹⁵⁸¹ F. MELLERAY, *op. cit.*

¹⁵⁸² Y. GAUDEMET, « Sécurité du droit et jurisprudence. Rapport », *La Semaine juridique : Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n°6/1990, pp. 12-17, spéc. p. 17.

¹⁵⁸³ *Idem.*

¹⁵⁸⁴ CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n°279522, rec. p. 78.

quant à la motivation en droit et en fait des décisions du juge administratif¹⁵⁸⁵ et gênent la pleine intelligibilité de la norme telle qu'issue de la jurisprudence. Mais, le sens de l'évolution est à des motivations plus amples et didactiques¹⁵⁸⁶.

Cette évolution touchant le mode de formulation ou d'expression de la jurisprudence laisse supposer une remise en cause par le juge de sa prudence caractéristique. Au nom de la sécurité juridique, le juge administratif serait ainsi tenté d'abandonner pour une large part sa prudence traditionnelle dès lors que celle-ci se concilierait difficilement avec l'impératif de sécurité juridique et principalement avec l'exigence d'intelligibilité du droit.

525. L'analyse de la motivation des décisions du juge administratif, parmi même les plus récentes, démontre qu'il n'en est rien. Même lorsqu'il consent parfois à se faire plus pédagogue, délaissant alors son laconisme traditionnel, le juge administratif parvient à conserver, par d'autres voies, la prudence nécessaire à la construction de sa jurisprudence. La pédagogie contemporaine du juge, laquelle se concrétise par une certaine prolixité de sa part, ne se traduit pas par la mise en cause frontale de la prudence historiquement attachée à la formulation de la jurisprudence. Car en effet, le juge administratif sait habilement jouer du flou, de l'imprécision et de l'indétermination dans l'énoncé de la règle de droit en vue de conserver la main sur l'application et l'évolution de sa jurisprudence.

526. Le juge maintient ainsi un certain flou lorsqu'il fait usage de l'adverbe « notamment ». Certes, le « notamment » permet au juge davantage de précision¹⁵⁸⁷. Mais, dans le même temps, le « notamment » est exclusif de toute exhaustivité, de sorte qu'en y ayant recours le juge administratif ne fixe pas définitivement ni catégoriquement la règle de droit et se laisse la possibilité d'en préciser les contours à l'avenir. Le juge sait conserver un certain flou lorsque cela est nécessaire au dynamisme du droit.

De même, le juge se satisfait d'une certaine indétermination de la règle qu'il formule lorsque cela s'avère utile à une mise en œuvre efficace de la norme. Ainsi, la haute juridiction se garde bien d'une motivation trop fermée ou catégorique lorsque, par son arrêt *APREI*¹⁵⁸⁸, elle systématise pourtant la jurisprudence relative aux critères du service public et consacre le principe selon lequel « *même en l'absence de telles prérogatives [de puissance publique], une personne privée doit également être*

¹⁵⁸⁵ Cf. *supra* A) et B) (paragraphes n°510 et s. et n°518 et s. de la présente thèse).

¹⁵⁸⁶ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. le troisième chapitre (spéc. les paragraphes n°260 et s.) et le septième chapitre (spéc. les paragraphes n°585 et s.) de la présente thèse.

¹⁵⁸⁷ Sur ce point, cf. *infra* le paragraphe n°544 de la présente thèse.

¹⁵⁸⁸ CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. p. 92.

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 ». La diversité des éléments pouvant être pris en compte pour qualifier, en l'absence de prérogatives de puissance publique, l'existence d'une activité de service public est telle que la marge de manœuvre du qualificateur, et particulièrement du juge, n'est en réalité pas entamée. Cette diversité permet en définitive une certaine souplesse dans la mise en œuvre pratique de la règle de droit qui se révèle particulièrement utile à l'efficacité du droit.

Le contentieux du contrat est typique de cette manière de procéder du juge administratif. Il révèle avec une acuité toute particulière comment le juge pédagogue, dans sa recherche d'un juste équilibre entre sécurité juridique et efficacité du droit, sait user à la fois de prolixité et de prudence. Le Conseil d'État a, par une série d'arrêts, précisé avec minutie l'office du juge du contrat, que celui-ci soit saisi par les parties au contrat¹⁵⁸⁹ ou par des tiers¹⁵⁹⁰. Ces décisions frappent par la densité et la longueur de leurs motifs. C'est en effet par le biais de motivations prenant la forme de véritables modes d'emploi que la haute juridiction a dessiné les contours de l'office du juge du contrat. Mais, cette prolixité dans l'énoncé de la règle nouvelle dont a fait preuve le juge ne doit pas tromper. Elle n'a pas conduit le juge administratif suprême à se départir pleinement de sa prudence habituelle. Quand bien même, en effet, la haute juridiction a fixé en détail les principes ayant vocation désormais à gouverner l'office du juge du contrat, elle a pris soin cependant de préserver au profit de ce dernier une marge d'action ou de liberté suffisante dans l'exercice de ses pouvoirs en lui reconnaissant une large palette de pouvoirs à l'encontre du contrat. Au regard de la diversité des pouvoirs conférés au juge du contrat, et quand bien même les modalités d'exercice de ceux-ci sont précisément définies par la haute juridiction, la marge de manœuvre ou de liberté du juge du contrat n'est que partiellement contrainte. Le champ des possibles demeure très ouvert pour le juge du contrat.

¹⁵⁸⁹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, rec. p. 509 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, rec. p. 117.

¹⁵⁹⁰ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70.

§2 : La motivation juridictionnelle, instrument d'intelligibilité de la norme textuelle

527. Eu égard à ses caractéristiques, le droit écrit est classiquement présenté comme un vecteur de sécurité juridique. Cette faveur attachée au droit écrit l'est particulièrement à la loi, laquelle a été sacralisée en France, au sortir de la Révolution. Appréhendée au regard des qualités traditionnellement reconnues au droit écrit, la règle jurisprudentielle a souffert de la comparaison. Mais, les lignes désormais se modifient à mesure que la norme textuelle et particulièrement la loi sont critiquées au nom de la sécurité juridique. Plutôt que source d'une telle sécurité, le droit écrit est désormais contesté en ce qu'il participerait lui-même de l'insécurité juridique : « *la sécurité juridique n'est pas assurée aujourd'hui par la loi, et [...] au contraire, bien souvent, c'est cette même loi qui compromet cette sécurité juridique ou la détruit* »¹⁵⁹¹. Le constat n'est pas nouveau. Il a été dressé par le Conseil d'État dès 1991¹⁵⁹² et sans cesse renouvelé depuis lors¹⁵⁹³.

528. Si l'on suit les enseignements du passé, la loi de qualité est rare, simple et générale¹⁵⁹⁴. La norme écrite moderne présente pourtant des caractéristiques opposées. Par le jeu conjugué de divers facteurs ou causes, le droit écrit contemporain souffre de maux nouveaux. L'inflation normative, l'instabilité normative et la dégradation de la qualité de la norme textuelle sont ainsi stigmatisées comme autant de menaces à la sécurité juridique. Elles gênent particulièrement l'intelligibilité de la norme laquelle « *implique la lisibilité autant que la clarté et la précision des énoncés ainsi que leur cohérence* »¹⁵⁹⁵ et « *suppose encore que les règles prennent toute leur portée à la lumière du corpus juridique dans lequel elles sont appelées à s'insérer, sans qu'il faille, pour y parvenir, faire appel à trop de dispositions extérieures au texte* »¹⁵⁹⁶.

529. Dans ce contexte redessiné marqué par les défaillances du droit écrit, le juge peut « *fortement contribuer au respect de l'exigence de sécurité juridique* »¹⁵⁹⁷. Face aux faiblesses du droit écrit et

¹⁵⁹¹ G. BRIÈRE DE L'ISLE, « Sécurité juridique et loi. Rapport », *La Semaine juridique : Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n°6/1990, pp. 3-9, spéc. p. 9.

¹⁵⁹² Dans son rapport annuel de 1991 consacré au thème de la sécurité juridique, le Conseil d'État faisait état de la prolifération des textes, de l'instabilité des règles et de la dégradation de la norme. Le constat ainsi dressé concernait le droit écrit. V. : Rapport public annuel du Conseil d'État, 1991, « *De la sécurité juridique* », La Documentation française.

¹⁵⁹³ V. le rapport public annuel du Conseil d'État, 2006, « *Sécurité juridique et complexité du droit* », et son étude annuelle de 2016, « *Simplification et qualité du droit* » (ces deux documents sont disponibles sur le site internet officiel du Conseil d'État).

¹⁵⁹⁴ Rapport public annuel du Conseil d'État, 2006, « *Sécurité juridique et complexité du droit* », spéc. p. 337.

¹⁵⁹⁵ *Idem*, p. 282.

¹⁵⁹⁶ *Idem*.

¹⁵⁹⁷ *Idem*, p. 300.

« parce qu'elle apporte souvent d'utiles précisions à des règles légales parfois bien obscures, facilitant ainsi leur mise en œuvre, [...] la jurisprudence peut [...] être envisagée comme une source de sécurité juridique »¹⁵⁹⁸. Trop souvent considérée comme une source d'insécurité juridique eu égard à ses modes de formation et d'expression, la jurisprudence a vocation, au contraire, à favoriser l'intelligibilité de la norme écrite, à supposer seulement que le juge perçoive qu'il est désormais « l'acteur pluriel d'un droit complexe et multiple où la hiérarchie des normes a été rebattue et vers lequel les regards se retournent dans l'espoir d'un oracle clair et intelligible sur le sens de la norme »¹⁵⁹⁹. Le juge est ainsi à même de pallier, dans une certaine mesure au moins, les faiblesses du droit écrit. Délaissant progressivement son laconisme historique, le juge administratif tend en ce sens à mobiliser les ressorts de la motivation de ses décisions. Il entend pallier les insuffisances de la loi par un effort de didactisme dans la motivation de ses décisions. La pédagogie est ainsi appréhendée par le juge « comme un remède possible aux maux qui traversent notre Droit, au premier rang desquels figure l'insécurité juridique »¹⁶⁰⁰. Le juge administratif a pris pleinement conscience, en effet, de l'importance de la motivation de ses décisions comme vecteur potentiel d'intelligibilité de la norme textuelle et notamment légale. Face à l'insécurité législative grandissante, ce juge entend prendre le relai du législateur dans la promotion et la protection de l'impératif de sécurité juridique. Dans l'objectif bien compris de rendre la règle de droit plus compréhensible, le juge administratif cherche ainsi à pallier les insuffisances qualitatives (B) mais également quantitatives (A) qui caractérisent la règle écrite moderne.

A. La motivation juridictionnelle, palliatif aux défaillances quantitatives du droit écrit

530. Face à une législation administrative historiquement lacunaire, le juge administratif a dû, par le passé, mobiliser son pouvoir créateur en vue de suppléer les carences de la loi. Aujourd'hui, au plan quantitatif, la faiblesse du droit écrit se concrétise, tout à l'inverse, par une « *intempérance normative* »¹⁶⁰¹. Cette dernière est caractérisée par la profusion, bien souvent désorganisée, de la norme juridique et notamment des textes normatifs, par ailleurs de plus en plus longs, et trouve ses racines dans un double mouvement d'inflation et d'instabilité normatives.

L'inflation normative se caractérise par un flux continu de normes nouvelles lesquelles s'ajoutent au stock de normes déjà existant. Elle est renforcée par la multiplication des sources externes (droit

¹⁵⁹⁸ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2009, spéc. p. 234.

¹⁵⁹⁹ J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? », *JCP. G*, n°51/2011, pp. 2536-2539, spéc. p. 2539.

¹⁶⁰⁰ P. RAIMBAULT, L. GALLIANO, « Introduction », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 13-17, spéc. pp. 14.

¹⁶⁰¹ Rapport public annuel du Conseil d'État, 2006, préc., spéc. p. 254.

international classique, droit européen des droits de l'homme et droit de l'Union européenne) et internes (autorités administratives indépendantes, collectivités territoriales) du droit. Elle est aggravée par le phénomène d'instabilité normative qui n'a eu de cesse de croître à mesure que la loi a été considérée comme un simple instrument de communication politique aux mains de décideurs politiques soucieux de démontrer leur réactivité et leur action face à un corps social toujours plus demandeur de normes nouvelles censées le protéger. L'instabilité normative se caractérise par des modifications réitérées de la norme applicable, parfois à échéance très brève. Elle participe de la profusion normative d'autant qu'elle a tendance à s'accompagner d'un phénomène de sédimentation normative, « *consistant à prendre successivement des textes sur le même sujet sans réévaluation d'ensemble du dispositif et sans abrogation en conséquence de tout ce qui est devenu inutile, superfétatoire, redondant ou encore obsolète* »¹⁶⁰².

531. L'inflation et l'instabilité normatives se concrétisent, en définitive, par une tendance du droit écrit contemporain à la dispersion dans le temps et dans l'espace. Ce droit se disperse dans le temps, à raison de son instabilité et de ses modifications successives, et dans l'espace, sous l'effet de la multiplication des sources du droit, notamment au niveau international et européen. Ce caractère diffus du droit écrit pose question au regard de l'impératif de sécurité juridique. Plus particulièrement, en termes d'intelligibilité de la norme, le risque attaché à cette dispersion ou dilution du droit textuel est double. D'une part, une telle dispersion gêne l'accès et la détermination, par les sujets de droit, de la norme applicable et donc la connaissance et la compréhension mêmes de la règle. D'autre part, l'excès de dispersion de la norme écrite menace la cohérence du droit dès lors que sont multipliés les risques d'incohérences voire de conflits entre normes nouvelles et anciennes, entre normes internes et externes, ou encore entre normes externes. Ces incohérences brouillent la compréhension de la règle de droit applicable par les sujets de droit.

532. Face à ces faiblesses du droit écrit, le juge administratif entend prendre le relai pour garantir la sécurité juridique nécessaire à la vie du droit. Ainsi, ce juge cherche à pallier les conséquences néfastes de la décadence du droit écrit en termes de sécurité juridique et particulièrement d'intelligibilité de la règle de droit applicable. Dans cet objectif, il mobilise la motivation de ses décisions et particulièrement la motivation substantielle de celles-ci.

¹⁶⁰² *Idem*, spéc. p. 275.

533. En réponse à l'instabilité du droit écrit, le juge administratif, soucieux de ce qui préexiste¹⁶⁰³, maintient les principes directeurs gouvernant ses raisonnements et solutions et suit par principe ses propres précédents.

Il a été parfaitement démontré comment le juge administratif, face aux modifications du droit écrit, y compris constitutionnel¹⁶⁰⁴, a toujours su maintenir les mêmes schémas de raisonnement de sorte à assurer la continuité du droit jurisprudentiel face aux mutations du droit écrit. Le caractère mouvant de ce dernier ne s'accompagne pas chaque fois, en effet, d'une instabilité conséquente de la jurisprudence. Plus encore, la jurisprudence paraît bien souvent plus stable que le droit écrit. Cette stabilité jurisprudentielle est parfois garantie contre la loi elle-même¹⁶⁰⁵. Le juge administratif sait l'importance de la stabilité de sa jurisprudence. C'est pourquoi il existe, au sein de la juridiction administrative, une très forte discipline contentieuse. Le juge administratif ne s'écarte de ses précédents que pour des motifs graves. En ce sens, il préserve la continuité de sa jurisprudence et facilite dès lors la connaissance de celle-ci par les sujets de droit.

534. En réponse au phénomène d'inflation normative, le juge administratif, attentif à ce qui coexiste¹⁶⁰⁶, entend non seulement trancher les conflits de normes susceptibles de résulter de la multiplication des textes mais également rapprocher les sources désormais multiples du droit écrit. Il fait ainsi dialoguer entre elles les sources¹⁶⁰⁷ multiples du droit pour finalement révéler l'essence de la norme applicable. Face à des normes nombreuses et d'origines diverses, le juge entend les combiner.

Cette démarche ressort nettement de certaines expressions devenues rituelles dont use le juge à l'occasion des motifs de ses décisions : « à la lumière de », « il résulte de ces dispositions combinées ». Utile lorsque la règle de droit est dispersée entre diverses sources nationales, une telle pratique se révèle particulièrement nécessaire dans un contexte d'internationalisation du droit. Lorsque la règle de droit ressort tant de dispositions nationales que de dispositions internationales,

¹⁶⁰³ D. FOUSSARD, « Sécurité du droit et jurisprudence. Rapport de synthèse », *La Semaine juridique : Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n°6/1990, pp. 17-22, spéc. p. 20.

¹⁶⁰⁴ G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in Mélanges en l'honneur de Marcel WALINE, *Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome 2, pp. 777-793.

¹⁶⁰⁵ Pour un exemple en ce sens : CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, rec. p. 649. L'article 70 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* ne prévoyait pas qu'une décision administrative puisse être annulée par le juge au motif que le vice procédural l'affectant a privé les personnes intéressées d'une garantie. Il prévoyait seulement l'annulation de la décision dans l'hypothèse où l'irrégularité procédurale l'affectant a été susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision finale. Le Conseil d'État s'écarte de la lettre de la loi. Faisant application du principe dont s'inspire l'article 70 de la loi de 2011, la haute juridiction maintient le moyen d'annulation tiré de la privation d'une garantie tel qu'il ressortait de la jurisprudence en vigueur.

¹⁶⁰⁶ D. FOUSSARD, « Sécurité du droit et jurisprudence. Rapport de synthèse », préc., spéc. p. 20.

¹⁶⁰⁷ L'expression « dialogue des sources » est empruntée au Professeur E. Jayme : E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 251/1995, pp. 9-268, spéc. p. 259.

notamment strasbourgeoises et communautaires, le juge administratif recourt fréquemment à ces expressions révélatrices d'un effort de synthèse de la règle. La formule « *à la lumière de* » est ainsi classiquement utilisée lorsque le juge interprète une disposition française à la lumière de la directive communautaire qu'elle transpose. La règle de droit apparaît une fois seulement rapprochées ses sources nationale(s) et communautaire(s). Ainsi en témoigne particulièrement un arrêt récent rendu par le Conseil d'État où l'on voit le juge lire les dispositions nationales applicables au litige à la lumière de la directive communautaire dont elles ont assuré la mise en œuvre en droit national et telle que cette directive a été interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶⁰⁸.

B. La motivation juridictionnelle, palliatif aux défaillances qualitatives du droit écrit

535. La qualité de la loi se définit selon trois exigences : la loi doit être normative, matériellement accessible et intelligible¹⁶⁰⁹. Quand bien même la qualité de la législation est encore stigmatisée à raison de ses insuffisances, il faut constater cependant certains progrès en la matière. D'une part, l'accessibilité matérielle de la loi a été améliorée par le mouvement de codification et la création de sites internet tels que Légifrance ou Service-Public.fr. D'autre part, sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la normativité de la loi est censée désormais être garantie. Le caractère normatif de la loi a vocation, en effet, à faire l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel, lequel censure par principe les lois non normatives.

Le point de blocage essentiel demeure ainsi l'exigence d'intelligibilité de la loi. Le Conseil constitutionnel a certes consacré le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi¹⁶¹⁰. Mais, le contrôle de la qualité de la loi exercé sur ces fondements par le juge constitutionnel est souvent critiqué à raison d'une certaine réserve de ce juge à manier en la matière son pouvoir de censure. Au vu des limites pratiques du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, l'action du juge ordinaire peut se révéler décisive en termes d'intelligibilité de la loi. Ce juge peut, en effet, pallier les défaillances qualitatives de la loi en instillant davantage de certitude quant au sens et conditions d'application de la norme textuelle dont il fait application. C'est ainsi que le juge administratif peut, dans une certaine mesure au moins, remédier à l'inintelligibilité de textes complexes parce que très techniques et à celle de textes difficilement compréhensibles à raison de leur trop grande imprécision.

¹⁶⁰⁸ CE, 19 juillet 2017, *Google Inc.*, n°399922, rec. T. p. 498. Pour une citation d'une partie des motifs de cet arrêt, cf. *supra* le paragraphe n°515 de la présente thèse. V. aussi : CE, Ass., 24 février 2017, *Mme C, M. T, M. C. et M. D.*, n°391000, rec. p. 59.

¹⁶⁰⁹ Rapport public annuel du Conseil d'État, 2006, « *Sécurité juridique et complexité du droit* », spéc. p. 282.

¹⁶¹⁰ Cf. *supra*, le paragraphe n°505 de la présente thèse.

536. La dégradation de la qualité de la loi met directement en cause l'exigence issue de l'impératif de sécurité juridique selon laquelle la norme doit être compréhensible, intelligible, pour le citoyen moyen. Une norme compréhensible c'est d'abord, *a minima*, une norme lisible c'est-à-dire seulement déchiffrable quant à sa signification. À cet égard, les lois très techniques qui régissent des matières bien souvent hautement spécialisées posent particulièrement question en termes de sécurité du droit. Une norme compréhensible, c'est également une norme dont le sens peut être appréhendé directement et sans trop d'efforts. Sur ce point, les excès d'imprécision du législateur sont contestables au regard de l'impératif de sécurité juridique. Face à ces défaillances de la loi, le juge administratif mobilise la motivation de ses décisions et tente par cette voie de préciser la règle par trop indéterminée (2) et de clarifier la règle excessivement obscure à raison de sa technicité (1).

1. La motivation, palliatif à l'inintelligibilité de la règle textuelle technique

537. La faveur des révolutionnaires s'est portée sur la norme légale parce que, générale et impersonnelle, cette dernière est propre à garantir l'égalité entre les citoyens. La période contemporaine, qui a vu se multiplier les régimes spéciaux ou dérogatoires, a été marquée par le déclin du caractère général de la loi. Bien souvent, cette perte de généralité de la loi s'est accompagnée d'une complexification de la règle. Parce que la loi régit des matières particulières ou spéciales qui appellent des réglementations plus pointues ou techniques, elle tend à se complexifier. « *La technicité des questions que le droit traite l'oblige lui-même à une certaine technicité* »¹⁶¹¹ et par là même à une certaine complexité. Parce qu'elle régit des matières de plus en plus techniques, la loi perd en intelligibilité. Ainsi particulièrement, sous l'effet conjugué de l'apparition de nouvelles législations régissant des domaines nouveaux et souvent complexes (biotechnologies, économie numérique, etc.) et de la libéralisation de secteurs économiques entiers (transports, télécommunication, etc.), laquelle appelle de nouvelles réglementations par essence très techniques, la complexité du droit moderne n'a cessé de croître¹⁶¹².

Dans le même temps, la formulation de la norme a évolué. La tendance est, en effet, à une rédaction « *plus circonstanciée, plus sophistiquée* »¹⁶¹³ des textes juridiques. L'évolution de la légistique questionne elle aussi au regard de l'intelligibilité de la règle de droit car, le cas échéant, la formulation

¹⁶¹¹ Étude annuelle du Conseil d'État, 2016, « *Simplification et qualité du droit* », préc., spéc. p. 59.

¹⁶¹² Rapport public annuel du Conseil d'État, 2006, préc., spéc. p. 233.

¹⁶¹³ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 275-294, spéc. p. 282.

de la règle peut, en elle-même, constituer un obstacle à la compréhension de la norme applicable. La qualité du droit et son intelligibilité supposent la qualité de son expression, de sa rédaction.

538. Certaines matières, du fait de leur haute technicité, se révèlent obscures et difficilement appréhendables par les personnes intéressées. La règle de droit, parce qu'elle est très technique en devient particulièrement obscure, d'autant qu'elle est souvent très détaillée. Afin de pallier cette faiblesse de la norme écrite en termes d'intelligibilité, le juge administratif exploite les ressorts de la motivation de ses décisions. D'une part, en consacrant des principes et règles directeurs, il tente d'éclaircir un droit qui se perd bien souvent en détails. Ainsi, par exemple, face aux nombreuses réglementations de détails relatives au contrat administratif, le juge administratif a élaboré un *corpus* de règles générales et communes à tous les contrats administratifs¹⁶¹⁴. D'autre part, *via* son pouvoir d'interprétation, le juge administratif entend éclaircir les textes peu intelligibles dont il fait application. Il répond ainsi à un besoin de sécurité juridique. Car en effet, parce que les « *réglementations complexes, telles que les réglementations économiques, environnementales, fiscales ou encore contractuelles, génèrent des contentieux hautement spécialisés, d'une grande technicité, tant au niveau des situations juridiques que des normes qui leur sont applicables [,] les parties à ces litiges attendent de la décision non seulement qu'elle apporte des réponses précises et justes à leurs argumentations, mais aussi qu'elle conforte la sécurité juridique dont leurs activités ont besoin* »¹⁶¹⁵. Avec pour ambition de pallier, pour une part au moins, la complexité du fond du droit, le juge administratif endosse un « *office de simplificateur* »¹⁶¹⁶ qui le conduit à exploiter les ressorts de la motivation de ses décisions en vue d'explicitier, de clarifier les textes peu intelligibles. Une motivation plus didactique est ainsi l'occasion pour le juge de clarifier des règles complexes.

539. Mme C. Foulquier a parfaitement démontré à cet égard comment le juge administratif met « *la pédagogie au service du droit des travaux publics* »¹⁶¹⁷ entendu comme « *le droit des marchés de travaux publics, le droit des contrats en rapport avec la réalisation d'un travail public et le droit de la responsabilité du maître d'ouvrage comme des constructeurs* »¹⁶¹⁸.

À raison de la « *complexité accrue du droit des travaux publics, du fait notamment de la profusion des règles juridiques applicables* »¹⁶¹⁹, ce droit est un parfait exemple de l'approche didactique qui

¹⁶¹⁴ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 2016, 1^{re} éd., spéc. p. 1128.

¹⁶¹⁵ Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 9.

¹⁶¹⁶ Étude annuelle du Conseil d'État, 2016, préc., spéc. p. 117.

¹⁶¹⁷ C. FOULQUIER, « La pédagogie au service du droit des travaux publics », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 369-389.

¹⁶¹⁸ *Idem*, spéc. p. 370.

¹⁶¹⁹ *Idem*, spéc. p. 377.

est désormais celle du juge administratif. La complexité et les enjeux attachés au droit des travaux publics favorisent la démarche pédagogique du juge, laquelle se déploie dans deux directions essentielles. D'une part, le juge administratif cherche à déterminer plus précisément les règles applicables. D'autre part, il entend exposer plus clairement les conditions d'application des règles applicables. Dans cet effort de didactisme, le juge mobilise un ensemble de procédés plus précis au stade de la motivation de ses décisions en vue d'explicitier la règle de droit et, par là même, de favoriser l'intelligibilité de celle-ci. Le juge opère des « *rappels pédagogiques* »¹⁶²⁰ des règles applicables qui confinent parfois à de véritables mises en ordre de règles complexes. Il définit des modes d'emploi très précis en vue de guider le comportement des acteurs intéressés. Il emploie également « *deux formes [plus spécifiques] de raisonnement pédagogique : l'exemple [...] et la définition* »¹⁶²¹. La démarche pédagogique du juge se traduit alors par un travail de définition des notions en présence et par un travail d'illustration des hypothèses en présence.

« Considérant qu'en cas de délégation limitée à la seule exploitation de l'ouvrage, comme c'est le cas en matière d'affermage, si la responsabilité des dommages imputables à son fonctionnement relève du délégataire, sauf stipulations contractuelles contraires, celle résultant de dommages imputables à son existence, à sa nature et son dimensionnement, appartient à la personne publique délégante ; que ce n'est qu'en cas de concession d'un ouvrage public c'est-à-dire d'une délégation de sa construction et de son fonctionnement, que peut être recherchée par des tiers la seule responsabilité du concessionnaire, sauf insolvabilité de ce dernier, en cas de dommages imputables à l'existence ou au fonctionnement de cet ouvrage » (CE, 26 novembre 2007, Migliore, n°279302, rec. T. p. 934 et p. 1113)¹⁶²².

540. Ces divers procédés de pédagogie mis en lumière par Mme C. Foulquier sont mobilisés par le juge administratif dans d'autres domaines avec pour objectif d'explicitier et de clarifier des dispositions légales techniques. Ainsi, en contentieux fiscal, le juge procède par la voie de la définition.

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 16 du livre des procédures fiscales, dans sa version en vigueur à la date de la demande de justificatifs adressée à M. et Mme A...: " En vue de l'établissement de l'impôt sur le revenu, l'administration peut demander au contribuable des éclaircissements. Elle peut, en outre, lui demander des justifications au sujet de sa situation et de ses charges de famille, des charges retranchées du revenu net global ou ouvrant droit à une réduction d'impôt sur le revenu en application des articles 156, 199 sexies et 199 septies du code général des impôts, ainsi que des avoirs ou revenus d'avoirs à l'étranger./ L'administration peut demander au contribuable des justifications sur tous les éléments servant de base à

¹⁶²⁰ *Idem*, spéc. p. 373 et p. 374.

¹⁶²¹ *Idem*, spéc. p. 375.

¹⁶²² (Nous soulignons). Cet exemple est emprunté à C. FOULQUIER.

*la détermination du revenu foncier tels qu'ils sont définis aux articles 28 à 33 quinquies du code général des impôts./[...] Elle peut également lui demander des justifications lorsqu'elle a réuni des éléments permettant d'établir que le contribuable peut avoir des revenus plus importants que ceux qu'il a déclarés. (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'administration peut, sur leur fondement, demander soit des éclaircissements, c'est-à-dire des commentaires ou informations qui ne peuvent légalement qu'être relatifs à des mentions portées dans les déclarations de revenus souscrites par le contribuable, soit des justifications, c'est-à-dire la production de documents qui ne peuvent légalement concerner que les points limitativement énumérés aux deux premiers alinéas de l'article L. 16, et ne sauraient être exigés sur d'autres points que dans le cas où l'administration a réuni des éléments permettant d'établir que le contribuable peut avoir des revenus plus importants que ceux qu'il a déclarés » (CE, Sect., 16 avril 2012, *M. et Mme Meyer*, n°320912, rec. p. 150)¹⁶²³.*

« 5. En second lieu, il résulte des termes mêmes du b de l'article 145 du code général des impôts que la condition à laquelle ces dispositions subordonnent le bénéfice du régime fiscal des sociétés mères, tenant à la détention d'au moins 5 % du capital de l'émettrice, s'apprécie à la date du fait générateur de l'impôt - c'est-à-dire, s'agissant d'une plus-value de cession, à la date de la cession - et non de manière continue sur une période de deux ans. [...] » (CE, 26 janvier 2018, n°408219, mentionné aux tables du recueil Lebon)¹⁶²⁴.

541. Il entend faire de même en contentieux de l'urbanisme.

*« Considérant qu'en vertu des dispositions du I de l'article L. 146-4 du code de l'urbanisme, l'extension de l'urbanisation doit se réaliser, dans les communes littorales, soit en continuité avec les agglomérations et villages existants, soit en hameaux nouveaux intégrés à l'environnement ; qu'il résulte de ces dispositions que les constructions peuvent être autorisées dans les communes littorales en continuité avec les agglomérations et villages existants, c'est-à-dire avec les zones déjà urbanisées caractérisées par un nombre et une densité significatifs de constructions, mais que, en revanche, aucune construction ne peut être autorisée, même en continuité avec d'autres, dans les zones d'urbanisation diffuse éloignées de ces agglomérations et villages » (CE, 9 novembre 2015, *Commune de Porto Vecchio*, n° 372531, rec. p. 388)¹⁶²⁵.*

¹⁶²³ (Nous soulignons).

¹⁶²⁴ (Nous soulignons).

¹⁶²⁵ (Nous soulignons). L'article L. 146-4 I est devenu l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme.

2. La motivation, palliatif à l'inintelligibilité de la règle textuelle excessivement imprécise

542. Analysant « l'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales »¹⁶²⁶, le Professeur P. Amselek a, dès le début des années 1980, mis en lumière l'émergence d'une direction non autoritaire -ou souple- de la conduite humaine. Cette montée en puissance du droit doux s'est accompagnée d'une progression corrélative du droit flou. Le flou du droit, marqué par la multiplication des termes vagues mais également par la formulation de la norme sous forme de « principes » ou de « standards », crée une zone d'incertitude et d'indétermination¹⁶²⁷ problématique en termes de sécurité juridique. Les notions indéterminées, principes et standards sont utiles parce qu'ils préservent une certaine flexibilité et adaptabilité nécessaires à la vie du droit. Ils sont pourtant souvent discutés à un double point de vue. D'une part, ils ont pour conséquence de transférer le pouvoir normatif du législateur vers l'interprète et particulièrement vers le juge. D'autre part, dès lors que leur contenu est par essence indéterminé, ils ont vocation à gêner l'intelligibilité de la règle de droit. Pour cette raison, lorsque la règle de droit se révèle trop imprécise parce que faite de notions vagues, de principes ou standards, le juge administratif entend parfois faire preuve de didactisme dans l'objectif de préciser le droit applicable. Il ambitionne alors, *via* son pouvoir d'interprétation, de pallier les risques d'un excès d'imprécision de la norme.

543. Traditionnellement, le juge administratif ne fixe pas de définition précise des notions floues et standards qu'il mobilise. En ce sens, il a tendance au laconisme dans l'utilisation qu'il fait des standards, « *se refus[ant] à expliquer en toute clarté par des directives suffisamment précises et stables le contenu exact qu'il attribue à certains termes peu déterminés* »¹⁶²⁸. Cette prudence du juge a pour conséquence de gêner l'intelligibilité de la norme applicable, sauf à ce que le juge consente à un travail de quantification desdits standards en vue de les rendre plus aisément praticables pour lui-même et plus compréhensibles pour le public intéressé¹⁶²⁹. Cette réserve dont fait classiquement preuve le juge n'est guère surprenante précisément parce que l'intérêt du recours à ces notions et standards est, pour lui, de se réserver une certaine marge de manœuvre pour l'avenir. Dès lors et par principe, c'est de manière progressive et au gré des espèces que se dégagent plus précisément les sens et contours de ces notions et standards, qu'ils soient d'origine législative ou d'ailleurs

¹⁶²⁶ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », préc.

¹⁶²⁷ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, 4^e éd., pp. 144-148, spéc. p. 145 et p. 146.

¹⁶²⁸ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, spéc. p. 358.

¹⁶²⁹ *Idem*, spéc. p. 358 et s.

jurisprudentielle. Seule une synthèse de la jurisprudence, qu'il revient à la doctrine d'établir, permet de délimiter avec plus de précision ces notions indéterminées et standards.

Sans être abandonnée, cette tendance classique traduisant une certaine prudence du juge s'accompagne cependant désormais d'une pratique inverse qui tend à progresser. En effet, le juge administratif n'hésite plus parfois à préciser plus franchement, à l'occasion des motifs de ses décisions, le sens et le contenu des notions floues et standards dont il fait application. Dans l'objectif de préciser une notion floue ou un standard en vue d'en faciliter la compréhension et donc l'utilisation, il arrive que le juge en précise les contours voire même délimite plus précisément les cas de figure s'y rattachant. Ainsi en a-t-il été, par exemple, lorsque le Conseil d'État a entendu préciser la notion de faute personnelle détachable figurant à l'article L. 2123-34 du code général des collectivités territoriales.

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 2123-34 du code général des collectivités territoriales : " (...) La commune est tenue d'accorder sa protection au maire (...) lorsque celui-ci fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions. (...) " ; que, pour l'application de cette disposition, présentent le caractère d'une faute personnelle détachable des fonctions de maire des faits qui révèlent des préoccupations d'ordre privé, qui procèdent d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques ou qui, eu égard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis, revêtent une particulière gravité ; qu'en revanche ni la qualification retenue par le juge pénal ni le caractère intentionnel des faits retenus contre l'intéressé ne suffisent par eux-mêmes à regarder une faute comme étant détachable des fonctions, et justifiant dès lors que le bénéfice du droit à la protection fonctionnelle soit refusé au maire qui en fait la demande » (CE, 30 décembre 2015, Commune de Roquebrune-sur-Argens, n°391798 et n°391800, rec. T. p. 568 et p. 724)¹⁶³⁰.

Dans le même sens, le juge administratif a pu définir plus précisément la notion « d'objets ou substances dangereux » au sens de l'article R. 57-7-1 du code de procédure pénale.

« 4. Considérant qu'aux termes de l'article R. 57-7-1 du code de procédure pénale, constitue une faute du premier degré le fait pour une personne détenue " " 7° D'introduire ou de tenter d'introduire au sein de l'établissement tous objets ou substances dangereux pour la sécurité des personnes ou de l'établissement, de les détenir ou d'en faire l'échange contre tout bien, produit ou service " ; 5. Considérant que doit être regardé comme dangereux, au sens de ces dispositions, tout objet dont on peut raisonnablement craindre, en raison notamment de la facilité de son usage, que l'utilisation soit susceptible de mettre en cause la sécurité des personnes et des biens, notamment dans l'enceinte pénitentiaire ; que la possession de dispositifs permettant l'enregistrement de l'image et du son par un détenu, compte tenu de l'usage qui peut

¹⁶³⁰ (Nous soulignons).

en être fait, notamment pour filmer les locaux de l'établissement pénitentiaire et fixer sur un support audiovisuel les dispositions prises en matière de sécurité, doit être regardée comme la détention d'un objet dangereux et constitue ainsi une faute disciplinaire du premier degré » (CAA de Versailles, 1^{er} mars 2016, n°14VE03573)¹⁶³¹.

La volonté du juge administratif de préciser des notions floues ou standards est particulièrement nette lorsqu'elle se traduit par l'énoncé d'un considérant de principe qui emprunte au style législatif. La pédagogie dont a pu faire preuve le juge administratif au lendemain de la réforme des procédures d'urgence est particulièrement significative en ce sens. Dans une volonté manifeste de fixer une définition précise de la notion d'urgence au sens des référés d'urgence nouvellement institués par la loi du 30 juin 2000¹⁶³², le Conseil d'État a eu recours à des motivations particulièrement didactiques de type doctrinal ou professoral¹⁶³³. C'est ainsi notamment qu'il a considéré que la « *condition d'urgence [...] doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre* » et de préciser encore « *qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire* »¹⁶³⁴.

544. Cette ambition de précision qui anime désormais le juge administratif est telle qu'elle ne concerne pas seulement les notions législatives imprécises ou standards législatifs mais également jusqu'aux notions, catégories juridiques et règles jurisprudentielles consacrées par lui. Le Conseil d'État a ainsi précisé la catégorie de mesures d'ordre intérieur dans le domaine de la fonction publique.

« Considérant que les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours ; qu'il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération ; que le recours contre de telles mesures, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination, est irrecevable » (CE, Sect., 25 septembre 2015, Mme Bourjolly, n°372624, rec. p. 322)¹⁶³⁵.

¹⁶³¹ (Nous soulignons).

¹⁶³² Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*, JORF, n°151 du 1^{er} juillet 2000, p. 9948.

¹⁶³³ R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, pp. 3-17, spéc. p. 10.

¹⁶³⁴ CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n°228815, rec. p. 29.

¹⁶³⁵ (Nous soulignons).

Plus encore, le juge administratif peut spécifier le sens et les conditions d'application d'une règle jurisprudentielle qu'il fixe. L'utilisation récurrente de l'adverbe « *notamment* » ou encore l'usage d'expressions telles que « *en particulier* » traduisent nettement cette pratique. Le juge, en ce qu'il détaille les hypothèses d'application de la règle qu'il fixe, en précise par là même le sens et les contours. C'est ainsi que l'on a pu voir le Conseil d'État préciser certaines règles de fond mais également de recevabilité. De telles précisions visent sans doute d'abord les juridictions subordonnées mais elles sont utiles également à la compréhension de la règle de droit applicable par les sujets de droit.

« 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 [...]; que ces actes peuvent également faire 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 [...] » (CE, Ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta International GmbH et a., n° 368082, rec. p. 77)¹⁶³⁶.

« Considérant que si, en principe, le fait qu'une décision administrative ait un champ d'application territorial fait obstacle à ce qu'une association ayant un ressort national justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour en demander l'annulation, il peut en aller autrement lorsque la décision soulève, en raison de ses implications, notamment dans le domaine des libertés publiques, des questions qui, par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales » (CE, 4 novembre 2015, Association « Ligue des Droits de l'Homme », n°375178, rec. p. 375)¹⁶³⁷.

545. La volonté du juge administratif de préciser les notions, catégories juridiques et règles qu'il applique manque parfois son but. C'est le cas chaque fois que le juge, dans sa tentative de précision, use de notions elles-mêmes indéterminées ou de standards. En ce sens, jugeant que « *les décisions de l'administration pénitentiaire refusant aux détenus la possibilité d'acquérir un système d'exploitation pour leur ordinateur [...] ne constituent pas des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus* », le Conseil d'État a été amené à préciser la notion de décision portant atteinte aux libertés et droits fondamentaux des détenus. Tentant une définition plus précise, la haute juridiction a ainsi considéré « *que doivent être regardées comme mettant en cause des libertés et des*

¹⁶³⁶ (Nous soulignons).

¹⁶³⁷ (Nous soulignons).

*droits fondamentaux des détenus les décisions qui portent à ces droits et libertés une atteinte qui excède les contraintes inhérentes à leur détention [...] »*¹⁶³⁸. Ainsi définie, la notion en cause n'est pas pleinement clarifiée.

Section II : La motivation, instrument de continuité du droit

546. « *Le souci de garantir aux justiciables une certaine sécurité juridique conduit à assurer une unité et une continuité de la jurisprudence* »¹⁶³⁹. La continuité de la jurisprudence est imposée non seulement par un souci d'égalité de traitement des justiciables mais également donc par l'impératif de sécurité juridique.

547. La sécurité juridique suppose que la règle de droit présente un certain degré de stabilité dans le temps c'est-à-dire d'abord un minimum de continuité avec le passé. Pour ce qui est de la norme jurisprudentielle, une telle continuité est traditionnellement garantie par le caractère peut-on dire exceptionnel des revirements de jurisprudence. Seuls des motifs graves conduiront en principe le juge administratif à revenir sur une jurisprudence établie. Soucieux de préserver la stabilité de la jurisprudence, ledit juge use du revirement avec parcimonie. Il n'y a là rien d'inédit. Ce qui frappe désormais, pour qui s'intéresse à la motivation des décisions du juge administratif, c'est la tendance de ce dernier à mobiliser les motifs de ses décisions dans le but de donner à voir cette stabilité sans cesse recherchée de la jurisprudence. Par la pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative antérieure, le juge participe plus activement encore à la stabilité du droit en marquant, au plan formel, la stabilité de la règle jurisprudentielle (§1).

De même qu'il entend préserver la continuité de la jurisprudence au regard du passé jurisprudentiel, le juge administratif est également soucieux de garantir la prévisibilité de la jurisprudence c'est-à-dire un certain degré de continuité de la règle jurisprudentielle dans l'avenir. Selon une approche plus prospective, la continuité de la jurisprudence suppose un minimum de prévisibilité. Les sujets de droit doivent pouvoir bâtir des prévisions juridiques et ne pas voir celles qu'ils ont déjà bâties remises en cause de manière intempestive. À cet égard, il faut constater les efforts du juge administratif pour rendre sa jurisprudence plus prévisible. Par le biais des motifs de ses décisions, il entend annoncer, de manière habile, les fluctuations éventuelles de la norme jurisprudentielle (§2).

¹⁶³⁸ CE, 9 novembre 2015, *M. Dos Santos Pedro*, n°380982, rec. T. p. 742 et p. 788.

¹⁶³⁹ Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 30.

§1 : La motivation, marqueur de stabilité de la règle de droit

548. L'impératif de sécurité juridique exige du juge qu'il œuvre en faveur de la stabilité du droit. C'est en ce sens que le juge administratif a tendance à suivre ses précédents et à ne procéder que pour des motifs graves à des revirements de jurisprudence. Il y a bien longtemps, en effet, que ce juge a pris pleinement conscience de ce que « *la sécurité nécessaire des relations juridiques impose aux juridictions l'obligation morale impérieuse de donner toujours des mêmes textes la même interprétation et d'appliquer dans des hypothèses identiques ou seulement analogues les mêmes principes* »¹⁶⁴⁰. Dans cet objectif de stabilité, le juge mobilise classiquement donc la motivation substantielle de ses décisions. En effet, lorsqu'il fait application d'une règle jurisprudentielle acquise au cas d'espèce présentement soumis à son office, il se borne en réalité à réitérer un raisonnement, une motivation déjà tenus à l'occasion d'un ou plusieurs litiges ayant posé des questions de droit similaires.

Plus récemment, on a vu le juge administratif mobiliser, non plus seulement la motivation substantielle, mais également la motivation formelle de ses décisions pour garantir plus pleinement encore la stabilité nécessaire du droit. Le juge qui agit classiquement en faveur de la stabilité du droit entend désormais le donner à voir. Par le procédé de la motivation par référence à la jurisprudence administrative antérieure, le juge administratif parvient en ce sens à marquer pleinement la stabilité du droit jurisprudentiel. Il montre sa « *volonté d'éviter de faire table rase du passé jurisprudentiel* »¹⁶⁴¹. Le recours devenu récurrent à cette technique de motivation permet au juge d'imprimer la continuité de la règle jurisprudentielle établie qu'il en fasse application au cas d'espèce (A) ou même qu'il s'en écarte (B). Par un habile jeu de chaînage de ses décisions, le juge donne ainsi à voir sa jurisprudence comme un ensemble stable, structuré et cohérent de solutions.

A. La motivation par référence à la jurisprudence administrative, instrument de chaînage de décisions de justice concordantes

549. Le juge administratif a tendance désormais à identifier et mentionner explicitement la règle de droit qu'il applique au cas d'espèce. Dans ce cadre, il est fréquent qu'il se réfère à la jurisprudence antérieure. Cette technique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative trouve des traductions diverses. Elle s'exerce en effet selon de multiples modalités : référence à la

¹⁶⁴⁰ R. ODENT, *Contentieux administratif. Les cours de droit*, fascicule 1, 1970-1971, spéc. p. 23.

¹⁶⁴¹ H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'État et Tribunal des conflits)*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999, spéc. p. 635.

« jurisprudence » ou aux « règles jurisprudentielles » régissant une matière ; emploi d'une formule proche de celle dégagée à l'occasion d'un arrêt de principe antérieur ; rappel *in extenso* du considérant de principe d'un arrêt de principe antérieur ; rappel des références précises d'un arrêt de principe antérieur¹⁶⁴². Par ce procédé de la motivation par référence, le juge administratif entend marquer, au plan formel, la continuité de la jurisprudence. Une telle motivation par référence à la jurisprudence administrative antérieure permet au juge d'imprimer le caractère obligatoire de la jurisprudence¹⁶⁴³ mais également la stabilité de celle-ci, c'est-à-dire sa continuité avec le passé.

550. Lorsqu'il fait application au cas d'espèce d'une règle jurisprudentielle acquise, le juge n'hésite plus à se référer explicitement à la jurisprudence antérieure. Cette pratique n'est pas nouvelle¹⁶⁴⁴ mais elle est devenue récurrente. Le plus souvent à ce titre, le juge citera *in extenso* le considérant de principe de l'arrêt de principe qui a consacré la règle. Ainsi, lorsqu'il décide de moduler dans le temps les effets d'une annulation qu'il prononce, il reprend de manière expresse le considérant de principe de l'arrêt *Association AC* !. C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État a mobilisé, dans son arrêt *Danthony*¹⁶⁴⁵, la formule de principe issue de la décision *Association AC* !.

De même, lorsqu'il étend une règle jurisprudentielle à une hypothèse proche ou connexe, le juge administratif a tendance désormais à la rappeler en des termes similaires. Procédant par son arrêt *Coulibaly* à l'extension de la solution dégagée par l'arrêt *Ternon* à l'hypothèse de l'abrogation, le Conseil d'État a ainsi repris presque mot pour mot la formule issue de la décision de 2001, sauf à y ajouter le terme « abrogation ».

« Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision » (CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, n°197018, rec. p. 497).

« Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer ou abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale » (CE, Sect. 6 mars 2009, *Coulibaly*, n° 306084, rec. p. 79).

¹⁶⁴² Pour une présentation plus précise des diverses formes ou modalités du procédé de la motivation par référence à la jurisprudence administrative, cf. *supra* le troisième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°242 et s.

¹⁶⁴³ Sur ce point, cf. *supra* le troisième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°241 et s.

¹⁶⁴⁴ Par exemple, appliquant la solution issue de l'arrêt *Sieur Doublet* (CE, 23 octobre 1959, rec. p. 540), le juge administratif, à l'occasion de certaines de ses décisions, a rappelé *in extenso* le considérant de principe de l'arrêt fondateur. V. pour des exemples en ce sens : CE, 27 avril 1979, n°06460 ; CE, 19 avril 1989, n°61740.

¹⁶⁴⁵ CE, Ass., 23 décembre 2011, n°335033, rec. p. 649.

Le Conseil d'État a procédé de manière analogue lorsque, à l'occasion d'un arrêt *Mme Montaut*, il a étendu à l'hypothèse du harcèlement moral la grille d'analyse fixée par l'arrêt *Mme Perreux* pour la détermination de la charge de la preuve lorsque le juge est saisi d'une décision dont il est soutenu qu'elle serait empreinte de discrimination. La similitude des formules ne laisse aucun doute sur la volonté de la haute juridiction d'inscrire la solution dégagée par la décision *Mme Montaut* dans le prolongement de celle issue de l'arrêt *Mme Perreux*.

*« Considérant [...] que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure [susceptible d'être empreinte de discrimination] de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe [constitutionnel de l'égalité de traitement des personnes], il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (CE, Ass, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348, rec. p. 407).*

*« Considérant [...] qu'il appartient à un agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral, de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement ; qu'il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (CE, Sect., 11 juillet 2011, *Mme Montaut*, n°321225, rec. p. 349).*

551. Cette pratique du juge administratif consistant, d'une part, à citer *in extenso* le considérant de principe d'un arrêt de principe antérieur avant d'en faire application au litige qui lui est soumis, et d'autre part, à réemployer une formule proche avant d'étendre un principe jurisprudentiel démontre la stabilité de la jurisprudence administrative.

Une telle pratique s'insère également dans une démarche bien comprise de légitimation de la décision juridictionnelle. Par un tel procédé de motivation, le juge renforce en effet la légitimité, le bien-fondé de la décision qu'il prononce en donnant à voir que celle-ci s'inscrit dans les cadres d'une jurisprudence établie. La cohérence et la stabilité affichées de la règle de droit servent la légitimation de la décision juridictionnelle et, au-delà, du droit lui-même.

B. La motivation par référence à la jurisprudence administrative, instrument de chaînage de décisions de justice divergentes

552. Le juge administratif use de la technique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative antérieure y compris dans des hypothèses où il s'écarte pourtant plus ou moins nettement de la règle jurisprudentielle qu'il rappelle.

En ce sens, la haute juridiction prend soin parfois de rappeler une solution issue d'une jurisprudence antérieure avant de la préciser ou de la compléter, parfois notablement. Le Conseil d'État a procédé de la sorte à l'occasion de ses arrêts *Société Fairvesta International GmbH* et *Société NC Numericable*¹⁶⁴⁶. L'innovation décisive apportée par ces arrêts est formulée après seulement le rappel en substance de la solution issue de l'arrêt *Casino Guichard Perrachon*¹⁶⁴⁷ qui avait décidé que les prises de position et recommandations que formule l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle exerce la faculté d'émettre un avis que lui reconnaît l'article L. 462-1 du code de commerce ne constituent pas des décisions faisant grief, sauf si elles revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance.

De même et de manière plus significative encore, le Conseil d'État a pris l'habitude de rappeler le principe ou la règle tel(le) qu'il ou elle ressort de la jurisprudence antérieure en vigueur avant d'en consacrer une exception.

« Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation [...] » (CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255886, rec. p. 197)¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁶ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, rec. p. 77 ; CE Assemblée, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, rec. p. 89. Pour une citation des motifs de l'arrêt *Société Fairvesta*, cf. *supra* le paragraphe n°544 de la présente thèse.

¹⁶⁴⁷ CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n°357193, rec. p. 361.

¹⁶⁴⁸ (Nous soulignons).

« Considérant qu'en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité ; que si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'Etat peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers » (CE, 18 juin 2008, Gestas, n°295831, rec. p. 230)¹⁶⁴⁹.

« Considérant que le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité ; que, toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles [...] » (CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, n°304806, rec. p. 117)¹⁶⁵⁰.

553. Dans de tels cas de figure, la motivation adoptée par le juge permet de situer l'arrêt rendu au sein de la jurisprudence administrative. La technique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative antérieure est habilement mobilisée par le juge en vue de marquer non seulement la cohérence de la jurisprudence mais également sa continuité dans le temps. Le juge donne à voir la cohérence de la jurisprudence dès lors que la solution nouvelle est rattachée à une jurisprudence acquise au sein de laquelle elle s'insère. Il parvient également à imprimer la stabilité de la jurisprudence par-delà même ses évolutions puisque le principe applicable est rappelé et donc confirmé avant d'être complété ou écarté. Ainsi, quand bien même la décision rendue rompt plus ou moins nettement avec la jurisprudence antérieure, l'apparence de stabilité est sauvée grâce à la manière dont le juge motive formellement sa décision. Le juge administratif donne à voir pleinement de la sorte une « *adaptation du droit [qui a lieu] dans le respect de la création passée* »¹⁶⁵¹. La stabilité ainsi affichée donne, en effet, l'illusion que jamais le juge ne bouleverse frontalement les règles jurisprudentielles en vigueur. La motivation par référence à la jurisprudence administrative antérieure, en ce qu'elle constitue une traduction privilégiée de « *l'intertextualité* » juridique¹⁶⁵², participe de l'image d'un droit qui se construit progressivement et dans l'harmonie, d'un droit qui

¹⁶⁴⁹ (Nous soulignons).

¹⁶⁵⁰ (Nous soulignons).

¹⁶⁵¹ V. TCHEN, *Les revirements dans la jurisprudence administrative du Conseil d'État*, Thèse dact., Paris XIII, 1994, spéc. p. 11.

¹⁶⁵² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. pp. 400-401. L'intertextualité est définie par ces auteurs (spéc. p. 400) comme « *la relation de coprésence de deux ou plusieurs textes ; le plus souvent, il s'agira de la présence effective d'un texte dans un autre par voie de citation ou d'allusion* ».

n'opère pas par « *transformation brutale [mais] seulement [par] la greffe, l'hybridation, la sédimentation* »¹⁶⁵³.

554. Cette volonté du juge administratif de masquer la discontinuité de sa jurisprudence n'est pas inédite. C'est en effet avec pour même ambition de préserver l'illusion de la stabilité de la règle jurisprudentielle que le juge administratif cherchait classiquement¹⁶⁵⁴, et par divers procédés, à dissimuler ses revirements de jurisprudence.

Ainsi, ce juge a pu faire un usage habile de son laconisme traditionnel ou des standards juridiques de sorte à conserver un certain flou quant à la portée innovante de la solution consacrée et de la rupture induite par elle. De même, il a pu présenter la règle nouvelle non pas comme la négation de la règle ancienne mais comme le prolongement ou l'affinement de celle-ci. Aussi, le juge administratif a pu présenter la règle nouvelle comme directement imposée par les circonstances propres au cas d'espèce¹⁶⁵⁵.

§2 : La motivation, instrument de prévisibilité du droit

555. La prévisibilité du droit suppose que le droit objectif soit tel qu'il permette aux sujets de droit de bâtir des prévisions juridiques mais également qu'il soit respectueux des prévisions juridiques déjà bâties par eux¹⁶⁵⁶. En ce sens, un droit prévisible c'est d'abord un droit qui permet aux sujets de droit de régler leur conduite et de prévoir avec un degré suffisant de certitude les conséquences de leurs actes et comportements. Un droit prévisible c'est aussi un droit respectueux des prévisions juridiques que les sujets de droit ont pu légitimement construire sur la base des règles de droit en vigueur. Le droit objectif ne doit pas remettre en cause de manière trop intempestive les droits subjectifs et situations juridiques acquis.

556. Conscient de ce que « *les décisions de justice participent de l'élaboration d'un droit positif qui doit présenter un certain degré de prévisibilité* »¹⁶⁵⁷, le juge administratif mobilise les ressorts de la motivation de ses décisions en vue de garantir et promouvoir plus efficacement la prévisibilité du

¹⁶⁵³ *Idem*, spéc. p. 401.

¹⁶⁵⁴ Depuis le début des années 2000, le juge administratif semble faire évoluer sa pratique. Il n'hésite plus à donner à voir plus clairement ses revirements de jurisprudence. Sur cette évolution, V. : C. PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2018.

¹⁶⁵⁵ Pour une étude plus précise des procédés ainsi utilisés par le juge administratif pour atténuer la portée innovante de ses revirements de jurisprudence, V. : C. PROS-PHALIPPON, *op. cit.*, spéc. pp. 40-48.

¹⁶⁵⁶ Sur cette définition de la prévisibilité juridique, V. : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préc., spéc. p. 44 et s.

¹⁶⁵⁷ Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 10.

droit. En ce sens, il fait jouer pleinement la dimension prospective de la motivation juridictionnelle de sorte, d'une part, à permettre aux sujets de droit de construire avec un degré de certitude suffisant des prévisions juridiques, et d'autre part, à atténuer les conséquences de la rétroactivité de la jurisprudence sur les situations juridiques acquises (A). La question se pose toutefois de la suffisance des procédés ainsi mis en œuvre par le juge au regard de l'objectif fixé de prévisibilité du droit (B).

A. La dimension prospective de la motivation juridictionnelle

557. Deux procédés de motivation sont couramment désormais mobilisés par le juge administratif dans l'objectif d'assurer la prévisibilité du droit : la pédagogie (1) et l'*obiter dictum* (2).

1. La pédagogie juridictionnelle, instrument de prévisibilité du droit

558. En formulant de manière plus explicite et compréhensible sa jurisprudence, le Conseil d'État s'emploie déjà à améliorer la prévisibilité du droit. Les efforts du juge administratif en termes d'intelligibilité de ses décisions et plus encore, de ses décisions de principe, doivent ainsi être appréhendés au regard de l'exigence de prévisibilité juridique. Le juge administratif, en effet, « *cré[e] de la sécurité juridique en exprimant de façon plus pédagogique les règles qu'il entend appliquer* »¹⁶⁵⁸. Le didactisme juridictionnel permet de borner l'aléa jurisprudentiel et de la sorte, favorise la prévisibilité du droit. La pédagogie du juge fait ainsi le lien entre l'intelligibilité et la prévisibilité juridiques : la pédagogie est « *un moyen [pour le juge] d'exercer sa fonction [...] en étant mieux compris [...] afin que les règles jurisprudentielles soient mieux appliquées et anticipées dans un monde juridique sans cesse plus complexe* »¹⁶⁵⁹. En ce sens, la pédagogie dont le juge administratif fait preuve dans l'énoncé de la règle de droit manifeste son plein engagement en faveur de la prévisibilité du droit. À ce titre, la multiplication des motivations très précises qui confinent à de véritables modes d'emploi est symptomatique de la volonté du juge de rendre le droit plus prévisible. Sans doute de tels modes d'emploi visent-ils en premier lieu les juridictions subordonnées mais ils sont utiles également aux sujets de droit. En effet, la règle de droit étant plus clairement exprimée et l'office du juge plus précisément défini, les personnes intéressées savent quels doivent

¹⁶⁵⁸ C. FOULQUIER, « La pédagogie au service du droit des travaux publics », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 369-389, spéc. p. 381.

¹⁶⁵⁹ P. RAIMBAULT, L. GALLIANO, « Synthèse. La pédagogie en droit : pour qui et pour quoi faire ? », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, préc., pp. 421-431, spéc. p. 425.

être leurs comportements et quelle sera la démarche du juge s'il advenait qu'il soit saisi. Les destinataires de la norme sont ainsi mieux à même de bâtir des prévisions juridiques sûres.

559. Dans l'objectif de renforcer la prévisibilité du droit, le juge administratif fait preuve désormais d'un didactisme manifeste dans l'énoncé des règles de fond et de procédure et des règles gouvernant son office.

La pédagogie est ainsi mise au service de la prévisibilité du droit lorsque le juge expose sans détour la règle de fond. C'est ainsi qu'il a, de manière très pédagogique, rappelé et fixé plus précisément l'étendue des pouvoirs de l'autorité de police administrative, à l'occasion de l'affaire Dieudonné.

« 4. Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une manifestation qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ; 5. Considérant que l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion ; que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées ; 6. Considérant, en premier lieu, qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public sans porter d'atteinte excessive à l'exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales ; que, dans cette hypothèse, la nécessité de prendre des mesures de police administrative et la teneur de ces mesures s'apprécient en tenant compte du caractère suffisamment certain et de l'imminence de la commission de ces infractions ainsi que de la nature et de la gravité des troubles à l'ordre public qui pourraient en résulter [...] ; 8. Considérant, en troisième lieu, que des propos et gestes, notamment ceux à caractère antisémite, incitant à la haine raciale et faisant l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la seconde Guerre Mondiale, peuvent porter atteinte à la dignité de la personne humaine, alors même qu'ils ne provoqueraient pas de troubles matériels » (CE, 9 novembre 2015, AGRIF, n°376107, rec. p. 377).

Une démarche analogue préside à certaines décisions par lesquelles le juge administratif expose la règle de procédure applicable. Ainsi en est-il par exemple lorsqu'il précise les contours de l'intérêt à agir des associations ayant un ressort national¹⁶⁶⁰. De même, la pédagogie juridictionnelle sert la

¹⁶⁶⁰ CE, 4 novembre 2015, *Association « Ligue des Droits de l'Homme »*, n°375178, rec. p. 375. Pour une citation des motifs de cet arrêt, cf. *supra* le paragraphe n°544 de la présente thèse.

prévisibilité du droit lorsque le juge précise les contours de son office, comme par exemple lorsque le Conseil d'État a défini en détail l'office du juge du contrat¹⁶⁶¹.

2. *L'obiter dictum, instrument de prévisibilité du droit*

560. Dans le même objectif d'une jurisprudence plus prévisible, le juge administratif mobilise fréquemment désormais le procédé de l'*obiter dictum*. Ce dernier recèle incontestablement une dimension prospective. « *L'anticipation paraît être en effet l'une des significations les plus évidentes de l'obiter dictum* »¹⁶⁶². Par le biais de cette technique, le juge administratif anticipe la résolution de questions connexes à celle(s) posée(s) par le cas d'espèce dont il est saisi. Il annonce une règle jurisprudentielle nouvelle à venir ou prévient d'un revirement de jurisprudence futur.

561. L'*obiter dictum*¹⁶⁶³ constitue une exception au laconisme traditionnel du juge administratif. À cet égard, il convient de distinguer entre deux classes ou catégories d'*obiter dicta* selon que ces derniers sont appréhendés au regard de la méthode de l'économie de moyens (*obiter dicta*-dérogations à la méthode de l'économie de moyens) ou de la règle interdisant au juge de statuer *ultra petita* (*obiter dicta*-dérogations à la règle interdisant l'*ultra petita*). Par-delà cette diversité, il est possible pourtant de dégager une définition commune de l'*obiter dictum* : l'*obiter dictum* est un énoncé juridique, expressément formulé par le juge, superflu ou surabondant, c'est-à-dire non nécessaire à la solution du cas d'espèce, mais pourtant inséré au sein des motifs¹⁶⁶⁴ de la décision de justice¹⁶⁶⁵. Autrement dit, si l'*obiter dictum* est, au plan formel, un motif de la décision du juge, puisqu'il apparaît au sein des motifs de celle-ci, il ne l'est pas au plan fonctionnel ou substantiel dès lors qu'il n'est pas nécessaire à la motivation de la solution retenue par le juge. Non nécessaire à la résolution du cas d'espèce, l'*obiter dictum* n'en demeure pas moins utile à la décision et plus largement, au contentieux. S'il est mobilisé par le juge administratif, de manière récurrente depuis 1995, c'est bien que l'*obiter dictum* remplit une fonction. Selon les hypothèses, il a une fonction juridictionnelle ou une fonction jurisprudentielle.

¹⁶⁶¹ V. particulièrement : CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, rec. p. 509 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, rec. p. 117 ; CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70.

¹⁶⁶² M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, préc., pp. 229-245, spéc. p. 238.

¹⁶⁶³ Pour une étude approfondie de l'*obiter dictum*, sur laquelle d'ailleurs reposent largement les lignes qui suivent, V. particulièrement : M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016.

¹⁶⁶⁴ Exceptionnellement, l'*obiter dictum* peut ressortir des visas de la décision juridictionnelle.

¹⁶⁶⁵ L'*obiter dictum* est également mobilisé par le Conseil d'État dans le cadre de la procédure de l'avis contentieux.

Lorsqu'il est mobilisé dans le cadre de la fonction juridictionnelle, l'*obiter dictum* permet au juge de « trancher le litige plus complètement »¹⁶⁶⁶ en justifiant plus précisément sa décision et en expliquant les conséquences et implications concrètes. Exposant davantage les conséquences et implications de sa décision, le juge administratif prévient parfois, par la même, des contentieux futurs. En précisant à l'administration partie au litige comment elle doit agir en exécution de la décision de justice, il est arrivé en effet que le juge, *via un obiter dictum*, anticipe des conflits futurs analogues. L'arrêt *Société à objet sportif « Toulouse football club »*¹⁶⁶⁷ offre une illustration de ce cas de figure. En l'espèce, après avoir prononcé l'annulation de la décision contestée de la commission d'organisation des compétitions de la Ligue nationale de football en date du 22 mai 2001 homologuant le classement final du championnat de France professionnel de première division pour la saison 2000-2001, le Conseil d'État explique plus avant les implications de sa décision d'annulation en faisant valoir que « la présente décision a nécessairement pour conséquence qu'appelée à se prononcer de nouveau sur l'homologation du classement final dudit championnat, la commission d'organisation des compétitions de la Ligue nationale de football applique pour la rencontre du 2 décembre 2000 la sanction prévue à l'article 187 des règlements généraux en retirant trois points à l'Association sportive de Saint-Etienne et en les attribuant au Toulouse Football club ». Le juge administratif suprême guide ainsi l'administration en vue de la bonne exécution par celle-ci de la décision rendue par lui. Puis, sortant du strict cadre du litige dont il était saisi, le Conseil d'État précise *obiter* « qu'il [...] appartient également [à ladite commission d'organisation], le cas échéant, d'infliger la même sanction pour tout autre match dont les résultats n'auraient pas encore été définitivement homologués en raison d'une contestation recevable et encore pendante et pour lequel l'une des infractions mentionnées à l'article 187 aurait été constatée ». Ce faisant, la haute juridiction anticipe des contentieux analogues futurs en fixant par avance la solution à mettre en œuvre en vue de leur résolution. Elle détermine, à l'intention de l'administration, la marche à suivre lorsque celle-ci sera saisie de situations similaires à celle du cas d'espèce. L'administration est à même alors de régler sa conduite en conséquence.

Lorsqu'il est mobilisé par le juge dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle, l'*obiter dictum* lui permet de « dire le droit plus largement »¹⁶⁶⁸ c'est-à-dire sans lien direct avec le cas d'espèce. La règle de droit posée *obiter* ne sert pas la résolution du cas d'espèce, elle n'est pas appliquée au cas d'espèce. L'*obiter dictum* permet alors au juge d'anticiper le règlement de litiges hypothétiques futurs. La dimension prospective de l'*obiter dictum* est alors manifeste. L'*obiter dictum* joue

¹⁶⁶⁶ M. LANNOY, *op. cit.*, spéc. p. 229.

¹⁶⁶⁷ CE, Sect., 25 juin 2001, n°234363, rec. p. 281.

¹⁶⁶⁸ M. LANNOY, *op. cit.*, spéc. p. 229.

incontestablement, dans une telle hypothèse, « une fonction d'anticipation des difficultés contentieuses »¹⁶⁶⁹ à venir. Le juge formule, par avance et pour l'avenir, sa jurisprudence, de sorte à prévenir de futurs contentieux. Il renseigne *obiter* la position qui est la sienne à propos d'une question de droit proche de celle posée par le cas d'espèce dont il est présentement saisi. Ainsi, les personnes intéressées ont connaissance de la position du juge administratif sur cette question et peuvent, en conséquence, régler leur conduite. L'arrêt *Société fermière de Campoloro*¹⁶⁷⁰ est topique de ce cas de figure. Après avoir interprété le II de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1980 *relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public*, la Section du contentieux du Conseil d'État, « alors pourtant que le litige en cause ne l'imposait pas, dès lors qu'était seulement demandée l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'un préfet de vendre un bien d'une commune en vue de l'exécution de décisions de justice la condamnant à de lourdes indemnités, [...] s'est [...] prononcée sur le régime de responsabilité de l'État en cas d'abstention du préfet à exercer son pouvoir de substitution »¹⁶⁷¹. Se prononçant ainsi par la voie d'un *obiter dictum*¹⁶⁷², le Conseil d'État a habilement anticipé des questions connexes au cas d'espèce susceptibles de donner lieu à des contentieux futurs. Fixant par avance et pour l'avenir la règle de droit applicable, le juge anticipe la résolution de contentieux à venir. Il a fait de même, lorsque, saisi de l'article 7 de la Charte de l'environnement il a admis la valeur constitutionnelle de cette disposition avant de préciser *obiter* que « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement [...] ont valeur constitutionnelle »¹⁶⁷³. Le Conseil d'État a fait de même encore, plus récemment, à l'occasion de sa décision *Mme Bourjolly*¹⁶⁷⁴. Saisi de la question de savoir si la circonstance qu'une mesure prise à l'égard d'un agent public l'a été en considération de sa personne empêche par elle-même la qualification de mesure d'ordre intérieur, le Conseil d'État a choisi l'occasion de cette affaire « pour traiter [...] de plusieurs questions connexes »¹⁶⁷⁵. Par cet arrêt, la haute juridiction a ainsi fixé la définition et le régime des mesures d'ordre intérieur dans la fonction

¹⁶⁶⁹ M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », préc., spéc. p. 231.

¹⁶⁷⁰ CE, Sect., 18 novembre 2005, n°271898, rec. p. 515.

¹⁶⁷¹ C. LANDAIS, F. LENICA, « Le pouvoir de substitution du préfet en cas d'inexécution de la chose jugée par les collectivités territoriales », chronique sur CE, Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, *AJDA*, 2006, p. 137 et s.

¹⁶⁷² « que si le préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité territoriale est en droit de se retourner contre l'Etat en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle ; qu'en outre, dans l'hypothèse où, eu égard à la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial ».

¹⁶⁷³ CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n°297931, rec. p. 322.

¹⁶⁷⁴ CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme Bourjolly*, n°372624, rec. p. 322.

¹⁶⁷⁵ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieur dans la fonction publique », chronique sur CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme Bourjolly*, *AJDA*, 2015, p. 2147 et s.

publique. À l'occasion du considérant de principe de sa décision, elle a précisé *obiter* que les mesures qui portent atteinte à l'exercice des droits et libertés fondamentaux de l'agent et celles qui traduisent une discrimination sont susceptibles de recours. Le considérant d'espèce de la décision contient également un *obiter dictum* aux termes duquel la mesure contestée en l'espèce « *ne présente pas le caractère d'une sanction disciplinaire déguisée* ». Les précisions ainsi formulées par la haute juridiction n'étaient pas nécessaires à la résolution du cas d'espèce dès lors que le litige opposant Mme Bourjolly à l'administration ne posait pas précisément la question de la discrimination ni celle de l'atteinte à l'exercice des droits et libertés fondamentaux de l'agent ni encore celle d'une éventuelle sanction disciplinaire déguisée. L'analyse de la situation de l'agent public requérante faite par le rapporteur public à l'occasion de ses conclusions le révèle avec éclat¹⁶⁷⁶. En fixant ainsi les contours de sa jurisprudence au-delà ce qu'imposait strictement le cas d'espèce, le Conseil d'État profite de l'occasion de cette affaire pour fixer par avance sa jurisprudence.

562. Ainsi donc, qu'il se rattache à l'exercice de la fonction juridictionnelle ou, *a maxima*, à l'exercice de la fonction jurisprudentielle, l'*obiter dictum* a vocation à constituer un utile instrument au service de la prévisibilité du droit en ce qu'il permet au juge d'anticiper des contentieux à venir en indiquant par avance la position qui est la sienne sur un point de droit donné. Ce faisant, le juge administratif renseigne d'autant les destinataires de la règle de droit sur le sens et la portée de celle-ci. Mieux informés de la règle de droit applicable, lesdits destinataires sont mieux à même de bâtir des prévisions juridiques et, le cas échéant, de faire évoluer leurs actes et comportements juridiques acquis conformément à la règle de droit ainsi renseignée par le juge.

563. La dimension prospective de l'*obiter dictum* est telle que ce procédé n'est pas seulement mobilisé par le juge dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle pour annoncer par avance une règle jurisprudentielle inédite et ainsi anticiper de futurs contentieux. Il est parfois l'occasion pour le juge de prévenir d'un revirement de jurisprudence à venir.

¹⁶⁷⁶ G. PELLISSIER, « Mesure prise en considération de la personne et mesure d'ordre intérieur », conclusions sur CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme Bourjolly*, RFDA, 2015, p. 1107 et s. : « la décision litigieuse ne nous paraît pas faire grief. Les effets du changement d'affectation imposé à M^{me} B. sont encore moins importants que ceux des espèces que nous venons d'évoquer. Ils ne concernent que le lieu d'exercice de ses fonctions, qui se déplace de moins de trois kilomètres au sein de la même commune. Pour le reste, elle conserve exactement les mêmes fonctions, au sein de la même direction. Ni ses droits statutaires, ni sa rémunération, ni ses perspectives de carrière ne sont affectés » ; « La décision attaquée n'ayant aucune incidence sur la situation professionnelle de M^{me} B. et n'ayant qu'une très faible portée sur les conditions matérielles d'exercice de ses fonctions, elle présente, bien qu'elle ait été prise en considération de sa personne, le caractère d'une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours contentieux ».

564. Parce que les revirements de jurisprudence permettent l'adaptation de la règle jurisprudentielle aux évolutions sociales et par conséquent, concourent à l'amélioration du droit, ils sont utiles et nécessaires. La difficulté vient de ce que l'utilité des revirements de jurisprudence est contrebalancée par les inconvénients de ceux-ci en termes de sécurité juridique. Eu égard aux conditions de leur survenance, à la manière dont ils sont motivés par le juge et à leurs effets sur l'ordonnancement juridique, les revirements de jurisprudence, à l'image d'ailleurs des arrêts de principe consacrant une règle de droit inédite, posent question particulièrement au regard de l'exigence de prévisibilité du droit.

565. Alors pourtant que le revirement de jurisprudence traduit pleinement le pouvoir normatif du juge, la motivation des arrêts portant revirement de jurisprudence ne présente aucune spécificité¹⁶⁷⁷. En ce sens, elle démontre certaines faiblesses. Le juge administratif procède parfois par revirement implicite¹⁶⁷⁸. Il n'explicite pas précisément la portée de l'évolution qu'il consacre au regard de la jurisprudence antérieure avec pour conséquence que peut subsister parfois une hésitation quant à la règle de droit désormais en vigueur. Il ne donne pas les raisons et influences au fondement du revirement auquel il procède¹⁶⁷⁹.

Certes, depuis le début des années 2000, il est possible d'envisager une évolution dans la manière qu'a le juge administratif d'opérer ses revirements de jurisprudence¹⁶⁸⁰. Ce juge n'hésite plus, en effet, à se départir du secret qui accompagne traditionnellement ses décisions de revirement et à « consacrer plus ouvertement un revirement de jurisprudence »¹⁶⁸¹. La culture du secret laisse ainsi progressivement place à un nouveau paradigme marqué par la mise en œuvre, de la part du juge administratif, d'une véritable méthode du revirement, laquelle se concrétise par une formulation

¹⁶⁷⁷ A. VANWELKENHUYZEN, « La motivation des revirements de jurisprudence », in PERELMAN (C.), FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 251-286.

¹⁶⁷⁸ Sur l'expression implicite ou explicite du revirement de jurisprudence, V. : H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'État et Tribunal des conflits)*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999, spéc. p. 532 et s.

¹⁶⁷⁹ Cette pratique du juge administratif français tranche avec celle des deux juges européens. La Cour de justice de l'Union européenne a parfois exposé au sein de sa décision portant revirement de jurisprudence les raisons de celui-ci. Pour un exemple topique, V. : CJCE, 24 novembre 1993, aff. 267/91 et 268/91, *Keck et Mithouard*. De même, la Cour européenne des droits de l'homme a désormais tendance à exposer, au sein de ses décisions, les raisons de ses revirements en faisant la lumière sur les inconvénients attachés à la règle jurisprudentielle encore en vigueur. V. : L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, tome 1, pp. 335-350.

Plus encore, cette pratique du juge administratif français paraît être en contradiction avec les exigences de la Cour de Strasbourg relatives à la motivation des revirements de jurisprudence : Cour EDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex République yougoslave de Macédoine*, spéc. §38 : la Cour juge qu'une Cour suprême nationale qui revient sur une jurisprudence établie a l'obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer ce revirement de jurisprudence.

¹⁶⁸⁰ Sur cette évolution, V. : C. PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2018, spéc. p. 33 et s.

¹⁶⁸¹ C. PROS-PHALIPPON, *op. cit.*, spéc. p. 67.

voulue plus explicite et intelligible des arrêts de revirement. Toutefois, il ne faut pas surestimer l'évolution en marche. Certaines faiblesses de la motivation des arrêts de revirement persistent. D'une part, certains revirements sont encore implicites. D'autre part, même lorsqu'il se fait plus explicite, le juge administratif conserve une certaine réserve : il n'affirme jamais expressément qu'il revient sur la jurisprudence jusqu'ici en vigueur et prend « *soin [...] de ne dévoiler le revirement que de manière discrète* »¹⁶⁸² par le biais d'indices censés mettre le lecteur sur la voie. Enfin, le juge administratif n'expose jamais les raisons du revirement qu'il opère. Ces faiblesses persistantes de la motivation des arrêts de revirement mettent en cause, non pas tant la prévisibilité du droit, mais davantage l'intelligibilité de celui-ci. De telles faiblesses gênent en effet, avant tout, la compréhension de la règle de droit applicable par les destinataires de celle-ci. La motivation des arrêts de revirement constitue ainsi un exemple topique de ce que les faiblesses de la motivation en droit des décisions du juge administratif sont autant d'obstacles à l'intelligibilité de la norme¹⁶⁸³.

566. Au contraire, le caractère rétroactif de la jurisprudence et particulièrement des revirements de jurisprudence¹⁶⁸⁴ met directement en cause la prévisibilité du droit ainsi d'ailleurs que la stabilité de celui-ci¹⁶⁸⁵. La rétroactivité de la règle jurisprudentielle se traduit par l'application rétroactive d'une règle de droit nouvelle à des situations (actes juridiques ou faits) passées constituées sous l'empire de la règle ancienne c'est-à-dire antérieurement à la formulation de la règle nouvelle. En conséquence, des situations pourtant constituées conformément à la règle ancienne alors en vigueur vont être remises en cause et sanctionnées du fait de l'intervention de la règle nouvelle et au motif qu'elles sont contraires à cette dernière.

Aussi, l'imprévisibilité qui caractérise bien souvent la survenance des revirements de jurisprudence s'oppose à la prévisibilité souhaitée du droit. La règle de droit étant brusquement modifiée par le

¹⁶⁸² *Idem*, spéc. p. 78.

¹⁶⁸³ Sur ces faiblesses, cf. *supra* les paragraphes n°510 et s. de la présente thèse.

¹⁶⁸⁴ Une minorité de la doctrine, principalement privatiste, discute le caractère rétroactif de la jurisprudence. Ces auteurs considèrent que si la jurisprudence produit des effets dans le passé ce n'est pas parce qu'elle est rétroactive mais parce qu'elle est déclarative. Pour une telle analyse, V. notamment : T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, Chronique, pp. 24-26. Pour une critique de cette analyse, V. particulièrement : J. PETIT, « La rétroactivité du procès », in SEILLER (B.) (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2007, pp. 1-13 : l'auteur fait valoir que la jurisprudence est rétroactive, non pas en raison de sa prétendue déclarativité, laquelle est une « *pure fiction* » puisque le juge crée la règle jurisprudentielle, mais en raison de son mode de création marqué par un lien indissoluble entre l'édition de la règle jurisprudentielle (fonction jurisprudentielle) et son application concrète au cas d'espèce (fonction juridictionnelle). Le juge crée la règle de droit pour résoudre le cas d'espèce soumis à lui et qui porte sur des faits passés. En conséquence, la règle jurisprudentielle est nécessairement appliquée à des faits passés.

¹⁶⁸⁵ B. SEILLER, « Le procès de la rétroactivité », in SEILLER (B.) (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, préc., pp. 15-32 : la rétroactivité de la jurisprudence est un facteur d'instabilité du droit en ce qu'elle constitue une remise en cause du droit obéi et un facteur d'imprévisibilité du droit en ce qu'elle impose aux opérateurs juridiques des conjectures sur le futur.

juge, les personnes intéressées peuvent ne pas en avoir connaissance et dès lors faire persister des situations contraires à la règle nouvelle.

567. Pour pallier les inconvénients attachés à la rétroactivité de la jurisprudence et particulièrement du revirement de jurisprudence, le juge administratif a traditionnellement eu recours à divers procédés ponctuels à l'efficacité d'ailleurs limitée. Parmi ces « *expédients* »¹⁶⁸⁶ visant à atténuer la rétroactivité des revirements, le juge administratif recourait de manière privilégiée à la technique dite de l'arrêt blanc¹⁶⁸⁷. Ces procédés palliatifs ont largement perdu de leur intérêt depuis que le Conseil d'État s'est reconnu le pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence¹⁶⁸⁸. La consécration par le juge administratif suprême du revirement pour l'avenir a en effet permis de remédier pour une large part aux difficultés attachées au caractère rétroactif du revirement de jurisprudence en termes de prévisibilité du droit.

Ainsi donc, au regard de l'exigence de prévisibilité du droit, la difficulté essentielle demeure celle attachée au caractère imprévisible de la survenance du revirement. Or précisément, le juge administratif sait mobiliser la motivation de ses décisions en vue de rendre les revirements de jurisprudence plus prévisibles. Ce juge a parfaitement appréhendé, en effet, la nécessité qu'il y a, en termes de prévisibilité du droit, à annoncer de tels renversements de la règle de droit applicable. Il fait en ce sens des motifs de ses décisions un outil de communication par lequel il annonce les revirements à venir.

568. Dans l'exercice de la fonction de juger¹⁶⁸⁹, le juge administratif use classiquement de diverses techniques en vue d'annoncer un revirement jurisprudentiel à venir. Quand bien même ces procédés

¹⁶⁸⁶ C. PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2018, spéc. p. 100.

¹⁶⁸⁷ Par le procédé de l'arrêt blanc, le juge fixe une règle jurisprudentielle inédite ou procède à un revirement de jurisprudence à l'occasion d'un arrêt de rejet. La règle jurisprudentielle nouvelle est dégagée à l'occasion d'un litige dans le cadre duquel elle ne trouve pas à s'appliquer de manière positive : le juge consacre la règle jurisprudentielle nouvelle mais ne l'applique pas au cas d'espèce dès lors que les conditions d'application de la règle nouvelle ne sont pas réunies en l'espèce.

L'arrêt blanc, comme procédé palliatif à la rétroactivité de la jurisprudence et des revirements de jurisprudence, a un intérêt seulement limité. La technique de l'arrêt blanc permet de pallier les inconvénients attachés à la rétroactivité de la jurisprudence pour ce qui concerne le cas d'espèce. Car en effet, la règle nouvelle n'est pas appliquée au cas d'espèce. Mais, cette technique n'empêche pas l'application rétroactive de la règle nouvelle à d'autres affaires quand bien même celles-ci porteraient sur des situations de fait passées antérieures à l'énoncé de la règle nouvelle. La règle nouvelle a ainsi vocation à s'appliquer aux procès en cours à la date de la consécration de ladite règle.

¹⁶⁸⁸ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, rec. p. 360

¹⁶⁸⁹ Le revirement de jurisprudence peut être annoncé en dehors de l'exercice par le juge de la fonction de juger. Ainsi en est-il lorsque l'évolution jurisprudentielle est pressentie à raison d'un débat critique au sein de la communauté des juristes quant à la question du maintien d'un principe jurisprudentiel en vigueur.

ont vocation à être mobilisés moins fréquemment depuis l'arrêt *Tropic*, le juge administratif ne les a pas abandonnés et continue d'y avoir recours¹⁶⁹⁰.

Dans bien des cas, plutôt que d'opérer un revirement de jurisprudence brutal et inattendu, le juge administratif entend préparer les esprits à la règle nouvelle. Pour ce faire, il procède par la voie du revirement progressif, soit qu'il apporte des atténuations successives à la règle jurisprudentielle établie, soit qu'il multiplie les exceptions à la jurisprudence primitive jusqu'à finalement en renverser le principe¹⁶⁹¹. Par le biais du revirement progressif, le juge administratif annonce, par plusieurs arrêts circonscrits et successifs, l'abandon à venir de la règle jurisprudentielle jusqu'alors en vigueur. En ce sens, le revirement progressif permet de rendre plus prévisible le renversement de la jurisprudence établie. La méthode du revirement progressif est en cela utile à la prévisibilité du droit. Toutefois, cette méthode compte des inconvénients. D'une part, la formation progressive de la règle nouvelle rend plus difficile l'identification précise du revirement jurisprudentiel ainsi opéré. D'autre part, le revirement progressif suppose que plusieurs affaires successives soient l'occasion pour le juge de se prononcer sur un point de droit identique ou similaire lui permettant alors de procéder par étapes à l'abandon de la jurisprudence établie¹⁶⁹².

Dans d'autres cas, le juge administratif revient sur une jurisprudence en vigueur à l'occasion d'un arrêt unique et alors même qu'aucune décision antérieure ne laissait présager l'abandon de cette jurisprudence. Le revirement est alors opéré de manière plus brutale. Cependant, même dans de telles hypothèses, le juge administratif entend atténuer l'imprévisibilité du revirement notamment en ayant recours encore à la technique de l'arrêt blanc. Par l'arrêt blanc, le juge consacre la règle jurisprudentielle nouvelle à l'occasion des motifs de sa décision mais ne l'applique pas positivement au cas d'espèce. Ce faisant, le juge laisse un laps de temps supplémentaire aux destinataires de la norme pour se conformer à la règle nouvelle. En cela, l'arrêt blanc peut être considéré comme un procédé d'annonce du revirement de jurisprudence. Ce procédé emporte toutefois un intérêt limité en termes de prévisibilité de la règle de droit. L'effet d'annonce s'inscrit en effet dans une période de temps possiblement très courte : le juge appliquera la règle nouvelle à l'ensemble des affaires postérieures à l'arrêt portant revirement, y compris donc, par hypothèse, à des affaires qui seront jugées à brève échéance et notamment aux affaires en cours. Pour les parties à ces litiges, l'effet d'annonce attaché à la technique de l'arrêt blanc est, sinon nul, très limité.

¹⁶⁹⁰ En ce sens : C. PROS-PHALIPPON, *op. cit.*, spéc. p. 182.

¹⁶⁹¹ Sur cette technique du revirement progressif, V. : H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, préc., spéc. pp. 520-529.

¹⁶⁹² Sur les inconvénients du revirement progressif, V. : C. PROS-PHALIPPON, *op. cit.*, spéc. p. 176.

569. Autrement plus efficace en termes d'annonce des revirements de jurisprudence est *l'obiter dictum*. La dimension prospective de cette technique de motivation permet au juge de prévenir d'une évolution future de la jurisprudence. Lorsqu'il est mobilisé par le juge administratif pour annoncer, chemin faisant, un revirement de jurisprudence futur, *l'obiter dictum* sert la prévisibilité du droit.

570. *L'obiter dictum* est désormais célébré en ce qu'il a vocation à constituer un instrument efficace d'annonce des revirements de jurisprudence. En raison de sa dimension prospective, « *l'obiter dictum a souvent été loué pour sa propension à anticiper les revirements de jurisprudence et, dans une moindre mesure, à atténuer les effets de leur rétroactivité* »¹⁶⁹³. *L'obiter dictum* permet au juge de préparer, en l'annonçant, le renouvellement de la règle jurisprudentielle. Une telle pratique du juge sert la sécurité juridique et plus particulièrement la prévisibilité du droit. Parce que le revirement de jurisprudence a été annoncé, l'effet de surprise est moindre. L'administration et les administrés ont pu même, anticipant sur l'avenir, faire évoluer leurs comportements, de sorte à les conformer à la règle de droit ainsi annoncée par le juge. C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État, à l'occasion de son arrêt *Époux Bour*¹⁶⁹⁴, a annoncé, par la voie d'un *obiter dictum*, la solution consacrée, quelques mois plus tard, par la décision *Association AC !*¹⁶⁹⁵. Dans l'arrêt *Époux Bour*, le Conseil d'État affirme que « *l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte par lequel le titulaire du droit de préemption décide d'exercer ce droit [...] implique nécessairement que le titulaire du droit de préemption, s'il n'a pas entre temps cédé le bien illégalement préempté, prenne toute mesure afin de mettre fin aux effets de la décision annulée* ». Mais, la haute juridiction précise qu'il doit en être ainsi « *sauf atteinte excessive à l'intérêt général appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence* ». Ce faisant, la haute juridiction a annoncé la jurisprudence *Association AC !*. Dès 2003, en effet, le Conseil d'État a laissé entendre que l'annulation contentieuse d'un acte administratif est susceptible de ne pas être suivie des mesures qu'implique une telle annulation lorsque l'intérêt général est en cause¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹³ S. TOURNAUX, « *L'obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2011, pp. 45-66.

¹⁶⁹⁴ CE, Sect., 26 février 2003, n°231558, rec. p. 59.

¹⁶⁹⁵ CE, Ass., 11 mai 2004, n°255886, rec. p. 197.

¹⁶⁹⁶ Pour cette lecture de l'arrêt *Époux Bour*, V. : M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 229-245, spéc. p.237.

B. Les limites des voies actuelles de la prévisibilité par la motivation juridictionnelle

571. Pour permettre et garantir la prévisibilité du droit, le juge administratif mobilise deux voies privilégiées : la pédagogie et l'*obiter dictum*. La pédagogie, parce qu'elle favorise l'intelligibilité de la jurisprudence, est source de prévisibilité du droit. Mis en mesure de comprendre la règle jurisprudentielle, les sujets de droit sont mieux à même de bâtir des prévisions juridiques plus sûres et de prévoir les conséquences de leurs actes et comportements. L'*obiter dictum* a les mêmes effets. Le juge fixant par avance sa jurisprudence, les sujets de droit sont mis en mesure de construire avec davantage de certitude encore des prévisions juridiques. Surtout, en ce qu'il est l'occasion pour le juge d'annoncer la règle jurisprudentielle à venir ou de prévenir d'un revirement de jurisprudence futur, l'*obiter dictum* permet d'atténuer dans une certaine mesure les effets du caractère rétroactif de la jurisprudence. Par cette voie, en effet, le juge laisse aux sujets de droit un laps de temps supplémentaire pour mettre leurs actes et comportements en conformité avec la règle nouvelle à venir qu'il annonce *obiter*.

572. L'*obiter dictum*, parce qu'il concrétise la rupture et l'autonomisation de la fonction juridictionnelle et de la fonction jurisprudentielle exercées par le juge, pose question au regard de l'interdiction faite à ce dernier de procéder par la voie de dispositions générales et réglementaires. En vertu du principe de séparation des pouvoirs, le juge n'est pas censé faire œuvre de législateur. Or, lorsqu'il se prononce *obiter*, l'office du juge se rapproche d'autant de celui du législateur. Car en effet alors, la règle formulée *obiter* n'est pas nécessaire à la résolution du cas d'espèce. Le juge saisit l'occasion de l'affaire pour formuler un principe jurisprudentiel qui ne lui est pas utile pour trancher le litige dont il a à connaître.

Il reste que ce procédé de motivation que constitue l'*obiter dictum* est particulièrement efficace en termes de prévisibilité du droit.

573. Au contraire, l'effort pédagogique tel qu'il est aujourd'hui consenti par le juge administratif paraît encore insuffisant à garantir pleinement la prévisibilité juridique. En effet, si l'on veut bien admettre que l'impératif de prévisibilité du droit recoupe, non seulement la prévisibilité du corpus de règles que le juge a vocation à adopter en vue de trancher les litiges soumis à son office, mais encore la prévisibilité des attitudes et raisonnements du juge lui-même¹⁶⁹⁷, alors, les faiblesses persistantes

¹⁶⁹⁷ N. BOULOUIS, « Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats », *AJDA*, 2009, p. 921 et s., spéc. p. 921. Selon le rapporteur public, la prévisibilité juridique c'est « la prévisibilité du juge, de ses attitudes et raisonnements, ainsi que du corpus de règles qu'il adoptera pour trancher un litige [...] ».

de la motivation en droit et en fait de ses décisions par le juge administratif ont vocation à gêner la prévisibilité du droit. Dès lors que ce juge continue de taire pour une large part les raisons et raisonnements de droit au fondement de ses décisions, il ne garantit pas une pleine prévisibilité du droit. De même, bien que dans une moindre mesure, dès lors qu'il ne donne pas toujours à voir complètement les ressorts de sa motivation en fait, le juge ne favorise guère la prévisibilité juridique.

574. En multipliant les considérants de principe, le juge entend favoriser la sécurité juridique¹⁶⁹⁸. Il s'inscrit pleinement alors dans la vision d'un droit tout entier fait de règles généralisables et universelles. La question se pose toutefois de savoir si l'exposé de la règle de droit en des termes généraux et abstraits suffit à lui seul à garantir la prévisibilité du droit. Ne faudrait-il pas aussi, ou peut-être surtout, que le juge fasse plus complètement la lumière sur les raisons et raisonnement au fondement de la règle qu'il expose ? Connaître les motifs des motifs au fondement des décisions du juge, au moins de celles qui ont une visée jurisprudentielle ou de principe, permettrait en effet aux sujets de droit de mieux appréhender la démarche du juge et les arcanes de son raisonnement. Alors, non seulement les destinataires de la norme seraient mieux à même de mettre leurs comportements et pratiques en conformité avec la règle de droit telle qu'elle ressort de la jurisprudence en vigueur, mais encore pourraient-ils plus certainement anticiper les solutions que le juge serait susceptible de consacrer à propos de questions de droit connexes ou proches. Si donc le juge administratif étoffait la motivation en droit de ses décisions, il conforterait d'autant la prévisibilité juridique car alors il permettrait aux sujets de droit d'appréhender plus directement et aisément les principes directeurs et influences au fondement même de sa jurisprudence. Mieux informés de la démarche du juge, les sujets de droit seraient mieux à même de modifier leurs pratiques et comportements en conséquence et d'anticiper les positions du juge. En continuant, par principe, de taire les raisons juridiques et, *a fortiori*, extra-juridiques, au fondement de sa jurisprudence, le juge administratif préserve certes la majesté de la règle jurisprudentielle puisqu'il masque ses incertitudes et partis pris quant à celle-ci ; mais il concède une large part en termes de prévisibilité du droit.

575. De même, les faiblesses de la motivation en fait ont vocation à gêner la prévisibilité de la jurisprudence. L'exigence de prévisibilité du droit postule certes l'exposé explicite de la règle de droit applicable mais encore suppose-t-elle que le juge discute davantage les faits de l'espèce lorsqu'il applique la règle au cas d'espèce. Ce faisant en effet, le juge rend ses solutions plus prévisibles puisqu'il dévoile plus précisément les cas dans lesquels la règle a vocation à être appliquée. La

¹⁶⁹⁸ C. ATIAS, « Quelques observations sur la pédagogie, servante maîtresse du droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, préc., pp. 213-224, spéc. p. 216.

prévisibilité de la jurisprudence gagnerait ainsi à ce que le juge, même suprême, étoffe encore la motivation en fait de ses décisions.

576. Tout comme la nécessité de légitimer plus avant la jurisprudence en tant qu'elle constitue une source du droit suppose du juge administratif qu'il développe la motivation en droit de ses décisions, notamment de principe¹⁶⁹⁹, les exigences d'intelligibilité¹⁷⁰⁰ et de prévisibilité juridiques postulent qu'il étoffe encore les motivations en droit et en fait de ses décisions. La montée en puissance de l'impératif de sécurité juridique appelle du juge administratif un effort supplémentaire en termes de motivation de ses décisions.

¹⁶⁹⁹ Sur ce point, *cf. supra* le troisième chapitre de la présente thèse (paragraphe n°219 et s.).

¹⁷⁰⁰ Sur ce point, *cf. supra* la première section du présent chapitre (paragraphe n°509 et s.).

Conclusion du chapitre

577. Le juge administratif a fait de la sécurité juridique un impératif essentiel guidant son action. À ce titre, il mobilise désormais jusqu'à la motivation de ses décisions en vue de promouvoir toujours davantage l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité du droit. La motivation juridictionnelle est ainsi mise au service de la sécurité juridique.

Plus pédagogue, le juge administratif consent à étoffer les motifs de ses décisions en vue d'améliorer l'intelligibilité ainsi d'ailleurs que la prévisibilité du droit. Le laconisme traditionnel du juge tend à céder le pas. De même, le juge administratif, qui œuvre par principe à la stabilité de la jurisprudence, entend désormais donner à voir cette stabilité de la règle de droit telle qu'elle issue de la jurisprudence. À cette fin il recourt à la technique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative antérieure. Enfin, afin de garantir la prévisibilité du droit, le juge mobilise divers procédés et particulièrement l'*obiter dictum* pour annoncer les évolutions à venir de la règle jurisprudentielle.

578. Mais, s'il fait désormais de la sécurité juridique une exigence première, le juge administratif ne s'estime pas absolument contraint lui-même par un tel impératif. Cela est particulièrement vrai de l'exigence d'intelligibilité du droit : le juge administratif se réserve la faculté de ne pas se soumettre totalement à cette exigence. En effet, et alors pourtant que son laconisme traditionnel gêne la pleine intelligibilité de la norme, le juge ne l'a pas pleinement abandonné. De même, le juge pédagogue maintient parfois un certain flou dans l'exposé de la règle de droit applicable lorsque cela est nécessaire au dynamisme et à l'efficacité du droit. Ainsi persistent certaines faiblesses de la motivation juridictionnelle qui sont autant d'obstacles à la sécurité juridique.

579. Lorsque l'on sait l'importance que le juge administratif attache désormais à l'impératif de sécurité juridique, la question se pose des raisons de sa réticence à se soumettre pleinement lui-même à cet impératif. À cet égard, il faut admettre le risque possible d'une application trop catégorique de l'exigence de sécurité juridique à l'activité du juge administratif. D'une part, l'impératif de prévisibilité du droit peut conduire le juge à un excès de célérité dans la systématisation de sa jurisprudence. D'autre part, l'exigence d'intelligibilité du droit peut conduire le juge à un excès de précision dans l'énoncé de la règle. Dans le premier cas, la difficulté vient de ce que le juge fixe ou arrête la règle de droit trop rapidement avant même d'être absolument certain de l'opportunité de la règle et des conséquences pratiques susceptibles d'en découler. Dans le second cas, la difficulté tient à ce que le juge fixe la règle de manière trop ferme ou catégorique sans se préserver la marge de

manœuvre pourtant nécessaire à la mise en œuvre pratique et à l'évolution future de la règle jurisprudentielle.

La volonté du juge administratif de rendre le droit plus sûr ne doit pas le conduire à de tels excès. Au contraire, le juge doit rechercher un juste et subtil équilibre entre sécurité juridique et prudence dans l'élaboration et la formulation de la jurisprudence. De fait, le juge refuse de se soumettre absolument lui-même à l'impératif de sécurité juridique.

Conclusion du titre

580. La motivation juridictionnelle est mise au service de l'inscription du juge administratif dans le pluralisme juridique et juridictionnel désormais à l'œuvre. D'une part, en effet, le juge administratif mobilise la motivation de ses décisions pour participer pleinement au dialogue des juges et marquer sa volonté d'échanger avec les juridictions internationales, notamment européennes. Donnant ainsi l'image d'un juge ouvert aux jurisprudences d'autres juridictions, le juge administratif est attentif cependant à ne jamais perdre totalement son indépendance. À cet égard, la motivation juridictionnelle contemporaine traduit autant qu'elle sert la structuration des rapports entretenus par le juge administratif avec les juridictions européennes. D'autre part, le juge administratif exploite les ressorts de la motivation juridictionnelle en vue de pallier les risques du pluralisme juridique et juridictionnel en termes d'harmonie et de sécurité juridiques. En ce sens, il mobilise la motivation tant formelle que substantielle de ses décisions afin de manifester mais également de construire ou reconstruire l'ordre ou l'harmonie et la sécurité d'un droit désormais fait de règles d'origines diverses qu'il convient d'articuler entre elles.

TITRE II : La motivation, instrument du perfectionnement de la justice administrative

581. Les années 1990 et le début des années 2000 ont été marqués par un double mouvement qui a substantiellement modifié le contexte dans lequel le juge administratif fait désormais œuvre de justice. D'abord, sous l'effet de l'internationalisation du droit, les juridictions ont été mises en concurrence. Les juridictions nationales suprêmes ont dû faire face notamment à l'action de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. Ensuite, et sous l'impulsion décisive de la LOLF, la logique d'efficacité et de performance a été appliquée à l'action publique, dont la justice administrative.

582. Pour ne pas demeurer spectateur de ces évolutions en marche, le juge administratif a dû engager un processus de perfectionnement de la justice administrative. À ce titre, classiquement présenté sous les traits du juge de l'administration, le juge administratif entend moderniser son image afin qu'elle corresponde davantage à la figure moderne, particulièrement plébiscitée à raison de l'action de la Cour européenne des droits de l'homme, d'un juge protecteur des droits individuels face à la puissance étatique. Le juge administratif entend également moderniser son action en vue de répondre à une demande croissante de justice qui suppose du juge, effectivement, qu'il soit efficace pour ne pas se retrouver finalement submergé par la tâche.

Pour parvenir ainsi à moderniser son image autant que son action, le juge administratif a fait de la motivation de ses décisions l'un des moyens du renouveau du procès administratif autour de la figure du justiciable administré (Chapitre 1) et l'un des instruments privilégiés de l'efficacité recherchée de la justice administrative (Chapitre 2).

CHAPITRE I : La motivation, instrument du renouveau du procès administratif

583. Le tournant du XXI^e siècle a été marqué par le renouveau du procès administratif en ce que la relation juge administratif/parties au procès administratif s'est trouvée substantiellement modifiée. Deux textes ont particulièrement favorisé ce renouveau : la loi du 8 février 1995 qui a reconnu au juge administratif le pouvoir d'enjoindre à l'administration et la loi du 30 juin 2000 qui a réformé les procédures d'urgence.

Le pouvoir reconnu au juge d'adresser des injonctions à l'administration, ajouté à celui qu'il détenait déjà de prononcer des astreintes, a induit un rééquilibrage du procès administratif. Comme toute autre partie, l'administration doit exécuter les décisions de justice et le juge administratif a désormais les moyens de l'y contraindre. La réforme des procédures d'urgence a elle aussi eu un impact déterminant sur la relation juge administratif/parties au procès en permettant des rapports moins verticaux entre ceux-ci. Parce que le juge des référés d'urgence statue au terme d'une procédure contradictoire qui peut être orale¹⁷⁰¹, un dialogue véritable fondé sur des échanges non plus seulement écrits mais oraux a vocation à s'instaurer entre l'ensemble des protagonistes au procès administratif. Cette volonté d'un dialogue amélioré entre les parties elles-mêmes et entre les parties et leur juge a d'ailleurs conduit à réformer l'audience. Cette dernière a, en effet, fait l'objet de divers aménagements en vue d'« *un dialogue plus efficace durant la séance publique* »¹⁷⁰².

584. Une telle modernisation du procès administratif caractérisée par une relation voulue améliorée entre le juge et les parties apparaît essentielle dès lors qu'elle compte parmi les critères classiquement définis de la qualité de la justice. J.-M. Sauvé compte ainsi sept éléments qui traduisent la qualité de la justice parmi lesquels la qualité de la relation entre le juge et les parties¹⁷⁰³. La qualité de la justice suppose, en effet, une relation apaisée et de qualité entre les parties et leur juge. En ce sens, le juge administratif fait montre désormais d'une attention renforcée à l'égard des parties, lesquelles sont dès lors placées au cœur du procès.

Cette considération du juge administratif pour les parties au procès et l'attention améliorée qu'il porte désormais à celles-ci se traduisent par des méthodes renouvelées notamment en ce qui concerne la

¹⁷⁰¹ Article L. 522-1 alinéa 1^{er} du code de justice administrative.

¹⁷⁰² P. MINDU, « Une audience rénovée », dossier : « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, pp. 1201-1205, spéc. p. 1201.

¹⁷⁰³ J.-M. SAUVÉ, « *Les critères de la qualité de la justice* », discours introductif prononcé lors de la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg le 25 septembre 2009 (communication disponible sur le site internet officiel du Conseil d'État).

motivation des décisions juridictionnelles administratives¹⁷⁰⁴. La motivation constitue ainsi un vecteur privilégié de ce renouveau que connaît le procès administratif depuis les années 2000. Plus encore, le juge administratif mobilise pleinement la motivation de ses décisions pour ancrer véritablement cette nouvelle culture de l'ouverture et garantir des rapports voulus améliorés avec les parties au procès. D'une part, en effet, le juge administratif est désormais plus attentif à ce que ses décisions soient rédigées de telle sorte qu'elles puissent être plus facilement comprises par les parties au litige. Le juge consent à des efforts quant à la forme et au style de ses décisions pour en faciliter, sinon la compréhension, au moins la lecture¹⁷⁰⁵ par les parties (recul de la phrase unique divisée en considérants¹⁷⁰⁶, titrage des décisions, numérotation des paragraphes, etc.). Surtout, le juge administratif entend renforcer la portée explicative de ses décisions pour en garantir d'autant l'intelligibilité par les parties au procès. À ce titre, il étoffe la motivation de ses décisions à destination première des parties au litige¹⁷⁰⁷ (Section 1). D'autre part, par le biais des motifs de ses décisions, le juge administratif centre ou polarise le procès administratif autour des parties, soit qu'il tienne compte plus pleinement des intérêts et situations personnels de celles-ci, soit qu'il se mue en leur conseiller en prenant soin alors de leur indiquer la marche à suivre (Section 2).

¹⁷⁰⁴ Y. GAUDEMET, « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », in *Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. SPILIOTOPOULOS, État, Loi, Administrations*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 147-158.

¹⁷⁰⁵ Il existe un lien nécessaire entre la lisibilité et l'intelligibilité d'une décision de justice. Des difficultés rencontrées pour lire une telle décision entraînent nécessairement des difficultés pour la comprendre c'est-à-dire pour appréhender le sens et la justification de la solution retenue par le juge. Toutefois, lisibilité et intelligibilité doivent être distinguées en ce que des efforts consentis en termes de lisibilité ne sont pas chaque fois suffisants à la compréhension de la décision. Comprendre une décision de justice ce n'est pas seulement être en mesure de la lire, c'est encore pouvoir en appréhender le sens et les fondements. Ainsi, tandis que la lisibilité renvoie davantage à la clarté formelle et au style des jugements et arrêts, l'intelligibilité d'une décision de justice suppose que celle-ci puisse être comprise dans sa substance.

¹⁷⁰⁶ Depuis l'intervention du rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, le juge administratif recourt régulièrement au style direct. V. particulièrement la pratique de la Cour administrative d'appel de Bordeaux. Pour ce qui concerne le Conseil d'État, V. notamment : CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n°402742, rec. p. 390 (ordonnance du juge des référés du Conseil d'État ; formation à trois juges). CE, 17 juillet 2013, n°361763 ; CE, 4 avril 2014, n°373947 (arrêts rendus par des sous-sections, devenues chambres, jugeant seules) ; CE, 5 octobre 2016, *SARL Le Parc de la Touques*, n°390874, rec. T. p. 745 ; CE, 2 décembre 2016, *SARL Messer Eutectic Castolin*, n°399678, rec. T. p. 712 (arrêts rendus par des sous-sections, devenues chambres, réunies) ; CE, Sect., 1^{er} juillet 2016, *Commune d'Émerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, n°363047, rec. p. 291 ; CE, Ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°370321, rec. p. 255 ; CE, Ass. 31 mai 2016, *M. Jacob*, n°393881, rec. p. 191 ; CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, n°396848, rec. p. 208.

¹⁷⁰⁷ Il convient de noter que les parties au procès, et particulièrement le justiciable-administré, sont davantage intéressés par le sens de la décision, c'est-à-dire par le dispositif de la décision, plutôt que par les motifs de celle-ci. La motivation intéresse les conseils des parties plutôt que les parties elles-mêmes. Cette remarque ressort particulièrement d'un entretien réalisé auprès d'un juge administratif, président de chambre au tribunal administratif de Nantes.

Section I : La motivation, instrument d'une pédagogie nouvelle à destination des parties au procès

585. La qualité des décisions de justice est un élément primordial de la qualité de la justice qui concourt pour bonne part à cette dernière. La décision juridictionnelle de qualité est celle, d'une part, qui répond à un idéal de clarté et d'intelligibilité et d'autre part, qui est motivée c'est-à-dire qui expose les raisons du juge.

Parce que le jugement vise à mettre un terme à un litige opposant deux parties, la qualité de la décision rendue suppose avant tout que celle-ci puisse être comprise par les parties au procès et particulièrement par la partie perdante. L'intelligibilité intrinsèque de la décision de justice constitue ainsi une condition *sine qua non* de sa qualité. En ce sens, les efforts consentis par le juge administratif en vue d'améliorer non seulement la lisibilité mais encore l'intelligibilité de ses décisions sont signes d'un indéniable progrès en termes de qualité des décisions de justice et donc, plus largement, de qualité de la justice. Il va de soi que cette exigence de clarté et d'intelligibilité des décisions juridictionnelles pèse en premier lieu sur les motifs des jugements qui sont le cœur de la décision du juge dès lors seulement qu'ils constituent la réponse de celui-ci aux moyens formulés par les parties. La qualité intrinsèque de la décision de justice est largement conditionnée par la qualité de la motivation. Dans une conception substantielle¹⁷⁰⁸ de la qualité des jugements, la motivation compte, en effet, parmi les éléments essentiels concourant à la qualité de la décision juridictionnelle. Cela est particulièrement vrai depuis le tournant argumentatif qui a marqué la seconde moitié du XX^e siècle. La décision de justice de qualité est celle qui est conforme à la loi, juste dans ses effets mais également celle qui repose sur une argumentation claire, suffisante et convaincante propre à démontrer que la solution adoptée par le juge est *la* solution juste. En ce sens, la motivation joue un rôle explicatif de premier plan à l'égard des parties au procès. Elle participe pleinement de l'explication de la solution

¹⁷⁰⁸ La qualité de la décision de justice peut être appréhendée au regard du contenu même de celle-ci (conception substantielle de la qualité), au regard de la qualité du procès qui a eu cours en amont du prononcé de la décision (conception procédurale de la qualité) et même désormais, au regard de la qualité du fonctionnement et de l'organisation de l'institution judiciaire dans son ensemble (conception managériale de la qualité). L'approche substantielle correspond elle-même à trois conceptions possibles de la qualité des jugements : une conception legaliste, une conception sociologique et une conception argumentative. Au sortir de la Révolution, la qualité des jugements se mesure à l'aune d'un critère legaliste : la décision de justice de qualité est celle qui est conforme à la loi. À compter de la fin du XIX^e siècle et sous l'influence de la doctrine de la sociologie du droit, la qualité des décisions de justice se mesure à l'aune des effets de celles-ci. À partir de la seconde moitié du XX^e siècle enfin, la qualité des jugements se mesure au regard d'un critère argumentatif : la décision de justice de qualité est celle qui repose sur une argumentation de qualité c'est-à-dire sur une motivation de qualité.

Sur cette diversité des approches possibles de la qualité des jugements, V. particulièrement : B. FRYDMAN, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 18-29.

retenue par le juge. « *C'est [la motivation de la décision] qui permettra aux parties de comprendre qu'elles ont été correctement entendues, même si leur demande ou leur défense n'a pas été satisfaite par le juge ; c'est elle qui, en présentant toutes les bonnes raisons qu'il y avait de juger dans le sens retenu par le juge, fonde la légitimité du jugement et en assure la qualité* »¹⁷⁰⁹.

586. À cet égard, il est fréquent désormais d'affirmer le recul de l'*imperatoria brevitatis* du juge administratif et de célébrer la pédagogie dont ce juge fait preuve à l'intention des parties au procès. Si un tel recul du laconisme doit être relativisé¹⁷¹⁰, il paraît néanmoins traduire une certaine réalité. Certes, la pratique du juge administratif en ce qui concerne la motivation de ses décisions n'a pas été bouleversée : la brièveté n'a pas été absolument abandonnée et la réticence de ce juge à exposer l'ensemble des raisons au fondement de ses décisions perdure. Mais, dans ce cadre de principe, le juge administratif consent à certains efforts tant en ce qui concerne la motivation en droit que la motivation en fait (application de la règle de droit aux faits de l'espèce) de ses décisions. Il a pris pleinement la mesure, en effet, de ce que l'intelligibilité de ses décisions suppose de sa part des efforts en termes de motivation. La bonne compréhension de la décision de justice, en premier lieu par les parties au procès, suppose du juge qu'il énonce avec complétude et clarté les raisons de droit et de fait qui la fondent. Pleinement conscient de « *la fonction explicative* »¹⁷¹¹ que revêt la motivation des jugements pour les parties au procès, le juge administratif tend, ces dernières années, à étoffer les motifs de ses décisions. Plus pédagogue, il motive plus (§1) et mieux (§2) ses décisions afin que celles-ci puissent être mieux comprises et partant, mieux acceptées par les parties au litige.

§1 : Renforcement quantitatif de la motivation explicative à destination des parties au procès

587. La concision du juge administratif, qui consiste pour celui-ci à exposer au sein de sa décision les seuls éléments qu'il estime strictement nécessaires à la justification du dispositif, est traditionnellement célébrée en ce qu'elle favorise la rigueur et l'autorité du juge. La difficulté vient de ce que cette même brièveté, lorsqu'elle confine au laconisme ou, plus encore, au mutisme, constitue un obstacle essentiel à l'intelligibilité de la décision de justice.

¹⁷⁰⁹ L. CADIET, « La qualité de la norme juridictionnelle », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), Laurence GAY (L.), PINI (J.) (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 233-259.

¹⁷¹⁰ D. BOTTEGHI, « L'ambition pédagogique du juge administratif », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 153-160.

¹⁷¹¹ Cette expression est empruntée à S. Gjidara. V. : S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, n°105 du 26 mai 2004, pp. 3-20.

Pour pallier cette difficulté, le juge administratif tend désormais à davantage motiver ses décisions.

588. Dire du juge administratif qu'il motive davantage ses décisions, c'est reconnaître la tendance qu'il a à étendre toujours plus le champ de la motivation de ses décisions. Le juge se prononce désormais plus fréquemment sur des éléments à propos desquels il garde classiquement le silence, ce qui le conduit à motiver ses décisions au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la justification des solutions qu'il prononce. Cette sur-motivation répond en premier lieu à une volonté du juge administratif d'être mieux compris des parties au procès. Faisant preuve d'une pédagogie nouvelle à destination privilégiée des parties au procès administratif, le juge répond ainsi plus pleinement aux argumentations de celles-ci (A) et n'hésite plus à expliciter à leur intention jusqu'à son office (B).

A. La pratique de la sur-motivation des décisions juridictionnelles pour une réponse précisée à l'intention des parties

589. La motivation des décisions juridictionnelles a pour visée première de faire comprendre aux parties au procès la solution retenue par le juge pour que celle-ci soit mieux acceptée par celles-là. « Pour un juge, motiver sa décision, c'est essentiellement statuer sur les moyens que lui présentent les parties ou qu'il relève d'office quand ils sont d'ordre public, c'est-à-dire expliquer pourquoi il les rejette ou en admet le bien-fondé »¹⁷¹². Or pourtant, traditionnellement, le juge administratif ne se prononce pas ou pas explicitement, dans sa décision, sur un ensemble de moyens dont il est saisi par les parties. Ces silences gardés posent question au regard de la fonction explicative de la motivation dès lors que le juge ne répond pas alors complètement aux argumentations développées par les parties au procès à l'appui de leurs prétentions respectives. De telles hypothèses de non-motivations ou de non-motivations explicites sont nombreuses et témoignent de ce que « la préoccupation très importante de répondre pleinement à l'argumentation des parties »¹⁷¹³ est parfois oubliée. Des pratiques classiques mises en œuvre par le juge administratif gênent ainsi, plus ou moins grandement, la fonction explicative de la motivation à l'égard des parties au procès.

Certaines de ces pratiques concernent les décisions de rejet prononcées par le juge c'est-à-dire les décisions par lesquelles ce dernier rejette les prétentions du requérant. Ainsi, lorsque le juge rejette la requête portée devant lui au motif qu'il s'estime incompétent pour en connaître, il n'est pas tenu de se prononcer sur les moyens invoqués relatifs à la recevabilité de la requête, ni sur ceux relatifs au

¹⁷¹² J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 215.

¹⁷¹³ *Idem*, spéc. p. 216.

bien-fondé de la requête. De même, lorsqu'il rejette la requête dont il est saisi au motif qu'elle est irrecevable, le juge n'a pas à se prononcer sur les moyens invoqués relatifs au bien-fondé de la requête. Dérogeant à l'ordre classique suivant lequel il se prononce sur une requête (compétence, recevabilité, fond), le juge administratif peut décider de rejeter au fond une requête qui apparaît pourtant irrecevable et cela, sans se prononcer sur la ou les fin(s) de non-recevoir explicitement opposées en défense, le juge se prononçant alors « *sans qu'il soit besoin de statuer sur la (ou les fins) de non-recevoir* »¹⁷¹⁴. Enfin, si en cas de rejet au fond de la requête, le juge est tenu de répondre à l'ensemble des moyens invoqués par le demandeur à l'appui de ses conclusions, cette obligation ne s'étend pas aux moyens inopérants¹⁷¹⁵, ni aux moyens abandonnés par le requérant¹⁷¹⁶ et qui ne sont pas d'ordre public, ni aux simples arguments développés par le requérant à l'appui des moyens qu'il invoque¹⁷¹⁷.

D'autres de ces pratiques classiques mises en œuvre par le juge administratif concernent les décisions par lesquelles il fait droit aux conclusions du requérant. Dans l'hypothèse où il accueille les prétentions du requérant, le juge administratif a traditionnellement recours à la pratique dite de l'économie de moyens. Entendue dans son acception restrictive classique¹⁷¹⁸, l'économie de moyens permet au juge, lorsqu'il fait droit aux conclusions du requérant, de répondre à un unique moyen parmi ceux invoqués par le requérant ou relevé d'office par le juge parce qu'il est d'ordre public¹⁷¹⁹.

590. Ces pratiques, quelles qu'elles soient, gênent la fonction explicative que la motivation joue en premier lieu à l'égard des parties au procès. En effet, lorsqu'il fait usage de ces pratiques, le juge ne répond pas à l'ensemble des moyens invoqués par les parties et ce quand bien même il les a effectivement « *étudiés au cours de l'instruction et discutés lors du délibéré* »¹⁷²⁰. L'économie de moyens est symptomatique de cette carence de la motivation explicative puisqu'elle permet au juge de ne pas se prononcer sur tout¹⁷²¹ ou partie des moyens invoqués. Elle pose ainsi question en ce

¹⁷¹⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 389.

¹⁷¹⁵ CE, Sect., 25 mars 1960, *Boileau*, rec. p. 234 : le juge administratif n'est pas tenu de répondre explicitement aux moyens inopérants. Il peut les rejeter par prétérition. Il doit, dans ce cas, viser lesdits moyens.

¹⁷¹⁶ CE, 19 mai 1989, *Laugt*, rec. T. p. 868.

¹⁷¹⁷ CE, 29 mai 1963, *Bizouerne*, rec. T. p. 818.

¹⁷¹⁸ Sur ce point, cf. *supra* la note de bas de page n°557 de la présente thèse.

¹⁷¹⁹ Le juge administratif est tenu de s'expliquer sur le ou les moyen(s) d'ordre public qu'il retient pour justifier sa solution. Au contraire, il n'est pas tenu de se prononcer explicitement sur les moyens d'ordre public qu'il relève d'office et qu'il écarte finalement. Il peut en effet se prononcer par prétérition sur les moyens d'ordre public relevés d'office qu'il écarte après les avoir examinés. Cette pratique ne met pas frontalement en cause la fonction explicative que joue la motivation à l'égard des parties puisque dans un tel cas de figure, « *par hypothèse, le silence du juge ne saurait frustrer les parties, qui n'ont pas soulevé le moyen rejeté par prétérition* ». V. : J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », préc., spéc. p. 216.

¹⁷²⁰ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », in CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, pp. 293-370, spéc. p. 363.

¹⁷²¹ Le juge s'abstient de répondre à l'ensemble des moyens invoqués lorsqu'il soulève d'office un moyen d'ordre public

qu'elle traduit une faille de la fonction explicative de la motivation juridictionnelle dès lors, en effet, que « *lors de l'utilisation de cette technique [...] le juge délaisse quelque peu les parties, en ne leur donnant pas tous les éléments de compréhension de la décision et surtout en ne répondant pas à toutes leurs questions* »¹⁷²².

De telles pratiques révèlent « *l'extraordinaire liberté que [...] le juge administratif prend [...] à l'égard des moyens invoqués [par les parties] et qui se manifeste dans la motivation de ses décisions* »¹⁷²³. La tendance est toutefois au rétrécissement de cette liberté. En effet, le juge administratif est parfois contraint ou décide volontairement de se prononcer plus complètement sur les moyens invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions. Alors, il motive davantage sa décision en ce sens qu'il répond à des moyens à propos desquels d'ordinaire il ne se prononce pas ou pas explicitement. Ce surcroît de motivation, lorsqu'il est volontaire, repose parfois sur des considérations d'ordre jurisprudentiel, le juge souhaitant fixer sa position sur un point de droit donné. En toute hypothèse, une telle sur-motivation répond à des considérations d'ordre juridictionnel. Il s'agit pour le juge de motiver davantage sa décision en vue de répondre plus complètement aux parties au procès et afin que celles-ci soient en mesure de comprendre plus avant la solution rendue. Le juge administratif est alors animé d'une volonté de pédagogie à destination première des parties au procès administratif dont particulièrement la partie perdante. L'on peut même légitimement penser que cet effort de didactisme est déployé par le juge d'abord et avant tout à l'intention des justiciables administrés, ceux-ci étant moins enclins que l'administration à connaître et comprendre les arcanes et subtilités de la matière juridique.

591. Cette ambition pédagogique du juge se manifeste parfois à l'occasion de ses décisions de rejet. Ainsi en est-il topiquement, lorsque le juge décide de se prononcer sur le bien-fondé de conclusions qui pourtant sont irrecevables. Le juge administratif décide dans certains cas, en effet, de rejeter au fond une requête qui apparaît pourtant irrecevable. Cette pratique, si elle est utile au juge en ce qu'elle lui permet de ne pas avoir à se prononcer sur une question de recevabilité délicate, a pour avantage aussi qu'elle permet une réponse plus appropriée aux parties car en effet, « *mieux vaut régler une affaire au fond que prononcer un tel rejet [pour irrecevabilité], qui occulterait ce qu'est l'état du droit quant à la question litigieuse et qui, de plus, pourrait faire croire au requérant que son succès n'a été empêché que pour des raisons de procédure* »¹⁷²⁴. Aussi en est-il également, lorsque le juge

qui seul suffit à faire droit à la demande du requérant.

¹⁷²² H. PAULIAT, « Rapport introductif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 11-36, spéc. p. 34.

¹⁷²³ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », préc., spéc. p. 363.

¹⁷²⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., spéc. pp. 389-390.

administratif décide de répondre à un moyen pourtant inopérant qu'il rejette pour ce motif. Faisant ainsi le choix de répondre explicitement à un tel moyen, le juge s'inscrit dans une volonté de pédagogie à destination première des parties au procès. La dimension didactique que revêt un tel choix ressort particulièrement des conclusions du rapporteur public A. Bretonneau rendues sur l'arrêt *AGRIF* du 9 novembre 2015 dans l'affaire Dieudonné. Analysant « *le troisième et dernier moyen de fond [...] tiré de ce que l'interdiction pure et simple du spectacle méconnaît le principe de proportionnalité* »¹⁷²⁵, le rapporteur public faisait état de ce que, « *en toute rigueur, il est inopérant, car le contrôle de proportionnalité n'a de sens que dirigé contre la mesure de police elle-même, et non contre la circulaire qui rappelle que l'interdiction pourrait être prononcée* »¹⁷²⁶. Et le rapporteur public, s'adressant à la formation de jugement, de poursuivre à ce propos : « *Si par un souci de pédagogie compréhensible, vos souhaitez néanmoins répondre au fond, vous relèverez qu'aux termes de la requête, l'interdiction est taxée de pécher par défaut et par excès [...]* »¹⁷²⁷. En l'espèce, le Conseil d'État a répondu à ce moyen pourtant inopérant, sans toutefois s'appesantir sur les raisons justifiant le rejet de ce moyen¹⁷²⁸.

Cette volonté de pédagogie se retrouve également en ce qui concerne les décisions par lesquelles le juge donne satisfaction au demandeur et qui reposent, pour cette raison, sur une motivation, par principe, moins développée que celle des décisions de rejet. En ce sens, la pratique de l'économie de moyens, si elle reste de principe, connaît une phase de déclin. Il n'est plus exceptionnel¹⁷²⁹ de voir désormais le juge administratif déroger à cette pratique. Celui-ci, en effet, n'a plus recours de manière systématique à cette méthode de motivation soit qu'il y soit contraint par la loi¹⁷³⁰ ou invité en ce sens par la jurisprudence¹⁷³¹, soit qu'il en fasse le choix délibéré. De sa propre initiative le juge

¹⁷²⁵ A. BRETONNEAU, conclusions sur CE, 9 novembre 2015, *Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF)*, *AJDA*, n°44/2015, pp. 2508-2511, spéc. p. 2511.

¹⁷²⁶ *Idem*.

¹⁷²⁷ *Idem*.

¹⁷²⁸ CE, 9 novembre 2015, *AGRIF*, n°376107, rec. p. 377 : « *Considérant que la circulaire attaquée du ministre de l'intérieur rappelle aux préfets qu'il leur appartient d'informer les maires sur les conditions dans lesquelles ils peuvent légalement interdire la représentation d'un spectacle dans le cas où le risque que soient tenus des propos et gestes de nature à porter atteinte à la dignité de la personne humaine est établi avec un degré suffisant de certitude, de les assister dans l'édiction de telles mesures ou, lorsque les conditions de l'interdiction sont réunies, de se substituer à ces derniers ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que, ce faisant, le ministre de l'intérieur n'a pas méconnu l'étendue des pouvoirs de police ni, en tout état de cause, méconnu les principes de nécessité et de proportionnalité auxquels est subordonnée l'édiction de mesures de police* » (nous soulignons).

Pour un autre exemple de réponse explicite à un moyen pourtant inopérant : CE, 27 octobre 2015, *M. Allenbach et a.*, n°393026, rec. p. 367 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 4, paragraphe 3, de la Charte européenne de l'autonomie locale [...] : [...] ; que ces stipulations ne peuvent être regardées comme produisant, par elles-mêmes, des effets à l'égard des particuliers ; qu'au demeurant, le principe qu'elles énoncent ne peut être utilement invoqué par les requérants dès lors que la loi du 16 janvier 2015 n'a pas pour objet ou pour effet un transfert de compétences entre collectivités territoriales de niveaux différents* » (nous soulignons).

¹⁷²⁹ Cf. *contra* : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., spéc. p. 967

¹⁷³⁰ V. l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme.

¹⁷³¹ V. : CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et a.*, rec. p. 197.

administratif déroge ainsi parfois à l'économie de moyens et, dès lors, sur-motive sa décision¹⁷³² en se prononçant sur plusieurs moyens justifiant la décision qu'il rend. En recours pour excès de pouvoir, le juge annule ainsi la décision administrative contestée sur le fondement de plusieurs moyens invoqués par le demandeur¹⁷³³. Lorsqu'il fait exception à l'économie de moyens, le juge mobilise souvent un vocabulaire caractéristique : « *au surplus* », « *en outre* », « *au demeurant* », etc.¹⁷³⁴. Outre les avantages attachés au recul de l'économie de moyens particulièrement en contentieux de l'excès de pouvoir en termes de légalité¹⁷³⁵, d'efficacité contentieuse¹⁷³⁶ et d'efficacité de l'action administrative¹⁷³⁷, un tel reflux de cette méthode de motivation des jugements participe incontestablement au renforcement de la fonction explicative de la motivation à l'égard des parties au procès dès lors que le juge administratif répond plus pleinement aux argumentations de celles-ci. Dans un même objectif de répondre plus complètement aux argumentations des parties, le juge a pu quelques fois faire droit à la demande du requérant sur le fondement d'un moyen unique mais en prenant soin pourtant de se prononcer sur d'autres des moyens invoqués en demande et qu'il a finalement écartés au cas d'espèce¹⁷³⁸.

B. L'explicitation de son office par le juge à destination des parties

592. On sait¹⁷³⁹ que le Conseil d'État a, à la période récente et à de multiples reprises, défini l'office du juge administratif saisi de telle ou telle autre question. Ainsi, la haute juridiction a pu préciser

¹⁷³² Sur ces dérogations volontaires à l'économie de moyens, V. spéc. : M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016.

¹⁷³³ CE, 23 juin 2004, *Grossi*, n°254926, rec. T. p. 557 : « *Considérant, en second lieu et au surplus [...]* » ; CE, 15 octobre 2004, *Consorts Renaudin*, n°246939, rec. p. 374 : « *Considérant au surplus que [...]* » ; CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports et autres*, n°387475, rec. p. 144 ; TA de Paris, 23 octobre 2015, *Coordination des œuvres sociales et médicales*, *AJDA*, 2015, pp. 2450-2455 : « *Considérant, au surplus [...]* ».

¹⁷³⁴ V. : M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, spéc. pp. 194-195 ; J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd., spéc. p. 1246.

¹⁷³⁵ En dérogeant à l'économie de moyens, le juge de l'excès de pouvoir veille plus avant au respect de la légalité par l'administration dès lors qu'il opère un bilan plus complet des illégalités entachant les décisions de celle-ci. Alors, le juge répond plus pleinement à la fonction d'intérêt général du recours pour excès de pouvoir.

¹⁷³⁶ Lorsque le juge annule un acte administratif sur le fondement de plusieurs moyens, idéalement de légalité externe et de légalité interne, il tranche plus complètement le litige ce qui permet d'espérer qu'un nouveau contentieux n'aura pas lieu.

¹⁷³⁷ Lorsqu'il déroge à l'économie de moyens, le juge opère un bilan plus complet des illégalités entachant l'acte administratif contesté et, par conséquent, participe d'une sécurisation de l'acte nouveau susceptible d'être pris par l'administration suite à l'annulation contentieuse de sa première décision. L'autorité administrative partie au litige ayant une meilleure connaissance des illégalités entachant l'acte annulé, elle sait plus précisément ce qu'elle doit faire pour édicter un acte conforme au droit en vigueur.

¹⁷³⁸ CE, Sect., 27 octobre 2006, *Parent et autres*, n°276069, rec. p. 454.

¹⁷³⁹ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. *supra* le quatrième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°373 et s.

l'office du juge du contrat saisi par des tiers¹⁷⁴⁰ ou par les parties¹⁷⁴¹ au contrat. De même, elle a pu renseigner en détail l'office du juge de l'excès de pouvoir dans la mise en œuvre de son pouvoir de modulation dans le temps des effets des annulations qu'il prononce¹⁷⁴². Enfin, et pour ne s'en tenir qu'à ces quelques exemples topiques, le Conseil d'État a défini précisément l'office du juge administratif des référés saisi de décisions d'assignation à résidence prononcées sous l'état d'urgence¹⁷⁴³.

Ces modes d'emploi en définition de l'office du juge sont formulés à destination première des juges qui ont vocation à mettre en œuvre les pouvoirs et devoirs ainsi définis qu'ils détiennent. En ce sens, de tels modes d'emploi visent les juridictions subordonnées ou plus particulièrement, selon la matière envisagée, le juge des référés. Ils révèlent ou traduisent la position de juridiction suprême de l'ordre administratif qui est celle du Conseil d'État, ce dernier intervenant alors à l'image d'un supérieur hiérarchique en vue de guider les juges des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs ou le juge des référés quant à la méthode à suivre dans l'exercice de la fonction de juger.

593. La question se pose de savoir qu'elle peut-être alors la fonction de telles précisions quant à l'office du juge lorsqu'elles sont formulées, non plus par le Conseil d'État à l'intention des autres juges administratifs, mais par les juges des juridictions inférieures ou par le juge des référés. À cet égard, deux hypothèses paraissent devoir être distinguées selon que ces juges ne font que rappeler le mode d'emploi en définition de l'office du juge qui a été préalablement fixé par le Conseil d'État ou qu'ils entendent expliciter eux-mêmes leur démarche.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque les juges des juridictions inférieures se bornent à rappeler, souvent *in extenso*, le principe dégagé par le Conseil d'État à l'occasion d'un arrêt antérieur par lequel il a fixé la méthode à suivre ou l'office du juge, l'ambition des juges subordonnés est surtout de marquer leur révérence à l'égard des méthodes définies par la juridiction suprême. Ils montrent qu'ils appliquent et respectent la jurisprudence fixée par la haute juridiction. Mais, cette marque de révérence sert également, et par effet retour, les parties au procès. Il est évident, en effet, que la définition ainsi rappelée de l'office du juge telle qu'elle a été antérieurement fixée par le Conseil d'État permet aux parties de mieux comprendre la démarche et partant, la solution retenue par leur juge. Si, peut-être, le but premier d'une telle pratique des juges inférieurs n'est pas d'améliorer

¹⁷⁴⁰ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70.

¹⁷⁴¹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, rec. p. 509 ; CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, rec. p. 117.

¹⁷⁴² CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, rec. p. 197.

¹⁷⁴³ CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. Cédric D.*, n°395009, rec. p. 437 ; M.-C. DE MONTECLER, « Le contrôle du juge administratif sur les assignations à résidence », *AJDA*, n°43/2015, p. 2404 et s.

l'intelligibilité de leurs décisions à destination des parties, il s'avère qu'elle revêt pourtant un intérêt non négligeable en termes de compréhension des décisions par les parties au procès. Cela est plus vrai encore dans la seconde hypothèse envisagée. En effet, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le juge du tribunal administratif ou celui de la cour administrative d'appel ou encore, par hypothèse, le juge des référés, s'emploient à expliciter leur démarche ou office, peut-on dire en dehors de tout modèle prédéfini ou préformulé par le Conseil d'État, leur ambition principale est alors, très précisément, de garantir l'intelligibilité de leurs décisions. L'explicitation que le juge formule de son office ou de sa démarche vise en première analyse les parties au procès. Il s'agit pour le juge d'expliquer plus précisément à destination des parties au litige la méthode qu'il met en œuvre pour parvenir à la solution retenue.

« Considérant que le juge des actes de l'administration, statuant en matière disciplinaire, contrôle la légalité de la décision en s'assurant, tout d'abord, de la matérialité des faits reprochés, en appréciant ensuite si les faits établis au dossier de l'instance sont de nature à entraîner une sanction, et en évaluant enfin le rapport de proportion entre la sanction arrêtée et les faits établis de nature à être sanctionnés, se limitant alors sur ce dernier point à prononcer l'annulation, d'une sanction disciplinaire manifestement disproportionnée aux griefs retenus » (TA de Nantes, 13 mars 2013, M.L c. Ville de Nantes, n°1006394)¹⁷⁴⁴.

Ce faisant, le juge administratif déploie encore le cadre ou le champ de la motivation dans le but d'améliorer toujours davantage l'intelligibilité de ses décisions et cela à l'intention première des parties au litige. De telles motivations en définition de l'office du juge témoignent parfaitement de la proximité recherchée entre les parties et leur juge et qui est largement à l'œuvre, déjà, devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel¹⁷⁴⁵. Tandis que la juridiction suprême s'adresse en premier lieu aux juridictions qui lui sont subordonnées, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel s'adressent d'abord et avant tout aux parties aux procès.

¹⁷⁴⁴ Ce jugement, disponible sur le site officiel du tribunal administratif de Nantes, a été rendu antérieurement à l'arrêt *Dahan* (CE, Ass., 13 novembre 2013, n°347704, rec. p. 279) qui a marqué une évolution de la jurisprudence. Le juge de l'excès de pouvoir exerce désormais un contrôle normal sur la question de savoir si la sanction retenue est proportionnée à la gravité des faits fautifs reprochés à un agent public. Le juge ne se borne plus à vérifier l'absence de disproportion *manifeste* entre la sanction infligée et la gravité des faits reprochés.

Lorsqu'elles font application de cette jurisprudence, les juridictions subordonnées ont tendance désormais à reprendre *in extenso* le considérant de principe de l'arrêt *Dahan*. V. pour un exemple : TA de Montreuil, 30 octobre 2015, n°1400969, *AJDA*, n°20/2016, pp. 1133-1137.

¹⁷⁴⁵ Y. GAUDEMET, « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », in *Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. SPILIOTOPOULOS, État, Loi, Administrations*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 147-158, spéc. pp. 152-154.

§2 : Renforcement qualitatif de la motivation explicative à destination des parties

594. Outre qu'il motive davantage ses décisions, le juge administratif entend également les motiver mieux. Ce n'est plus alors la quantité mais la qualité des motifs qui est en cause¹⁷⁴⁶, le juge consentant à exposer plus pleinement et plus précisément ses raisons. Il se fait alors plus disert et accepte de se prononcer plus avant sur des éléments qu'il motive d'ordinaire de manière concise ou purement affirmative.

595. « *Pour que le jugement soit plus facilement compréhensible, pour que les plaideurs saisissent le sens de ses dispositions [...] il faut que le juge ne dévoile pas seulement le résultat de son travail, mais qu'il indique également le cheminement de sa pensée qui l'a conduit à ce résultat* »¹⁷⁴⁷. Or pourtant, il est classiquement reproché au juge administratif de ne pas exposer l'ensemble des éléments de droit et de fait au fondement de ses décisions. Procédant bien souvent par la voie de l'affirmation, ce juge serait ainsi avare d'explications dans l'exposé des fondements de ses décisions. Si ce constat traditionnel a pu refléter la démarche du juge administratif, il apparaît ne plus rendre parfaitement compte de la réalité contemporaine dès lors désormais que ce juge consent à dévoiler davantage les raisons de droit (A) et de fait (B) au fondement de ses décisions. Un tel renforcement qualitatif de la motivation, s'il est utile à l'ensemble des publics intéressés par les décisions du juge administratif, vise en premier lieu les parties au procès. C'est à destination première de celles-ci que le juge administratif consent à développer ses raisons et cela pour leur permettre une compréhension améliorée des décisions les concernant.

A. Progrès de la motivation en droit à destination des parties

596. L'ambition du juge administratif, telle qu'elle ressort particulièrement du rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, est de parvenir à des motivations en droit plus complètes ainsi que plus immédiatement compréhensibles pour le lecteur et particulièrement donc pour les parties au procès.

Cette ambition, si elle n'est pas encore pleinement réalisée, est cependant à la source d'un certain progrès de la motivation en droit des décisions du juge administratif.

¹⁷⁴⁶ Cette distinction opérée entre les volets quantitatif et qualitatif de la motivation, si elle revêt un intérêt pour la démonstration présentement menée, ne doit cependant pas être exagérée. En effet, il va de soi que lorsqu'il motive davantage ses décisions (volet quantitatif), le juge administratif, déjà, les motive mieux (volet qualitatif).

¹⁷⁴⁷ C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, LGDJ, 1962, spéc. p. 164.

597. On sait¹⁷⁴⁸ que le juge administratif a tendance encore par principe à affirmer ses créations prétorienne et les interprétations qu'il retient des textes en vigueur. Le raisonnement créateur ou interprétatif mené par le juge demeure alors tu. Le juge fixe le sens de la règle de droit sans exposer le raisonnement au terme duquel il l'a déterminé. Il ne donne pas à voir les raisons d'ordre juridique ni, *a fortiori*, d'ordre extra-juridique qui ont guidé et déterminé sa création prétorienne ou son interprétation de la règle de droit textuelle. Une telle lacune de la motivation en droit gêne non seulement l'intelligibilité de la jurisprudence¹⁷⁴⁹ mais également, et avant tout, la complète intelligibilité de la décision juridictionnelle, en premier lieu par les parties au procès.

598. Malgré cette faiblesse persistante de la motivation en droit, il reste que le juge consent à certains efforts visant à améliorer l'intelligibilité des motifs de droit de ses décisions et cela dans le but de favoriser une compréhension plus immédiate de la motivation en droit de ses décisions. Ces efforts consentis par le juge administratif bénéficient avant tout, cela est évident, aux parties au procès. Plus encore, ils semblent spécifiquement mis en œuvre pour permettre une compréhension améliorée des fondements juridiques de la solution par les parties au procès.

599. L'intelligibilité de la motivation en droit est ainsi confortée, d'abord, par la mention explicite de la règle de droit appliquée par le juge. Ce dernier, par principe désormais, expose la règle de droit dont il fait application au cas d'espèce. Il mentionne ainsi explicitement ce qui constitue la majeure de son syllogisme. En ce sens, la pratique qui consiste pour le juge à garder implicite la règle de droit qu'il applique¹⁷⁵⁰ n'a plus aujourd'hui ses faveurs. Faisant mention explicite de la règle de droit qu'il applique au cas d'espèce soumis à son office, le juge fait le choix, selon les cas, entre une citation *in extenso* des textes ou principes jurisprudentiels dont il fait application¹⁷⁵¹ ou un résumé de ceux-ci¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁸ Pour de plus amples développements sur ce point, cf. le troisième chapitre (spéc. les paragraphes n°270 et s.) et le sixième chapitre (spéc. les paragraphes n°510 et s.) de la présente thèse.

¹⁷⁴⁹ Sur ce point, cf. *supra* le sixième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°510 et s. de la thèse.

¹⁷⁵⁰ V. pour un exemple topique de cette pratique : CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, rec.p. 190.

¹⁷⁵¹ Ainsi typiquement, lorsqu'il applique la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* (CE, Ass., 28 mai 1971, rec. p. 409), le Conseil d'État rappelle le plus souvent le considérant de principe issu de cet arrêt et tel qu'il a été complété par la jurisprudence postérieure.

¹⁷⁵² Pour un exemple de mise en œuvre conjuguée de ces deux méthodes, V. CE, ord., 30 juin 2016, *Association culturelle et cultuelle Nice La Plaine c. Ville de Nice*, n°400841 : « Aux termes de l'article L. 111-8-3 du code de la construction et de l'habitation : « L'ouverture d'un établissement recevant du public est subordonnée à une autorisation délivrée par l'autorité administrative [...] ». Il résulte des dispositions combinées des articles R. 111-19-13 et R. 111-19-29 du même code que l'autorisation d'ouverture d'un établissement recevant du public est délivrée au nom de l'Etat soit par le préfet soit par le maire. L'article R. 123-46 du code de la construction et de l'habitation dispose que : « Le maire autorise l'ouverture par arrêté pris après avis de la commission. [...] ».

600. Poursuivant une même démarche pédagogique à destination première des parties au litige, il arrive au juge administratif, après avoir cité les textes dont il entend faire application, d'explicitier, et par là même de fixer, le sens qu'il faut en retenir. Ainsi en est-il lorsque le Conseil d'État précise le sens et la portée des articles L. 1115-1 et L. 1115-5 du code général des collectivités territoriales en ce qui concerne les actions de coopérations ou d'aide au développement que lesdites collectivités peuvent conduire¹⁷⁵³ ou encore lorsque le juge des référés du Conseil d'État explicite le sens de l'article L. 2144-3 de ce même code pour ce qui est de la mise à disposition à des associations de locaux communaux en vue de l'exercice du culte.

« Considérant que les dispositions de l'article L. 2144-3 du code général des collectivités territoriales prévoient que " des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande. / Le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du fonctionnement des services et du maintien de l'ordre public. [...] " ; que ces dispositions permettent à une commune, en tenant compte des nécessités qu'elles mentionnent, d'autoriser, dans le respect du principe de neutralité à l'égard des cultes et du principe d'égalité, l'utilisation d'un local qui lui appartient pour l'exercice d'un culte par une association, dès lors que les conditions financières de cette autorisation excluent toute libéralité et, par suite, toute aide à un culte ; qu'en revanche les collectivités territoriales ne peuvent, sans méconnaître les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, décider qu'un local dont elles sont propriétaires sera laissé de façon exclusive et pérenne à la disposition d'une association pour l'exercice d'un culte et constituera ainsi un édifice cultuel ; que si une commune ne peut rejeter une demande d'utilisation d'un tel local au seul motif que cette demande lui est adressée par une association dans le but d'exercer un culte, un tel refus peut être légalement fondé sur l'existence d'une menace à l'ordre public ou sur un motif tiré des nécessités de l'administration des propriétés communales ou du fonctionnement des services » (CE, ord., 23 septembre 2015, Association des musulmans de Mantes sud, n°393639, inédit au recueil).

Cette pratique du juge administratif consistant pour lui à expliciter le sens et la portée de la règle de droit qu'il applique au cas d'espèce est particulièrement mise en œuvre lorsque le juge est appelé à combiner plusieurs textes¹⁷⁵⁴.

601. La démarche pédagogique du juge administratif le conduit parfois même à consacrer spécialement un ou plusieurs considérants à l'explicitation de la règle de droit applicable au cas

¹⁷⁵³ CE, 17 février 2016, *Région Rhône-Alpes*, n°368342, rec. p. 41.

¹⁷⁵⁴ V. pour un exemple : CAA de Marseille, 19 mai 2016, n°14MA03832.

d'espèce. Alors, le juge administratif opère une véritable synthèse de la règle de droit qu'il entend appliquer à l'occasion d'un paragraphe liminaire intitulé « *sur le cadre juridique du litige* »¹⁷⁵⁵.

B. Progrès de la motivation en fait à destination des parties : la tendance au renforcement de la motivation explicative au stade de la qualification juridique des faits

602. Le juge choisit entre plusieurs qualifications juridiques possibles la qualification qui convient le mieux à l'objet à qualifier. Le choix de la qualification finalement retenue relève ainsi de l'exercice d'un pouvoir par le juge qui, dès lors, est censé en justifier la mise en œuvre.

La justification de la qualification juridique exige du juge qu'il démontre la justesse de la qualification choisie en donnant à voir les raisons en faveur de celle-ci. Il s'agit de convaincre, par la justification, de la validité de la qualification retenue. La justification tend alors à démontrer que la qualification retenue par le juge est la seule possible par application des normes en vigueur et au regard des circonstances de l'affaire. Plus précisément, « *la justification de la qualification juridique, c'est-à-dire l'affirmation de sa validité, est établie en démontrant que la catégorie juridique comprend l'objet à qualifier, c'est-à-dire que les circonstances dont l'énoncé juridique fait la condition de l'application du régime juridique qu'elle prévoit sont réalisées* »¹⁷⁵⁶. Pour justifier la qualification juridique qu'il retient, le juge doit ainsi démontrer que toutes les conditions d'application de la règle de droit fixant la catégorie juridique en cause sont réunies dans le cas d'espèce soumis à son office. La justification de la qualification juridique suppose donc une motivation en fait complète et suffisamment circonstanciée. D'une part, le juge doit établir une motivation complète de la qualification juridique. À ce titre, il est conduit à démontrer que l'ensemble des conditions d'application de la règle de droit qu'il applique sont effectivement réunies en l'espèce. D'autre part, le juge doit également développer une motivation suffisamment circonstanciée au stade de l'opération de qualification juridique des faits. En ce sens, c'est au regard des spécificités propres au cas d'espèce dont il est saisi qu'il revient au juge de démontrer que la norme qu'il envisage est effectivement applicable au litige en présence. Le juge ne doit pas seulement affirmer l'applicabilité de la règle de droit au litige mais la justifier au regard des faits particuliers de l'espèce en « *établi[ant] plus soigneusement en quoi les faits de la cause relèvent effectivement de cette règle de droit plutôt que d'une autre* »¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁵ V. pour des exemples : CE, ord., 30 juillet 2015, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n°392043, rec. p. 305 ; CE, Ass., 24 février 2017, *Mme C, M. T, M. C. et M. D.*, n°391000, rec. p. 59

¹⁷⁵⁶ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 451.

¹⁷⁵⁷ B. SEILLER, « Rapport de synthèse », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 251-304, spéc. p. 304.

603. S'agissant de la motivation des qualifications juridiques qu'il opère, il est classiquement reproché au juge administratif d'affirmer le résultat de l'opération d'application de la règle de droit aux faits de l'espèce sans davantage chercher à l'expliquer ou le justifier. Autrement dit, le juge aurait tendance à ne pas expliciter suffisamment le raisonnement qu'il met en œuvre au stade de l'opération de qualification juridique des faits. Cette faiblesse classique de la motivation des décisions du juge administratif concernerait particulièrement¹⁷⁵⁸ les cas dans lesquels le juge est conduit à pondérer des droits ou intérêts antagonistes. Seraient ainsi pleinement concernés le contrôle juridictionnel des mesures de police administrative et le contrôle du bilan tel qu'il est issu de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*^{1759 1760}.

Pourtant, qu'il s'agisse du contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative (1) ou de celui du bilan coût-avantages de projets d'aménagement faisant l'objet de déclarations d'utilité publique (2), le juge administratif a fait progresser la motivation de ses décisions au stade de la qualification juridique des faits. Ainsi, en ces deux domaines, le principe est désormais à des motivations complètes par lesquelles le juge démontre la réunion, au cas d'espèce, de l'ensemble des conditions classiques d'application de la règle de droit. De même, le juge *tend* à des motivations plus circonstanciées c'est-à-dire davantage précisées au regard des circonstances de fait propres au cas d'espèce. Le sens de l'évolution est à des motivations se voulant plus circonstanciées. La pratique du juge en la matière demeure cependant perfectible car en effet, le laconisme est la marque traditionnelle du discours juridictionnel de la qualification¹⁷⁶¹. Le juge administratif ne motive pas toujours de manière circonstanciée ses décisions au stade de l'opération de qualification juridique des faits. En ce sens, les juges des mesures de police administrative et du bilan ont encore recours, en certains cas, à des motivations peu circonstanciées. La persistance de telles motivations en ces deux matières et dans d'autres encore (3) est évidemment contestable au regard de la fonction explicative que joue la motivation juridictionnelle à destination première des parties au procès.

¹⁷⁵⁸ Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 33 (le rapport est disponible sur le site officiel du Conseil d'État).

¹⁷⁵⁹ CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, n°78825, rec. p. 409.

¹⁷⁶⁰ Parce que la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si le contrôle du bilan issu de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* doit être considéré comme une application du principe de proportionnalité tel qu'il ressort du contrôle juridictionnel des mesures de police administrative, nous envisagerons séparément, dans les lignes qui suivent, ces deux techniques de contrôle. Cela sans préjuger de la controverse qui divise les auteurs, certains, les plus nombreux, estimant que le contrôle du bilan constitue une application du principe de proportionnalité tandis que d'autres, à l'image de M. Fromont, refusent de voir en le contrôle du bilan une application du principe de proportionnalité tel qu'il s'applique classiquement en matière de contrôle des mesures de police administrative. Sur cette controverse qui divise la doctrine, V. : M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, n° spécial/1995, pp. 156-166, spéc. pp. 163-164.

¹⁷⁶¹ Sur le discours de la qualification juridique, V. : C. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, spéc. p. 441 et s.

1. L'exemple du contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative

604. Le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans un but évident de protection des droits des individus face à la puissance publique : « *le principe de proportionnalité est essentiellement un principe de modération du pouvoir : l'autorité publique [...] doit respecter au mieux les droits des personnes et, par conséquent, ne restreindre ceux-ci que dans la stricte mesure où cela est nécessaire à l'intérêt général* »¹⁷⁶². Ce contrôle est exercé de longue date par le juge administratif français, particulièrement dans le domaine de la police administrative qui fait figure de berceau historique de ce contrôle¹⁷⁶³.

605. La proportionnalité s'apprécie au regard de trois éléments : les moyens employés par l'administration, le but visé mais également la situation de fait considérée¹⁷⁶⁴. Ainsi, dans le cadre du contrôle juridictionnel des mesures de police administrative, c'est au regard de la situation de fait propre au cas d'espèce (situation) que le juge administratif vérifie que les atteintes portées par la mesure de police contestée (moyens de l'administration) aux droits et libertés des citoyens ne sont ni superflues, ni excessives mais, au contraire, nécessaires et proportionnées par rapport au but visé de protection de l'ordre public (but). La mesure de police administrative adoptée doit être adaptée aux faits qui l'ont motivée et aux finalités qu'elle poursuit. Ainsi classiquement, d'une part, le juge contrôle la nécessité de la mesure c'est-à-dire qu'il vérifie qu'il existait effectivement, en l'espèce, un trouble ou une menace de trouble à l'ordre public justifiant la mesure de police prise. D'autre part, il s'assure de la proportionnalité (au sens d'adéquation) de la mesure contestée et vérifie, à ce titre, que celle-ci était adaptée, par sa nature et sa gravité, à l'importance de la menace pour l'ordre public dans le cas considéré. Autrement dit, le juge contrôle la proportion ou l'adéquation entre, d'un côté, la gravité de la limitation apportée par la mesure de police administrative à l'exercice de la liberté, et de l'autre, la gravité des troubles à l'ordre public qui ont justifié l'adoption de cette mesure¹⁷⁶⁵.

Le contrôle de la nécessité-proportionnalité dont il est présentement question est d'application générale en matière de police administrative générale. Au contraire, l'application de ce contrôle est seulement partielle en matière de police administrative spéciale. Certaines spécificités des polices administratives spéciales conduisent en effet le juge administratif à restreindre le contrôle qu'il exerce. Le contrôle juridictionnel varie ainsi selon que la mesure de police contestée concerne la

¹⁷⁶² M. FROMONT, *op. cit.*, spéc. p. 165.

¹⁷⁶³ CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, rec. p. 181 ; CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. p. 541.

¹⁷⁶⁴ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in Mélanges en l'honneur de Marcel WALINE, *Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome 2, pp. 297-306.

¹⁷⁶⁵ Pour un propos relatif au contrôle de proportionnalité tel qu'il est désormais exercé au regard du triple test de proportionnalité, cf. *infra* les paragraphes n°615 et s. de la présente thèse.

police administrative générale ou une police administrative spéciale. S'il est possible de constater un certain rapprochement du contrôle exercé sur les mesures de police administrative spéciale vers celui traditionnellement exercé sur les mesures de police administrative générale, ce mouvement n'est pas pleinement abouti¹⁷⁶⁶. Dans les lignes qui vont suivre, l'analyse sera centrée sur le contrôle juridictionnel des mesures de police administrative générale.

606. Le « *raisonnement dialectique [que le contrôle de proportionnalité induit] brouille les méthodes analytiques classiques* »¹⁷⁶⁷ du juge administratif, et particulièrement du juge de l'excès de pouvoir. Ce contrôle s'inscrit difficilement, en effet, dans le raisonnement logique et abstrait typique du contrôle de la légalité objective exercé par le juge de l'excès de pouvoir et qui consiste pour celui-ci à comparer entre elles des normes juridiques. Le contrôle de proportionnalité appelle, au contraire, de la part du juge, un raisonnement plus concret¹⁷⁶⁸. La mise en balance opérée entre, d'une part, l'intérêt général qui résulte de la protection et de la sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, des intérêts privés incarnés dans la préservation des droits et libertés des personnes, suppose du juge un raisonnement plus concret censé se traduire par une motivation en fait plus étoffée c'est-à-dire non seulement complète mais également suffisamment précise ou circonstanciée. Pour être complète, la motivation doit faire la démonstration de ce que la mesure de police administrative contestée est nécessaire et proportionnée. La motivation sera suffisamment précise ou circonstanciée dès lors que la démonstration ainsi menée le sera au regard des faits particuliers et propres au cas d'espèce dont le juge a à connaître.

607. Dans l'exercice du contrôle des mesures de police administrative, si le juge recourt certes encore à des motivations peu développées lorsqu'il annule ou suspend la mesure de police contestée (α), il tend à soigner la motivation des décisions par lesquelles il confirme la légalité de la mesure de police attaquée (β). En la matière, le sens de la décision constitue un paramètre d'importance car, lorsque le juge confirme la légalité d'une mesure de police administrative et donc rejette la demande du requérant contestant cette mesure, il valide par là même une décision administrative qui porte atteinte aux droits et libertés des individus. Au vu de la portée de sa décision sur l'exercice des droits et libertés, tout se passe comme si le juge estimait devoir motiver plus précisément sa solution.

¹⁷⁶⁶ Sur ce point, V. : J. PETIT, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif », in VAUTROT-SCHWARZ (C.) (dir.), *La police administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2014, pp. 205-219.

¹⁷⁶⁷ G. KALFLÈCHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *LPA*, n°46 du 5 mars 2009, pp. 46-53, spéc. p. 47.

¹⁷⁶⁸ *Idem*.

Les habitudes ainsi prises par le juge administratif s'agissant de la motivation des décisions par lesquelles il se prononce sur la légalité des mesures de police administrative n'ont, du reste, pas été bouleversées par l'introduction du triple test de proportionnalité (γ).

α Motivation des décisions faisant droit à la demande de suspension ou d'annulation de la mesure de police administrative

608. Lorsque le juge administratif, faisant ainsi droit aux conclusions du requérant initial, annule ou suspend la mesure de police administrative contestée au motif de son illégalité, il a tendance à développer peu ses motifs de fait. D'une part, il n'est pas rare qu'il se borne à une motivation en fait incomplète. D'autre part, il a tendance à ne pas préciser ses raisons au regard des circonstances de fait propres à l'affaire dont il est saisi.

609. Ne consentant pas chaque fois, encore aujourd'hui, à une motivation en fait complète, le juge administratif peut décider de se limiter, soit à faire état uniquement de ce que la mesure litigieuse n'est pas nécessaire¹⁷⁶⁹, soit à établir seulement que ladite mesure n'est pas proportionnée¹⁷⁷⁰. La motivation du juge est alors incomplète, celui-ci se prononçant au titre de l'une seulement des deux conditions classiques de la légalité d'une mesure de police administrative.

Cette pratique, si elle ne correspond pas à l'idéal d'une motivation complète de ses décisions par le juge, n'est pas en soi contestable puisqu'elle permet une motivation suffisante du dispositif de la décision. Pour être légale, une mesure de police administrative doit être nécessaire et proportionnée. Si l'une seulement de ces conditions n'est pas réunie, la mesure de police est illégale. Dès lors, pour justifier sa décision d'annuler ou suspendre, pour illégalité, une mesure de police administrative, le juge peut se contenter de démontrer que celle-ci est non nécessaire ou disproportionnée au regard du but poursuivi de protection de l'ordre public.

610. Outre qu'il a tendance à des motivations en fait incomplètes, le juge administratif se borne souvent également à des motivations peu ou pas circonstanciées. L'arrêt *Benjamin* est topique de cette faiblesse classique de la motivation en fait des décisions par lesquelles le juge administratif conclut à l'illégalité des mesures de police administrative.

¹⁷⁶⁹ Pour des exemples de cette pratique, V. : CE, 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, n°43468, rec. p. 236 ; CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n°402742, rec. p. 390.

¹⁷⁷⁰ V. notamment : CE, Sect., 4 mai 1984, *Préfet de police c. Guez*, rec. p. 164.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre [...] » (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. p. 541).

Cette inclination du juge administratif en faveur de motivations pas ou peu précisées au regard des circonstances de fait propres au cas d'espèce est discutable car une telle faiblesse de la motivation au stade de la qualification juridique des faits est susceptible de gêner jusqu'à la bonne compréhension de la décision par les parties au litige elles-mêmes, et cela quand bien même celles-ci ont connaissance du dossier et des spécificités de l'affaire. Le juge en effet ne donne pas ses raisons ; il fait seulement illusion en se bornant à une motivation qui n'en est pas réellement une. Pourtant, cette tendance originelle au laconisme n'a pas été abandonnée. Elle trouve encore des illustrations dans la jurisprudence. En ce sens, renvoyant aux circonstances de l'espèce, à l'instruction ou aux pièces du dossier, le juge n'expose pas précisément les raisons pour lesquelles il estime la mesure de police adoptée disproportionnée au regard de l'importance de la menace pour l'ordre public.

« Considérant [...] que s'il appartenait au préfet de police de prendre toutes mesures appropriées, notamment aux abords de l'ambassade de Chine, pour prévenir les risques de désordres susceptibles d'être occasionnés par les manifestations envisagées par l'association "La communauté tibétaine en France et ses amis", il ne pouvait prendre un arrêté d'interdiction générale qui excédait, dans les circonstances de l'espèce, les mesures qui auraient été justifiées par les nécessités du maintien de l'ordre public à l'occasion de cette visite » (CE, 12 novembre 1997, *Association La Communauté tibétaine en France et ses amis*, n°169295, rec. p. 417)¹⁷⁷¹.

De même, le juge ne précise pas chaque fois les raisons pour lesquelles il estime la mesure adoptée non nécessaire à raison de l'absence, en l'espèce, d'une menace pour l'ordre public.

« Cons. que, par arrêté [...] le maire d'Aix-en-Provence a interdit dans sa commune la projection du film " Le pull-over rouge " ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette projection, quel que fût le caractère de ce film, ait été de nature à porter atteinte au bon ordre ou à la tranquillité publique dans la ville » (CE, 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, n°43468, rec. p. 236)¹⁷⁷².

« Il ne résulte pas de l'instruction que des risques de trouble à l'ordre public aient résulté, sur les plages de la commune de Villeneuve-Loubet, de la tenue adoptée en vue de la baignade par certaines personnes. S'il a été fait état au cours de l'audience publique du port sur les plages de la commune de tenues de la nature de celles que l'article 4.3 de l'arrêté litigieux entend prohiber, aucun élément produit devant le juge

¹⁷⁷¹ (Nous soulignons).

¹⁷⁷² (Nous soulignons).

des référés ne permet de retenir que de tels risques en auraient résulté. *En l'absence de tels risques, l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée. [...]* » (CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n°402742, rec. p. 390)¹⁷⁷³.

L'ordonnance précitée rendue par le juge du référé-liberté du Conseil d'État sur la saisine de la Ligue des droits de l'homme l'a été concernant un arrêté dit anti-burkini. Les litiges nés de l'adoption de telles mesures de police administrative ayant fait l'objet d'une couverture médiatique importante, on aurait pu attendre du juge, quand bien même il s'est alors prononcé dans des délais raccourcis, qu'il précise ses raisons¹⁷⁷⁴. Le juge des référés du Conseil d'État n'a cependant pas suivi cette démarche. Se prononçant au titre de la nécessité même de la mesure de police administrative contestée, il s'en est remis, sans autre précision factuelle, à l'instruction menée et aux éléments produits devant lui. Un tel retour du juge à l'instruction ou aux pièces du dossier favorise les motivations peu circonstanciées, le juge faisant de la sorte le choix de ne pas exposer précisément les circonstances de fait propres au cas d'espèce sur lesquelles il fonde sa solution. En témoigne également une ordonnance prononcée par le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille saisi de la légalité d'un arrêté du maire de Béziers qui avait prescrit aux propriétaires ou détenteurs de chiens qui font circuler leurs animaux à l'intérieur d'un périmètre défini de prendre toutes dispositions pour permettre l'identification génétique de leurs chiens. Se prononçant au titre de la proportionnalité de la mesure de police administrative contestée, le juge du référé-suspension s'est en effet borné à affirmer¹⁷⁷⁵ « *qu'en l'état de l'instruction, le moyen tiré de ce que les mesures prises par le maire de Béziers sont disproportionnées au regard des exigences de la sécurité et de la salubrité publiques et du champ d'application paraît propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté du 1^{er} juin 2016 et du refus en date du 28 juin 2016 de le retirer* »¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷³ (Nous soulignons).

¹⁷⁷⁴ D'ailleurs, l'ordonnance attaquée et censurée en l'espèce, qui avait été rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Nice (TA de Nice, ord., 22 août 2016, *Association Ligue des Droits de l'Homme et a.*, n°1603508 et 1603523), reposait sur une motivation circonstanciée.

¹⁷⁷⁵ La jurisprudence autorise une motivation stéréotypée de ce type en référé-suspension. Sur ce point, *cf. infra* particulièrement le paragraphe n°722 de la présente thèse.

¹⁷⁷⁶ CAA de Marseille, ord. 30 novembre 2016, n°16MA03774.

β *Motivation des décisions rejetant la demande de suspension ou d'annulation de la mesure de police administrative*

611. Lorsqu'il confirme la légalité de la mesure de police administrative contestée, le juge administratif a tendance à des motivations en fait à la fois complètes et plus circonstanciées¹⁷⁷⁷. D'une part, faisant le choix d'une motivation en fait complète, le juge se prononce sur les deux conditions classiques (nécessité et proportionnalité au sens d'adéquation) permettant de conclure à la légalité d'une mesure de police. D'autre part, il tend à préciser ses raisons au regard des circonstances de fait propres au cas d'espèce dont il est saisi. À cet égard, il convient de faire état de ce qui apparaît comme une évolution historique touchant la motivation des décisions par lesquelles le juge rejette les pourvois contestant la légalité des mesures de police administrative : si originellement, le juge a pu faire coexister des motivations peu développées en fait et des motivations plus circonstanciées, il tend désormais par principe à exposer plus précisément les raisons de fait au fondement de ses décisions.

612. Par le passé, le juge administratif a pu avoir recours à des motivations plus ou moins étoffées au regard des spécificités factuelles propres aux affaires dont il avait à connaître. La comparaison des arrêts *Sieur Bucard* et *Beha* rendus seulement à quelques années d'intervalle est symptomatique de cette pratique originelle.

« Cons. qu'il résulte de l'instruction que les réunions projetées [...] par le groupement dit "le Francisme" étaient de nature à entraîner des troubles graves ; que le préfet ne disposait pas auxdites dates de forces de police suffisantes pour assurer le maintien de l'ordre, notamment en raison de la multiplicité et de la dispersion desdites réunions ; Cons. que, dans ces conditions, il a pu légalement interdire dans tout le département [...] et pour les deux dates [...], les réunions publiques du "Francisme" [...] » (CE, Ass., 23 décembre 1936, Sieur Bucard, rec. p. 1151).

« Cons. qu'il résulte de l'instruction qu'en raison tant de la surexcitation des esprits, à la suite des graves événements qui s'étaient déroulés tout récemment dans l'agglomération parisienne, que de l'obligation où s'était en conséquence trouvé le préfet de disperser sur de nombreux points du département les forces de police dont il pouvait disposer, la réunion qui avait été projetée par le "Parti social français", à Strasbourg, pour le 18 mars 1937, risquait de troubler sérieusement l'ordre public ; que dans ces circonstances exceptionnelles, le préfet [...] a pu légalement interdire la réunion précitée [...] » (CE, 9 mars 1938, Beha, rec. p. 246).

¹⁷⁷⁷ Pour une nuance de ce propos au regard du triple test de proportionnalité, cf. *infra* les paragraphes n°615 et s. de la présente thèse.

Tandis que dans l'arrêt *Sieur Bucard*, le juge renvoie seulement à l'instruction pour confirmer la nécessité¹⁷⁷⁸ de la mesure de police administrative adoptée, il prend soin d'explicitier ce point à l'occasion de son arrêt *Beha*. En effet, la haute juridiction a confirmé la nécessité de la mesure de police administrative interdisant la tenue, à Strasbourg en mars 1937, d'une réunion du *Parti social français* en relevant une menace de trouble à l'ordre public résultant « *de la surexcitation des esprits, à la suite des graves évènements qui s'étaient déroulés tout récemment dans l'agglomération parisienne* ».

613. La tendance de principe est désormais à des motivations plus circonstanciées. Le juge administratif privilégie des motivations en fait exposant les spécificités factuelles du cas d'espèce dont découle la solution qu'il donne au litige. Un arrêt *CFDT et CGT* de 1978 révèle déjà avec acuité cette inclination du juge administratif en faveur de motivations circonstanciées au titre du double critère de la nécessité et de la proportionnalité (au sens d'adéquation) de la mesure de police administrative.

« *Considérant, d'une part, qu'à raison des risques que fait courir, dans les conditions actuelles de la circulation automobile, aux occupants des véhicules et aux personnes se trouvant sur la voie publique, la distribution aux passagers de documents ou d'objets quelconques à la faveur d'un ralentissement ou d'un arrêt momentané [...], et des inconvénients que présentent de telles distributions pour le bon déroulement du trafic, il appartient au gouvernement d'adopter, par voie réglementaire, les mesures propres à prévenir ces inconvénients et ces risques ; que, par le décret attaqué qui ne s'applique ni aux véhicules se trouvant à l'arrêt ou en stationnement [...], ni aux voies non ouvertes à la circulation publique, le gouvernement a pu, sans excéder ses pouvoirs, apporter aux droits résultant des articles 18 à 20 de la loi du 29 juillet 1881 certaines limitations nécessaires à la sauvegarde de la sécurité sur les voies publiques* » (CE Sect., 3 février 1978, *CFDT et CGT*, rec. p. 47)¹⁷⁷⁹.

Le penchant du juge administratif pour des motivations circonstanciées lorsqu'il confirme la légalité de mesures de police administrative trouve des illustrations dans la jurisprudence récente. Il est tel d'ailleurs qu'il est observable également dans la pratique du juge des référés, alors pourtant que

¹⁷⁷⁸ Se prononçant au titre de la proportionnalité (au sens d'adéquation) de la mesure, le juge a développé une motivation similaire dans ces deux affaires. Dans les deux cas, il a mis en évidence que le préfet ne disposait pas de forces de police suffisantes pour faire face à la menace de trouble à l'ordre public. Cette considération ressort nettement de l'arrêt *Sieur Bucard*. Elle fonde également la décision *Beha*. Dans cette seconde affaire, en précisant que le préfet a dû « *dispenser sur de nombreux points du département les forces de police dont il pouvait disposer* », le Conseil d'État a entendu se prononcer sur l'adéquation de la mesure de police aux fins poursuivies : ne disposant pas de toutes les forces de police disponibles nécessaires pour faire face à d'éventuels débordements consécutifs à la réunion projetée, le préfet a pu prendre la décision, radicale, de l'interdire.

¹⁷⁷⁹ (Nous soulignons).

V. également pour une motivation proche : CE, 8 mars 1993, *Commune des Molières*, n°102027, rec. T. p. 655.

celui-ci se prononce dans des délais raccourcis. Les ordonnances ayant pu être rendues par des tribunaux administratifs saisis d'arrêtés anti-burkini ont ainsi été fondées sur des motivations circonstanciées¹⁷⁸⁰.

« 5. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et des explications apportées à l'audience que, le 13 août 2016, une violente altercation est survenue entre deux groupes de baigneurs suite à la présence réelle ou supposée sur la plage d'une femme se baignant dans une tenue très couvrante, au cours desquels plusieurs personnes ont été blessées ; que les affrontements se sont ensuite déplacés à Bastia ; que ces événements, dont le retentissement a été très important et qui ont connu une très importante couverture médiatique, ont causé une vive émotion dans la commune qui n'est pas retombée ; que la présence sur une plage de Sisco d'une femme portant un costume de bain de la nature de ceux visés par l'arrêté du 16 août 2016 serait dans ces conditions de nature à générer des risques avérés d'atteinte à l'ordre public qu'il appartient au maire de prévenir ; que par suite, par son arrêté du 16 août 2016, dont l'effet est limité dans le temps au 30 septembre 2016, le maire de Sisco n'a pas pris une mesure qui ne serait pas adaptée, nécessaire et proportionnée au regard des nécessités de l'ordre public [...] » (TA de Bastia, ord., 6 septembre 2016, Association Ligue des Droits de l'Homme, n°1600975)¹⁷⁸¹.

614. Le sens de l'évolution est ainsi au développement de motivations se voulant circonstanciées lorsque le juge confirme la légalité d'une mesure de police administrative. Dans cette hypothèse en effet, celui-ci cherche à justifier en quoi, au regard des faits particuliers de l'espèce, la mesure de police adoptée était effectivement nécessaire au vu de la menace pour l'ordre public et adaptée à l'importance du risque pour l'ordre public.

γ La faible incidence du triple test de proportionnalité sur la motivation des décisions du juge administratif

615. En 2011, à la suite du Conseil constitutionnel¹⁷⁸², le Conseil d'État a réceptionné le triple test de proportionnalité¹⁷⁸³ tel qu'il est issu de la tradition germanique. Désormais et depuis lors, le juge administratif vérifie que « les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice [des] libertés fondamentales [sont] nécessaires, adaptées et proportionnées ».

¹⁷⁸⁰ Outre l'exemple cité ci-après, V. : TA de Nice, ord., 22 août 2016, Association Ligue des Droits de l'Homme et a., n°1603508 et 1603523. Cette ordonnance a été censurée par le juge des référés du Conseil d'État : CE, ord., 26 août 2016, Ligue des Droits de l'Homme et a., n°402742, préc.

¹⁷⁸¹ (Nous soulignons).

¹⁷⁸² CC, Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

¹⁷⁸³ CE, Ass., 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et a., n°317827, rec. p. 505.

La condition tenant au caractère adapté de l'atteinte signifie que la mesure de police administrative adoptée doit être pertinente c'est-à-dire propre à atteindre le but visé de protection de l'ordre public. Celle tenant à la nécessité de l'atteinte portée signifie que la mesure prise doit être, parmi d'autres également possibles, celle qui affecte de façon la moins préjudiciable les intérêts des personnes concernées. La condition relative à la proportionnalité *stricto sensu* de l'atteinte signifie que les effets de la mesure de police sur la situation et les intérêts des personnes intéressées ne doivent pas être hors de proportion avec le but visé¹⁷⁸⁴.

616. Parce que le triple test est censé permettre « *de mieux expliciter le raisonnement suivi et d'exercer, de manière plus fine et plus ciblée, le contrôle de la décision administrative contestée* »¹⁷⁸⁵, son introduction en droit français aurait dû se traduire, de la part du juge administratif, par une motivation plus claire et plus poussée de ses décisions.

Pourtant, cette sophistication du contrôle de proportionnalité n'a pas bouleversé la pratique du juge administratif quant à la motivation de ses décisions. Elle n'a eu pour conséquence aucune modification majeure des habitudes du juge qu'il s'agisse de la structuration de son raisonnement ou de l'essence même de celui-ci. L'introduction de ce test nouvelle génération n'a pas substantiellement modifié la façon dont le juge motive ses décisions dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur les mesures de police administrative.

617. À la suite du Professeur J. Petit, il est permis de douter de l'impact de la réception du triple test sur le mode traditionnel du raisonnement du juge administratif en matière de contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative¹⁷⁸⁶. Car en effet, l'introduction de ce « *contrôle de proportionnalité à trois têtes* »¹⁷⁸⁷ n'a pas conduit à un renforcement notable du contrôle jusqu'alors exercé sur le fondement des jurisprudences *Abbé Olivier* et *Benjamin*. La raison en est que le contrôle exercé dans le cadre de ces deux jurisprudences classiques était déjà particulièrement serré. L'analyse révèle d'ailleurs à cet égard une similarité certaine entre les exigences qui étaient celles du juge administratif dans le prolongement des jurisprudences *Abbé Olivier* et *Benjamin* et celles qui sont désormais les siennes dans l'application du triple test. D'une part, l'exigence

¹⁷⁸⁴ Sur ces définitions, V. : M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, n° spécial/1995, pp. 156-166.

¹⁷⁸⁵ J.-M. SAUVÉ, « *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés* », Conférence tenue à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017 (intervention disponible sur le site internet officiel du Conseil d'État).

¹⁷⁸⁶ J. PETIT, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif », in VAUTROT-SCHWARZ (C.) (dir.), *La police administrative*, Paris, PUF, 2014, pp. 205-219, spéc. p. 218 : le triple test « *constitue-t-il une réelle modification du mode traditionnel du raisonnement du juge en matière de proportionnalité ou s'agit-il d'habiller d'un vocabulaire nouveau une conception dont le fond ne serait pas ou peu changé ?* ».

¹⁷⁸⁷ M. GUYOMAR, X. DOMINO, « Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés », chronique sur CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et a.*, *AJDA*, 2012, pp. 35-40, spéc. p. 37.

d'adaptation issue du triple test correspond à la traditionnelle condition de nécessité de la mesure de police administrative, condition exigée depuis les jurisprudences *Abbé Olivier* et *Benjamin*. Dans le cadre de ces jurisprudences classiques, le juge administratif censurait déjà les mesures inefficaces c'est-à-dire inaptes à garantir la sauvegarde de l'ordre public. Tout au plus cette exigence d'adaptation « *introduit[-elle] un point de vue nouveau sur un problème classique* »¹⁷⁸⁸ : dans le cadre de la jurisprudence traditionnelle en effet, les mesures annulées à raison de leur inefficacité ne l'étaient pas parce qu'elles portaient une atteinte injustifiée aux libertés mais parce qu'elles ne permettaient pas une protection suffisante de l'ordre public, méconnaissant de fait les obligations pesant sur l'autorité de police compétente¹⁷⁸⁹. D'autre part, les conditions tenant aux caractères nécessaire et proportionné issues du triple test correspondent à la traditionnelle condition de proportionnalité de la mesure telle qu'elle ressort particulièrement de l'arrêt *Benjamin*. Classiquement déjà, et quand bien même cela ne ressortait pas chaque fois explicitement des motifs de ses décisions, le juge administratif se posait la question de savoir si d'autres mesures moins attentatoires étaient possibles et auraient pu être prises en lieu et place de la mesure adoptée par l'autorité de police compétente. De même, le juge vérifiait déjà l'adéquation entre, d'un côté, la réalité et la gravité de la menace pour l'ordre public et, de l'autre, la gravité de l'atteinte portée à l'exercice des libertés.

618. En réalité, l'apport du triple test intéresse moins la substance et le degré du contrôle opéré par le juge administratif que la méthode mise en œuvre par celui-ci¹⁷⁹⁰, censée désormais être structurée autour des trois exigences d'adaptation, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu*. L'application du triptyque adaptation, nécessité, proportionnalité, suppose en théorie du juge qu'il se prononce distinctement sur chacun de ces trois éléments, ce qu'il ne faisait pas toujours jusqu'alors, du moins pas explicitement¹⁷⁹¹. En effet, traditionnellement, le juge administratif se révélait « *réticent à discuter la question de savoir s'il s'agit réellement de la mesure la moins attentatoire possible aux intérêts individuels affectés* »¹⁷⁹² et, lorsqu'il consentait parfois à se prononcer sur ce point, il avait souvent recours à des motivations laconiques articulées autour de formules stéréotypées renvoyant aux pièces du dossier ou à l'instruction¹⁷⁹³. Autrement dit, classiquement, le juge administratif

¹⁷⁸⁸ J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 218.

¹⁷⁸⁹ *Idem*.

¹⁷⁹⁰ V. déjà en ce sens, V. : M. GUYOMAR, X. DOMINO, *op. cit.*, spéc. p. 37.

¹⁷⁹¹ V. déjà en ce sens : C. ROULHAC, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative. Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif », *RFDA*, n°2/2018, pp. 343-356, spéc. p. 343.

¹⁷⁹² B. BERTRAND, J. SIRINELLI, « La proportionnalité », in AUBY (J-B.) (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 623-638, spéc. p. 636.

¹⁷⁹³ V. notamment : CE, 4 octobre 2010, *Commune de Saint-Sylvain d'Anjou*, n°310801, rec. T. p. 912 : « Cons. [...] qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la sécurité des usagers aurait pu y être assurée par des mesures de police moins rigoureuses ou contraignantes que la mesure d'interdiction de circulation faite aux véhicules d'un tonnage supérieur à

français ne se prononçait pas clairement sur chacun des trois temps du contrôle de proportionnalité tel qu'il est appliqué dans la tradition germanique¹⁷⁹⁴.

La réception du triple test aurait dû conduire le juge administratif à mieux structurer sa motivation autour des trois composantes du triptyque. L'on pouvait penser à ce titre que « *la trilogie [...] produirait ses effets sur le plan de la clarté des raisonnements juridictionnels* »¹⁷⁹⁵. Mais, sur ce point encore, la pratique du juge n'a pas été bouleversée en 2011. Certes, le juge consent parfois à distinguer clairement les trois temps du contrôle¹⁷⁹⁶. Mais, cette pratique n'est pas généralisée : le juge ne distingue pas chaque fois précisément entre l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*. L'arrêt fondateur *Association pour la promotion de l'image*¹⁷⁹⁷ le révèle topiquement. De l'aveu même de membres du Conseil d'État, les « *trois étapes [du contrôle] semblent parfois un peu se confondre dans le raisonnement mené* »¹⁷⁹⁸ par le juge à l'occasion de cette affaire. De fait, « *la contribution [du triple test] à la clarté de l'examen [de la légalité des mesures de police administrative] se révèle partielle* »¹⁷⁹⁹.

619. Ainsi donc, la réception du contrôle de proportionnalité à trois têtes par le juge administratif n'a conduit ni à garantir avec pleine certitude le prononcé de décisions de justice plus intelligibles car fondées sur un raisonnement ternaire clairement structuré, ni à un renforcement évident du contrôle des mesures de police administrative. Cette absence de rupture manifeste dans la pratique du juge administratif ressort nettement de décisions récentes qui, quand bien même elles ont pu être prononcées par le juge des référés d'urgence dont on peut admettre des motivations moins poussées et précises¹⁸⁰⁰, sont autant de témoignages de certaines faiblesses persistantes de la motivation en fait des décisions du juge des mesures de police administrative.

En ce sens, faisant pourtant application du triple test de proportionnalité, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille, confirmant la suspension de l'arrêté municipal contesté, s'est

3,5 tonnes [...] ». Pour un exemple plus ancien, V. : CE, 12 mars 1968, *Ministre de l'Intérieur c. Époux Leroy*, rec. p. 179 : « *Cons. [...] qu'il résulte de l'instruction que l'activité des photographes-filmeurs sur cette voie publique [...] présentait [...] pour le maintien de l'ordre, des dangers auxquels il n'était pas possible de remédier par une mesure moins contraignante* ».

¹⁷⁹⁴ Au sens de la jurisprudence allemande qui l'a vu naître, le principe de proportionnalité recouvre trois sous-exigences : l'adéquation (ou l'aptitude), la nécessité et la proportionnalité. V. : M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, n° spécial/1995, pp. 156-166.

¹⁷⁹⁵ C. ROULHAC, *op. cit.*, spéc. p. 344.

¹⁷⁹⁶ Pour des exemples en ce sens, V. notamment : CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a.*, n°353856, rec. p. 446 ; TA de Nice, ord., 22 août 2016, *Association Ligue des Droits de l'Homme et a.*, n°1603508 et 1603523, spéc. le considérant 16.

¹⁷⁹⁷ CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et a.*, n°317827, rec. p. 505.

¹⁷⁹⁸ M. GUYOMAR, X. DOMINO, *op. cit.*, spéc. p. 38.

¹⁷⁹⁹ C. ROULHAC, *op. cit.*, spéc. p. 345.

¹⁸⁰⁰ Si de telles motivations peuvent, à la limite, s'avérer acceptables lorsqu'elles sont mises en œuvre par le juge des référés d'urgence, juge de l'urgence et de l'évidence, il n'en serait pas de même si elles devaient être perpétrées dans des termes similaires par le juge de l'excès de pouvoir.

borné à affirmer « *qu'en l'état de l'instruction, le moyen tiré de ce que les mesures prises par le maire de Béziers sont disproportionnées au regard des exigences de la sécurité et de la salubrité publiques et du champ d'application paraît propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté du 1^{er} juin 2016 et du refus en date du 28 juin 2016 de le retirer* »¹⁸⁰¹.

Surtout, les ordonnances *Dieudonné* des 9, 10 et 11 janvier 2014¹⁸⁰² démontrent que la sophistication du contrôle de proportionnalité ne garantit pas des motivations complètes et circonstanciées, au sens du triple test (adaptation, nécessité, proportionnalité), y compris lorsque le juge valide la légalité d'une mesure de police administrative par nature attentatoire aux libertés. En effet, dans ces affaires, « *posé en principe, le triple test n'a pas été réellement mis en œuvre par le juge dont les ordonnances ne font apparaître aucune vérification systématique du caractère adapté, nécessaire et, surtout, proportionné de l'interdiction litigieuse* »¹⁸⁰³. Dans l'ordonnance du 9 janvier, le juge des référés du Conseil d'État ne dit rien quant à la nécessité de la mesure : il ne se prononce pas sur le point de savoir si d'autres mesures moins attentatoires aux libertés que celle d'interdire le spectacle « Le Mur » étaient envisageables. Le juge se borne seulement à faire état, mais sans nullement les discuter, des allégations du préfet selon lesquelles « *les réactions à la tenue du spectacle du 9 janvier font apparaître, dans un climat de vive tension, des risques sérieux de troubles à l'ordre public qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser* ». Sur ce point, les ordonnances des 10 et 11 janvier sont plus précises, le juge des référés consentant à indiquer « *que la mise en place de forces de police ne peut suffire à prévenir des atteintes à l'ordre public de la nature de celles, en cause en l'espèce, qui consistent à provoquer à la haine et la discrimination raciales* ». En toute hypothèse, aucune de ces trois ordonnances n'a été pour le juge l'occasion de se prononcer sur la proportionnalité *stricto sensu* des mesures d'interdiction contestées. Le juge ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si de telles mesures étaient proportionnées au but recherché de protection de l'ordre public. Pouvait-il seulement procéder autrement alors que le principe supérieur ou suprême de dignité de la personne humaine était en cause ? On voit mal, en effet, comment le juge, une fois identifiée une atteinte portée à ce principe suprême, pourrait finalement considérer que la mesure de police administrative adoptée en vue de remédier à cette atteinte est disproportionnée car trop attentatoire à un autre droit ou liberté (liberté de réunion, liberté d'expression, etc.)¹⁸⁰⁴. Alors, paraît émerger l'idée selon laquelle la concision traditionnelle du juge au stade de la qualification juridique des faits serait la marque de la difficulté ou de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de justifier objectivement ses décisions sur

¹⁸⁰¹ CAA de Marseille, ord., 30 novembre 2016, n°16MA03774, précité.

¹⁸⁰² CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374508, rec. p. 1 ; CE, ord. 10 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374528 ; CE, ord. 11 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374552.

¹⁸⁰³ J. PETIT, « Les ordonnances *Dieudonné* : séparer le bon grain de l'ivraie », *AJDA*, 2014, pp. 866-874, spéc. p. 870.

¹⁸⁰⁴ Sur cette analyse, V. : J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 874.

un point donné. Si, dans l'affaire *Dieudonné*, le juge des référés ne s'est pas prononcé sur la proportionnalité de la mesure, c'est sans doute parce que cela l'aurait conduit à manifester, en l'exposant, une prévalence donnée au principe de dignité de la personne humaine sur la liberté d'expression ; or, ce choix fait entre des droits et libertés traduit par lui-même un choix opéré parmi des valeurs également essentielles dans une société démocratique. Plutôt que de discuter ces considérations extra-juridiques ou méta-juridiques, le juge élude la difficulté en ne se prononçant pas sur ce point. De même, si dans l'affaire de l'identification génétique des chiens de Béziers le juge des référés s'est borné à affirmer, sans s'en expliquer davantage, la disproportion de la mesure de police contestée, c'est parce que cette position, qui apparaît de bon sens, est en cela même difficile à justifier en toute objectivité voire neutralité.

2. L'exemple du contrôle du bilan coût-avantages

620. L'application de la règle selon laquelle « *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier, les inconvénients d'ordre social, la mise en cause de la protection et de la valorisation de l'environnement, et l'atteinte éventuelle à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »¹⁸⁰⁵ impose une mise en balance des avantages et inconvénients du projet contesté qui suppose du juge du bilan une motivation en fait suffisamment étayée de sa décision. En ce sens, la motivation de la qualification juridique d'utilité publique doit être complète et circonstanciée. Pour être complète, elle doit retranscrire la balance opérée entre, d'une part, les avantages du projet et d'autre part, ses inconvénients. Pour être suffisamment circonstanciée, elle suppose que le bilan ainsi opéré le soit précisément au regard des faits propres à l'affaire dont le juge est saisi.

621. Le juge du bilan motive désormais complètement ses décisions et cela qu'il infirme l'utilité publique d'un projet d'aménagement ou qu'il la confirme. La complétude de ses motivations ne fait plus difficulté. Elle est de principe.

Certes, quelques exemples passés témoignent de ce que le juge administratif n'a pas toujours complètement exposé le bilan des avantages et des inconvénients de l'opération d'aménagement contestée. Ainsi, le Conseil d'État a pu infirmer l'utilité publique d'un projet et annuler pour ce motif

¹⁸⁰⁵ La règle issue de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* (CE, Ass., 28 mai 1971, rec. p. 409) a été complétée par la jurisprudence *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* (CE, Ass., 20 octobre 1972, rec. p. 657) et, plus récemment, par l'arrêt *Association Alsace Nature environnement* (CE, 17 mars 2010, n°314114, rec. T. p. 862).

l'acte portant déclaration d'utilité publique en se bornant à faire état des seuls désavantages de l'opération d'aménagement.

*« cons. qu'il ressort des pièces versées au dossier que l'existence à Andlau, commune dont la population est inférieure à 2000 habitants, du lotissement destiné à l'habitation « résidence du Val d'Eléon », comportant 77 lots, nuirait gravement au caractère des lieux dans un site pittoresque, à proximité de l'ancienne abbaye et de l'église d'Andlau ; qu'en l'espèce cette atteinte à l'environnement a pour effet d'entacher d'illégalité la déclaration d'utilité publique prononcée par arrêté du préfet [...] » (CE, 9 décembre 1977, *Ministre de l'équipement c. Weber*, n°01859, rec. p. 497).*

Mais, cette pratique n'est plus à l'œuvre. Qu'il infirme¹⁸⁰⁶ l'utilité publique d'un projet ou qu'il la confirme¹⁸⁰⁷, le juge du bilan privilégie une motivation complète par laquelle il expose le bilan opéré c'est-à-dire relève à la fois les avantages et les inconvénients du projet d'aménagement. Cette tendance de principe n'a, du reste, rien d'étonnant puisqu'elle répond à la logique même du contrôle du bilan.

622. Si la complétude des motivations développées par le juge du bilan ne pose désormais plus question, il n'en va pas toujours de même de leur caractère circonstancié. En effet, en certaines hypothèses, ce juge a tendance à affirmer ses raisons plutôt qu'à s'en expliquer précisément. Lorsqu'il infirme l'utilité publique du projet d'aménagement contesté et fait ainsi barrage à l'action administrative, le juge se fait précis quant aux raisons de fait au fondement de sa décision. Il développe une motivation suffisamment circonstanciée permettant de saisir ses raisons (α). Au contraire, le juge a tendance à des motivations peu circonstanciées lorsqu'il confirme l'utilité publique du projet d'aménagement dont il est saisi (β). En toute hypothèse, s'interroger sur le caractère circonstancié des motivations du juge du bilan conduit à poser la question de l'impact en la matière d'une éventuelle consécration d'un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique (γ).

¹⁸⁰⁶ V. pour des exemples : CE, 20 février 1987, *Commune de Lozanne*, n°44864, rec. p. 67 ; CE, 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon*, n°288108, rec. p. 332 ; CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports et a.*, n°387475, rec. p. 144.

¹⁸⁰⁷ V. pour des exemples : CE, 31 juillet 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*, n°314955 ; CE, 23 octobre 2009, n°322327 ; CAA de Nantes, 14 novembre 2016, n°15NT02847.

α *Motivation en fait des décisions infirmant l'utilité publique d'un projet d'aménagement*

623. Lorsqu'il infirme l'utilité publique du projet d'aménagement envisagé et annule en conséquence l'acte portant déclaration d'utilité publique, le juge du bilan a tendance à motiver la qualification qu'il opère de manière suffisamment circonstanciée pour permettre la compréhension de sa décision, sinon par l'ensemble des publics intéressés par celle-ci, au moins, et là est l'essentiel, par les parties au procès. Se prononçant sur l'utilité publique du projet, le juge développe une motivation en fait qui permet d'appréhender les raisons pour lesquelles, au vu des spécificités propres au cas d'espèce, il refuse de reconnaître au projet un caractère d'utilité publique. La motivation de sa décision ne se réduit pas alors à une simple négation, sans autre forme de justification, de l'utilité publique du projet contesté. Elle repose sur une analyse serrée des faits de l'espèce et des enjeux et intérêts en présence. Cette tendance du juge à des motivations précisées au regard des circonstances de l'affaire ressort nettement d'arrêts rendus à propos de projets d'envergure telles que la construction d'une liaison autoroutière¹⁸⁰⁸, l'implantation d'une ligne électrique à très haute tension traversant le site classé des gorges du Verdon¹⁸⁰⁹ ou encore la construction d'une ligne ferroviaire à grande vitesse reliant Poitiers à Limoges¹⁸¹⁰. Il convient de remarquer que pour infirmer ainsi l'utilité publique d'un projet d'envergure, le juge du bilan a appuyé sa motivation sur des données quantifiables (le coût financier du projet, le financement du projet, sa rentabilité économique¹⁸¹¹, l'estimation d'un temps de parcours¹⁸¹², etc.) et objectives (un intérêt économique et touristique précisément identifié¹⁸¹³, l'existence d'un régime de protection du patrimoine¹⁸¹⁴, etc.). Le juge a, ce faisant, cherché à concrétiser, à objectiver l'absence d'utilité publique du projet comme pour mieux renforcer la motivation de sa décision. Cela paraît d'autant plus nécessaire que lorsqu'il annule un acte portant déclaration d'utilité publique, le juge administratif gêne et bloque l'action de l'administration.

β *Motivation en fait des décisions confirmant l'utilité publique d'un projet d'aménagement*

624. La pratique du juge du bilan est plus discutable s'agissant des décisions par lesquelles il confirme l'utilité publique d'une opération d'aménagement. Les arrêts anciens témoignent ainsi d'une

¹⁸⁰⁸ CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et a.*, n°170856, rec. p. 120.

¹⁸⁰⁹ CE, 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon*, n°288108, rec. p. 332.

¹⁸¹⁰ CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports et a.*, n°387475, rec. p. 144.

¹⁸¹¹ V. l'arrêt préc. *Fédération nationale des associations des usagers des transports et a.*

¹⁸¹² V. l'arrêt préc. *Fédération nationale des associations des usagers des transports et a.*

¹⁸¹³ V. l'arrêt préc. *Commune de Lozanne*.

¹⁸¹⁴ V. l'arrêt préc. *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon*.

tendance originelle de ce juge au laconisme. Celui-ci, en effet, a pu affirmer l'utilité publique du projet contesté sans réellement chercher à en démontrer la réalité au regard des circonstances de fait particulières de l'espèce. Par exemple, dans une décision *Tarlier*, le juge administratif s'est borné à affirmer, sans la préciser davantage, l'importance que présente l'opération projetée pour la défense nationale.

« cons. que les atteintes portées par l'extension du camp [militaire] du Larzac à un certain nombre d'exploitations agricoles, au pacage des troupeaux, à la production fromagère et à la circulation routière ne sont pas excessives eu égard à l'importance que présente cette opération pour la défense nationale » (CE, Ass., 5 mars 1976, *Tarlier et a.*, n°95983, rec. p. 132).

À cet égard, il est intéressant de comparer la motivation de cet arrêt avec celle de l'arrêt *Abraham* rendu par le Conseil d'État quelques années auparavant seulement. Tandis que dans sa décision *Tarlier*, le juge s'est borné à affirmer l'importance que présentait l'opération projetée pour la défense nationale, il avait pris soin, à l'occasion de l'arrêt *Abraham*, d'explicitier les avantages du projet envisagé pour la défense nationale.

« cons. qu'il ressort des pièces du dossier que l'extension du champ de manœuvre et de tir de Fontevraud, sis dans les environs de l'école d'application de l'armée blindée et de la cavalerie implantée à Saumur, répond à la nécessité d'adapter cet espace aux exigences nouvelles de l'instruction des cadres formés par cette école, eu égard notamment aux caractéristiques des engins de combat actuellement mis en service ; que compte tenu de l'importance que présente cette opération pour la défense nationale, la circonstance que son exécution implique l'expropriation d'environ 1400 hectares de bois, de landes, de terres de culture et de prés n'est pas de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique [...] » (CE, 1^e juin 1973, *Sieur Abraham et a.*, n°89173, rec. p. 394)¹⁸¹⁵.

625. Cette tendance du juge du bilan à ne pas préciser ses raisons au vu des faits particuliers de l'affaire s'est perpétuée. En ce sens, et concernant plus spécifiquement des projets d'envergure étatique, il a pu être constaté que, rapidement suite à l'arrêt inaugural *Ville Nouvelle Est*, « le Conseil d'État a infléchi sa technique d'analyse ou tout au moins la présentation formelle de celle-ci, en mettant fréquemment en exergue la « nécessité » du projet étatique contesté »¹⁸¹⁶. À la lecture d'arrêts récents, cette affirmation paraît conserver toute son actualité. En effet, encore aujourd'hui, le juge du bilan tend à concentrer sur les avantages du projet la motivation des décisions par lesquelles il confirme l'utilité publique de l'opération d'aménagement contestée. Certes alors, le juge ne se borne

¹⁸¹⁵ (Nous soulignons).

¹⁸¹⁶ R. HOSTIOU, « Le juge et l'opportunité des travaux d'aménagement. La portée de la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Les annales de la recherche urbaine*, n°16/1982, pp. 46-57, spéc. p. 55.

pas à affirmer l'utilité du projet et cherche, au contraire, à la justifier plus précisément au regard des circonstances de fait propres au cas d'espèce. Mais, il ne précise pas, ou alors seulement très succinctement, les inconvénients qui, au vu des spécificités du cas d'espèce, sont également attachés au projet d'aménagement envisagé. Quand bien même donc le juge consent à une motivation complète, il borne sa motivation s'agissant des inconvénients du projet. Il fait, certes, état de ceux-ci. Mais, il précise peu ou ne précise pas en quoi, en l'espèce, le coût du projet, l'atteinte portée à l'environnement ou à la propriété privée, etc. ne sont pas tels qu'ils remettraient en cause l'utilité publique de l'opération. En ce sens, plutôt que d'expliquer précisément pourquoi il considère que les inconvénients du projet ne sont pas de nature à remettre en cause l'utilité publique de celui-ci, le juge préfère renforcer d'autant la motivation de sa décision quant aux avantages attachés au projet en faisant valoir que des mesures ont été prises pour limiter ou pallier les inconvénients de l'opération d'aménagement projetée. Alors, la mise en balance des avantages et inconvénients du projet se révèle largement illusoire parce que menée « à décharge » et insuffisamment précisée ou circonstanciée en ce qui concerne les inconvénients attachés au projet.

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la création de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes est justifiée par la saturation des capacités de l'aéroport de Nantes-Atlantique et par la nécessité de répondre à la croissance du trafic aérien ; qu'il s'inscrit également dans un cadre plus général visant à favoriser le développement économique du Grand Ouest, à améliorer l'aménagement du territoire et à développer les liaisons aériennes nationales et internationales ; qu'ainsi, l'opération présente un caractère d'utilité publique ; qu'il ressort des pièces du dossier que ni le coût économique du projet, qui ne repose pas sur des bases de calcul erronées, ni les atteintes portées à l'environnement, ni les difficultés d'accès à l'aéroport par la route des usagers venant du Sud de la Loire, dont il ressort des pièces du dossier qu'elles seront limitées et compensées par le renforcement des dessertes collectives, ne sont, eu égard à l'importance de l'opération et compte tenu notamment des mesures prises afin de réduire les nuisances qui, contrairement à ce qui est soutenu, ne sont pas insuffisantes, y compris s'agissant des mesures relatives aux nuisances environnementales, de nature à retirer au projet son caractère d'utilité publique » (CE, 31 juillet 2009, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, n°314955, inédit au recueil)¹⁸¹⁷.

Cette pratique du juge du bilan est devenue de principe. En ce sens, le juge a pu y avoir recours y compris lorsque l'utilité publique du projet était à ce point discutable au vu des circonstances de l'espèce que le rapporteur public avait conclu, sans détour, à l'absence d'utilité publique de

¹⁸¹⁷ (Nous soulignons).

V. pour d'autres exemples : CE, Ass., 3 mars 1993, *Commune de Saint-Germain-en-Laye et autres*, n°115073, rec. p. 54 ; CE, Sect., 17 mars 2010, *Alsace Nature et a.*, n°314114, rec. T. p. 862 ; CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.*, n°342409, rec. p. 60.

l'opération¹⁸¹⁸. De même, le juge du bilan a pu y avoir recours alors même qu'il renforçait sa grille de contrôle en y intégrant le principe de précaution¹⁸¹⁹. Une telle pratique se retrouve topiquement lorsque le juge du bilan est conduit à se prononcer sur les inconvénients environnementaux d'un projet d'aménagement. La motivation développée au titre de ces inconvénients est ainsi parmi les plus insatisfaisantes. En effet, par principe, le juge ne précise aucunement pourquoi, selon lui et au vu des circonstances de l'espèce, les atteintes portées à l'environnement ne sont pas de nature à remettre en cause l'utilité publique de l'opération d'aménagement contestée et se borne à considérer que des mesures ont été prises pour réduire le coût environnemental du projet. Renvoyant bien souvent aux pièces du dossier, le juge administratif paraît choisir la solution de facilité en éludant tout bonnement la question de l'impact environnemental du projet. La rédaction de l'arrêt *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport* précité confirme typiquement cette analyse.

626. Bien que de principe, cette pratique laisse perplexe. Faisant ainsi état des mesures prises pour limiter les conséquences négatives de l'opération d'aménagement projetée, le juge du bilan donne le sentiment de vouloir minorer l'importance des inconvénients pourtant attachés au projet en refusant de se prononcer précisément sur les conséquences négatives de l'opération d'aménagement. Le juge contourne la difficulté : il se borne à mettre en exergue les mesures adoptées pour limiter les inconvénients du projet plutôt que d'expliquer en quoi, en eux-mêmes et par eux-mêmes, ces inconvénients ne sont pas de nature à mettre en cause l'utilité publique du projet. En cela, une telle pratique est contestable au regard de la réponse qu'il formule à destination des parties au litige. Ce

¹⁸¹⁸ CE, Sect., 17 mars 2010, *Alsace Nature et a.*, préc. : « Considérant [...] que son coût [le coût du projet], dont il ne ressort pas des pièces des dossiers qu'il aurait été sous-estimé, qui s'élève à 302,9 millions d'euros pour une longueur de 24 km en zone périurbaine, et qui comprend, outre le coût du viaduc de traversée de la Bruche, 92 millions d'euros destinés à réduire les inconvénients de l'ouvrage pour la commodité du voisinage, l'agriculture et l'environnement, n'apparaît pas excessif au regard du trafic attendu ; [...] ; qu'enfin, si les requérants affirment que l'opération contribuera à accélérer les changements climatiques, qu'elle compromettra la survie d'espèces protégées, qu'elle consommera d'importantes ressources naturelles et agricoles, qu'elle portera atteinte à la santé et à la tranquillité des habitants, à la qualité des paysages et du patrimoine historique, ainsi qu'à l'homogénéité des communes traversées, il ne ressort pas des pièces des dossiers qu'en égard aux précautions prises pour en limiter les effets, [...], les inconvénients effectifs de cette opération puissent être regardés comme excessifs par rapport à l'intérêt qu'elle présente ; [...] ». (Nous soulignons.)

V. les conclusions contraires du rapporteur public : C. ROGER-LACAN, conclusions sur CE, Sect., 17 mars 2010, *Association Alsace Nature Environnement et a.*, BJCL, n°3/2010, pp. 170-178, spéc. pp. 177-178.

¹⁸¹⁹ CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.*, préc. : « Considérant [...] que, eu égard aux mesures prévues pour atténuer ou compenser l'impact de cette ligne sur l'environnement et ses risques potentiels d'impact sur la santé, ni les inconvénients subis par les personnes résidant à proximité du tracé de la ligne « Cotentin-Maine », ni l'impact visuel des ouvrages sur les paysages traversés, ni leurs éventuels effets sur la faune et la flore, ni enfin le coût de l'opération, y compris les sommes consacrées aux mesures visant à assurer le respect du principe de précaution, ne peuvent être regardés comme excessifs et de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ». (Nous soulignons).

laconisme ou cette imprécision dont fait preuve par principe le juge du bilan est problématique parce que, ce faisant, il n'expose pas véritablement et précisément ses raisons.

Sans doute, le plus souvent, la motivation telle que formulée par le juge suffira à la compréhension de la solution par les parties au litige. Celles-ci ayant une pleine connaissance des faits en litige et du dossier, elles seront en mesure de comprendre la décision prononcée, cela particulièrement lorsque le juge aura pris soin de fournir quelques indications quant aux raisons pour lesquelles il estime que les inconvénients du projet ne sont pas, en eux-mêmes et par eux-mêmes, de nature à remettre en cause l'utilité publique du projet.

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la réalisation du pont-canal contournant la ville de Péronne à l'ouest de l'actuel canal du Nord s'inscrit dans le cadre de la réalisation du canal Seine-Nord Europe, qui donnera naissance à la liaison européenne à grand gabarit Seine-Escaut retenue en avril 2004 comme projet prioritaire du Réseau transeuropéen de transport par le Parlement européen et le Conseil européen [...] ; qu'une telle opération présente donc un intérêt public ; qu'il ressort des pièces du dossier que les atteintes à la propriété privée, le coût économique du projet et les atteintes portées à l'environnement ne sont pas, eu égard notamment à l'emprise minimum au sol du pont canal, au caractère limité des atteintes à l'environnement et aux mesures prises pour réduire les incidences du projet sur les milieux naturels, [...] de nature à ôter au projet son caractère d'utilité publique » (CE, 23 octobre 2009, n°322327, inédit au recueil)¹⁸²⁰.

Mais, le doute est permis quant à la question de savoir si une telle pratique de motivation par le juge du bilan est à même de garantir la pleine adhésion des parties à la décision rendue. Est en effet particulièrement susceptible de gêner l'acceptation de la décision par les parties, cette habitude prise par le juge consistant à mettre en exergue les mesures adoptées pour limiter les inconvénients du projet sans expliciter véritablement et précisément les raisons pour lesquelles il considère que ces inconvénients ne sont pas, en eux-mêmes et par eux-mêmes, de nature à remettre en cause l'utilité publique du projet. Au vu de ce constat, la question se pose des raisons de la persistance de cette tendance du juge du bilan à borner ainsi ses motivations s'agissant des inconvénients des projets d'aménagement, lorsqu'il valide l'utilité publique de telles opérations.

627. Saisi de projets d'envergure, le juge du bilan confirme le plus souvent l'utilité publique de ces projets¹⁸²¹. Dans de telles hypothèses, la jurisprudence administrative peut donner le sentiment d'une jurisprudence « *politique* » et le juge administratif celui de privilégier la « *Raison d'État* » sur une

¹⁸²⁰ (Nous soulignons).

¹⁸²¹ Pour des contre-exemples, c'est-à-dire des affaires à l'occasion desquelles le juge administratif a infirmé l'utilité publique de projets d'envergure, cf. *supra* le paragraphe n°623 de la présente thèse.

application neutre et objective du droit applicable¹⁸²². Sans doute un tel propos est-il exagéré, quoique le juge administratif est toujours attentif à la bonne marche de l'action administrative. En toute hypothèse, il faut admettre que, plus que d'autres, l'appréciation formulée par le juge au titre du contrôle du bilan s'agissant de la condition d'utilité publique « *-qui, par définition n'est pas étrangère à des questions de « valeurs » et de choix parmi celles-ci- ne peut, « par nature » même, faire abstraction de toute considération subjective* »¹⁸²³. En ce sens, par exemple, le juge du bilan continue de juger certains « *intérêts généraux, tels que celui du développement économique et de l'aménagement du territoire [...] plus éminents que ceux de la santé publique ou de la protection de l'environnement* »¹⁸²⁴. Ces considérations extra-juridiques ou « *méta-juridiques, en étroite symbiose avec les « valeurs » prioritaires et les choix majeurs de la société* »¹⁸²⁵ sont au fondement même des décisions, quelles qu'elles soient, du juge du bilan. Mais, et parce que le juge administratif français refuse par principe d'exposer au sein des motifs de ses décisions toute considération d'ordre extra-juridique, le juge du bilan ne peut affirmer des considérations de ce type, quand bien même elles sont pourtant au fondement de ses décisions. De fait, lorsqu'il entend confirmer l'utilité publique d'un projet d'aménagement contesté notamment au regard de son impact environnemental, paysager et/ou sur la santé publique, le juge est contraint de façonner une motivation censée propre à démontrer que lesdits inconvénients environnementaux, paysagers et/ou de santé publique ne sont pas de nature à remettre en cause l'utilité publique du projet et cela sans jamais donner le sentiment d'une jurisprudence « politique » favorable à l'administration. Mais alors, le juge se trouve face à une double difficulté. D'une part, il ne peut pas nier l'évidence que, par hypothèse même, tout projet d'aménagement d'envergure a vocation à engendrer des inconvénients environnementaux, paysagers et/ou de santé publique aussi graves ou plus graves encore qu'est important ou essentiel l'intérêt du projet en termes d'aménagement du territoire et/ou de développement économique. D'autre part, pour contester la portée d'inconvénients de cette nature le juge aura quelques difficultés à appuyer sa démonstration sur des données quantifiables, objectivables ou absolument certaines et reconnues comme telles. À cet égard, il faut admettre qu'il est plus aisé pour le juge de contrer les éventuelles critiques visant l'intérêt économique ou le coût d'un projet que celles relatives aux inconvénients environnementaux, paysagers et/ou de santé publique attachées à ce projet. Cherchant ainsi à contourner cette double difficulté, le juge en revient aux pièces du dossier et met en exergue les

¹⁸²² V. sur cette analyse : R. HOSTIOU, « Le rapporteur public, la Section du contentieux et l'autoroute alsacienne », note sur CE, Sect., 17 mars 2010, *Association Alsace Nature Environnement et a.*, *RJE*, n°3/2010, pp. 493-502, spéc. pp. 494-495.

¹⁸²³ *Idem*, spéc. p. 500.

¹⁸²⁴ A. VAN LANG, « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique », observations sur CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.*, *RDI*, n°6/2013, pp. 307-310, spéc. p. 310.

¹⁸²⁵ R. HOSTIOU, *op. cit.*, spéc. p. 494.

mesures prises pour atténuer les conséquences négatives de l'opération d'aménagement projetée. Tout se passe comme si le juge administratif, de manière habile, se fait d'autant moins précis dans l'exposé de ses raisons qu'il se trouve face à un élément parmi ceux de sa démonstration qui se révèle difficile à justifier précisément et objectivement¹⁸²⁶. Cette idée qui avait émergé de l'étude de la pratique du juge des mesures de police administrative est confirmée par celle du juge du bilan.

γ *L'impact sur la motivation juridictionnelle de la consécration possible d'un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique*

628. Encore aujourd'hui, le juge administratif refuse d'opérer le « bilan des bilans » ; il refuse de comparer entre elles les variantes alternatives d'un même projet¹⁸²⁷. La consécration d'un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, qui est préconisée en doctrine¹⁸²⁸ et par certains membres de la juridiction administrative¹⁸²⁹, favoriserait pourtant un examen plus circonstancié des faits par le juge du bilan et cela que celui-ci infirme ou valide finalement l'utilité publique du projet d'aménagement contesté. En effet, conduit à comparer plusieurs variantes d'un même projet pour déterminer finalement la meilleure d'entre elles, c'est-à-dire celle dont les inconvénients sont les moins importants par rapport à l'intérêt de l'opération d'aménagement projetée, le juge aurait d'autant plus vocation à « pénétrer [...] au cœur des faits »¹⁸³⁰. Cette analyse plus serrée des faits serait de nature, quel que soit le sens de la décision du juge, à renforcer celle-ci. Utile en ce sens pour conforter encore le fondement des décisions par lesquelles le juge administratif infirme l'utilité publique d'un projet d'aménagement, elle le serait encore davantage s'agissant des décisions par lesquelles le juge confirme l'utilité publique d'une opération d'aménagement. Un tel examen comparé des projets alternatifs permettrait en effet de pallier les faiblesses actuelles des motivations des décisions confirmant l'utilité publique de l'opération d'aménagement contestée. En démontrant en quoi le projet retenu est effectivement celui dont le bilan cout-avantages est le meilleur, le juge conforterait d'autant sa décision d'en confirmer l'utilité publique.

¹⁸²⁶ C'est également ce qui ressort de l'entretien mené auprès d'un juge du tribunal administratif de Nantes qui, au détour d'une discussion relative à l'indemnisation du préjudice, nous faisait part de ce que le juge se fait moins disert sur ses raisons lorsqu'il s'agit, de la sorte, de contourner une difficulté d'explication : le juge affirme ses raisons parce qu'il est difficile sur un point donné de sa motivation de les expliquer plus avant.

¹⁸²⁷ Pour la consécration de ce refus : CE, Ass., 30 juin 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'Intérieur*, rec. p. 452.

¹⁸²⁸ B. SEILLER, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA*, n°28/2003, pp. 1472-1477.

¹⁸²⁹ V. notamment en ce sens : C. ROGER-LACAN, conclusions sur CE, Sect., 17 mars 2010, *Association Alsace Nature Environnement et a.*, *BJCL*, n°3/2010, pp. 170-178.

¹⁸³⁰ B. SEILLER, *op. cit.* spéc. p. 1477.

3. Les contre-exemples : la persistance de motivations peu circonstanciées

629. Les juges des mesures de police administrative et du bilan ont fait progresser la motivation en fait de leurs décisions. Pourtant, ils continuent eux-mêmes, en certaines hypothèses, d'avoir recours à des motivations peu précisées au regard des circonstances de fait propres au cas d'espèce. Une telle pratique est d'autant plus contestable qu'elle demeure de principe en d'autres matières.

En ce sens, certains contentieux se caractérisent par un recours fréquent, sinon récurrent, à la pratique de la motivation affirmative. Ainsi en est-il des contentieux dits « de masse » et particulièrement du contentieux des étrangers. En ce domaine, en effet, le juge administratif a tendance à procéder par la voie de « *réponses stéréotypées systématiques apportées à des questions tout aussi stéréotypées et systématiques* »¹⁸³¹.

De mêmes, certaines qualifications juridiques donnent également typiquement lieu à des motivations de type affirmatif de la part du juge. Ainsi a-t-il pu en être, antérieurement aux arrêts *Hardouin* et *Marie*¹⁸³², concernant la qualification de mesure d'ordre intérieur. À l'occasion de ses conclusions sur ces deux arrêts, le commissaire du gouvernement Frydman¹⁸³³, faisant état de la jurisprudence classique alors encore en vigueur, relevait en ce sens « *le caractère éminemment elliptique de la motivation adoptée par les arrêts rendus en la matière, qui [...] se sont toujours bornés à affirmer en termes péremptaires que ces actes « constituaient des mesures d'ordre intérieur », sans expliciter aucunement les motifs conduisant à leur reconnaître cette qualification* ». De même, lorsqu'il contrôle la motivation des actes administratifs et conclut à la suffisance de celle-ci, le juge a tendance à procéder par affirmation¹⁸³⁴. Dans le même sens, saisi d'un moyen tiré du détournement de pouvoir, le juge motive suffisamment sa décision en énonçant, sans autre forme d'explication, qu'un tel détournement n'est pas établi¹⁸³⁵. De même enfin, et pour s'en tenir à ces quelques exemples, c'est par la voie de la motivation affirmative que procède le juge du référé-suspension lorsque, pour rejeter la demande de suspension dont il est saisi, il conclut qu'« *aucun des moyens invoqués n'est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée* ».

¹⁸³¹ A. DULMET, « L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution ? », *AJDA*, n°16/2016, pp. 894-898, spéc. p. 894.

¹⁸³² CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, rec. p. 82 ; du même jour, *Marie*, rec. p. 84.

¹⁸³³ FRYDMAN, conclusions sur CE, Ass., 17 février 1995, *Marie* et *Hardouin*, rec. pp. 84-98.

¹⁸³⁴ V. pour un exemple : CE, 11 avril 2008, *Erdogan et Mme Erdogan*, n°304045, rec. T. p. 766 : « *Considérant que la décision attaquée, [...] énonce les éléments de fait et de droit sur lesquels elle est fondée ; qu'elle est, par suite, suffisamment motivée au regard des prescriptions de l'article L. 211-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ».

¹⁸³⁵ CE, 30 juin 2000, *Gosson de Varenne*, n°195250, rec. T. p. 1196. Cette facilité de motivation est cependant fonction de la précision et de l'ampleur de l'argumentation développée au soutien de ce moyen : CE, 6 novembre 2006, *Association Les amis du château d'Hénonville*, n°277829.

Des décisions plus ponctuelles témoignent également de la persistance de la motivation affirmative au stade de la qualification juridique des faits. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque le juge administratif se borne à affirmer, sans autre forme d'explication, « *que la possibilité laissée aux véhicules agricoles de circuler sur le chemin litigieux ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité devant la loi* »¹⁸³⁶.

630. La persistance de ces lacunes de la motivation telle qu'elle est développée au stade de la qualification juridique des faits est d'autant plus observable qu'elle est favorisée par l'usage que le juge fait des standards juridiques et d'expressions stéréotypées, lesquelles sont « *en elles-mêmes peu éclairantes des éléments sur lesquels [le juge] se fonde* »¹⁸³⁷.

Par le recours à de tels standards et formules types, le juge s'accorde la facilité de borner sa motivation en fait. Plutôt que de faire toute la lumière sur les raisons de fait au fondement de ses décisions, il limite sa motivation en fait à une motivation affirmative c'est-à-dire pas ou peu circonstanciée. Est topique en ce sens le recours à la notion de « *faute de nature à* » qui permet au juge-qualificateur « *de ramasser en une formule commode le fait qu'il a réuni suffisamment d'éléments pour que le comportement à qualifier puisse l'être de « faute » sans dévoiler les paramètres qui l'ont conduit à qualifier ainsi le comportement en cause* »¹⁸³⁸. Cette manière qu'a le juge de recourir à l'affirmation au stade de la qualification juridique des faits, si elle peut parfois « *à la limite, être suffisant[e] pour les parties qui connaissent les données de l'affaire* », paraît ne pas l'être en toute hypothèse. Elle a vocation, dès lors et au moins dans certains cas, à gêner la compréhension de la décision par les parties au procès et, *a fortiori*, par les tiers.

¹⁸³⁶ CE, 4 octobre 2010, *Commune de Sant-Sylvain d'Anjou*, n°310801, rec. T. p. 912. Cet exemple est emprunté au Professeur J. Petit : J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 227.

¹⁸³⁷ J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 227.

¹⁸³⁸ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 453.

Section II : La motivation, instrument de la polarisation du procès administratif autour des parties

631. S'intéressant aux « nouvelles méthodes du juge administratif français »¹⁸³⁹ plusieurs décennies après avoir interrogé, lors d'une première étude¹⁸⁴⁰, les méthodes de ce juge, le Professeur Y. Gaudemet remarquait, déjà en 1998, l'attention améliorée que porte désormais le juge administratif aux parties au procès. Cette considération renforcée du juge à l'égard des parties constitue l'une parmi les évolutions essentielles qui ont touché les méthodes de ce juge. Classiquement plus concerné par les règles de droit qu'il consacre et applique, le juge administratif attache désormais davantage d'importance aux parties au procès. Le procès administratif a ainsi été progressivement mais continuellement recentré autour des parties. Cette évolution a bénéficié plus particulièrement encore aux justiciables administrés : « *le justiciable [n'est plus] l'oublié du procès ; il est au cœur de celui-ci* »¹⁸⁴¹.

La motivation contemporaine des décisions du juge administratif traduit autant qu'elle permet cette polarisation souhaitée du procès administratif autour des parties et, plus particulièrement, autour des justiciables administrés. Non seulement, en effet, le juge renouvelle ses méthodes de sorte à tenir compte toujours davantage des situations et intérêts particuliers de ceux-ci (§1) mais encore mobilise-t-il fréquemment les motifs de ses décisions pour formuler des conseils à leur intention (§2).

§1 : Le renouveau de la motivation juridictionnelle au service de la subjectivisation du contentieux administratif

632. Définir les notions de subjectivisation du droit administratif et du contentieux administratif n'est pas chose aisée. La subjectivisation du droit administratif se traduit par le recentrage de ce droit autour de l'individu, de l'administré. Elle est favorisée par l'exacerbation contemporaine des revendications et inclinaisons individualistes et passe par deux voies privilégiées¹⁸⁴². D'une part, des droits publics subjectifs opposables à la puissance publique sont reconnus au bénéfice des

¹⁸³⁹ Y. GAUDEMET, « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », in Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. SPILIOTOPOULOS, *État, Loi, Administrations*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 147-158.

¹⁸⁴⁰ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.

¹⁸⁴¹ Y. GAUDEMET, « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », préc., spéc. p. 153.

¹⁸⁴² P. DELVOLVÉ, « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », pp. 3-19.

administrés¹⁸⁴³. D'autre part, le droit administratif se subjectivise en cela qu'il tend à prendre plus fréquemment en considération les situations subjectives ou personnelles des administrés. De cette subjectivisation du droit administratif, il résulte une transformation des rapports entre l'administration et les administrés marquée par le recul du caractère historiquement inégalitaire de la relation administrative. Le droit administratif se veut désormais plus équilibré, cherchant à concilier les nécessités de l'action administrative et les droits et intérêts des administrés.

Plus spécifiquement, le contentieux administratif connaît également un mouvement de subjectivisation qui touche tant le plein contentieux que le contentieux de l'excès de pouvoir¹⁸⁴⁴. La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir¹⁸⁴⁵ est cependant d'autant plus remarquable que cette voie de droit est, depuis Laferrière, classiquement présentée comme « *un procès fait à un acte* »¹⁸⁴⁶.

633. La subjectivisation de ce recours se concrétise par « *la place accrue accordée par le juge administratif aux situations des personnes physiques et morales, ainsi qu'aux droits et obligations propres qu'elles en tirent* »¹⁸⁴⁷.

Elle conduit le juge à tenir compte davantage de la situation individuelle et des intérêts particuliers du requérant et se concrétise le plus souvent, dès lors, par une protection renforcée de celui-ci¹⁸⁴⁸. Cette prise en compte affinée, par le juge de l'excès de pouvoir, de la situation concrète du justiciable administré requérant au procès s'illustre non seulement au stade de l'examen de la recevabilité du recours mais encore au stade du contrôle du bien-fondé de la requête c'est-à-dire de l'examen de la légalité externe et de la légalité interne de la décision administrative contestée. Elle se concrétise également au stade de l'après jugement¹⁸⁴⁹ chaque fois, par exemple, que le juge décide de faire usage de son pouvoir d'injonction car en effet alors, il « *enrichit son contrôle objectif de la légalité d'une dimension concrète et protectrice du requérant* »¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴³ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003.

¹⁸⁴⁴ J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, pp. 529-544, spéc. p. 530.

¹⁸⁴⁵ Pour une nuance de ce phénomène, V. : M. CHARITÉ, « Vivante, notre étoile brille toujours. À propos du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes réglementaires », *AJDA*, 2016, p. 1335 et s.

¹⁸⁴⁶ É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, t. 2, spéc. p. 561.

¹⁸⁴⁷ J. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 529.

¹⁸⁴⁸ Dans certains cas, la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, et plus largement du contentieux administratif, se traduit par une limitation de l'accès au juge et donc une limitation de la protection des administrés. C'est le cas notamment lorsque sont restreints les moyens invocables. V. pour une étude sur ce point : P.-Y. SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA*, n°25/2016, pp. 1378-1383.

¹⁸⁴⁹ Pour une étude précise des manifestations multiples de la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir à tous les stades du contrôle opéré par le juge, V. : J. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. pp. 531-541.

¹⁸⁵⁰ J. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 540.

La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir n'impacte pas seulement le requérant partie au procès. En effet, la subjectivisation de ce recours peut conduire à une protection améliorée des tiers dès lors que le juge tient compte dans certains cas « *des droits et intérêts de l'ensemble des individus qui peuvent être affectés par l'action de l'administration mais aussi, le cas échéant, par sa contestation juridictionnelle et sa remise en cause contentieuse* »¹⁸⁵¹. Ainsi, la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir a vocation à se traduire, dans certaines hypothèses, par une protection renforcée des tiers, le juge faisant prévaloir les situations et intérêts des tiers sur ceux du justiciable administré requérant au procès¹⁸⁵².

634. En toute hypothèse, qu'il touche le droit administratif, le contentieux administratif et, plus restrictivement, le recours pour excès de pouvoir, le mouvement de subjectivisation est marqué par une même volonté de recentrer ou polariser les droit et contentieux administratifs autour des administrés et des situations, intérêts et droits qui sont les leurs. Au plan contentieux et particulièrement en excès de pouvoir, cette subjectivisation conduit le juge à rénover jusqu'à ses méthodes de raisonnement (A). Cette action au stade de la motivation substantielle trouve écho en retour sur le style de la motivation, laquelle se fait plus concrète (B). Le juge mobilise ainsi pleinement la motivation de ses décisions en vue de la polarisation souhaitée du procès administratif autour des administrés et particulièrement des justiciables administrés.

A. Le tournant subjectiviste de la motivation juridictionnelle

635. Pris dans le processus de subjectivisation des droit et contentieux administratifs dont il est d'ailleurs lui-même acteur, le juge administratif rénove jusqu'à ses méthodes de raisonnement. Il fait ainsi de la motivation substantielle de ses décisions un vecteur privilégié de ce mouvement de subjectivisation. En effet, pour répondre à l'ambition que porte ce mouvement d'une considération améliorée des situations et intérêts particuliers, le juge administratif multiplie les hypothèses dans lesquelles il raisonne sur la base d'une balance opérée entre divers intérêts publics et privés en présence et développe des analyses plus concrètes en vue d'une prise en compte affinée des situations et intérêts particuliers et notamment de ceux des justiciables administrés parties au procès administratif.

¹⁸⁵¹ J. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 542.

¹⁸⁵² *A maxima*, la subjectivisation conduit parfois le juge à une prise en compte affinée de la situation de l'autorité administrative auteur de la décision litigieuse. Sur cette ambivalence de la subjectivisation, V. : J. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. pp. 530-531.

636. Ce modèle de raisonnement qui consiste pour le juge à opérer la balance entre des intérêts opposés n'est pas inédit pour le juge administratif qui, de longue date, y recourt et cela particulièrement dans l'exercice des contrôles de proportionnalité des mesures de police administrative et du bilan. Le contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative repose bien, en effet, sur une mise en balance et une recherche d'équilibre ou de conciliation entre des intérêts divergents : l'intérêt général à la préservation de l'ordre public, d'une part ; les intérêts particuliers qui correspondent à la protection des droits et libertés des individus, d'autre part. De même et plus encore, le contrôle du bilan tel qu'il est issu de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* repose sur une logique similaire de mise en balance d'intérêts opposés à ceci près que « *le juge [du bilan] abandonne une conception binaire des relations administration-citoyen (intérêt public-liberté) et adopte une conception multipolaire des relations dans lesquelles s'inscrit l'autorité administrative qui agit : plusieurs intérêts s'affrontent, plusieurs intérêts privés [...] et plusieurs intérêts publics* »¹⁸⁵³.

Ce qui apparaît plus nouveau c'est que, en dehors même de ces hypothèses traditionnelles des contrôles de proportionnalité des mesures de police administrative et du bilan, les cas se multiplient dans lesquels le juge administratif est conduit à opérer de telles mises en balance d'intérêts publics et privés opposés. Les nouveaux avatars du contrôle du bilan¹⁸⁵⁴ sont en effet de plus en plus nombreux qui conduisent le juge à mettre en œuvre cette technique de contrôle et ainsi à raisonner en termes de balance entre des intérêts divergents. C'est vrai en plein contentieux. Le contentieux du contrat offre en ce sens des exemples topiques¹⁸⁵⁵. C'est vrai également s'agissant des référés d'urgence. L'urgence s'appréciant objectivement et globalement¹⁸⁵⁶, le juge des référés est conduit à mettre en balance les divers intérêts en présence. C'est vrai encore en excès de pouvoir comme en témoigne particulièrement la jurisprudence *Association AC !* pour ce qui est de l'après-jugement. Or, il est évident qu'un tel modèle de raisonnement modifie notablement les habitudes du juge administratif et particulièrement celles du juge de l'excès de pouvoir, juge de la légalité objective qui raisonne classiquement dans l'abstrait et sur la base d'une confrontation entre des normes juridiques.

637. Le contrôle de la légalité qui correspond à l'image traditionnelle d'un juge dont le rôle est seulement de garantir l'exacte application de la loi aux litiges dont il est saisi ne correspond plus que très imparfaitement à l'office dévolu au juge de l'excès de pouvoir. Dès lors en effet que ce juge est

¹⁸⁵³ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, n° spécial/1995, pp. 156-166, spéc. p. 164.

¹⁸⁵⁴ A. VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1053-1081.

¹⁸⁵⁵ V. typiquement : CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806, rec. p. 117.

¹⁸⁵⁶ CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et société Sud-Est Assainissement*, n°229562, rec. p. 109.

conduit à mettre en balance désormais des intérêts opposés, son rôle évolue d'autant. « *La tâche du juge consiste désormais moins à exécuter fidèlement la formule de la loi et la volonté de son auteur qu'à identifier et à prendre la juste mesure des intérêts et des valeurs qui s'affrontent dans l'espèce à résoudre, afin d'arbitrer ce conflit soit en privilégiant l'intérêt le plus important, soit en favorisant une solution d'équilibre* »¹⁸⁵⁷. Cette technique de contrôle qui consiste en une mise en balance d'intérêts opposés et multiples mue le juge de l'excès de pouvoir en un juge arbitre. Tenant compte des intérêts particuliers, le juge est conduit à les concilier avec l'intérêt général que poursuit l'administration et même parfois à concilier entre eux des intérêts privés ou des intérêts publics qui s'opposent. Cette balance opérée par le juge entre des intérêts publics et privés divergents et multiples l'oblige à un raisonnement qui ne peut être mené dans l'abstrait et qui le conduit nécessairement alors à une analyse plus concrète de l'affaire dont il est saisi. Il ne s'agit plus pour le juge de confronter dans l'abstrait des normes juridiques pour conclure à leur conformité ou non-conformité, à leur compatibilité ou non-compatibilité, mais de mettre en balance et de confronter des intérêts qui s'opposent. Le juge ne raisonne plus alors en termes de conformité ou compatibilité entre normes. Il arbitre entre des intérêts divergents pour faire primer, selon les circonstances, l'un sur l'autre ou l'un sur d'autres. Une telle mise en balance exige dès lors du juge de l'excès de pouvoir une analyse plus concrète des circonstances propres au cas d'espèce¹⁸⁵⁸ qui rompt avec le contrôle classique de la légalité administrative, lequel a vocation à s'exercer dans l'abstrait. Le raisonnement fondé sur la mise en balance d'intérêts divers et opposés appelle du juge une démarche d'analyse plus concrète car en effet, « *l'identification, l'évaluation et la comparaison des intérêts [en présence] constituent essentiellement des questions de fait, particulières à l'espèce* »¹⁸⁵⁹ soumise au juge. Le juge de l'excès de pouvoir n'est plus seulement « *un juge de l'esprit* »¹⁸⁶⁰ et de l'abstrait mais un juge des faits et des situations concrètes, cela d'autant plus que son pouvoir d'injonction le met également plus pleinement face aux réalités concrètes.

¹⁸⁵⁷ B. FRYDMAN, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 18-29, spéc. 21.

¹⁸⁵⁸ Le caractère concret de l'examen auquel est conduit le juge dès lors qu'il met en balance des intérêts opposés a été parfaitement mis en lumière par la Professeure A. Van Lang à propos du contrôle du bilan exercé au titre de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* : « *La mise en balance de l'objet de l'opération projetée, appréhendé très concrètement [...], avec ses inconvénients réels de tous ordres, précisément mesurés et chiffrés [...], permet au juge de procéder à une analyse complète de tous les éléments de la situation* ». V. : A. VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », préc., spéc. p. 1057. Pour ce qui est du contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative nous avons déjà dit qu'il appelle de la part du juge une appréciation concrète de la situation de fait propre au cas d'espèce. Cf. *supra* les paragraphes n°604 et s. de la présente thèse.

¹⁸⁵⁹ B. FRYDMAN, *op.cit.*, spéc. 22.

¹⁸⁶⁰ B. SEILLER, note sous TA d'Orléans, 8 février 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA*, 2001, pp. 500-504, spéc. p. 501.

Cette concrétisation du raisonnement du juge administratif n'est pas, du reste, propre à ce modèle de raisonnement de la balance des intérêts. Elle est caractéristique, en elle-même, du tournant subjectiviste de la motivation juridictionnelle.

638. En effet, porté par le mouvement de subjectivisation des droit et contentieux administratifs, le juge administratif, dans l'exercice de son contrôle et à tous les stades de celui-ci, entend tenir compte désormais plus avant des situations et intérêts particuliers. Une telle subjectivisation du contrôle opéré par le juge administratif conduit celui-ci à inscrire davantage son raisonnement dans la réalité. Il ne raisonne plus de manière abstraite et détachée des situations factuelles mais de manière plus concrète en considérant plus pleinement les spécificités ou singularités des situations de fait dans lesquelles évoluent les parties au litige et particulièrement le justiciable administré requérant à l'instance. Cette concrétisation du raisonnement du juge se traduit au plan formel par l'essor de motivations plus concrètes et factuelles.

B. L'essor consécutif d'un style de motivation plus concret

639. La subjectivisation du contentieux administratif, et plus spécifiquement du recours pour excès de pouvoir, conduit le juge administratif à un examen affiné des situations et intérêts privés en présence, et cela à tous les stades de son contrôle. Cette évolution, qui impacte le raisonnement juridictionnel, se concrétise également, au plan formel, par une évolution du style de la motivation. Le style de la motivation suit le renouvellement des modèles du raisonnement juridictionnel. Le juge de l'excès de pouvoir développe en effet des motivations plus concrètes et factuelles qui retracent plus précisément, et souvent d'ailleurs plus longuement, les intérêts et situations subjectifs en présence et notamment ceux du justiciable requérant. Quelques exemples significatifs suffisent à se convaincre de la modification en marche du style de la motivation consécutive au mouvement de subjectivisation du recours pour excès de pouvoir.

640. Lorsque, lors de l'examen de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, le juge se pose la question de savoir si la mesure prise à l'encontre d'un détenu ou d'un agent public constitue une mesure d'ordre intérieur, il développe un raisonnement qui « *laisse place à une prise en compte renforcée des droits du requérant et, plus généralement, de sa situation personnelle* »¹⁸⁶¹. Or, le caractère subjectif du raisonnement ainsi adopté par le juge de l'excès de pouvoir se répercute sur le style de la motivation de ses décisions. Les motifs de celles-ci, outre qu'ils sont souvent plus étoffés

¹⁸⁶¹ J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, pp. 529-544, spéc. p. 532.

que de coutume, se révèlent plus concrets ou factuels en ce qu'ils retracent plus précisément la situation et les intérêts particuliers du destinataire de la mesure contestée c'est-à-dire du requérant à l'instance.

En ce qui concerne le contentieux pénitentiaire, depuis l'arrêt *Marie*¹⁸⁶², le juge apprécie la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé contre une mesure infligée à un détenu au regard de sa nature et de l'importance de ses effets sur la situation des détenus. La mise en œuvre de ce critère de la nature et des effets de la mesure sur la situation des détenus appelle de la part du juge une analyse plus concrète. En effet, « *pour qualifier une décision administrative de mesure d'ordre intérieur, le juge tient compte, non seulement de ses caractéristiques intrinsèques et des textes sur lesquels elle se fonde, mais aussi de données relatives au destinataire de l'acte* »¹⁸⁶³. Certes alors, la situation personnelle du détenu requérant au procès n'est pas, à proprement parler, envisagée en tant que telle. L'analyse du juge demeure néanmoins concrète, ancrée dans la réalité, puisqu'il apprécie les effets de la mesure sur la situation des détenus, envisagés comme une catégorie de destinataires intéressés par l'acte contesté. Le caractère concret de l'analyse ainsi menée par le juge ressort nettement de la rédaction des motifs des décisions, lesquels sont plus factuels et relatent, parfois longuement, la réalité de la vie carcérale.

« Considérant que [...] en vue de la mise en œuvre des mesures de sécurité adaptées, le ministre de la justice décide de l'inscription et de la radiation des détenus au répertoire des détenus particulièrement signalés dans des conditions déterminées par instruction ministérielle. ; que pour établir si une décision relative à l'inscription sur ce répertoire constitue un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir, il y a lieu d'apprécier sa nature et l'importance de ses effets, tant directs qu'indirects, sur la situation des détenus ; Considérant que l'inscription d'un détenu sur le répertoire des détenus particulièrement signalés et la radiation de cette inscription sont prises par le ministre de la justice au vu des avis de commissions locale et nationale ; que cette inscription est liée au risque d'évasion ainsi qu'au comportement particulièrement violent en détention présentés par certains détenus ; que la mesure a pour objet et pour effet d'appeler l'attention des personnels et des autorités sur ces détenus afin d'assurer une vigilance accrue quant à leur surveillance ; que l'évolution du comportement des détenus et la pertinence du maintien de leur inscription sur le répertoire doivent être réexaminées périodiquement ; Considérant que la décision d'inscrire un détenu sur le répertoire des détenus particulièrement signalés en vue de la mise en œuvre des mesures de sécurité adaptées a pour effet d'intensifier de la part des personnels pénitentiaires et des autorités amenées à le prendre en charge les mesures particulières de surveillance, de précaution et de contrôle à son égard ; que ce dispositif est de nature à affecter tant sa vie quotidienne par les fouilles, vérifications des correspondances ou inspections fréquentes dont il fait l'objet, que les conditions de sa détention en orientant notamment les choix du lieu de détention, l'accès aux différentes activités, les

¹⁸⁶² CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, rec. p. 85.

¹⁸⁶³ J. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 532.

modalités d'escorte en cas de sortie de l'établissement ; *que dès lors une décision d'inscription sur le répertoire des détenus particulièrement signalés doit être regardée, par ses effets concrets, comme faisant grief et comme telle susceptible de recours pour excès de pouvoir* » (CE, 30 novembre 2009, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Kehli*, n°318589, rec. p. 480)¹⁸⁶⁴.

Par application du critère de la nature et des effets de la mesure sur la situation des détenus, le Conseil d'État a progressivement déterminé *a priori* un ensemble de mesures infligées aux détenus pouvant être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir¹⁸⁶⁵. Suivant une démarche similaire, la haute juridiction a énuméré des catégories de mesures qui, par application du critère de la nature et des effets de la mesure, sont *a priori* insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, sauf à ce que soient en cause les libertés et droits fondamentaux des détenus¹⁸⁶⁶. La mise en œuvre de cette réserve tenant aux libertés et droits fondamentaux des détenus conduit le juge de l'excès de pouvoir à tenir compte plus précisément et plus concrètement encore de la situation personnelle *du* détenu concerné et qui conteste la mesure prise à son encontre. Chaque fois que le juge doit apprécier si la mesure contestée, alors pourtant qu'elle fait partie des mesures *a priori* insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, peut faire l'objet d'un tel recours au motif qu'elle porte atteinte aux droits et libertés du détenu, le juge en revient précisément à une prise en compte concrète de la situation individuelle du détenu requérant au procès administratif. Alors, les motifs de sa décision sont d'autant plus concrets qu'ils retracent la singularité de la situation subjective du détenu partie à l'instance.

« Considérant que les décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature ne constituent pas des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus ; Considérant que pour demander la suspension de l'exécution de la décision de changement d'affectation entre établissements pour peines de même nature le concernant, M. A a fait valoir devant le juge des référés du tribunal administratif de Paris que la maison centrale de Saint-Maur était située à 60 kilomètres de Vierzon, domicile de deux de ses filles âgées de 13 ans, que cette affectation à Saint-Maur permettait à ses deux filles, ainsi qu'à sa compagne et à leur fille, domiciliées en région parisienne, de lui rendre visite chaque semaine, alors que l'éloignement de sa nouvelle affectation située à plus de 800 kilomètres du domicile de celles-ci et les moyens financiers de sa famille ne leur permettent désormais que de procéder à des visites

¹⁸⁶⁴ (Nous soulignons). V. pour d'autres exemples particulièrement illustratifs en ce sens : CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, n°290420, rec. p. 474 ; CE, Ass., 14 décembre 2007, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Boussouar*, n°290730, rec. p. 495 ; CE, 21 mai 2014, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Mme G*, n°359672, rec. p. 139.

¹⁸⁶⁵ Ainsi en est-il, en vertu de la jurisprudence, de la décision soumettant un détenu à un régime de rotations de sécurité, de la décision de changement d'affectation d'une maison centrale à une maison d'arrêt, de la décision de déclassement d'emploi, de la décision par laquelle le président de la commission de discipline prononce une sanction d'avertissement à l'encontre d'un détenu, ou encore de la décision d'inscription d'un détenu sur le répertoire des détenus particulièrement signalés.

¹⁸⁶⁶ Ainsi en est-il, en vertu de la jurisprudence, de la décision de changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines, de la décision de changement d'affectation entre établissements de même nature, etc.

mensuelles, au demeurant fort coûteuses alors qu'elles disposent de faibles ressources, et qu'ainsi, alors qu'il fait l'objet d'une condamnation à une longue peine d'emprisonnement, une telle décision bouleverse, dans des conditions qui excèdent les restrictions inhérentes à la détention, son droit de conserver des liens familiaux ; *Considérant qu'en estimant, au vu de l'ensemble de ces circonstances de fait qui ne sont pas contestées, que la décision litigieuse ne mettait pas en cause les droits fondamentaux de M. A et qu'elle n'était pas susceptible de recours pour excès de pouvoir, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a méconnu les critères définissant les mesures d'ordre intérieur et par suite le droit au recours de M. A ; que le requérant est fondé pour ce motif à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée* » (CE, 27 mai 2009, *Miloudi*, n°322148, rec. p. 209)¹⁸⁶⁷.

641. L'extension au domaine de la fonction publique du critère des effets de la mesure sur son destinataire entraîne un mouvement similaire de subjectivisation du raisonnement du juge dès lors que celui-ci est tenu d'apprécier notamment l'impact de la décision prise sur l'exercice de ses droits et libertés par l'agent public ainsi que le caractère discriminatoire de la mesure contestée. Le juge de l'excès de pouvoir est ainsi amené à apprécier plus précisément les effets réels ou concrets de la mesure contestée sur la situation personnelle de l'agent public concerné. Cette subjectivisation du raisonnement du juge a vocation à trouver écho sur le style de rédaction de ses décisions. L'arrêt fondateur *Mme Bourjolly* témoigne déjà en ce sens d'une rédaction se voulant plus concrète des motifs, lesquels retracent de manière plus affinée la situation singulière de l'agent concerné.

642. La subjectivisation du raisonnement du juge au stade de l'examen du bien-fondé de la requête induite par certaines jurisprudences récentes¹⁸⁶⁸ a vocation, de manière identique, à se traduire par un style de motivation plus concret. L'arrêt *Mme Gonzalez Gomez*¹⁸⁶⁹ qui a pleinement consacré, en le généralisant, le contrôle concret de conventionnalité de la loi confirme cette analyse. À l'occasion de cette affaire, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a fixé le principe selon lequel une loi peut être écartée au motif de son inconventionnalité soit parce qu'elle est, par elle-même, incompatible avec un traité auquel la France est partie (contrôle de conventionnalité *in abstracto*) soit parce que, alors pourtant que cette loi est conventionnelle dans son principe ou sa généralité, son application au cas d'espèce se révèle incompatible avec les exigences conventionnelles (contrôle de conventionnalité *in concreto*). La haute juridiction a ainsi clairement distingué entre « *deux dimensions* » ou « *deux étages* »¹⁸⁷⁰ du contrôle de conventionnalité de la loi.

¹⁸⁶⁷ (Nous soulignons). V. pour un autre exemple en ce sens : CE, 9 avril 2008, *Rogier*, n°308221, rec. T. p. 800.

¹⁸⁶⁸ L'on pense particulièrement à la jurisprudence *Danthony* (CE, Ass., 23 décembre 2011, n°335033, rec. p. 649) pour ce qui concerne le contrôle de la légalité externe, et à la jurisprudence *Mme Gonzalez Gomez* (CE, Ass., 31 mai 2016, n°396848, rec. p. 208) pour ce qui est du contrôle de la légalité interne de la décision administrative contestée.

¹⁸⁶⁹ CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, préc.

¹⁸⁷⁰ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », chronique sur CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, *AJDA*, 2016, pp. 1398-1405, resp. p. 1400 et p. 1399.

Dans l'exercice du contrôle concret de conventionnalité de la loi, le juge est conduit « à se demander si la loi, bien qu'abstraitement conventionnelle, ne devrait pas être écartée dans le cas d'espèce si, au regard des circonstances propres de l'affaire, son application conduit à un résultat incompatible avec une norme internationale »¹⁸⁷¹. Or, « en adoptant un tel raisonnement, le juge de l'excès de pouvoir place la situation du requérant au cœur de son analyse »¹⁸⁷². Le contrôle *in concreto* est ainsi « irréductible au cas d'espèce »¹⁸⁷³ et, en ce sens, appelle du juge un raisonnement de type subjectif qui a vocation à se traduire, au plan formel, par une motivation plus circonstanciée retraçant la singularité ou les spécificités de la situation de fait propre au cas d'espèce. L'arrêt fondateur *Mme Gonzalez Gomez* le révèle topiquement. Le Conseil d'État a, en effet, tenu compte de la situation spécifique de la requérante pour finalement juger que l'application concrète à sa situation de la loi nationale menait à des conséquences excessives contraires à la norme conventionnelle invoquée et justifiant dès lors l'inapplication de celle-ci au cas d'espèce. Le caractère concret du contrôle de conventionnalité ainsi mené par le juge s'est traduit, au plan formel, par une motivation longue et circonstanciée retraçant précisément la situation personnelle de la requérante.

« 11. Il résulte de l'instruction que Mme C... A... et M. B... avaient formé, ensemble, le projet de donner naissance à un enfant. En raison de la grave maladie qui l'a touché, et dont le traitement risquait de le rendre stérile, M. B... a procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon, afin que Mme C...A... et lui-même puissent, ultérieurement, bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Mais ce projet, tel qu'il avait été initialement conçu, n'a pu aboutir en raison de la détérioration brutale de l'état de santé de M. B..., qui a entraîné son décès le 9 juillet 2015. Il est, par ailleurs, établi que M. B... avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Mme C...A..., si les tentatives réalisées en France de son vivant s'avéraient infructueuses. Dans les mois qui ont précédé son décès, il n'était, toutefois, plus en mesure, en raison de l'évolution de sa pathologie, de procéder, à cette fin, à un autre dépôt de gamètes en Espagne. Ainsi, seuls les gamètes stockés en France dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon sont susceptibles de permettre à Mme C...A..., qui réside désormais en Espagne, d'exercer la faculté, que lui ouvre la loi espagnole de poursuivre le projet parental commun qu'elle avait formé, dans la durée et de manière réfléchie, avec son mari. Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu

¹⁸⁷¹ *Idem*, spéc. p. 1400.

¹⁸⁷² J. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 534.

¹⁸⁷³ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, *op. cit.*, spéc. p. 1400.

égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. » (CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, n°396848, rec. p. 208).

Fondé sur une analyse concrète et affinée de la situation de fait propre au cas d'espèce, l'exercice du contrôle *in concreto* de conventionnalité de la loi peut faire craindre une subjectivité trop importante du juge. Pour contrer les dangers d'une telle subjectivité du juge quant à la légitimité de son action, il convient que celui-ci développe davantage que de coutume ses motifs et explicite plus avant son raisonnement¹⁸⁷⁴.

643. Au stade de l'après-jugement, l'application de la jurisprudence *Association AC !*¹⁸⁷⁵ permet d'illustrer encore comment la subjectivisation du raisonnement du juge de l'excès de pouvoir a vocation à trouver écho au plan de la motivation formelle.

Conduit à penser les conséquences de ses annulations contentieuses dans le cadre d'une mise en balance entre divers intérêts¹⁸⁷⁶ dont des intérêts particuliers¹⁸⁷⁷, le juge administratif a vocation à raisonner au regard des réalités concrètes dans lesquelles son action s'inscrit. Or, ce renouveau qui touche les méthodes de raisonnement du juge se répercute sur le style juridictionnel. Au plan formel, la motivation se révèle, en effet, plus concrète dès lors que les motifs retracent, parfois minutieusement¹⁸⁷⁸, la balance opérée par le juge entre les divers intérêts publics et privés en présence dont il tient compte après les avoir précisément identifiés.

¹⁸⁷⁴ *Idem*, spéc. p. 1403.

¹⁸⁷⁵ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255886, rec. p. 197.

¹⁸⁷⁶ Le juge administratif ne peut déroger au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et ainsi mettre en œuvre son pouvoir de modulation dans le temps des effets des annulations qu'il prononce que si l'effet rétroactif de l'annulation prononcée est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant de l'impératif de sécurité juridique que de l'intérêt général pouvant s'attacher au maintien temporaire des effets de l'acte litigieux. Pour se déterminer, le juge doit tenir compte, d'une part, des conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, des inconvénients que présenterait une telle modulation dans le temps au regard du principe de légalité et du droit à un recours effectif.

¹⁸⁷⁷ Dans l'exercice du pouvoir que lui reconnaît la jurisprudence *Association AC !*, le juge administratif est conduit à tenir compte des situations et intérêts particuliers à deux égards. D'une part, le juge tient compte des situations qui ont pu se constituer lorsque l'acte administratif litigieux était en vigueur. D'autre part, le juge tient compte des conséquences de la rétroactivité de l'annulation contentieuse pour les divers intérêts privés en présence.

¹⁸⁷⁸ Au contraire, le juge met parfois en œuvre une motivation de type affirmatif. Pour un exemple en ce sens : CE, 19 juin 2017, *M. Nai et a.*, n°402876, rec. T. p. 455 : « *En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que compte tenu du caractère manifestement excessif des conséquences d'une annulation de l'arrêté homologuant le cahier des charges de l'AOC Cairanne, il y a lieu de ne prononcer une telle annulation de cet arrêté, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, qu'à compter du 1er juillet 2018* ».

« Considérant qu'au regard, d'une part, des conséquences de la rétroactivité de l'annulation du décret attaqué, qui produirait des effets manifestement excessifs en raison du risque de mise en cause des nombreux actes individuels et contractuels pris sur le fondement de ses dispositions, relatifs au fonctionnement de l'école, à la situation de ses élèves et de ses professeurs, d'autre part, de la nécessité de permettre au ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche de prendre les dispositions nécessaires pour assurer la continuité du service public, et compte tenu tant de la nature du moyen d'annulation retenu que de ce qu'aucun des autres moyens soulevés ne peut être accueilli, il y a lieu de prévoir que l'annulation prononcée par la présente décision ne prendra effet qu'à compter du 30 juin 2012 et que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets produits par les dispositions du décret attaqué antérieurement à son annulation seront regardés comme définitifs » (CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, rec. p. 649).

644. L'évolution considérée du style de la motivation marquée par l'essor de motivations plus concrètes ne concerne pas seulement le contentieux de l'excès de pouvoir. Le juge des référés d'urgence a également tendance à développer des motivations de ce type qui retracent précisément la situation personnelle ou subjective du requérant. Là encore, ce sont les méthodes de raisonnement du juge qui se répercutent au stade de la motivation formelle.

En référé-suspension, l'urgence est caractérisée lorsque l'exécution de la décision administrative contestée porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Le juge des référés d'urgence apprécie l'urgence de manière concrète, compte tenu des justifications fournies par le requérant, et détermine si les effets de la décision contestée sur la situation du requérant ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence¹⁸⁷⁹. De ces principes censés guider le raisonnement du juge des référés dans son appréciation de l'urgence il résulte que celui-ci tient compte des situations et intérêts privés concernés, dont particulièrement ceux du requérant. Or, cette considération affinée qu'a le juge pour la situation et les intérêts particuliers en présence se traduit au plan formel par des décisions motivées plus concrètement. Ainsi, saisi d'une demande tendant au prononcé de la suspension de la décision du conseil national de l'ordre des pharmaciens qui avait confirmé la décision portant annulation de l'inscription de la requérante au tableau de l'ordre national des pharmaciens, le juge du référé-suspension du Conseil d'État précise « *qu'eu égard aux conséquences de la décision attaquée sur la possibilité pour [la requérante] de trouver un emploi et alors que l'emploi dont son conjoint est titulaire arrive à son terme, la condition d'urgence est satisfaite* »¹⁸⁸⁰. Dans le même sens, saisi d'une demande tendant à la suspension d'un arrêté municipal restreignant la circulation des

¹⁸⁷⁹ CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n°228815, rec. p. 29.

¹⁸⁸⁰ CE, ord., 29 juin 2009, *Mme A*, n°327275.

véhicules sur les ponts franchissant le canal d'Orléans, le juge du référé-suspension du tribunal administratif d'Orléans, appréciant l'urgence à suspendre la décision contestée, a précisément retracé, à l'occasion des motifs de son ordonnance, les enjeux attachés à l'exécution de ladite décision au regard de la situation professionnelle et économique du requérant.

« Considérant que la société requérante exploite sur les bords de la Loire une entreprise de traitement et de transport de sables et graviers ; que l'écoulement de ses produits, à destination de clients situés sur l'ensemble du territoire national, s'effectuait au moyen de véhicules de 38 et 40 tonnes par un itinéraire empruntant le pont tournant, que l'arrêté contesté a interdit aux véhicules de plus de 3,5 tonnes ; que si un itinéraire de déviation a été mis en place, celui-ci n'autorise le passage que des véhicules d'un poids total en charge inférieur à 12 tonnes ; que le transport de produits pondéreux et de faible valeur intrinsèque ne peut être effectué dans des conditions économiques viables au moyen de véhicules d'un tel tonnage ; que la société Robert Nioche et ses fils établit ainsi que l'arrêté qu'elle conteste met en péril la poursuite de son activité et, par voie de conséquence, l'urgence de sa demande » (TA d'Orléans, 8 février 2001, Société Robert Nioche et des fils, n°01213, AJDA, 2001, pp. 500-501)¹⁸⁸¹.

§2 : Les motifs comme support privilégié d'une nouvelle fonction de conseil à destination des parties au procès

645. La fonction de conseiller des parties désormais endossée par le juge administratif a déjà été clairement mise en évidence, dans sa thèse, par Marie Lannoy¹⁸⁸². Le juge formule parfois, et de plus en plus fréquemment, des conseils en stratégie contentieuse à l'intention des parties au procès. Les conseils ainsi formulés peuvent l'être, de manière indéterminée, à destination de tout justiciable (administré ou autorité administrative) potentiel à un procès administratif (A). Plus significativement, il arrive que ces conseils soient distillés par le juge à l'intention précise et déterminée du justiciable administré ou de l'autorité administrative qui sont parties à un procès considéré (B). Lorsqu'elle vise les justiciables administrés, cette pratique du juge administratif participe, du reste, du mouvement de subjectivisation que connaît le procès administratif car alors le juge, devenu conseiller, tient compte davantage des personnes que sont les administrés présentement justiciables. En toute hypothèse, une telle pratique favorise un rééquilibrage du procès administratif à la faveur des justiciables administrés.

¹⁸⁸¹ (Nous soulignons).

¹⁸⁸² M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, spéc. pp. 352-354.

Parmi les exemples indiqués dans les pages qui vont suivre, certains sont empruntés à M. Lannoy.

A. Les motifs comme support de conseils formulés à destination des justiciables potentiels à un procès administratif

646. À l'occasion de certaines de ses décisions, le juge a pu indiquer aux justiciables administrés potentiels la manière dont ceux-ci sont censés articuler ou argumenter leurs requêtes de façon à espérer obtenir satisfaction. Cette pratique n'est pas nouvelle. Des exemples plus anciens en attestent. Ainsi en est-il de l'arrêt *Ministre de l'intérieur contre Cohn Bendit*¹⁸⁸³ par lequel le Conseil d'État a fixé le principe alors applicable et en vigueur jusqu'à l'arrêt *Madame Perreux* de 2009¹⁸⁸⁴ concernant l'invocabilité des directives communautaires. Par son arrêt de 1978, après avoir consacré le principe selon lequel les directives communautaires ne peuvent pas être invoquées directement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision administrative individuelle, la haute juridiction précise que lorsque la directive n'a pas été transposée en droit interne dans le délai prévu, le requérant peut faire valoir l'incompatibilité avec la directive du droit réglementaire national sur le fondement duquel a été prise la décision individuelle qu'il conteste. Or, en décidant ainsi qu'un requérant peut mettre en cause, par voie d'exception, la compatibilité avec la directive communautaire de l'acte administratif réglementaire qui a servi de fondement à la décision individuelle contestée¹⁸⁸⁵, le Conseil d'État a précisé à l'intention des justiciables administrés potentiels « *le moyen de contourner l'interdiction d'invoquer la directive* »¹⁸⁸⁶ communautaire directement à l'encontre d'une décision individuelle.

647. Cette pratique du juge administratif le conduisant à formuler des conseils d'ordre contentieux aux justiciables administrés n'a pas été abandonnée. Plus encore, le juge-conseiller paraît s'exprimer plus fréquemment désormais. Il le fait par exemple pour indiquer à ces justiciables une autre voie de droit possible et par laquelle ils auront plus de chance d'obtenir satisfaction. Ainsi, alors qu'il rejette le recours pour excès de pouvoir formé par la section française de l'observatoire international des prisons contre la décision implicite du ministre rejetant la demande formulée par ladite section française et tendant principalement à ce que l'ensemble des établissements pénitentiaires soit immédiatement doté de matelas revêtus d'une housse ignifugée inamovible, le Conseil d'État prend soin de préciser « *que pour autant, cette obligation [s'imposant à l'administration de protéger la vie*

¹⁸⁸³ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit*, rec. p. 524.

¹⁸⁸⁴ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348, rec. p. 407.

¹⁸⁸⁵ V. le passage considéré de l'arrêt *Ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit* : « *à défaut de toute contestation sur la légalité des mesures réglementaires prises par le gouvernement français pour se conformer aux directives arrêtées par le Conseil des communautés européennes* ».

¹⁸⁸⁶ B. SEILLER, *Droit administratif. Les sources et le juge*, tome 1, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 2016, 6^e éd, spéc. p. 74.

des détenus] peut être de nature à imposer à l'administration pénitentiaire de mettre à la disposition de certains détenus des quartiers ordinaires, lorsque des circonstances particulières tenant notamment à leur comportement, à celui de leurs codétenus ou à la configuration de leur cellule le justifient, des matelas Celso utilisés dans les quartiers disciplinaires, faute de quoi sa responsabilité serait susceptible d'être engagée pour faute ». Ce faisant, la haute juridiction formule un conseil précieux à tous les justiciables potentiels. Elle les invite à agir directement auprès de l'administration qui, si elle ne s'exécute pas, pourra voir, selon les circonstances, sa responsabilité pour faute engagée devant la juridiction administrative¹⁸⁸⁷. Le Conseil d'État poursuit une démarche analogue de conseil lorsque, se prononçant dans le prolongement de son arrêt *Société Fairvesta International*¹⁸⁸⁸, il précise à titre de principe valable au-delà du seul cas d'espèce que « *lorsque le justiciable n'a pas contesté cet acte [de droit souple pris par une autorité de régulation] dans ce délai [de deux mois à compter de sa mise en ligne sur le site internet de l'autorité de régulation qui l'édicte], il lui reste loisible, s'il s'y croit fondé, de demander son abrogation à l'autorité qui l'a adopté et, le cas échéant, de contester devant le juge de l'excès de pouvoir le refus que l'autorité oppose à cette demande* »¹⁸⁸⁹.

648. Il arrive également que le juge guide les justiciables administrés potentiels quant à la manière d'articuler plus efficacement leurs demandes. Une telle intervention de ce juge-conseiller ressort particulièrement d'un arrêt *Association Les Amis de la Terre* en date du 10 juin 2015¹⁸⁹⁰. En l'espèce, le Conseil d'État était saisi de demandes tendant à la mise en œuvre de l'arrêté interpréfectoral du 7 juillet 2006 portant approbation du plan de protection de l'atmosphère d'Ile de France et à ce qu'il soit enjoint aux préfets concernés de prendre toute mesure utile pour appliquer ledit plan. La haute juridiction a rejeté le recours faisant valoir une obligation de moyens, et non de résultat, pesant sur les autorités compétentes en matière de protection de l'air. Elle a saisi l'occasion de cette affaire pour formuler une indication générale potentiellement utile à tout justiciable administré et selon laquelle « *un État peut être mis en cause, de façon globale, en cas de dépassement de ces valeurs* » limites définies par la directive européenne n°2008/50/CE s'agissant de la concentration de certains polluants atmosphériques. Le conseil ainsi formulé par le juge n'a pas été vain puisque l'association requérante elle-même n'a pas hésité à modifier en conséquence les termes de sa requête à l'occasion d'un nouveau procès¹⁸⁹¹ à l'issue duquel elle a, cette fois, obtenu satisfaction¹⁸⁹².

¹⁸⁸⁷ CE, 17 décembre 2008, *OIP-SF*, n°305594, rec. p. 456.

¹⁸⁸⁸ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et a.*, n°368082, rec. p. 76.

¹⁸⁸⁹ CE, Sect., 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, n°388150, rec. p. 384.

¹⁸⁹⁰ CE, 10 juin 2015, *Association « Les Amis de la Terre »*, n°369428, inédit au recueil.

¹⁸⁹¹ V. : A. VAN LANG, « Protection de la qualité de l'air : de la transformation d'un droit gazeux en droit solide », note sous CE, 12 juillet 2017, *Association Les amis de la Terre France, RFDA*, n°6/2017, pp. 1135-1148, spéc. pp. 1139-1140.

¹⁸⁹² CE, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n°394254, rec. p. 229.

649. Certaines expressions témoignent particulièrement de l'intervention de ce juge-conseiller des justiciables. La formule « *il appartient au requérant de* » est topique de cette manière de procéder¹⁸⁹³. Certes, l'usage de cette expression traduit avant tout les exigences du juge pesant sur le requérant administré. Mais, ce faisant et dans le même temps, le juge guide d'autant les justiciables administrés potentiels en leur fournissant un mode d'emploi de la marche à suivre pour espérer obtenir satisfaction devant le juge. Les justiciables potentiels et leurs conseils savent, en effet alors, plus précisément comment articuler ou argumenter leurs requêtes. Ainsi, lorsque le juge fournit un mode d'emploi de la contestation des mesures discriminatoires.

« Considérant [...] que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure [susceptible d'être empreinte de discrimination] de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe [constitutionnel de l'égalité de traitement des personnes], il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348, rec. p. 407)¹⁸⁹⁴.

De même, en référé-suspension, le juge administratif a pu établir des modes d'emploi plus précis destinés aux justiciables administrés potentiels et indiquant quels éléments ceux-ci doivent fournir pour justifier l'urgence.

« Considérant [...] que cette condition d'urgence sera en principe constatée dans le cas d'un refus de renouvellement du titre de séjour, comme d'ailleurs d'un retrait de celui-ci ; que, dans les autres cas, il appartient au requérant de justifier de circonstances particulières caractérisant la nécessité pour lui de bénéficier à très bref délai d'une mesure provisoire dans l'attente d'une décision juridictionnelle statuant sur la légalité de la décision litigieuse » (CE, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Ameur*, n°229773, rec. p. 123)¹⁸⁹⁵.

« Considérant que lorsque la demande de suspension porte sur une autorisation délivrée au titre de la législation sur l'équipement commercial, ni l'imminence de l'ouverture au public du magasin ou du centre commercial autorisés, ni la perspective d'une concurrence accrue entre grandes surfaces ne peuvent à elles

¹⁸⁹³ Cette expression est d'un usage classique en contentieux fiscal. En cette matière, le recours à la formule considérée avait déjà cours dans les années 1960.

¹⁸⁹⁴ (Nous soulignons).

¹⁸⁹⁵ (Nous soulignons).

*seules caractériser une situation d'urgence ; qu'il appartient au requérant d'apporter les éléments objectifs et précis de nature à démontrer, notamment, la gravité de l'atteinte portée à sa situation économique -qui peut être différente selon qu'il s'agit de l'exploitant d'une petite entreprise de commerce particulièrement exposée à cette concurrence nouvelle ou au contraire d'une société de grande distribution déjà fortement implantée- ou aux intérêts publics en cause » (CE, ord., 19 septembre 2003, *Société Cora Belgique et a.*, n°260199, rec. T. p. 922)¹⁸⁹⁶.*

650. L'enracinement de ce nouvel aspect de l'office du juge administratif-conseiller des justiciables administrés témoigne d'un renouveau de la relation juge/justiciables. De cela, l'image s'affaiblit d'un juge administratif qui ne serait que le juge de l'administration. Cette image qui est celle traditionnellement attachée au juge administratif ne s'estompe toutefois que partiellement car en effet, les conseils prodigués par le juge le sont parfois à l'intention et au bénéfice de l'administration. La rédaction de l'arrêt *Mme Perreux* précité le révèle en ce qu'il contient un mode d'emploi plus précis censé guider également l'administration partie au procès. Il en est de même lorsque le Conseil d'État indique au ministre de la défense, défendeur à l'instance, un moyen que celui-ci aurait pu valablement opposer au demandeur (un moyen tiré de la prescription prévue à l'article L. 74 du Code des pensions civiles et militaires)¹⁸⁹⁷ : cette information fournie par le juge sera utile à l'administration à l'occasion de procès futurs similaires au cas d'espèce car elle saura alors comment argumenter efficacement sa défense.

B. Les motifs comme support de conseils formulés à destination des justiciables parties au procès

651. Si le juge administratif se fait parfois le conseiller des justiciables en formulant de manière générale des indications précieuses en termes de stratégie contentieuse, il arrive également qu'il guide de manière plus précise le justiciable administré partie au procès dont il est saisi. Les conseils formulés ne le sont plus alors de manière indistincte ou indéterminée à destination de tout justiciable administré potentiel. Ils sont formulés de manière spéciale à l'intention du justiciable administré déçu à un procès donné. Les expressions utilisées par le juge à ces occasions (« *s'il s'y croit fondé* », « *s'il s'y estime fondé* ») témoignent incontestablement de ce que les conseils prodigués le sont spécifiquement à destination du justiciable administré partie au procès. En effet, le juge nomme précisément ledit justiciable.

¹⁸⁹⁶ (Nous soulignons).

¹⁸⁹⁷ CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Rida*, n°316734, rec. p. 211.

652. Un arrêt récent et relatif à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité est topique de ce cas de figure¹⁸⁹⁸. Saisi de la délicate question de la marche à suivre pour le juge administratif du filtre lorsque l'appréciation du caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité pose une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne qui supposerait de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel, le Conseil d'État décide, en l'espèce, de rejeter en l'état la question prioritaire de constitutionnalité puis, abordant le litige au fond, de saisir la Cour de justice de deux questions préjudicielles¹⁸⁹⁹. La haute juridiction administrative prend soin toutefois de formuler un conseil à l'intention du requérant déçu quant à la procédure QPC qu'il avait engagée. Elle précise ainsi à destination de celui-ci que « *dans le cas où, à la suite de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, le requérant présenterait à nouveau au Conseil d'État la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, l'autorité de la chose jugée par la présente décision du Conseil d'État ne ferait pas obstacle au réexamen de la conformité à la Constitution des dispositions du II de l'article 92 B et du 4 du I ter de l'article 160 du code général des impôts* ». Ce faisant, le juge administratif suprême invite très explicitement le justiciable à le saisir de nouveau, *via* une question prioritaire de constitutionnalité, de la constitutionnalité des dispositions législatives nationales contestées lorsque la Cour de justice de l'Union européenne se sera prononcée sur les questions préjudicielles qui lui ont été posées.

653. À l'image de cet arrêt, il est devenu fréquent que le juge administratif se mue ainsi en conseiller du justiciable déçu au procès administratif soit qu'il redirige celui-ci vers une autre voie de droit par laquelle il est susceptible d'obtenir satisfaction, soit qu'il l'invite à diriger sa requête vers une autre autorité publique de sorte à obtenir gain de cause devant le juge.

654. Le juge administratif se fait ainsi conseiller du justiciable administré partie au procès chaque fois qu'il guide celui-ci vers une autre voie de droit par laquelle il pourra, cette fois, espérer obtenir satisfaction. Cette pratique n'est pas nouvelle et a pu être mise en œuvre dès le début du XX^e. En ce sens, à l'occasion de l'arrêt *Compagnie générale des tramways*¹⁹⁰⁰, le Conseil d'État a pris soin de guider ladite compagnie, partie perdante à ce procès, vers une autre voie de droit lui permettant, le cas échéant, d'obtenir satisfaction. La haute juridiction a indiqué en effet « *qu'il appartiendrait seulement à la compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux*

¹⁸⁹⁸ CE, Ass., 31 mai 2016, *M. Jacob*, n°393881, rec. p. 191.

¹⁸⁹⁹ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « QPC et question préjudicielle : la logique et ses impasses », chronique sur CE, Ass., 31 mai 2016, *Jacob*, *AJDA*, 2016, pp. 1392-1397.

¹⁹⁰⁰ CE, 11 mars 1910, *Cie générale des tramways*, rec. p. 216.

charges de l'exploitation ». De la sorte, le Conseil d'État a consacré le droit à indemnité du cocontractant de l'administration mais également conseillé précisément la compagnie générale des tramways. Cette tendance du juge administratif à guider le justiciables déçu vers une autre voie de droit possible est devenue fréquente. Il n'est plus rare que le juge redirige le justiciable partie au procès. Ainsi lorsque, après avoir rejeté la demande dont il était saisi au titre du référé-liberté, le juge invite le requérant à former une demande sur un autre fondement (celui du référé mesures utiles).

« Considérant que si la carence de l'administration pénitentiaire [...] porte à la dignité, à l'intégrité et à la vie privée de M. A...une atteinte d'une gravité telle qu'elle constitue une situation d'urgence, cette urgence n'est pas [...] de la nature de celles qui impliquent que le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ; qu'en revanche, en l'absence de décision administrative refusant de faire droit à la demande de M.A..., celui-ci peut, s'il s'y croit fondé, saisir le juge des référés afin qu'il ordonne, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, toutes mesures utiles de nature à obtenir de l'administration pénitentiaire qu'elle mette fin aux dysfonctionnements qui affectent le dispositif de surveillance électronique mobile qui lui a été imposé » (CE, 26 octobre 2011, Beaumont, n°350081, rec. T. p. 838).

De même, c'est fréquemment que le juge des référés, après avoir rejeté la demande dont il était saisi au titre du référé-suspension ou du référé-liberté, indique la faculté ouverte au requérant déçu d'agir sur le fondement de l'article L. 521-4 du code de justice administrative, en vertu duquel *« saisie par toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin »*¹⁹⁰¹.

La démarche est similaire lorsque le juge invite le requérant déçu à se tourner, non pas vers un autre juge, mais vers l'autorité administrative compétente devant laquelle il peut espérer obtenir satisfaction. Ainsi, dans son arrêt *Rezli*, après avoir rejeté le recours dont il était saisi, le Conseil d'État a pu diriger le requérant déçu vers l'administration. En l'espèce, par décision du 16 décembre 1992, le préfet de l'Ardèche avait refusé de délivrer à M. Y un certificat de résidence en qualité de commerçant. M. Y avait alors saisi le tribunal administratif d'une demande tendant à l'annulation de cette décision. Sa requête ayant été rejetée par le juge de première instance, M. Y avait saisi le Conseil d'État pour que celui-ci annule ledit jugement et la décision préfectorale contestée. Le Conseil d'État a rejeté la requête formée par M. Y au motif notamment que le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la CEDH était inopérant. La haute juridiction a pris soin cependant d'inviter le requérant déçu,

¹⁹⁰¹ V. pour un exemple en ce sens : CE, ord., 16 janvier 2017, n°406614.

« s'il s'y estime fondé, [à] solliciter de l'administration une autorisation de séjour en invoquant lesdites stipulations » européennes¹⁹⁰².

655. Demeurant dans son rôle de guide ou conseiller, il arrive également que le juge invite le justiciable administré partie au procès à agir contre une autre autorité publique pour obtenir satisfaction devant le juge. Ainsi, en a-t-il été à l'occasion de l'affaire qui a donné lieu en 1995 à un arrêt de Section, *Port autonome du Havre*¹⁹⁰³. En l'espèce, par deux décisions des 18 juillet et 1^e août 1988, le Bureau central de la main d'œuvre du Port autonome du Havre avait prononcé la suspension de la carte professionnelle de M. X puis sa radiation des listes professionnelles. Le conseil d'administration de la Caisse nationale de garantie des ouvriers dockers avait confirmé ces décisions par une décision du 20 octobre 1988. M. X avait obtenu l'annulation de ces décisions par le tribunal administratif de Rouen. La Port autonome du Havre avait alors saisi le Conseil d'État de ce jugement pour en obtenir l'annulation. Se prononçant sur cette affaire, le Conseil d'État a partiellement fait droit aux conclusions du Port autonome du Havre en annulant le jugement attaqué en tant qu'il avait retenu le principe de la responsabilité du Port autonome du Havre vis-à-vis de M. X. Le Conseil d'État a estimé en effet que la responsabilité de l'État était seule en cause en l'espèce dès lors que, lorsqu'il exerce la mission d'instance d'appel à l'encontre des décisions de radiation d'un ouvrier docker prises par le directeur du port, le conseil d'administration de la Caisse nationale de garantie agit en tant qu'autorité de l'État. À l'occasion des motifs de son arrêt, la haute juridiction invite en ce sens le justiciable administratif déçu à former une action en réparation contre l'État. La haute juridiction précise, en effet, qu'il « appartient à M. X., s'il s'y croit recevable et fondé, de poursuivre la responsabilité de l'État à raison de cette illégalité ». Le Conseil d'État formule ainsi un conseil non voilé à destination du justiciable administratif, requérant initial dans cette affaire.

656. Les conseils formulés à l'intention du justiciable administré peuvent aller jusqu'à prendre parfois la forme de véritables mises en garde. Le ton du juge est alors plus incisif et menaçant. Une ordonnance prononcée par la cour administrative de Douai¹⁹⁰⁴ est topique de ce cas de figure. En l'espèce, après avoir donné acte du désistement du requérant et s'être prononcé au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le juge des référés de la cour se prononce sur la question de savoir si doit être infligée au requérant une amende pour recours abusif. Le juge renonce finalement à infliger une telle amende en faisant valoir « qu'à titre exceptionnel compte tenu de ses faibles

¹⁹⁰² CE, Sect., 20 juin 1997, *Rezli*, n°151493, rec. p. 250.

¹⁹⁰³ CE, Sect., 28 juillet 1995, *Port autonome du Havre*, n°126260, rec. p. 331.

¹⁹⁰⁴ CAA de Douai, ord., 12 décembre 2006, n°06DA01323.

ressources et de son désistement il n'y a pas lieu pour cette fois de lui infliger une amende pour recours abusif ». La formule retenue par le juge sonne comme une mise en garde à l'intention du requérant partie au litige : pour cette fois il échappe à l'amende.

657. Les conseils ainsi formulés par le juge le sont parfois à destination de l'autorité administrative partie au procès et qui n'a pas obtenu gain de cause. Ainsi, décidant d'enjoindre au maire de la commune d'accorder à une association, à titre provisoire, l'autorisation permettant l'ouverture au public de la mosquée de Fréjus, le juge des référés du Conseil d'État a indiqué à l'intention de l'autorité administrative déçue « *qu'il sera seulement loisible à la commune, si elle s'y croit fondée au vu des décisions de justice à intervenir au terme de ces instances [contentieuses visant la délivrance des autorisations d'urbanisme qui ont permis la réalisation de la mosquée], de demander au juge des référés de mettre fin à ces mesures provisoires dans les conditions prévues à l'article L. 521-4 du code de justice administrative* »¹⁹⁰⁵. Un conseil du même type a pu être formulé à l'intention de l'État par le juge des référés du Conseil d'État à l'occasion d'une ordonnance de 2015.

« Considérant que [...] la commune de Chambourcy est fondée à soutenir que c'est à tort que le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a constaté l'existence d'une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'en effet, si l'installation de la jardinière et le refus de procéder à sa dépose partielle bloquent l'accès au " Vieux Chemin de Mantes " depuis la RD 113 et ont pour effet d'empêcher que des poids lourds et engins de chantier puissent l'emprunter pour rejoindre le chantier de construction du nouveau centre technique municipal de Saint-Germain-en-Laye, le ralentissement du cours des travaux qui en résulte ainsi que la perspective d'une interruption du chantier, d'ici quelques semaines, ne sont pas constitutifs d'une situation d'urgence caractérisée de nature à justifier l'intervention du juge des référés dans les conditions d'urgence particulière prévues par l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que cette circonstance ne fait pas obstacle à ce que l'État saisisse, s'il s'y croit fondé, le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative [...] » (CE, ord., 9 octobre 2015, *Commune de Chambourcy*, n°393895, rec. p. 343)¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰⁵ CE, ord., 9 novembre 2015, *Association musulmane El Fath et a.*, n°394333, rec. T. p. 806.

¹⁹⁰⁶ (Nous soulignons).

Conclusion du chapitre

658. L'évolution de la motivation de ses décisions par le juge administratif témoigne d'un renouveau de la relation que celui-ci entretient avec les parties au procès. La motivation véhicule l'image d'un juge désormais plus attentif aux parties et l'idéal d'un procès administratif centré autour des parties et, plus particulièrement encore, autour des justiciables administrés. En ce sens, la motivation actuelle traduit un mouvement de subjectivisation du procès administratif.

Plus encore, elle participe pleinement de ce mouvement. Par la motivation de ses décisions, le juge administratif tient compte, en effet, des personnes¹⁹⁰⁷ derrière les justiciables administrés et met ainsi l'individu au cœur du procès administratif. Il mobilise la motivation de ses décisions pour favoriser d'autant la polarisation du procès administratif autour des personnes que sont les justiciables administrés. En ce sens, il entend inscrire son action dans une double démarche explicative et dialogique à destination première desdits justiciables. Ainsi, il explique plus et mieux ses décisions pour permettre une meilleure compréhension de celles-ci par les justiciables administrés. De même, il renouvelle jusqu'à ses méthodes de raisonnement pour permettre une prise en compte affinée des situations et intérêts particuliers, et notamment de ceux des justiciables requérants au procès administratif. *A maxima*, soucieux de ce que les administrés bénéficient d'une protection effective de leurs droits, le juge administratif va jusqu'à formuler des conseils en stratégie contentieuse à l'intention des justiciables administrés.

659. Ce mouvement de subjectivisation du procès administratif renouvelle l'image du juge administratif mais ne bouleverse pas la nature profonde de celui-ci. La subjectivisation du procès administratif n'a pas transformé le juge administratif en juge des administrés face à l'administration. En ce sens d'ailleurs, les évolutions que connaît la motivation juridictionnelle et qui marquent la subjectivisation du procès administratif ne contrarient nullement l'administration. D'une part, les efforts consentis par le juge administratif quant à l'explication de ses décisions bénéficient à l'ensemble des publics intéressés, y compris donc à l'administration elle-même. D'autre part, le juge-conseiller distille ses conseils aussi parfois à l'intention de l'administration. Enfin, le renouvellement des méthodes de contrôle du juge administratif qui se concrétise notamment par l'essor d'un raisonnement fondé sur la mise en balance d'intérêts opposés ne se révèle pas systématiquement défavorable à l'administration.

¹⁹⁰⁷ Sur cette notion, V. : D. TRUCHET, « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in Institut français des sciences administratives, *Administration : droits et attentes des citoyens*, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 23-34.

Ainsi donc, s'il y est attentif, le juge administratif ne se laisse pas cependant déstabiliser ou désorienter plus que de mesure par le « *mouvement de montée de l'individualisme et d'affirmation des droits des administrés face à la puissance publique* »¹⁹⁰⁸. Il demeure le juge de l'administration et le gardien de l'intérêt général que celle-ci est censée poursuivre, sauf à ce qu'il intègre les transformations que subit l'intérêt général sous l'effet de l'individualisme libéral¹⁹⁰⁹.

660. Le juge administratif demeure le juge de l'administration mais un juge de l'administration désormais plus attentif aux administrés et qui consent, en ce sens, à prendre davantage en compte les personnes derrière les justiciables administrés. Cette évolution, qui ne consiste pas en une révolution, est une réponse à la marche générale du droit qui fait une place désormais centrale à l'individu et à la protection de ses droits et libertés. Aussi, elle s'inscrit dans une démarche de légitimation ou de « re-légitimation » de la part du juge administratif qui fait désormais face à la concurrence d'autres juridictions, dont la Cour européenne des droits de l'homme, particulièrement protectrices des individus.

¹⁹⁰⁸ A. VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1053-1081, spéc. p. 1078.

¹⁹⁰⁹ *Idem*, spéc. pp. 1079-1080.

CHAPITRE II : La motivation, instrument amorcé d'efficacité de la justice administrative

661. Est efficace ce qui « *produit l'effet attendu* »¹⁹¹⁰ et escompté. L'efficacité est ainsi fonction d'un effet ou d'un but assigné. Appliquée à la justice administrative, l'exigence d'efficacité dépend donc de la capacité de cette justice à atteindre les objectifs qui lui sont assignés, quels qu'ils soient par ailleurs.

662. L'objectif historique assigné à la justice est le rétablissement de la paix sociale par le traitement des litiges opposant les membres d'une société donnée. La justice a une « *fonction d'apaisement* »¹⁹¹¹, le rôle du juge consistant à « *mettre fin au litige, en épuisant non seulement le différend juridique mais encore la dispute sociale* »¹⁹¹². Il s'agit ainsi, par la voie des décisions juridictionnelles, de mettre un terme aux litiges et de dépasser les « *opposition[s] de valeurs* »¹⁹¹³ susceptibles de naître au sein de la société et parmi les membres qui la composent. L'efficacité sociale de la justice administrative dépend donc de la capacité de celle-ci à mettre un terme définitif aux litiges opposant les particuliers à l'administration.

663. Depuis particulièrement les années 2000, la justice administrative fait face à de nouvelles attentes et exigences en termes d'efficacité. L'efficacité de la justice s'entend désormais également d'un objectif de performance.

La post-modernité juridique est marquée par la recherche d'efficacité et de rationalisation du droit¹⁹¹⁴ ; elle est largement empreinte de cette logique de performance originellement présente dans le secteur privé et le monde de l'entreprise. La justice administrative n'est pas en reste à mesure que se développe à son égard une conception managériale qui conduit à appréhender la qualité de la justice jusqu'en termes de « *gains de productivité* »¹⁹¹⁵. Il ne s'agit plus seulement que le juge prononce de bonnes décisions, justes et fondées en droit, encore faut-il que le service public de la justice, pris globalement, fasse la preuve de sa performance. Cette ambition moderne s'est traduite notamment

¹⁹¹⁰ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2009, spéc. p. 65, citant Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. p. 19.

¹⁹¹¹ C. LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, spéc. p. 553.

¹⁹¹² M.-A. FRISON-ROCHE, « L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence », *RRJ*, n°4/1993, pp. 1271-1277, spéc. p. 1273.

¹⁹¹³ *Idem*, spéc. p. 1274.

¹⁹¹⁴ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, 4^e éd., spéc. p. 148 et s.

¹⁹¹⁵ J.-M. SAUVÉ, « Conclusions et perspectives », dossier : « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, pp. 1220-1226, spéc. p. 1225.

par la mise en œuvre de diverses réformes d'ordre structurel et procédural, dont l'objectif matriciel a été de parer à l'encombrement de la juridiction administrative¹⁹¹⁶ afin qu'elle puisse répondre à une demande de justice qui va sans cesse croissant : création des tribunaux administratifs, juridictions de droit commun en premier ressort ; création des cours administratives d'appel, juridictions d'appel de droit commun ; progression du juge unique et de la procédure simplifiée de l'ordonnance ; reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au profit du juge administratif ; refonte des procédures d'urgence ; multiplication des dérogations au double degré de juridiction ; dispense possible des conclusions du rapporteur public ; progrès des mécanismes de prévention des contentieux, notamment par le développement des recours administratifs préalables ; confortation des modes alternatifs de règlement des litiges ; etc. Ce mouvement de réforme de la justice administrative, constant depuis la seconde moitié du XX^e siècle, n'a cependant pas toujours permis d'atteindre les ambitions qui lui étaient assignées en termes d'efficacité de la justice, entendue au sens de performance de celle-ci. Notamment, les réformes entreprises n'ont pas permis de résoudre parfaitement le problème devenu essentiel de l'encombrement de la juridiction administrative¹⁹¹⁷. Certes, en la matière, des progrès ont été réalisés. Mais, la difficulté demeure et empêche à elle seule, pour beaucoup, la performance désormais recherchée de la justice administrative.

664. À l'étude de la motivation de ses décisions par le juge administratif, la question se pose de savoir si celui-ci n'est pas en passe de renouveler ses méthodes de motivation en vue d'assurer toujours davantage l'efficacité de la justice, entendue dans sa double acception sociale et de performance.

Mobilisant la motivation de ses décisions, c'est à moyens constants que le juge entendrait ainsi améliorer l'efficacité et la performance de la justice. Autrement dit, c'est en exploitant les ressorts de la motivation juridictionnelle que le juge administratif entendrait répondre à « *un impératif d'efficience [qui se pose désormais à lui] dans un contexte de ressources budgétaires de plus en plus contraintes* »¹⁹¹⁸ (Section 1). Concourir par la voie de la motivation à l'efficacité et la performance de la justice, sans toutefois multiplier les dépenses, moyens et efforts¹⁹¹⁹, serait d'autant plus aisé

¹⁹¹⁶ Cet objectif devenu essentiel conduit parfois à mettre en cause d'autres impératifs également essentiels. En ce sens, certaines réformes, bien que bénéfiques parce qu'elles permettent de parer à l'engorgement de la juridiction administrative, apparaissent critiquables à d'autres points de vue. Ainsi topiquement, le développement de la procédure du juge unique pose question au regard des principes de collégialité de la formation de jugement, d'indépendance et d'impartialité des juges.

¹⁹¹⁷ Problème qui, d'ailleurs, a vocation à rejaillir sur la motivation et la rédaction de ses décisions par le juge administratif. L'augmentation de la charge de travail des magistrats a vocation à influencer négativement sur la qualité de leur travail et notamment donc sur celle de la motivation et de la rédaction de leurs décisions.

¹⁹¹⁸ J.-M. SAUVÉ, « Conclusions et perspectives », préc., spéc. p. 1222.

¹⁹¹⁹ Il est donc bien question ici d'*efficience* de la justice. Est efficient, en effet, ce « *qui aboutit à de bons résultats avec le minimum de dépenses, d'efforts, etc.* » (dictionnaire Larousse en ligne). L'efficience, c'est faire autant avec moins de

pour le juge qu'il a pleinement la main sur la motivation de ses décisions et qu'il peut, en conséquence, en faire varier les contours au gré de ce qu'exigent l'efficacité et la performance de la justice administrative (Section 2).

Section I : La motivation, instrument d'efficience de la justice administrative

665. Le juge administratif sait les exigences d'efficacité et de performance qui pèsent sur lui. Il a pris pleinement conscience, en effet, de la nécessité qu'il y a à mettre rapidement et définitivement fin aux litiges opposant les particuliers à l'administration. Dans ce cadre, il a compris que l'efficacité sociale de la justice¹⁹²⁰ ne peut être garantie que dès lors, *a minima*, que sont exécutées les décisions juridictionnelles. Il sait que l'effectivité¹⁹²¹ des décisions juridictionnelles participe nécessairement de l'efficacité de la justice, qu'elle en est la condition *sine qua non*. De même, il est conscient des nouveaux objectifs de performance qui pèsent aujourd'hui sur la justice envisagée en tant qu'elle constitue un service public. Il sait que la justice administrative connaît un mouvement profond de rationalisation et que la conception managériale de la justice, désormais largement à l'œuvre, suppose notamment que cette dernière soit rendue dans des délais raccourcis et dans des conditions sereines. Il s'agit alors principalement pour le juge d'améliorer la célérité des jugements et de parer à l'encombrement de la juridiction administrative, le rendement et la performance du service public de la justice administrative étant à ce prix.

666. Or, c'est au quotidien, en perfectionnant ses techniques et notamment la motivation de ses décisions, que le juge administratif cherche désormais à améliorer encore l'efficacité et la performance de la justice. Conscient de la nécessité qu'il y a à obtenir la pleine et entière exécution des décisions qu'il prononce et des exigences de performance qui pèsent désormais sur lui, le juge administratif tend à mobiliser, plus pleinement aujourd'hui qu'hier, la motivation de ses décisions en vue d'atteindre les objectifs, multipliés, qui lui sont assignés dans l'exécution de sa tâche. En ce sens, il fait évoluer ses méthodes de motivation pour s'assurer tant de la bonne exécution de ses décisions (§1) que de la bonne performance de son intervention (§2).

moyens ou faire mieux avec autant ou, *a fortiori*, moins de moyens.

¹⁹²⁰ Selon la définition que nous en retenons (*cf. supra* le paragraphe n°662 de la présente thèse), l'efficacité sociale de la justice administrative est la capacité de celle-ci à mettre un terme définitif aux litiges opposant les particuliers à l'administration.

¹⁹²¹ L'effectivité n'est pas l'efficacité. Est effectif ce qui se réalise ou se concrétise dans le réel. Est efficace ce qui réalise l'effet attendu et voulu. Sur cette distinction, V. : Association HENRI CAPITANT, *L'effectivité des décisions de justice*, Paris, Economica, 1987.

§1 : La motivation, instrument d'effectivité des décisions juridictionnelles administratives

667. Si, originellement, le juge administratif comptait sur son autorité et la seule crainte de la sanction pour espérer¹⁹²² la pleine et entière exécution de ses décisions, tel n'est plus dorénavant le cas (A). Désormais, pour s'assurer des bonnes réception et exécution de ses décisions, le juge administratif n'hésite plus à formuler, à destination de l'administration, des guides en explication des conséquences de ses décisions¹⁹²³. Dans le même objectif, le juge cherche également désormais à faire œuvre de conviction pour obtenir l'assentiment des destinataires de ses décisions. Il a compris la nécessité qu'il y a à obtenir l'adhésion de ces derniers pour parvenir à mettre pleinement et définitivement fin aux litiges dont il est saisi et ainsi garantir un rétablissement pérenne de la paix sociale. À cette fin, le juge administratif mobilise le potentiel argumentatif et didactique de la motivation de ses décisions (B).

A. Le passage d'une motivation d'autorité à une motivation d'adhésion

668. Habilité en ce sens par le système juridique qui lui reconnaît le pouvoir de trancher les litiges par application du droit, le juge « *décide* » de la solution à donner au litige dont il est saisi par application de la règle de droit générale, par hypothèse légale. Il *tranche* le litige soumis à son office et n'entend pas, dès lors, convaincre du bien-fondé et de la justesse de la solution qu'il prononce autrement qu'en la présentant comme l'application particulière de la règle de droit générale. C'est ainsi que, traditionnellement, la motivation juridictionnelle est toute entière empreinte d'autorité. La solution prononcée se justifie pas cela seulement qu'elle découle de la règle de droit générale : l'autorité de la loi fait l'autorité de la décision juridictionnelle, celle-ci étant, du reste, dotée de la force exécutoire. La motivation juridictionnelle exprime l'autorité de la décision du juge, laquelle découle elle-même de l'autorité de la règle légale. En ce sens, le syllogisme de construction, qui marque le caractère censé logico-déductif du raisonnement du juge, présente la solution donnée au litige comme la seule possible par application de la règle générale. La phrase unique qui déroule un raisonnement (considérant, considérant, décide) et le recours à des formules telles que « *il résulte* », « *il suit de là* », etc., impriment d'autant le lien censé purement logique entre les diverses étapes de la démarche du juge, dont la solution apparaît ainsi juste et fondée. Faisant œuvre d'autorité bien plus

¹⁹²² Le résultat escompté n'était pas alors toujours atteint. L'administration, notamment, ne se soumettait pas toujours à la chose jugée. C'est pour parer à ces faiblesses qu'ont été reconnus au juge administratif les pouvoirs de prononcer des astreintes et des injonctions à l'encontre de l'administration.

¹⁹²³ Sur ce thème, cf. *supra* le deuxième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n° 179 et s.

que de persuasion lorsqu'il rend la justice, le juge estime classiquement ne pas avoir à expliciter sa démarche : il tranche plus qu'il explique, il affirme plus qu'il explicite sa décision. Plus même, selon une représentation traditionnelle, le juge qui se risque à étoffer la motivation de sa décision court le danger de voir celle-ci contestée car « *plus une argumentation est développée, plus elle prête elle-même à interprétation, à imprécision, voire à contestation de tel ou tel élément la composant* »¹⁹²⁴.

669. Une telle motivation d'autorité ne saurait plus désormais avoir cours dans les mêmes termes car, en effet, dans l'État démocratique moderne et à mesure que croît l'importance attachée au principe de transparence, le pouvoir quel qu'il soit est tenu de se justifier¹⁹²⁵. Il ne peut plus reposer sur la seule autorité. Pour espérer être respecté, le pouvoir, peu importe sa forme, doit justifier de sa légitimité, non plus seulement institutionnelle, mais également fonctionnelle. « *La présentation dogmatique, logico-déductive et descendante du droit [...], qui part de l'autorité pour en déduire la conséquence nécessaire de l'obéissance* » a trop longtemps masqué la circonstance que « *l'obéissance n'est pas acquise par le seul fait de l'énoncé de la norme qui se prétend telle* »¹⁹²⁶. En ce sens, la décision de justice ne peut s'imposer par la seule voie de l'autorité ou de la force. Le constat établi par Rivero s'agissant de la motivation des décisions administratives et selon lequel « *l'autorité [...] consciente de s'adresser à des personnes, c'est-à-dire à des êtres doués de raison et de liberté, [...], juge nécessaire de rechercher l'obéissance, non dans le seul respect de son pouvoir, étayé par la crainte de la sanction, mais dans l'adhésion des intelligences* »¹⁹²⁷, vaut, *a fortiori*, pour ce qui concerne les décisions de justice. Le juge est désormais contraint de justifier le bien-fondé et la justesse de ses décisions autrement qu'en s'en remettant à la seule autorité de la règle générale dont il fait application. La motivation d'autorité laisse ainsi la place à une motivation d'adhésion : sans toutefois abandonner le moule traditionnel de la logique déductive et du syllogisme de présentation, le juge administratif tend désormais à le compléter d'une double démarche argumentative et didactique. Les motifs de ses décisions se font alors porteurs d'un type d'énoncé persuasif et explicatif.

¹⁹²⁴ D. RIBES, « La motivation des décisions du Conseil d'État », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 183-195, spéc. p. 190.

¹⁹²⁵ D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », in DARCY (G.), LABROT (V.), DOAT (M.) (dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, pp. 470-480.

¹⁹²⁶ É. PICARD, préface à la thèse de F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2011, spéc. p. 19.

¹⁹²⁷ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 821-833.

670. Ce passage à l'œuvre d'une motivation d'autorité à une motivation d'adhésion marque « *la résurgence d'une forme de légitimation rationnelle* »¹⁹²⁸ du droit qui tend à traduire un changement de paradigme quant à ce qui fait la force du droit.

671. La doctrine juridique classique, imprégnée en cela des idées de Kelsen, appréhende la normativité juridique au regard des concepts d'obligatorité, de sanction et de contrainte¹⁹²⁹. Mais, des travaux récents¹⁹³⁰ s'inscrivent en faux contre cette conception d'un droit qui ne serait qu'« *une ingénierie de domination sociale* »¹⁹³¹ et d'une normativité juridique qui ne serait qu'« *une pure technique, par laquelle une volonté s'impos[e] par sa seule force sur la réalité des faits et les individus* »¹⁹³². Ces travaux ont pour effet d'introduire la problématique de la réception sociale des normes juridiques comme condition de la force du droit. Ainsi particulièrement, le Professeur F. Brunet entend démontrer que la normativité et spécialement la normativité juridique supposent l'assentiment du corps social aux normes édictées. Selon lui, en effet, la volonté¹⁹³³ n'est pas seule à l'œuvre en matière de normativité juridique : « *quoi que puisse vouloir l'auteur d'une norme, quelle que soit la force de sa volonté, cette dernière doit être reçue par ses destinataires. Impossible de faire l'impasse sur cette exigence [...] qui conditionne les chances d'effectivité des normes. La réception du droit constitue ainsi le cœur de sa normativité, en tant que le droit tend à l'effectivité* »¹⁹³⁴. La démonstration de l'auteur s'opère en deux temps, celui-ci étudiant d'abord « *le mode d'action* »¹⁹³⁵ de la normativité, quelle que soit sa forme, avant d'en venir à l'analyse plus précise des ressorts de la normativité juridique.

672. Pour le Professeur F. Brunet, la normativité est fondée sur l'autorité de l'auteur du discours, laquelle découle de la position de l'émetteur de cet énoncé. La normativité ne tient pas au contenu du discours mais à la position reconnue à son auteur. Pour être normatif, un discours ou énoncé doit encore être reçu par ses destinataires. Or, cette réception est conditionnée par la reconnaissance, de la part des destinataires du discours, d'une position particulière et prééminente de son auteur, celui-ci agissant au nom d'une valeur supérieure ou d'une institution.

¹⁹²⁸ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, 2012, spéc. p. 457.

¹⁹²⁹ Sur ce point, cf. *supra* spéc. les paragraphes n°223 et n°241 de la présente thèse.

¹⁹³⁰ V. les travaux de la Professeure C. Thibierge, dont notamment : C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009 ; V. également : F. BRUNET, *op. cit.*

¹⁹³¹ F. BRUNET, *op. cit.*, spéc. p. 425.

¹⁹³² *Idem.*

¹⁹³³ L'on sait l'importance de la volonté comme condition de la juridicité d'un acte. En ce sens, analysant la pensée de Kelsen, le Professeur O. Cayla a pu la présenter comme « *une condition nécessaire de la juridicité* ». V. : O. CAYLA, « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits*, n°7/1988, pp. 59-73, spéc. p. 62.

¹⁹³⁴ F. BRUNET, *op. cit.*, spéc. p. 442.

¹⁹³⁵ *Idem*, spéc. p. 417.

La normativité juridique, en tant qu'elle constitue une forme spécifique de normativité, repose sur une forme d'autorité elle-même spécifique : la légitimité. Appréhendée au regard de l'auteur de la norme juridique, la légitimité consiste en la « revendication *exprimée par l'auteur des normes [...]* de ce que son titre mérite d'être reconnu par les destinataires de ces normes »¹⁹³⁶. La légitimité est donc la « revendication d'un mérite et non d'un attribut »¹⁹³⁷ par l'auteur des normes. Considérée au regard des destinataires de la norme juridique, la légitimité renvoie à l'assentiment des destinataires à cette norme à raison de ce que celle-ci apparaît, dans son contenu et son sens mêmes, juste au regard des valeurs dominantes et de l'idéal de justice à l'œuvre dans une société considérée. Cette adhésion des destinataires aux normes juridiques s'entend d'un assentiment raisonné au contenu de celles-ci. Faisant appel à la raison, cette adhésion des destinataires ne peut dès lors être obtenue que par la persuasion. La force du droit moderne repose ainsi sur une autorité de la raison et non plus, ou plus seulement, sur une autorité faite de pouvoir et de force. Cette force ou autorité rationnelle du droit moderne se traduit par une « exigence d'argumentation, couplée à une volonté de pédagogie de plus en plus manifeste de la part des acteurs juridiques -notamment des juges- »¹⁹³⁸.

673. Une telle analyse de la normativité juridique pourra sans doute souffrir la discussion au plan théorique notamment parce qu'en faisant ainsi le lien entre la normativité juridique et l'assentiment du corps social, elle risque, peu ou prou, de réintroduire l'idée selon laquelle l'effectivité serait une condition de la normativité. Car en effet, faire ainsi la liaison entre ces deux éléments c'est sous-entendre qu'une norme qui ne serait pas ou plus reçue par le corps social et qui par ce fait, en bonne hypothèse, resterait ineffective, ne pourrait pas répondre à l'objectif qui fait sa nature même : diriger ou seulement guider les comportements humains.

Mais, et quelles que puissent être par ailleurs les possibles faiblesses théoriques d'une telle analyse de la normativité juridique, celle-ci convainc par ce seul fait qu'elle trouve désormais appui dans la pratique, notamment juridictionnelle. En effet, le passage de ce que nous avons appelé la motivation d'autorité à la motivation d'adhésion traduit autant qu'elle confirme ce changement de paradigme à l'œuvre quant à ce qui fait la force du droit et des normes juridiques. Le droit n'agit plus seulement par l'autorité, c'est-à-dire par le pouvoir et la force, la crainte de la sanction et la coercition, mais recherche également, et de plus en plus, l'adhésion du corps social aux normes juridiques. Il s'agit désormais d'obtenir l'assentiment des destinataires des normes juridiques afin de garantir plus pleinement l'effectivité de celles-ci. La motivation d'adhésion, que le juge administratif tend à

¹⁹³⁶ *Idem*, spéc. p. 440.

¹⁹³⁷ *Idem*.

¹⁹³⁸ *Idem*, spéc. p. 457.

développer, s'inscrit pleinement dans cette démarche. Le juge ne se contente plus désormais de faire la preuve de la conformité de sa décision à la norme générale -par hypothèse légale- dont elle a vocation à tirer son autorité obligatoire. En effet, et quand bien même il maintient encore par principe le moule de la logique déductive et du syllogisme de présentation, le juge entend également convaincre de sa propre légitimité et du bien-fondé et de la justesse de ses décisions en vue d'obtenir l'adhésion des destinataires de celles-ci. Pour ce faire, il améliore la qualité de ses décisions notamment en travaillant la qualité de leur motivation¹⁹³⁹. De fait, la motivation de ses décisions par le juge administratif consiste, de plus en plus souvent, en une motivation d'adhésion qui conduit le juge à mobiliser pleinement le potentiel rhétorique ou argumentatif et pédagogique de la motivation juridictionnelle. La motivation d'adhésion n'a pas pour seul objectif alors de parvenir à rapprocher le juge de la société¹⁹⁴⁰, mais bien plutôt d'améliorer l'effectivité et, donc, l'efficacité de ses décisions.

B. Les voies de la motivation d'adhésion

674. Dès lors que l'autorité faite de pouvoir et de force ne peut plus seule garantir les complètes et définitives réception et exécution des décisions de justice, le juge doit désormais convaincre du bien-fondé et de la justesse de ses décisions pour s'assurer de l'adhésion des destinataires de celles-ci. À cette fin, il mobilise les arts de l'argumentation (1) et de la pédagogie (2). Si l'argumentation n'a jamais été totalement absente de la motivation de ses décisions par le juge administratif, la pédagogie paraît être une voie nouvelle propre à garantir plus pleinement encore l'assentiment des destinataires à la décision de justice. La rhétorique du juge est ainsi désormais mâtinée de pédagogie parce que le didactisme, en ce qu'il permet une meilleure compréhension de la décision, constitue une condition nécessaire de l'adhésion de ses destinataires à la décision rendue. Il apparaît en effet qu'« *obtenir l'assentiment d'un auditoire afin d'être mieux obéi nécessite d'être compris par lui* »¹⁹⁴¹. La volonté du juge de persuader son auditoire de la justesse et du bien-fondé de ses décisions est d'autant plus ferme alors qu'elle allie la rhétorique à la pédagogie, celle-ci renforçant celle-là.

¹⁹³⁹ La qualité de la motivation constitue un élément essentiel de la qualité de la décision de justice.

¹⁹⁴⁰ La modernisation de la rédaction des décisions juridictionnelles administratives, qui notamment passe par la rénovation de la motivation de celles-ci, a pu être présentée comme visant à et permettant de rapprocher le juge des justiciables et de ses publics, d'inscrire davantage le juge administratif dans la « Cité ». V. en ce sens : J.-M. SAUVÉ, « Conclusions et perspectives », dossier : « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, pp. 1220-1226.

¹⁹⁴¹ C. LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, spéc. p. 557.

1. La rhétorique

675. « En dépit de sa majesté et de la force propre qui s'attache à ses décisions [...] le juge est [...] condamné à l'argumentation, pour convaincre [...], pour rendre sa décision acceptable »¹⁹⁴². La force exécutoire attachée à la décision de justice permet son exécution mais elle ne garantit pas l'adhésion de ses destinataires à la solution prononcée. Pourtant, seul un tel assentiment est propre à permettre que le litige prenne définitivement fin et que la paix sociale soit rétablie de manière pérenne. Dès lors, le juge a tout intérêt à rechercher l'adhésion des destinataires de ses décisions pour obtenir les pleines réception et exécution de celles-ci. En ce sens, il mobilise le potentiel argumentatif de la motivation juridictionnelle. Il motive sa décision en vue de persuader, de convaincre par le discours, du bien-fondé et de la justesse de la solution qu'il prononce. La décision de justice est ainsi porteuse d'un énoncé de type persuasif qui prend corps dans ses motifs. Cet effort de justification par les canaux de l'argumentation vise en premier lieu les parties au litige et particulièrement la partie perdante car, en effet, « si la partie condamnée n'est pas convaincue de la justesse de la décision, le risque se précise d'une résurgence de la dispute en dehors de l'enceinte judiciaire »¹⁹⁴³. Le juge cherche également à justifier ses solutions auprès d'un auditoire désormais universalisé¹⁹⁴⁴ qu'il s'agit aussi de convaincre.

676. Pour espérer obtenir l'assentiment des destinataires de ses décisions, le juge administratif mobilise un ensemble de procédés ou pratiques de motivation à forte densité argumentative. Trois de ces procédés rhétoriques sont essentiellement ou particulièrement mobilisés par le juge administratif afin d'obtenir l'adhésion des destinataires de ses décisions : le discours de la conviction (α), le standard (β) et la motivation par référence (γ).

¹⁹⁴² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, spéc. p. 58.

¹⁹⁴³ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence », *RRJ*, n°4/1993, pp. 1271-1277, spéc. p. 1273

¹⁹⁴⁴ La notion d'« auditoire universel » est de C. Perelman ; V. : C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1979, 2^e éd., réédition 1999, spéc. p. 107.

677. Par essence, la décision de justice est un discours argumentatif¹⁹⁴⁵. Il a été démontré d'ailleurs qu'elle peut être appréhendée comme tel au regard des critères et standards de la rhétorique¹⁹⁴⁶. Il n'est pas étonnant, dès lors, de voir le juge recourir à un vocabulaire et une grammaire de la conviction. Est topique en ce sens l'utilisation faite par lui de « *formulation[s] faussement négative[s]* » construites « *à partir des expressions « ne pourrait » ou « ne saurait », et par lesquelles il « en appelle [...] à l'évidence [...] par la fausse négation »*¹⁹⁴⁷. Par ce biais, le juge conforte l'argumentation développée au soutien de la solution qu'il prononce. De même, les formules telles que « *au surplus* », « *d'ailleurs* », « *en outre* », qui sont les marqueurs de la sur-motivation¹⁹⁴⁸, concourent également à asseoir plus avant la décision du juge en ce qu'elles impriment la justesse d'un raisonnement fondé sur une pluralité de raisons concordantes.

678. Outre le vocabulaire et la grammaire de la conviction, il arrive que le juge administratif en revienne à une forme de consensus socio-historique pour davantage encore conforter la solution qu'il prononce. Il mobilise alors des arguments qui sont à la frontière du juridique et qui en appellent au socle socio-culturel, non plus seulement des justiciables, mais des citoyens eux-mêmes. Ainsi en est-il lorsque le juge en revient, au détour des motifs de sa décision, à un argument historico-politique.

« Considérant que les éléments supplétifs de l'armée française en Algérie, agents contractuels de l'administration aux termes de l'article 1er du décret n° 61-1201 du 6 novembre 1961, étaient depuis la loi n° 46-940 du 7 mai 1946 des citoyens français comme l'ensemble des ressortissants des territoires d'outre-mer ; que l'État a une obligation générale de protection de ses ressortissants et de ses agents ; que la réalité des affirmations de M. C...sur l'absence de rapatriement des éléments supplétifs de l'armée française en Algérie et de leur famille, après le cessez-le-feu du 18 mars 1962 et après la proclamation de l'indépendance de l'Algérie le 5 juillet 1962, et sur leur abandon est aujourd'hui nettement établie par les historiens ; qu'il est constant que plusieurs dizaines de milliers de supplétifs de l'armée française et de membres de leur famille ont été massacrés à titre de représailles, souvent après avoir été torturés ; qu'au demeurant, le 14 avril 2012, le président de la République a reconnu la responsabilité de la France dans

¹⁹⁴⁵ En tant qu'elle est un discours du droit, la décision juridictionnelle partage ce trait commun à tous les discours du droit qui est de viser la persuasion. V. en ce sens : C. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2005, 3^e éd., spéc. p. 33.

¹⁹⁴⁶ F. MATINEAU, « Critères et standards rhétoriques de la bonne décision de justice », in MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 89-102.

¹⁹⁴⁷ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009, spéc. p. 447.

¹⁹⁴⁸ En effet, de telles formules tendent à signaler que le juge déroge à l'économie de moyens. V. : J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd., spéc. p. 1246.

cette tragédie en déclarant : " La France se devait de protéger les harkis devant l'Histoire, elle ne l'a pas fait. La France porte cette responsabilité devant l'Histoire " ; que son successeur a réitéré cette déclaration, le 25 septembre 2016, en évoquant " ces combattants qui furent privés de la protection de la France au lendemain de la guerre d'Algérie et dont l'abandon ne fut jamais pleinement reconnu par la République " ; que, dès lors, en manquant à la protection due à ses ressortissants et à ses agents en ne mettant pas en œuvre les mesures nécessaires dues à la situation créée par le cessez-le-feu puis par l'indépendance de l'Algérie, l'État a commis une faute de nature à engager sa responsabilité » (CAA de Douai, 6 octobre 2016, n°14DA01874)¹⁹⁴⁹.

Il en est de même lorsque, saisi d'un arrêté anti-burkini, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a fait valoir au soutien de sa décision rejetant la demande de suspension un argument de contexte lié à l'actualité des attentats terroristes¹⁹⁵⁰. Certes, la démarche du juge des référés a été censurée par le Conseil d'État¹⁹⁵¹, mais il n'en reste pas moins que cet exemple démontre comment le juge administratif cherche parfois à en revenir, avec plus ou moins de succès, à des arguments qui font écho à l'esprit des citoyens au nom desquels il rend la justice.

β *Le standard juridique*

679. Le juge administratif fait également appel au sens commun dans le but de persuader de la justesse de sa solution. C'est le cas topiquement lorsqu'il recourt au procédé du standard. Le standard juridique constitue, pour le juge, un utile instrument de persuasion et de conviction en ce que la référence à la normalité qu'il véhicule trouve écho chez les destinataires de la décision juridictionnelle. Le standard repose sur les lieux communs, les prénotions propres à une société donnée ; il fait appel à l'évidence, à ce qui apparaît normal aux individus composant cette société. Il répond ainsi à une fonction de persuasion car « *la référence à la normalité persuade* »¹⁹⁵². En cela, le standard juridique « *tend à résoudre un problème de communication juridique* »¹⁹⁵³ et favorise, en conséquence, l'adhésion des destinataires de la décision de justice à la solution prononcée.

¹⁹⁴⁹ (Nous soulignons).

¹⁹⁵⁰ TA de Nice, ord., 22 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et a.*, n°1603508 et 1603523.

¹⁹⁵¹ CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et a.*, n°402742, rec. p. 390.

¹⁹⁵² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., spéc. p. 212.

¹⁹⁵³ *Idem*, spéc. p. 58.

680. À ces deux procédés rhétoriques plus traditionnels que sont le discours de la conviction et le standard juridique s'ajoute un troisième, plus contemporain, qui mobilise jusqu'à la motivation formelle de ses décisions par le juge administratif : la pratique de la motivation par référence.

Le procédé de la motivation par référence, qu'il conduise le juge à se référer à la jurisprudence administrative¹⁹⁵⁴ ou à celle d'une autre juridiction¹⁹⁵⁵ comporte une densité argumentative non négligeable qui favorise l'adhésion des destinataires de la décision juridictionnelle. La référence explicite voire expresse à la jurisprudence administrative ou d'une autre juridiction renforce le fondement de la décision prise autant qu'elle légitime plus pleinement celle-ci en la donnant à voir comme inscrite dans un ensemble jurisprudentiel cohérent. Par ce biais, le juge administratif montre que sa décision est conforme ou compatible avec la jurisprudence administrative antérieure ou la jurisprudence d'une autre juridiction ; il montre que sa décision s'insère de manière cohérente au sein du système jurisprudentiel en vigueur. En mobilisant ainsi l'argument systémique, le juge conforte la décision qu'il prononce.

2. La pédagogie : essai de systématisation

681. « *Le discours est une suite organisée de signes* »¹⁹⁵⁶, eux-mêmes respectivement constitués « *d'une image mentale [le signifié] associée à une image acoustique* »¹⁹⁵⁷ ou graphique (le signifiant), qui vise la communication entre l'émetteur d'un message et le destinataire de celui-ci. L'émetteur énonce (il produit et organise les signes de sorte à émettre un message), exprime (il choisit le mode écrit ou oral pour émettre son message) et encode (il met en œuvre la langue dans laquelle il exprime son message) le message qu'il émet à l'intention de son destinataire. La communication est un succès dès lors seulement que le destinataire du message le reçoit effectivement mais encore le décode (grâce à la connaissance qu'il a du code c'est-à-dire de la langue d'expression du message) et le comprend (grâce à la connaissance qu'il a du référent c'est-à-dire de la chose nommée qui est l'objet du discours)¹⁹⁵⁸. Puisqu'il existe un « *discours juridictionnel* »¹⁹⁵⁹, il faut admettre l'évidence d'une communication qui s'opère entre le juge et les destinataires de ses décisions et qui passe notamment

¹⁹⁵⁴ Sur ce point, cf. *supra* le troisième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°242 et s.

¹⁹⁵⁵ Sur ce point et pour ce qui concerne particulièrement la motivation par référence à la jurisprudence des Cours de Luxembourg et de Strasbourg, cf. *supra* le cinquième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°440 et s.

¹⁹⁵⁶ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2005, 3^e éd., spéc. p. 28.

¹⁹⁵⁷ *Idem*, spéc. p. 27.

¹⁹⁵⁸ Pour une présentation plus fine du discours et de la communication linguistiques, V. : G. CORNU, *op. cit.*, spéc. pp. 25-29.

¹⁹⁵⁹ *Idem.*, spéc. p. 333 et s.

par la décision juridictionnelle, laquelle contient le message. Le juge émet donc un message à l'intention des destinataires de la décision qu'il prononce et ceci par le truchement de celle-ci. La réussite de la communication ainsi opérée entre le juge et les destinataires de sa décision est conditionnée par la pleine et entière réception, par les destinataires, du message contenu dans la décision prononcée par le juge. Or, cette pleine réception suppose, non seulement que les destinataires reçoivent effectivement le message que contient la décision juridictionnelle, mais encore qu'ils le décodent et le comprennent. En ce sens, la pédagogie apparaît essentielle à la fonction de juger et aux rapports entretenus entre le juge et les destinataires de ses décisions.

682. La pédagogie peut être définie de deux manières. Selon une première acception, elle est « *une science recherchant les fins et les moyens appropriés à l'éducation* »¹⁹⁶⁰. Dans une seconde approche, elle est « *l'art d'enseigner regroupant [...] les diverses formes [...] de transmission du savoir* »¹⁹⁶¹. Dire du juge qu'il est pédagogue, c'est appréhender la pédagogie dans cette seconde acception et telle qu'elle est mise en œuvre par le juge dans l'exercice de sa mission de juger. La pédagogie du juge est « *une pédagogie a posteriori, qui [...] intervient après la prise de décision* »¹⁹⁶². Elle prend corps dans les motifs de la décision de justice¹⁹⁶³. C'est en effet au stade des motifs de ses décisions et en mobilisant ceux-ci que le juge entend faire œuvre de didactisme.

683. Cette ambition didactique qui anime aujourd'hui le juge n'est pas désintéressée : elle sert¹⁹⁶⁴ notamment l'efficacité de la justice en ce qu'elle permet, pour une part, de parer à l'engorgement des juridictions. Si le juge se fait désormais plus pédagogue, c'est parce qu'il a pleinement pris la mesure du potentiel de la pédagogie comme vecteur d'efficacité de la justice. Il a compris que « *pour pouvoir accepter (quand on est partie au procès) ou encore appliquer (pour les juges du fond, pour l'administration) une décision de justice, il faut [...] pouvoir la comprendre* »¹⁹⁶⁵. De fait, le juge

¹⁹⁶⁰ P. RAIMBAULT, L. GALLIANO, « Synthèse. La pédagogie en droit : pour qui et pour quoi faire ? », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 422-431, spéc. p. 421.

¹⁹⁶¹ *Idem*.

¹⁹⁶² Sur la distinction opérée entre la pédagogie *a priori* et la pédagogie *a posteriori*, V. : G. HOUILLON, « Pédagogie et efficacité du droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, préc., pp. 327-355.

¹⁹⁶³ La pédagogie peut être également para-juridictionnelle. Alors, elle ne prend pas corps dans les motifs de la décision de justice mais dans des documents externes à celle-ci.

¹⁹⁶⁴ Sur la dimension instrumentale ou fonctionnelle de la pédagogie du juge, V. particulièrement : V. DONIER, « Style et structure des décisions du Conseil d'État : vers une évolution culturelle ? », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 197-207 ; D. BOTTEGHI, « L'ambition pédagogique du juge administratif », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, préc., pp. 153-160. Ces deux auteurs mettent parfaitement en lumière l'idée selon laquelle la pédagogie du juge ne constitue pas une fin en soi ; elle est mise au service d'autres fins par le juge administratif.

¹⁹⁶⁵ M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, préc., pp. 5-24, spéc. pp. 17-18.

administratif a fait sien le postulat selon lequel « *la seule motivation qui vaille est celle qui est claire et compréhensible au minimum pour ceux à qui elle s'adresse, pour tous, si possible* »¹⁹⁶⁶. La pédagogie participe pleinement de l'adhésion recherchée des destinataires de la décision juridictionnelle quels qu'ils soient et favorise, en cela, l'effectivité des décisions de justice, laquelle constitue, elle-même, une des facettes de l'efficacité de la justice. La pédagogie sert l'effectivité des décisions juridictionnelles et, par voie de conséquence, l'efficacité de la justice administrative : « *l'ambition pédagogique des nouveaux pédagogues [que sont les juges] repose principalement sur la volonté de concourir à une meilleure réception du Droit [, des décisions de justice] par [leurs] destinataires et d'en permettre ainsi une application plus efficace* »¹⁹⁶⁷. Reste alors à identifier plus précisément les contours de cette pédagogie juridictionnelle dont les auteurs se font souvent l'écho mais qui ne fait l'objet d'aucune définition précise. Un tel effort de systématisation paraît d'autant plus nécessaire désormais que le Conseil d'État, lors de son étude annuelle de 2016, s'est engagé « *à faire preuve de davantage de pédagogie* »¹⁹⁶⁸.

684. La pédagogie juridictionnelle passe par un ensemble de procédés mis en œuvre par le juge et visant à faciliter la compréhension de ses décisions. Ainsi appréhendée, la pédagogie du juge est autant formelle ou rédactionnelle que substantielle.

685. L'ambition pédagogique du juge l'a conduit d'abord à intervenir au plan formel en faisant évoluer ses habitudes rédactionnelles. C'est en ce sens que doivent être considérés le recours désormais récurrent au titrage et à la numérotation des paragraphes mais encore et surtout, le recul de la phrase unique et des considérants. En agissant sur la forme de ses décisions, le juge en améliore la lisibilité ce qui, bien que très insuffisamment¹⁹⁶⁹, a vocation, déjà, à favoriser une compréhension améliorée de ses décisions.

686. La pédagogie juridictionnelle se traduit également, et là est l'essentiel des progrès consentis, au plan substantiel en cela que le juge entend accroître la densité explicative de ses décisions. Cette

¹⁹⁶⁶ T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ*, n°2/1992, pp. 343-395, spéc. p. 381.

¹⁹⁶⁷ P. RAIMBAULT, L. GALLIANO, « Synthèse. La pédagogie en droit : pour qui et pour quoi faire ? », préc., spéc. p. 429.

¹⁹⁶⁸ Étude annuelle du Conseil d'État, 2016, *Simplification et qualité du droit*, spéc. p. 21 et pp. 120-121 (l'étude est disponible en ligne sur le site officiel du Conseil d'État). Il convient de regretter l'ampleur relative de cet engagement pris par le Conseil d'État qui ne concerne en réalité que la pédagogie para-juridictionnelle, le juge s'engageant seulement à « *moderniser les procédures d'information du public sur les décisions rendues par la juridiction administrative* ».

¹⁹⁶⁹ Sur la distinction entre lisibilité et intelligibilité, Cf. *supra* la note de bas de page n°1705 de la présente thèse.

pédagogie-explication peut être appréhendée selon deux paramètres distincts que sont le raisonnement du juge et la réponse fournie à l'argumentation des parties.

Le didactisme juridictionnel peut être envisagé, d'abord, du côté du juge et au regard des diverses étapes de son raisonnement. Ainsi entendue, la pédagogie est observable, de manière plus ou moins aboutie, à tous les stades essentiels du raisonnement du juge : détermination de la règle de droit applicable, qualification juridique des faits, déduction des conséquences légales. Pour le dire autrement, et en s'appuyant sur les représentations traditionnelles, le juge peut se faire pédagogue au stade de la majeure de son syllogisme, au stade de la mineure de son syllogisme et/ou au stade de la conclusion de son syllogisme. La pédagogie mise en œuvre dans la détermination de la règle de droit applicable est, sans aucun doute, la plus perfectible. Le juge pédagogue consent à exposer c'est-à-dire à faire mention explicite ou expresse de la règle de droit qu'il applique au cas d'espèce et, si besoin est, à expliciter le sens de celle-ci. Mais, il rechigne encore pour bonne part à donner à voir les considérations juridiques et, *a fortiori*, extra-juridiques qui l'ont guidé dans le choix de la règle applicable et dans le sens à attribuer à celle-ci¹⁹⁷⁰. Autrement dit, le juge administratif refuse encore par principe de dévoiler et d'expliquer le raisonnement au terme duquel il décide de la règle de droit applicable et du sens qu'il convient de lui attacher. La pédagogie mise en œuvre au stade de la qualification juridique des faits, quant à elle, se traduit, de la part du juge, par des motivations plus complètes et plus circonstanciées. La motivation se fait plus complète dès lors que le juge, dans l'application qu'il fait du droit aux faits, consent à vérifier si, en l'espèce, l'ensemble des conditions d'application de la règle de droit sont effectivement réunies. La motivation se fait plus circonstanciée et partant, moins affirmative, chaque fois que le juge se prononce eu égard aux particularités propres de l'espèce qu'il prend soin de relever dans toute leur singularité¹⁹⁷¹. Le juge pédagogue est celui de la qualification juridique des faits. Il est aussi, et peut-être surtout, celui de la déduction des conséquences légales. C'est en effet au stade de la conclusion du syllogisme que le juge administratif a fait de notables progrès en termes de didactisme, n'hésitant plus à déterminer et à indiquer plus précisément les conséquences attachées aux décisions qu'il prononce. C'est ainsi que l'on a vu se multiplier, à destination première de l'administration, des modes d'emploi en explication de la chose jugée¹⁹⁷². Cette pédagogie en explicitation du dispositif de la décision n'est pas près de se tarir puisque le Conseil d'État s'est engagé, à l'occasion de son étude annuelle de 2016, « à expliciter plus fréquemment, même en l'absence d'injonction, les conséquences à tirer de ses décisions »¹⁹⁷³.

¹⁹⁷⁰ Sur ce point, *cf. supra* particulièrement le troisième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°270 et s.

¹⁹⁷¹ Sur ce point, *cf. supra* le septième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°602 et s.

¹⁹⁷² Sur ce point, *cf. supra* le deuxième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°179 et s.

¹⁹⁷³ Étude annuelle du Conseil d'État, 2016, *Simplification et qualité du droit*, spéc. p. 21 et pp. 119-120.

La pédagogie du juge peut être envisagée, également, du côté des justiciables parties à l'instance. Ainsi entendue, l'ambition pédagogique du juge le conduit, d'une part, à privilégier autant que faire se peut un vocabulaire simple et moderne, et d'autre part, à sur-motiver sa décision en se prononçant sur des moyens à propos desquels il garde traditionnellement le silence (réponse explicite à des moyens inopérants, dérogation à l'économie de moyens, etc.)¹⁹⁷⁴.

687. Quelle que soit sa forme, la pédagogie juridictionnelle est à destination des parties au procès mais également d'un public désormais divers et élargi. C'est d'ailleurs à l'intention de cet « *auditoire universel* »¹⁹⁷⁵ que le juge administratif soigne particulièrement la motivation des décisions qu'il rend à l'occasion d'affaires à fort potentiel médiatique telles que celles rendues à propos de l'affaire Lambert¹⁹⁷⁶ ou encore des crèches de Noël¹⁹⁷⁷.

688. Si le juge administratif consent dorénavant à davantage de pédagogie, celle-ci n'est pas pleinement assurée dès lors seulement que le juge perpétue certains silences. Les silences des jugements¹⁹⁷⁸ apparaissent ainsi comme une exception à la pédagogie juridictionnelle désormais à l'œuvre.

689. Dans l'exercice de la fonction de juger, certains silences sont interdits au juge tandis que d'autres lui sont permis. L'obligation faite au juge de motiver les décisions de nature juridictionnelle qu'il prononce permet de distinguer entre ces silences interdits et ces silences admis. Les silences interdits au juge le sont parce qu'ils sont contraires à l'exigence de motivation des jugements. Ainsi, par exemple, le juge doit répondre à l'ensemble des conclusions dont il est saisi. De même, lorsqu'il rejette au fond le recours soumis à son office, le juge est tenu de répondre à l'ensemble des moyens, non inopérants, invoqués par le demandeur. Le silence gardé sur de tels conclusions et moyens est illégal et sanctionné au nom de l'impératif de motivation des jugements. Au contraire, certains silences du jugement sont admis parce que considérés comme ne portant pas atteinte à l'obligation de motivation des décisions de justice. Ainsi, lorsque le juge se prononce au fond sur le litige dont il est saisi, il peut ne pas se prononcer explicitement sur la recevabilité de la requête ou sur sa compétence

¹⁹⁷⁴ Sur ce point, *cf. supra* le septième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°589 et s.

¹⁹⁷⁵ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1979, 2^e éd., réédition 1999, spéc. p. 107.

¹⁹⁷⁶ CE, Ass., 14 février 2014, *Mme Lambert et a.*, n°375081, rec. p. 31 ; CE, 24 juin 2014, *Mme Lambert et a.*, n° 375081, rec. p. 175 ; CE, 19 juillet 2017, *M. Pierre L et a. et M. François L*, n° 402472, rec. p. 271.

¹⁹⁷⁷ CE, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun*, n°395122, rec. p. 462.

¹⁹⁷⁸ Pour une étude de ces silences, V. : L. JANICOT, « Les silences du jugement », *RDP*, 2012, pp. 1064-1077.

pour connaître du litige. De même, et pour ne s'en tenir qu'à ces deux seuls exemples, lorsque le juge donne satisfaction au demandeur, il peut se prononcer sur l'un seulement des moyens invoqués par celui-ci (économie de moyens).

Les silences interdits, parce que contraires à l'exigence de motivation des jugements, ne portent pas tant atteinte à la pédagogie juridictionnelle qu'à la fonction de juger elle-même. De fait, s'intéresser comme présentement aux silences des jugements en ce qu'ils constituent des exceptions à la pédagogie du juge, c'est porter l'analyse sur les seuls silences qui sont admis du juge administratif.

690. Parmi ces silences admis qui sont autant d'exceptions à la pédagogie de juge, il faut encore distinguer entre deux hypothèses. Car en effet, si par principe ces silences ne signifient rien parce qu'ils ne disent rien de la position du juge¹⁹⁷⁹, certains d'entre eux ont une signification, un caractère décisive¹⁹⁸⁰. Lorsque le juge examine au fond le litige dont il est saisi sans se prononcer explicitement sur la recevabilité de la requête ni sa compétence pour connaître de ce litige, le silence ainsi gardé vaut décision. Il signifie que le juge a validé la recevabilité de la requête et sa compétence pour trancher le litige¹⁹⁸¹. De même, sont décisives les silences gardés sur les moyens inopérants et sur les moyens d'ordre public qui n'ont pas été soulevés par les parties mais qui pouvaient l'être d'office par le juge. Lorsque le juge garde le silence sur de tels moyens, cela signifie qu'après les avoir examinés il a décidé de les écarter.

691. Faut-il alors, au nom de la pédagogie juridictionnelle, espérer du juge administratif qu'il mette fin à ces silences admis, *a fortiori* lorsqu'ils sont décisives ?

La réponse à une telle interrogation ne peut et ne doit pas être catégorique. Car en effet, si la pédagogie du juge et le recul de ses silences sont louables en ce qu'ils favorisent l'intelligibilité de ses décisions et parfois même la prévention du contentieux, un excès de pédagogie peut nuire à la célérité contentieuse¹⁹⁸². En conséquence, les silences des jugements, en tant qu'ils constituent des exceptions à la pédagogie du juge, doivent être appréhendés également au regard des objectifs de performance de la justice et de rationalisation du contentieux désormais à l'œuvre.

¹⁹⁷⁹ Par exemple, lorsqu'il pratique l'économie de moyens et se prononce sur l'un seulement des moyens invoqués par le demandeur, la décision rendue par le juge ne préjuge pas du bien-fondé ou du mal-fondé des autres moyens de la requête à propos desquels le juge ne s'est pas prononcé.

¹⁹⁸⁰ L. JANICOT, *op. cit.*

¹⁹⁸¹ V. notamment en ce sens : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, spéc. pp. 102-103 et p. 233.

¹⁹⁸² Cf. *infra* §2, spéc. les paragraphes n°697 et s. de la présente thèse.

§2 : La motivation, instrument de rationalisation du contentieux administratif

692. De nouveaux objectifs d'efficacité, entendue au sens de performance, pèsent désormais sur la justice, envisagée en tant que service public. Notamment, le service public de la justice administrative doit procéder sans heurt et rapidement. La célérité est ainsi devenue un objectif essentiel assigné à la justice, et cela d'autant plus que cette facette de l'efficacité juridictionnelle se confond avec le droit au procès équitable, lequel compte parmi ses composantes le droit à un délai raisonnable de jugement. Il est évident que cette célérité contentieuse ne peut être espérée et envisagée que dès lors que les juges ne sont pas submergés par la tâche. Dans ce contexte et dans un objectif de performance, le juge administratif tend à mobiliser la motivation de ses décisions pour parer, dans une certaine mesure au moins, à l'engorgement de son prétoire (A) et ainsi être mieux à même de garantir une célérité améliorée de la justice (B).

A. La motivation comme instrument de prévention du contentieux

693. Il est souvent fait état de ce qu'une motivation bien menée, parce qu'elle permet aux justiciables de jauger les chances de succès d'un éventuel recours, a vocation à décourager d'autant les recours abusifs. Effectivement, habilement mobilisée en ce sens, la motivation peut constituer un utile instrument de prévention du contentieux, propre à favoriser le désengorgement de la juridiction administrative. Le juge administratif paraît en avoir pris pleinement conscience et mobilise tant la pédagogie que la motivation par référence en vue de contraindre et limiter d'autant les contentieux éventuels. D'une part, il se fait plus pédagogue afin de pallier la résurgence de conflits opposant les mêmes parties et, plus globalement, de tarir les hypothèses de recours susceptibles de trouver appui sur une présentation ambiguë de la règle de droit applicable (1). D'autre part, le juge paraît tendre à mobiliser la motivation par référence à la jurisprudence administrative, entendue au sens formel de cette pratique, en vue de dissuader parfois les justiciables de former recours (2).

1. La pédagogie juridictionnelle comme outil de prévention du contentieux

694. La pédagogie juridictionnelle, en ce qu'elle favorise l'adhésion des parties au litige à la décision prononcée, participe de la prévention de nouveaux contentieux entre celles-ci. Cette facette de la pédagogie n'est pas sans lien avec la tendance actuelle du juge à se faire plus pédagogue. Parce que « *l'administration ou les citoyens en tant que justiciables seront plus à même de reconnaître et*

d'appliquer les décisions juridictionnelles s'ils sont convaincus de leur bien-fondé »¹⁹⁸³, le juge administratif explicite davantage les tenants et aboutissants de sa décision, en espérant ainsi mettre définitivement fin au litige. De la sorte, il entend prévenir toute résurgence du conflit et le jeu d'éventuelles voies de recours. D'une part, en ce sens, le juge fait désormais un usage plus modéré de ses pratiques traditionnelles de l'économie de moyens et de la motivation affirmative. D'autre part, également en ce sens, il cherche à expliciter les conséquences des décisions qu'il prononce, y compris lorsqu'il n'est pas saisi de conclusions à fins d'injonction.

Appréhendées à court terme, les pratiques de l'économie de moyens et de la motivation affirmative permettent un gain de temps au stade de la rédaction de ses décisions par le juge administratif¹⁹⁸⁴. Mais, envisagées à plus long terme, elles sont susceptibles de favoriser la résurgence de l'opposition née entre les parties. Conscient des faiblesses de ces pratiques quant au plein rétablissement de la paix sociale, le juge administratif ambitionne, dans une certaine mesure au moins, de ne plus y avoir chaque fois recours. Les reculs de l'économie de moyens et de la motivation purement affirmative doivent ainsi être appréhendés, au moins en partie, au regard de cette volonté du juge administratif de mettre plus complètement et définitivement fin aux litiges dont il est saisi et cela dans le but de prévenir des contentieux futurs entre les mêmes parties. Se faisant moins affirmatif dans la motivation de sa décision, le juge administratif entend obtenir une meilleure adhésion des parties, et particulièrement de la partie perdante, à la solution qu'il prononce. Dérogeant à l'économie de moyens, non seulement le juge entend se faire plus convaincant, mais encore envisage-t-il de vider plus complètement le litige né entre les parties en vue d'éviter les résurgences de celui-ci. L'on a déjà vu¹⁹⁸⁵ en ce sens comment le juge administratif, en faisant reculer cette pratique de motivation, ambitionne de guider plus efficacement l'administration sur les voies de la légalité afin de garantir plus complètement et définitivement le rétablissement de celle-ci.

La multiplication des modes d'emploi en explicitation des conséquences de la décision prononcée est essentiellement marquée de cette même volonté du juge d'éviter la résurgence de l'opposition née entre les parties au litige. En prenant soin de préciser, à destination de l'administration partie au procès, les conséquences attachées à la chose jugée, le juge s'assure plus pleinement de mettre un terme définitif au litige dont il a à connaître.

¹⁹⁸³ P. RAIMBAULT, L. GALLIANO, « Synthèse. La pédagogie en droit : pour qui et pour quoi faire ? », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 422-431, spéc. p. 431.

¹⁹⁸⁴ Cf. *infra* les paragraphes n°697 et s. de la présente thèse.

¹⁹⁸⁵ Cf. *supra* le deuxième chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°167 et s.

695. La pédagogie du juge ne permet pas seulement de pallier la résurgence de conflits entre les mêmes parties, elle sert également parfois, plus globalement, à assécher, à la source, des pans de contestations potentielles.

Le didactisme juridictionnel, lorsqu'il se traduit par l'énoncé explicite voire catégorique de la règle de droit applicable, « *est de nature à stériliser une certaine effervescence contentieuse autour de questions de droit encore incertaines* »¹⁹⁸⁶. C'est ainsi que le Conseil d'État, avec pour ambition de mettre fin aux incertitudes de nature à favoriser les contentieux, n'hésite plus désormais à fixer sa jurisprudence à l'occasion notamment d'arrêts de principe de type professoral ou doctrinal. « *Le contentieux [étant] souvent le symptôme d'une maladie qui trouve sa cause dans la complexité et le manque de clarté des règles de droit* »¹⁹⁸⁷, le juge administratif suprême entend endiguer, pour partie, les flux contentieux en explicitant la règle de droit applicable.

2. La motivation par référence à la jurisprudence administrative comme potentiel outil de prévention du contentieux

696. La forme étant alors mise au service du fond, l'habitude prise par le juge administratif de motiver ses décisions par référence, sinon expresse, du moins explicite, à la jurisprudence administrative semble également pouvoir être appréhendée en termes de rationalisation du contentieux en ce qu'elle a vocation à participer de la prévention de celui-ci. En effet, par cette pratique de motivation, le juge donne à voir la jurisprudence en vigueur comme solidement établie et peu susceptible, dès lors, d'être renversée. En imprimant, au stade de la motivation formelle de sa décision, la certitude et la solidité de la règle de droit applicable, le juge administratif dissuade d'autant les plaideurs de tenter une action qui viserait au renversement de la jurisprudence. Dès lors « *qu'une jurisprudence établie a un aspect dissuasif tant pour le requérant que pour son conseiller lorsqu'elle ne laisse aucun espoir d'obtenir gain de cause* »¹⁹⁸⁸, la tendance du juge administratif à rappeler, parfois *in extenso*, le considérant de principe issu d'une jurisprudence établie paraît pouvoir participer, en partie au moins, de l'évitement de nouveaux contentieux.

¹⁹⁸⁶ R. PERROT, « Cour de cassation et Conseil d'État à travers leur fonction de juge suprême » in Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990 : Volume jubilaire*, Paris, Litec, p. 145 et s., spéc. p. 158.

¹⁹⁸⁷ P.-Y. SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA*, n°25/2016, pp. 1378-1383, spéc. p. 1381.

¹⁹⁸⁸ H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'État et Tribunal des conflits)*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999, spéc. p. 357.

B. La motivation comme instrument de célérité contentieuse

697. Si elle est articulée en ce sens, la motivation peut être pour le juge un utile instrument de célérité. À ce titre, le juge administratif a recours à des techniques de motivation formelle mais également substantielle favorisant une élaboration rapide de ses décisions. Il mobilise ainsi pleinement la motivation de ses décisions dans un objectif de célérité contentieuse.

Au stade de la rédaction des motifs de sa décision, le juge administratif peut gagner un temps utile en s'en remettant à des standards de rédaction (1) ou à certaines techniques de motivation lui permettant également des économies d'efforts (2). Surtout, la motivation précédentielle garantit au juge une certaine facilité dans la construction même de la motivation substantielle de sa décision propre à favoriser un traitement plus rapide du litige dont il est saisi (3).

1. La standardisation de la motivation juridictionnelle comme instrument de célérité contentieuse

698. La rédaction des décisions du juge administratif est encadrée, non seulement par la force des habitudes et coutumes rédactionnelles issues de l'expérience, mais également par un ensemble de documents qui sont autant de directives et modèles de rédaction. La circulaire NORMA fixe ainsi des normes de présentation formelle des décisions juridictionnelles administratives. Le guide du rapporteur établit, quant à lui, des modèles prérédigés de décisions. Il « *est un document interne remis à tous les membres du Conseil d'État et qui codifie strictement la manière de répondre aux moyens les plus usuels et les techniques de rédaction de ces réponses* »¹⁹⁸⁹. Les motifs font également l'objet de modèles prérédigés contenus dans les formulaires, fascicules et bibliothèques de paragraphes¹⁹⁹⁰.

699. L'élaboration de tels directives et modèles de rédaction traduit l'ambition d'une rédaction efficace et rapide des décisions juridictionnelles, laquelle doit être désormais appréhendée au regard du double impératif qui pèse sur la juridiction administrative du désengorgement de son prétoire et du délai raisonnable de jugement.

Dans le contexte moderne marqué par l'encombrement de la juridiction administrative et la montée en puissance de l'exigence d'un délai raisonnable de jugement issue du droit au procès équitable, la célérité de l'élaboration formelle des jugements ne constitue plus seulement une attente en termes

¹⁹⁸⁹ F. ROLIN, « La qualité des décisions du Conseil d'État », in MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 153-165, spéc. p. 156.

¹⁹⁹⁰ O. LE BOT, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-296, spéc. p. 282.

d'efficacité de travail des juges mais, plus fondamentalement, un impératif, une nécessité. Alors, certes, en tant que tel, le moment même de l'élaboration de la décision constitue un temps réduit au regard de la durée globale du procès ; mais il convient cependant que le juge, à ce stade, ne perde pas de son précieux temps. Or, précisément, le recours à des directives et modèles de rédaction des jugements permet au juge des économies d'efforts de nature à circonscrire le temps affecté à la rédaction de ses décisions.

2. Les techniques d'allègement de la motivation, instruments de célérité contentieuse

700. L'économie de moyens et la pratique de la motivation affirmative, laquelle est souvent articulée autour de formules standardisées, permettent des économies d'efforts pour le juge qui favorisent la célérité du rendu de ses décisions. L'allègement de la motivation qui résulte de telles pratiques de motivation favorise, en ce sens, une gestion plus efficace des flux contentieux.

L'économie de moyens qui, en réalité, consiste en « *une économie de motivation de la part du juge* »¹⁹⁹¹, conduit celui-ci à borner sa motivation à ce qui est strictement nécessaire à la justification du dispositif de sa décision. En cela, cette pratique permet, au stade de la rédaction de la décision, un gain de temps utile. Un constat similaire peut être fait s'agissant de la pratique de la motivation affirmative. Affirmer les éléments de droit et de fait sur lesquels il fonde sa décision plutôt que de les expliciter permet évidemment au juge de gagner du temps lors de la rédaction de sa décision. Conscient des avantages de ces deux pratiques de motivation en termes de travail rédactionnel et partant, de célérité dans l'élaboration de ses décisions, le juge administratif continue d'y avoir recours et cela quand bien même elles présentent de graves inconvénients, notamment en termes de didactisme juridictionnel. C'est précisément parce qu'elles permettent au juge de gagner du temps au stade de l'élaboration de ses décisions que ces pratiques de motivation continuent d'être mises en œuvre par lui. Ainsi, il fait usage de ces méthodes de motivation, sauf à ce qu'il lui apparaisse plus pertinent, en termes de pédagogie¹⁹⁹² et/ou de prévention du contentieux¹⁹⁹³, de ne pas les mettre en œuvre.

701. La faculté ouverte au juge d'appel de motiver sa décision par adoption des motifs des premiers juges permet également au juge d'économiser ses efforts au stade de la rédaction de sa décision.

¹⁹⁹¹ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd., p. 260.

¹⁹⁹² Cf. *supra* les paragraphes n°681 et s. de la présente thèse, spéc. le paragraphe n°686.

¹⁹⁹³ Cf. *supra* les paragraphes n°694 de la présente thèse.

Lorsqu'il confirme pleinement le jugement de première instance et donc rejette purement et simplement l'appel formé devant lui, au motif que ni le dispositif ni les motifs du jugement attaqué ne sont critiquables, le juge d'appel motive suffisamment sa décision en procédant par adoption des motifs des premiers juges. Cette faculté du juge d'appel est soumise à deux conditions cumulatives : les moyens invoqués en appel doivent être identiques à ceux que les premiers juges ont examinés ; les premiers juges doivent avoir rejeté lesdits moyens par des motifs explicites¹⁹⁹⁴. Même en présence d'une formulation différente d'un moyen examiné par les premiers juges, le juge d'appel peut se prononcer sur ce moyen par adoption des motifs des premiers juges dès lors que la réponse de ces juges audit moyen était elle-même suffisante et n'appelait pas de nouvelles précisions en appel¹⁹⁹⁵. Au plan formel, lorsqu'il se prononce par adoption des motifs des premiers juges, le juge d'appel, selon les cas, se borne à indiquer qu'il adopte purement et simplement les motifs des premiers juges¹⁹⁹⁶ après les avoir visés¹⁹⁹⁷ ou indique qu'il les adopte après avoir pris soin de citer ceux-ci à l'occasion des motifs de son arrêt¹⁹⁹⁸.

Cette technique de motivation apparaît d'une utilité non négligeable en termes de gestion du temps de jugement et du flux contentieux. La pratique révèle pourtant que le juge d'appel y a rarement recours¹⁹⁹⁹. Cela paraît d'autant plus regrettable que la technique de la motivation par adoption des motifs des premiers juges ne paraît pas devoir être critiquée plus que de mesure : elle « *ne doit pas être considérée comme une facilité rédactionnelle* »²⁰⁰⁰ critiquable en soi, car en effet, le rôle du juge d'appel « *n'est pas de réécrire ce qui a été correctement jugé, la motivation n'étant alors qu'exercice de style inutile* »²⁰⁰¹.

3. La motivation précédentielle comme instrument de célérité contentieuse

702. C'est sans doute en ce qu'il permet un utile gain de temps qu'est désormais multiplié le recours à la pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative. Le gain de temps que permet cette pratique a ceci de notable qu'il s'opère au double point de vue rédactionnel et substantiel.

¹⁹⁹⁴ CE, 22 mai 1968, *Dame Slove de Lory*, rec. p. 328 ; CE, 8 juin 1979, *Gogny-Goubert*, rec. p. 267.

¹⁹⁹⁵ CE, 27 juin 2005, *Consorts Godinat*, n°267597, rec. T. p. 950.

¹⁹⁹⁶ CE, 10 mai 1985, *Defer*, n°41599, rec. T. p. 739 ; CE, 10 juin 1988, *Ministre c. M^{elle} Bruno*, n°70304, rec. T. p. 963.

¹⁹⁹⁷ CE, 26 mars 2003, *Reniers*, n°227667, rec. T. p. 939 et p. 973.

¹⁹⁹⁸ CE, 8 novembre 1993, *Ville de Paris*, n°127034, rec. p. 312.

¹⁹⁹⁹ En pratique, lorsqu'elle rejette l'appel formé à l'encontre du jugement des premiers juges et donc confirme celui-ci, la juridiction d'appel a tendance à réécrire la motivation. C'est vrai notamment des cours administratives d'appel. V. en ce sens : D. GILTARD, « Réflexions sur le rôle et les méthodes du juge d'appel », *AJDA*, 2003, pp. 1801-1807, spéc. p. 1802.

²⁰⁰⁰ *Idem*.

²⁰⁰¹ *Idem*.

703. Au stade de la rédaction de sa décision par le juge, il va de soi que la célérité désormais ambitionnée favorise une préférence donnée à la reprise *in extenso* de la règle de droit telle qu'elle ressort d'une décision rendue par le Conseil d'État. Le juge, aidé en cela par l'outil informatique, gagne du temps à reprendre tel quel le considérant de principe d'un arrêt de principe du Conseil d'État et dont il fait application au cas d'espèce. Mais, là n'est pas l'essentiel.

La motivation par référence à la jurisprudence administrative permet au juge, au stade même de la réflexion et du raisonnement menés sur l'affaire dont il est saisi, un gain de temps non négligeable. Plutôt que de construire *ab initio* un raisonnement propre à justifier la solution qu'il entend prononcer, le juge administratif aura tendance à « calquer » un raisonnement déjà construit dès lors seulement que les faits présentement en litige sont suffisamment proches de ceux de l'affaire ayant été l'occasion de l'élaboration de ce raisonnement, de cette jurisprudence. Une telle motivation précédentielle apparaît grandement utile à la célérité du procès et de la justice administratifs et se justifie d'autant plus qu'elle concourt à l'égalité des justiciables devant la justice. Il convient néanmoins d'identifier le risque d'une telle pratique pour l'innovation jurisprudentielle.

Section II : La motivation, instrument pragmatique à la disposition du juge

704. Si le juge administratif peut ainsi faire de la motivation de ses décisions un utile instrument d'efficacité de la justice, entendue dans sa double acception sociale et de performance, c'est que cet outil lui appartient en propre : la motivation est un outil pragmatique, parce que modulable, qui est à la disposition du juge. Le juge met en œuvre à sa guise la motivation de ses décisions, sauf à respecter l'exigence fondamentale de motivation des jugements. Dire du juge qu'il tient en propre et qu'il a en main la motivation de ses décisions, c'est faire état de ce qu'il a vocation à en définir non seulement la fonction²⁰⁰², mais encore le contenu (§1) et la valeur (§2). Il peut alors parfaitement mobiliser la motivation juridictionnelle au service d'autres fins telle que l'efficacité de la justice en en faisant varier les contours.

²⁰⁰² Si la motivation vise en principe la justification du dispositif, il arrive fréquemment désormais qu'elle vise aussi l'explication du dispositif, c'est-à-dire l'explicitation des conséquences de la décision rendue. Sur ce thème, *cf. supra* le deuxième chapitre de la présente thèse (spéc. les paragraphes n°179 et s.) et, pour une lecture de référence : R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDJ*, 2003, pp. 3-17.

§1 : Variabilité du contenu de la motivation

705. Le juge administratif a largement la main sur le contenu de la motivation juridictionnelle. Bien que contraint par l'obligation de motiver ses décisions, il fait en pratique varier le champ d'application et la portée de la motivation de celles-ci.

Il module le champ ou l'étendue de la motivation de sa décision selon qu'il décide de ne pas se prononcer explicitement sur l'ensemble des moyens dont il est saisi ou, à l'inverse, qu'il juge opportun, pour des raisons de didactisme et/ou de prévention du contentieux, de sur-motiver sa décision (par exemple en se prononçant explicitement sur des moyens pourtant inopérants ou en dérogeant de son propre chef à l'économie de moyens).

De même, le juge façonne la portée de la motivation de ses décisions selon qu'il fait le choix de procéder par les voies de la motivation affirmative ou, au contraire, de préciser ses raisons. Se faisant ainsi plus ou moins précis et disert sur les raisons au fondement de sa décision, le juge module d'autant la portée de la motivation de ses décisions.

706. Si le juge peut faire varier de la sorte le champ d'application et la portée de la motivation de ses décisions c'est parce que les exigences pesant sur lui en la matière se révèlent limitées. La liberté du juge de modeler le contenu de la motivation de ses décisions est le fait du caractère particulièrement circonscrit des exigences du Conseil d'État en termes de motivation des jugements.

707. Le contrôle de la motivation, lequel est opéré au titre du contrôle de la régularité formelle de la décision juridictionnelle attaquée²⁰⁰³, conduit le juge de cassation à contrôler, d'une part, l'existence de motifs, et d'autre part, la suffisance de la motivation de la décision des juges du fond. Une absence de motifs²⁰⁰⁴ ou une insuffisance de motifs vicie la décision juridictionnelle prononcée²⁰⁰⁵.

Le contrôle de la motivation suffisante recouvre un double aspect quantitatif et qualitatif²⁰⁰⁶, le premier renvoyant au champ d'application de la motivation tandis que le second intéresse la portée de celle-ci. Au titre du volet quantitatif, le juge de cassation vérifie que la juridiction subordonnée a répondu à toutes les conclusions de la requête dont elle était saisie, qu'elle n'a pas omis de statuer sur

²⁰⁰³ Le contrôle de la contradiction de motifs et de la contradiction des motifs et du dispositif est désormais exercé, quant à lui, au titre du contrôle de la légalité interne de la décision juridictionnelle, et non pas au titre du contrôle de sa régularité externe : CE, 5 mai 1999, *Époux Gazeau*, rec. T. p. 984.

²⁰⁰⁴ En toute rigueur, cette hypothèse renvoie à celle d'une décision juridictionnelle qui serait dépourvue de tout motif.

²⁰⁰⁵ Il en va de même pour une contradiction de motifs et une contradiction entre les motifs et le dispositif du jugement.

²⁰⁰⁶ Sur cette présentation du contrôle de la motivation suffisante, V. : M. GUYOMAR, J. MASSOT, J.-H. STAHL, O. FOUQUET, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 2001, 5^e éd., spéc. p. 91 et s.

certaines de ces conclusions (contrôle de l'*infra petita*). Aussi, le Conseil d'État vérifie que la juridiction inférieure n'a pas omis de répondre aux moyens, non inopérants, invoqués par les parties (contrôle du défaut de réponse à moyen). À ce dernier titre, il « *censure [...] les jugements qui ne répondent pas à tous les moyens, du moins à ceux qui conduiraient à la solution inverse de la solution adoptée (moyens en demande en cas de rejet, exceptions de défense en cas d'accueil de la demande)* »²⁰⁰⁷. Au titre du volet qualitatif, est jugée insuffisante la motivation des juges du fond qui ne met pas le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle. La motivation des juges du fond, pour être suffisante, doit indiquer suffisamment précisément les éléments de droit et de fait au fondement de la décision prononcée²⁰⁰⁸.

708. L'essentiel du contrôle de la motivation consiste donc, on le perçoit, en un contrôle de la suffisance de celle-ci. La difficulté vient de ce que ce standard de la motivation suffisante ne fait l'objet d'aucune définition systématique et « *laisse [de ce fait] une ample liberté d'appréciation au juge chargé d'en assurer l'interprétation et l'application* »²⁰⁰⁹. Les exigences du Conseil d'État en la matière varient selon divers paramètres : la juridiction saisie²⁰¹⁰, le type de procédure, l'ampleur et la précision des argumentations développées par les parties²⁰¹¹, etc.²⁰¹². En toute hypothèse, elles se révèlent souvent limitées comme en témoigne topiquement²⁰¹³ la faiblesse des exigences pesant sur le juge unique des articles R. 222-1 et R. 122-12 du code de justice administrative, spécialement lorsqu'il se prononce sur les requêtes relevant d'une série²⁰¹⁴.

²⁰⁰⁷ *Idem*, spéc. p. 92.

²⁰⁰⁸ MAYRAS, conclusions sur CE, Sect., 7 décembre 1960, *Sieur Milbergue*, rec. pp. 680-686.

²⁰⁰⁹ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. p. 225.

²⁰¹⁰ En ce sens, le Conseil d'État sera plus exigeant à l'égard des juridictions administratives spécialisées qui ne sont pas composées de magistrats professionnels (M. GUYOMAR, J. MASSOT, J.-H. STAHL, O. FOUQUET, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, préc., spéc. p. 94). Aussi, la jurisprudence reconnaît, sous certaines conditions, la faculté pour le juge d'appel de motiver sa décision par adoption des motifs des premiers juges lorsqu'il confirme pleinement le jugement de ceux-ci (sur ce dernier point, cf. *infra* le paragraphe n°700 de la présente thèse).

²⁰¹¹ CE, 25 novembre 1994, *Ville de Nanterre et a.*, n°119553, rec. T. p. 1151 : le caractère suffisant de la motivation est examiné au regard de l'ampleur et de la précision de l'argumentation des parties.

²⁰¹² Sur ce constat, V. notamment : J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 225.

²⁰¹³ Pour d'autres exemples de cette souplesse du Conseil d'État quant à l'exigence de motivation des décisions juridictionnelles, cf. *supra* le premier chapitre de la présente thèse, spéc. les paragraphes n°130 et s.

²⁰¹⁴ Lorsqu'il statue sur les requêtes relevant d'une série, le juge unique des articles R. 222-1 et R. 122-12 du code de justice administrative est conduit à résoudre successivement trois questions non dénuées de toute difficulté : combien de requêtes similaires sont-elles nécessaires pour pouvoir considérer la présence d'une série ? Quelle doit-être la « tête de série », c'est-à-dire la décision ou l'avis contentieux qui fera référence ? Les affaires de la série et de la « tête de série » sont-elles suffisamment semblables ? Malgré la subtilité des questions qui se posent au juge unique, le Conseil d'État se satisfait en la matière d'une motivation dont on peut douter de la suffisance. En effet, le juge unique qui statue sur le fondement du 6° de l'article R. 222-1 du code de justice administrative n'est pas tenu de mentionner, dans son ordonnance, les éléments permettant d'apprécier si les conditions justifiant l'application de cette disposition sont remplies, ni de justifier le choix de la décision servant de fondement à cette application (CE, 26 février 2010, *M. Bernard A.*, n°324689, précisant CE, 20 mai 2005, *Reboul*, n°267836, rec. T. p. 1049). Sur ce point, V. : M. DEGUERGUE, « La montée irrésistible du juge unique », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 95-113.

Une telle indétermination du standard de la motivation suffisante ouvre, au bénéfice du juge, une marge de liberté lui permettant de modeler tant le champ (A) que la portée (B) de la motivation de ses décisions. Cette marge de liberté sera d'autant plus importante que seront limitées les exigences du Conseil d'État quant à l'obligation pour le juge administratif de motiver suffisamment ses décisions.

A. La marge de liberté du juge consécutive à l'indétermination du champ du standard de la motivation suffisante

709. En première analyse, la motivation suffisante envisagée sous son aspect quantitatif paraît faire l'objet d'une définition suffisamment précise de nature à empêcher le juge de moduler le champ d'application de la motivation de ses décisions. Le juge doit en effet statuer sur les conclusions dont il est saisi et répondre aux moyens invoqués par les parties.

Cette obligation pour le juge de répondre aux moyens dont il est saisi ne s'étend pas aux moyens inopérants²⁰¹⁵ ni d'ailleurs aux simples arguments développés à l'appui des moyens invoqués²⁰¹⁶. Or, précisément, parce qu'elles ne font l'objet d'aucune définition systématique, ces deux qualifications (moyen inopérant ; argument) ouvrent la possibilité pour le juge de faire varier le champ de la motivation de ses décisions. Elles offrent ainsi au juge une certaine marge de liberté quant à l'exigence de motivation suffisante de ses décisions.

710. La jurisprudence ne systématise pas la notion de moyen inopérant²⁰¹⁷. Tout au plus elle indique, mais de manière insuffisamment précise au regard des multiples cas de figure auxquels cette

²⁰¹⁵ CE, Sect., 25 mars 1960, *Boileau*, rec. p. 234. Pour une formulation nette de ce principe, V. : CAA de Paris, 6 mars 2012, *Société Towercast*, n°10PA00316 : « Considérant [...] qu'en ne statuant pas expressément sur ce moyen inopérant, les premiers juges n'ont entaché le jugement attaqué d'aucune insuffisance de motivation ».

Le juge doit toutefois viser les moyens inopérants (CE, 18 juin 1969, *Giaume*, rec. p. 321). La jurisprudence récente a pu faire douter certains de la persistance de cette obligation. V. : J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, préc., spéc. p. 217.

²⁰¹⁶ CE, 29 mai 1963, *Bizouerne*, rec. T. p. 818 ; CE, 16 novembre 1973, *Delle Petit*, rec. p. 648 ; CE, Ass., 11 janvier 1974, *Dame Mazel*, rec. p. 22.

²⁰¹⁷ La doctrine, quant à elle, s'est essayée à un effort de systématisation de la notion de moyen inopérant. Ainsi en a-t-il été notamment des Professeurs J.-B Auby (J.-B. AUBY, « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1966, pp. 5-13) et R. Chapus (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. pp. 809-819) et ainsi en est-il encore, notamment, du Professeur P. Cassia dans son commentaire sous l'arrêt *Boileau aux grands arrêts du contentieux administratifs* qui distingue entre deux grandes catégories de moyens inopérants : le moyen inopérant en raison de l'impossibilité pour le juge d'y faire droit, en tout état de cause ; le moyen inopérant en ce qu'il est inutile c'est-à-dire insusceptible de procurer satisfaction au requérant (J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd., spéc. p. 1013 et s.).

Ainsi, et pour se borner à ce seul exemple qui est particulièrement en lien avec le thème traité de la motivation des décisions du juge administratif, sont qualifiés d'inopérants les moyens dirigés, en cassation, contre les motifs surabondants de la décision des juges du fond (CE, 30 avril 1997, *Larcebeau*, rec. T. p. 1043).

notion renvoie, « *qu'un moyen inopérant est un moyen qui, même s'il était fondé, serait sans influence possible sur la solution du litige dans lequel il a été soulevé* »²⁰¹⁸.

C'est donc au cas par cas que le moyen inopérant est identifié par le législateur parfois ou par le juge à l'occasion de ses décisions²⁰¹⁹. Selon les cas, le juge identifie expressément un moyen comme étant inopérant ou recourt à des expressions caractéristiques²⁰²⁰ : « *le requérant ne saurait utilement se prévaloir du moyen qu'il invoque* » ; « *il n'appartient pas au juge administratif de connaître d'un tel moyen* » ; « *le moyen invoqué est sans influence sur la légalité de la décision contestée* », « *en tout état de cause* » ; etc.²⁰²¹.

711. Par hypothèse, cette marge de manœuvre du juge administratif quant à l'identification des moyens inopérants a vocation à se traduire par une marge de liberté qui lui est laissée quant à l'obligation de motiver ses décisions. Car en effet, le juge n'est pas tenu de se prononcer explicitement sur les moyens qu'il estime inopérants²⁰²². Il peut les rejeter par prétérition. La tentation peut être alors pour le juge de jouer sur les frontières de la notion de moyen inopérant en vue d'échapper à l'obligation de motiver explicitement ses décisions. En ce sens, l'extension continue de la catégorie des moyens inopérants au détriment de celle des moyens irrecevables²⁰²³ paraît s'expliquer, au moins en partie, par cette volonté du juge d'échapper à l'exigence d'une motivation explicite de ses décisions²⁰²⁴. De même, « *la juridiction saisie d'une voie de recours [peut être incitée] à qualifier d'inopérant un moyen laissé sans réponse par les premiers juges, à seule fin d'éviter de devoir censurer pour vice de forme un jugement d'autre part sans reproche* »²⁰²⁵.

En pratique toutefois, le juge administratif ne paraît pas faire un usage abusif de cette double liberté qui lui est offerte. D'une part, les moyens qualifiés d'inopérants par le juge souffrent rarement contestation dès lors que cette catégorie fait désormais l'objet d'une appréhension plus fine de la part

²⁰¹⁸ CE, 9 juin 2010, *Iché*, n°320027, rec. T. p. 620 et p. 814.

²⁰¹⁹ En ce sens : J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *op. cit.*, spéc. p. 1015.

²⁰²⁰ *Idem*, spéc. p. 1016.

²⁰²¹ Pour des exemples, V. : CE, 27 octobre 2015, *M. Allenbach et a.*, n°393026, rec. p. 367 : « *qu'au demeurant, le principe [que les stipulations invoquées] énoncent ne peut être utilement invoqué par les requérants dès lors que la loi du 16 janvier 2015 n'a pas pour objet ou pour effet un transfert de compétences entre collectivités territoriales de niveaux différents* » ; CE, 9 novembre 2015, *AGRIF*, n°376107, rec. p. 377 : « *qu'il résulte [...] que, ce faisant, le ministre de l'intérieur n'a pas méconnu l'étendue des pouvoirs de police ni, en tout état de cause, méconnu les principes de nécessité et de proportionnalité auxquels est subordonnée l'édition de mesures de police* ».

²⁰²² La qualification de moyen inopérant emporte également conséquence au regard du devoir d'information pesant sur le juge au titre de l'article R. 611-7 du code de justice administrative puisqu'elle le libère de cette obligation : CE, 22 octobre 2014, *Guessas*, n°364000, rec. T. p. 800.

²⁰²³ V. pour un exemple : CE, 24 novembre 2010, *Commune de Lyon*, n°325195, rec. T. p. 932 : le moyen invoqué pour la première fois en cassation, qui n'est pas né de l'arrêt ou du jugement attaqué et qui n'est pas d'ordre public, est un moyen inopérant. En jugeant en ce sens, le Conseil d'État est revenu en 2010 sur sa jurisprudence *Sieur Rondot* (CE, Sect., 6 décembre 1974, rec. p. 618) par laquelle il avait conclu à l'irrecevabilité d'un tel moyen et non pas à son inopérance.

²⁰²⁴ En ce sens déjà, V. : J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, préc., spéc. p. 1020.

²⁰²⁵ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, préc., spéc. p. 810.

du juge²⁰²⁶. D'autre part et surtout, le juge administratif, bien souvent, se prononce explicitement sur les moyens pourtant inopérants qu'il rejette de ce fait²⁰²⁷.

712. Un constat similaire d'une marge d'action du juge administratif quant au champ de la motivation de ses décisions peut être dressé en ce qui concerne l'identification des arguments. La qualification d'argument permet au juge de se défaire de l'obligation qui est la sienne de motiver sa décision. Le juge n'a pas à se prononcer, en effet, sur les arguments développés par les parties pour étayer les moyens qu'elles invoquent. Or, là encore, par hypothèse, la tentation peut être pour le juge d'user ou d'abuser de cette qualification dans le but de ne pas avoir à se prononcer sur une question se révélant plus délicate. Cette tentation peut être d'autant plus vive que paraît particulièrement « *subtile* »²⁰²⁸ la frontière entre les moyens et les simples arguments. Le commissaire du gouvernement Jacomet a, en son temps, tenté de systématiser la distinction à opérer entre les moyens et les arguments : tandis que les moyens sont « *des affirmations susceptibles, selon qu'elles sont fondées ou non, de réagir sur la décision, sur le dispositif* », les arguments constituent « *les diverses allégations [...] à l'aide desque[lles] le moyen est développé* »²⁰²⁹.

Rien n'indique que le juge administratif entende jouer de cette distinction entre moyen et argument pour se départir de l'obligation qui est la sienne de se prononcer sur les moyens, opérants, invoqués par les parties.

B. La marge de liberté du juge consécutive à l'indétermination de la portée du standard de la motivation suffisante

713. Dans son acception qualitative, la motivation suffisante est celle qui permet au juge supérieur d'exercer le contrôle de la décision prononcée par la juridiction inférieure. L'indétermination du standard de la motivation suffisante atteint ici son paroxysme puisque la portée que le juge est tenu de donner à la motivation de ses décisions n'est autrement définie que par cette seule directive générale selon laquelle sa motivation doit mettre le juge supérieur à même d'exercer son contrôle. L'on imagine aisément qu'une telle directive a vocation à trouver des traductions multiples et diverses selon les cas sur lesquels le juge est amené à se prononcer. En ce sens, le juge recouvre à cet égard également une certaine marge de liberté quant au contenu de la motivation de ses décisions : selon les cas, il en façonnera la portée, faisant le choix d'une motivation précise ou, au contraire, seulement

²⁰²⁶ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *op. cit.*, spéc. p. 1013 et s.

²⁰²⁷ V. pour ce constat : J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *op. cit.*, spéc. p. 1019.

²⁰²⁸ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, réédition 2007, tome 1, spéc. p. 750.

²⁰²⁹ JACOMET, conclusions sur CE, Sect., 3 novembre 1947, *Sieur X*, *Gaz. Pal.*, 1947, II, spéc. p. 240.

affirmative. Cette liberté du juge de modeler lui-même la portée de la motivation de sa décision sera d'autant plus grande que le Conseil d'État aura limité ses exigences en termes de motivation des jugements. Tenu par une exigence minimale de motivation, rien n'empêche le juge de motiver plus précisément sa décision et ainsi modeler la portée de sa motivation selon qu'il juge opportun, pour des raisons de didactisme et/ou de prévention de contentieux futurs, de préciser plus avant les raisons au fondement de la solution qu'il prononce. Deux séries d'exemples suffiront à illustrer cette marge de manœuvre du juge s'agissant de la portée à donner à la motivation de ses décisions et consécutive du caractère circonscrit des exigences du Conseil d'État en la matière.

1. Variation de la portée de la motivation juridictionnelle dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

714. Le pouvoir discrétionnaire répond à une définition unique qu'il soit exercé par l'administration ou par le juge. Certes, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le pouvoir discrétionnaire du juge diffèrent quant à leur champ²⁰³⁰, mais nullement par leur nature même²⁰³¹. Selon Michoud, « *il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit* »²⁰³². Cette définition donnée du pouvoir discrétionnaire est transposable à la matière juridictionnelle. Le juge a lui aussi un pouvoir discrétionnaire. D'une part, il exerce le pouvoir discrétionnaire, et cela « *au même sens que l'administrateur* »²⁰³³, lorsqu'il rend des actes d'administration de la justice. D'autre part, le juge détient également, dans certaines hypothèses²⁰³⁴, un pouvoir discrétionnaire dans le cadre même de sa *jurisdictio*. « *Dans l'exercice de la jurisdictio proprement dite, le pouvoir discrétionnaire existe [...] chaque fois que le juge, une fois constatés et le fait et la règle de droit, dispose d'une certaine liberté de décision quant aux conséquences à en tirer* »²⁰³⁵. Le pouvoir discrétionnaire du juge trouve à s'exercer au stade de la déduction des conséquences légales²⁰³⁶.

²⁰³⁰ Le pouvoir discrétionnaire du juge est exceptionnel tandis que celui de l'administrateur est « *normal et habituel* ». V. : J. MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *RGA*, 1914, tome 3, pp. 5-26, spéc. p. 9.

²⁰³¹ T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ*, n°2/1992, pp. 343-395, spéc. p. 370.

²⁰³² J. MICHOD, *op.cit.*, spéc. p. 9.

²⁰³³ *Idem*, spéc. p. 24.

²⁰³⁴ Pour des exemples de telles hypothèses concernant le juge administratif, cf. *infra* les paragraphes n°717 et s. de la présente thèse.

²⁰³⁵ T. BARTHOUIL, *op. cit.*, spéc. p. 371. V. déjà en ce sens : J. MICHOD, *op.cit.*, spéc. p. 25.

²⁰³⁶ S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, spéc. p. 326.

715. Le pouvoir discrétionnaire admet deux caractéristiques essentielles. D'une part, il est un pouvoir octroyé par la loi²⁰³⁷. Il n'est pas un pouvoir illimité mais, au contraire, un pouvoir enserré dans les limites que la loi détermine²⁰³⁸. D'autre part, il permet à son titulaire d'apprécier l'opportunité d'une décision à prendre et qui apparaît la meilleure eu égard aux circonstances. Il « *est le pouvoir légal, octroyé aux juges [...], d'apprécier l'opportunité de la mesure à prendre* »²⁰³⁹. Il est classiquement fait état également d'une autre caractéristique attachée au pouvoir discrétionnaire : ce pouvoir dispense son détenteur, ici le juge, de motiver ses décisions²⁰⁴⁰. Certes, le juge doit avoir des motifs c'est-à-dire des raisons d'agir comme il le fait, sans quoi il y aurait arbitraire, mais il n'est pas tenu de les exposer²⁰⁴¹. En ce sens, le pouvoir discrétionnaire serait exclusif de toute obligation de motivation : le législateur ayant délégué au juge le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une décision à prendre, celui-ci n'aurait pas à rendre de compte à la juridiction suprême, gardienne de la légalité, et serait, de ce fait, libéré de l'obligation de motiver ses décisions prises dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire²⁰⁴².

716. En pratique, les exigences du Conseil d'État s'agissant de la motivation attendue du juge dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sont classiquement réduites. En conséquence, et par principe, le juge se borne en la matière à des motivations purement affirmatives. Mais, cela ne l'empêche pas parfois de motiver plus précisément sa décision. Les exigences minimales pesant sur le juge quant à la motivation des décisions qu'il prend dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire lui ouvrent ainsi un choix : borner sa motivation au strict minimum et s'en tenir à une motivation affirmative ou, s'il le juge opportun, développer ses motifs. Le juge dispose alors de la faculté de modeler la portée de la motivation de ses décisions.

717. Les articles L. 741-12 et L. 761-1 du code de justice administrative reconnaissent au juge administratif un pouvoir discrétionnaire²⁰⁴³. Le juge « *peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il*

²⁰³⁷ Le pouvoir discrétionnaire est, en ce sens, une émanation du pouvoir souverain, entendu au sens du pouvoir détenu par le législateur (et non pas en ce que cette notion de pouvoir souverain répond également à l'hypothèse du pouvoir souverain des juges du fond). Il se distingue du pouvoir souverain en ce qu'il est « *en deçà* » de celui-ci. Sur cette distinction, V. : T. BARTHOUIL, *op. cit.*, spéc. pp. 374-376.

²⁰³⁸ En cela, le pouvoir discrétionnaire se distingue de l'arbitraire qui est, pour sa part, un pouvoir que son titulaire exerce à son gré, sans égard pour la règle de droit.

²⁰³⁹ T. BARTHOUIL, *op. cit.*, spéc. p. 365.

²⁰⁴⁰ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd., spéc. pp. 321-322.

²⁰⁴¹ Il ne faut pas confondre l'absence de motifs dans la prise de décision, qui correspond à l'hypothèse d'un pouvoir arbitraire, et la dispense d'exposer les motifs qui fondent la décision.

Sur cette distinction, V. particulièrement : T. BARTHOUIL, *op. cit.*, spéc. p. 376.

²⁰⁴² T. BARTHOUIL, *op. cit.*, spéc. p. 386.

²⁰⁴³ Pour une analyse de ces deux hypothèses de pouvoir discrétionnaire du juge administratif, V. : J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris,

estime abusive une amende »²⁰⁴⁴ dite pour recours abusif. Le juge « *condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens* » et dans ce cadre « *tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée* » et « *peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* »²⁰⁴⁵. Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il détient de ces articles de loi, le juge administratif est faiblement contraint par les exigences du Conseil d'État en termes de motivation, lesquelles se révèlent particulièrement limitées. Dans ces deux séries d'hypothèses la haute juridiction se satisfait, en effet, de motivations purement affirmatives. Certes, elle exige du juge qu'il se prononce explicitement sur ces deux types de décisions juridictionnelles²⁰⁴⁶. Mais, elle admet qu'il se borne à des motivations affirmatives. D'une part, la jurisprudence reconnaît que, si « *rien ne lui interdit de motiver le prononcé de cette amende* »²⁰⁴⁷, « *le pouvoir conféré au juge administratif d'assortir, le cas échéant, sa décision d'une amende pour recours abusif n'est pas soumis à l'exigence d'une motivation spéciale* »²⁰⁴⁸. Le juge peut ainsi affirmer, sans autre forme d'explication, que tel recours soumis à son office présente un caractère abusif et justifie, de fait, l'infliction d'une amende pour recours abusif. Faisant application de ce principe, la cour administrative d'appel de Douai a pu juger même que « *le moyen tiré de ce que le jugement aurait insuffisamment motivé l'amende infligée est inopérant* »²⁰⁴⁹. D'autre part, la jurisprudence considère suffisante la motivation par laquelle le juge se réfère, sans davantage de précision, aux circonstances de l'espèce pour se prononcer au titre de la condamnation au remboursement des frais non compris dans les dépens²⁰⁵⁰.

Tenu dans chacune de ces deux séries d'hypothèses à une exigence seulement limitée de motivation, le juge peut décider de borner à ce strict minimum la motivation de sa décision ou, au contraire, se faire plus disert quant aux raisons justifiant sa décision. Rien ne l'empêche d'aller au-delà du

Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230, spéc. pp. 220-223.

²⁰⁴⁴ V. l'article L. 741-12 du code de justice administrative : « *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* ».

²⁰⁴⁵ V. l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

²⁰⁴⁶ Quand bien même elles apparaissent secondaires dans le traitement du litige en ce qu'elles ne portent pas sur la réponse à donner aux conclusions principales des parties mais sur des questions accessoires, ces deux séries de décisions sont, sans aucun doute, de nature juridictionnelle parce qu'elles participent de la résolution du litige par application du droit. V. en ce sens : J. PETIT, *op. cit.*

²⁰⁴⁷ CE, 23 janvier 2008, *Mazo*, n°308591, rec. T. p. 870.

²⁰⁴⁸ CE, 17 novembre 1999, *Société Sodex*, n°199098, rec. T. p. 964 ; CE, Sect., 9 novembre 2007, *Mme Pollart*, n°293987, rec. p. 444.

²⁰⁴⁹ CAA de Douai, 6 octobre 2011, n°09DA01356. Cet exemple est emprunté au Professeur J. Petit. V. : J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 221.

²⁰⁵⁰ CE, 7 octobre 1992, *Scherer*, n°116369, rec. T. p. 1231 : « *Considérant qu'en estimant inéquitable « eu égard aux circonstances particulières de l'affaire », de laisser à la charge de M. X... la totalité des frais engagés par lui, le tribunal administratif de Strasbourg a suffisamment motivé sa décision* ».

minimum attendu de lui. En ce sens, décidant de l'infliction d'une amende pour recours abusif, le juge a pu préciser les raisons pour lesquelles, en l'espèce, il estimait le recours abusif²⁰⁵¹.

718. Cette faculté du juge de modeler la portée de la motivation de ses décisions, qui lui est ouverte à raison du caractère circonscrit des exigences du Conseil d'État en la matière, se retrouve également dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que le juge détient au titre des procédures du référé-suspension et du référé environnemental.

719. Dans le cadre du référé-suspension, le juge peut, à titre exceptionnel, décider de rejeter la demande de suspension alors même pourtant que les deux conditions du prononcé de la suspension (urgence et doute sérieux sur la légalité de la décision administrative contestée) sont en l'espèce réunies. Cette liberté d'appréciation laissée au juge du référé-suspension est la transcription dans ce cadre de la jurisprudence *Association pour la sauvegarde du Quartier Notre-Dame* qui avait été dégagée concernant la procédure du sursis à exécution²⁰⁵².

Sous l'empire de l'ancien sursis à exécution, le juge ne s'embarrassait pas de pédagogie²⁰⁵³. Son laconisme était permis par le fait que le Conseil d'État, y ayant d'ailleurs lui-même recours, s'en satisfaisait pleinement. Contraint par une obligation seulement minimale de motivation dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge du sursis se bornait, par principe, à des motivations affirmatives réduites à une formule stéréotypée selon laquelle « *dans les circonstances de l'affaire, il n'y a pas lieu d'ordonner le sursis à l'exécution* »²⁰⁵⁴ ou, mais de manière toute aussi imprécise, selon laquelle « *dans les circonstances de l'affaire et compte tenu des intérêts en présence, il n'y pas lieu d'ordonner le sursis à l'exécution* »²⁰⁵⁵. Mais, ainsi tenu au minimum, le juge a pu faire le choix d'une motivation plus précise de ses décisions. En ce sens, il a parfois abandonné ses formules rituelles au profit d'une motivation exposant plus véritablement les raisons au fondement de sa décision²⁰⁵⁶.

²⁰⁵¹ TA de Melun, 5 juillet 2006, *Frédéric*, n°06-1075/2. Cet exemple est emprunté au Professeur J. Petit. V. : J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 221.

²⁰⁵² CE, Ass., 13 février 1976, *Association pour la sauvegarde du quartier Notre-Dame*, n°99708, rec. p. 100. Pour la transposition de cette jurisprudence à la procédure du référé-suspension : CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, n°230637, rec. T. p. 1120.

²⁰⁵³ B. SEILLER, note sous TA d'Orléans, 8 février 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA*, 2001, pp. 500-504, spéc. p. 503.

²⁰⁵⁴ V. en ce sens, et conformément à la motivation de l'arrêt inaugural *Association pour la sauvegarde du quartier Notre-Dame*, préc. : CE, 20 février 1987, *Mme Ricard*, *Dr. adm.*, 1987, n°186 ; TA de Nancy, 8 juillet 1993, *Bellot*, *Dr. adm.*, n°6/1994.

²⁰⁵⁵ TA de Strasbourg, 8 septembre 1986, *Association de sauvegarde de la vallée de la Moselle*, rec. p. 318.

²⁰⁵⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. p. 1414. L'auteur donne deux exemples : TA de Caen, 22 janvier 1980, *SA Clinique de l'Aigle*, rec. p. 837 ; TA de Nice, 21 mai 1992, *Association pour la défense des sites de Théoule*, rec. p. 1218.

Ce mouvement de recul du laconisme, amorcé sous l'empire du sursis à exécution, s'est confirmé dans le cadre de la procédure du référé-suspension. À ce titre, il est permis d'affirmer que « *le rejet d'une demande de suspension dont les conditions sont cependant réunies ne peut être régulièrement décidé que s'il est appuyé sur une motivation suffisamment justificative* »²⁰⁵⁷. Effectivement, le juge du référé-suspension apparaît désormais plus enclin à préciser les raisons pour lesquelles il rejette la demande de suspension formulée alors cependant que les deux conditions de son prononcé sont réunies²⁰⁵⁸. Cette évolution s'inscrit dans le mouvement global marqué par la pédagogie grandissante du juge administratif. Elle est, du reste, favorisée par le bilan des urgences²⁰⁵⁹ que le juge des référés est désormais conduit à opérer, l'urgence à suspendre s'appréciant objectivement et globalement²⁰⁶⁰.

720. La pratique du référé environnemental de l'article L. 123-16 du code de l'environnement confirme ce reflux de la motivation affirmative dans l'exercice par le juge administratif d'un pouvoir discrétionnaire.

Après avoir été transposée au référé-suspension, la solution issue de la jurisprudence *Association pour la sauvegarde du quartier Notre-Dame* a été étendue à l'hypothèse du référé environnemental. À l'occasion d'une décision de principe fixant une interprétation *contra legem* de l'actuel article L. 123-16 du code de l'environnement, le Conseil d'État a jugé, en effet, que lesdites « *dispositions législatives ne font pas obstacle à ce que le juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision prise après avis défavorable du commissaire-enquêteur ou de la commission d'enquête, écarte, à titre exceptionnel, cette demande, même si l'un des moyens invoqués paraît propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée, lorsque la suspension de l'exécution de cette décision porterait à l'intérêt général une atteinte d'une particulière gravité* »²⁰⁶¹. Si l'on aurait pu s'attendre à une motivation succincte voire purement affirmative dans l'exercice de ce nouveau pouvoir discrétionnaire reconnu au juge des référés, l'arrêt inaugural a donné lieu à une motivation précise des raisons pour lesquelles le juge a, en l'espèce, décidé de ne pas prononcer la suspension demandée alors pourtant que les conditions en étaient réunies.

²⁰⁵⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, spéc. p. 1414.

²⁰⁵⁸ V. en ce sens : TA d'Orléans, 8 février 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA*, 2001, p. 501 ; CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, n°230637, rec. T. p. 1120.

²⁰⁵⁹ B. SEILLER, note précitée sous TA d'Orléans, 8 février 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*.

²⁰⁶⁰ CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. société Sud-Est Assainissement*, n°229562, rec. p. 109.

²⁰⁶¹ CE, Sect., 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, n°355792, rec. p. 153. Par cet arrêt, le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence *Commune de Doignolles-en-Brie* (CE, 29 mars 2004, n°258563, rec. T. p. 778 et p. 809) par laquelle il avait jugé que, dans le cadre du référé environnemental, la suspension de la décision attaquée était automatique dès lors qu'étaient réunies les deux conditions d'application prévues par la loi.

« Considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction que le retour aux trajectoires d'approche de l'aérodrome de Paris-Charles-de-Gaulle en vigueur avant l'intervention des arrêtés contestés du 15 novembre 2011 ne serait possible qu'après des études et simulations destinées à garantir la sécurité des manœuvres d'approche et d'atterrissage des appareils et qu'après la modification des modalités du contrôle aérien et des bases de données utilisées par les pilotes ; qu'en égard à la complexité de telles opérations et à la longueur des délais nécessaires à leur mise en œuvre, la suspension de l'exécution des arrêtés contestés compromettrait la continuité et la sécurité du trafic aérien et porterait ainsi à l'intérêt général une atteinte d'une particulière gravité ; qu'en conséquence, il y a lieu, à titre exceptionnel, de rejeter les requêtes qui tendent à cette suspension » (CE, Sect., 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, n°355792, rec. p. 153).

721. La jurisprudence récente du juge administratif et particulièrement celle du juge des référés témoignent de ce que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'exclut pas la motivation juridictionnelle : *« pouvoir discrétionnaire et « motivation-explication » ne sont nullement contradictoires »*²⁰⁶² ; *« il n'existe pas d'incompatibilité logique entre pouvoir discrétionnaire du juge et motivation »*²⁰⁶³. Dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, le juge peut faire le choix de motiver plus avant sa décision. Opérant un tel choix, le juge n'a pas alors pour but premier de justifier sa décision devant la juridiction supérieure puisqu'en effet le pouvoir discrétionnaire s'exerce librement dans les limites que la loi détermine. Une telle motivation, du reste, *« n'enlève pas sa liberté au magistrat puisqu'elle ne permet aucunement de s'appuyer sur elle pour remettre en cause le jugement rendu »*²⁰⁶⁴. En faisant le choix d'une motivation plus précise de sa décision, le juge est guidé par une ambition de pédagogie à destination première des parties au procès. Le pouvoir discrétionnaire du juge peut ainsi s'accommoder de l'exigence de motivation des décisions juridictionnelles avec cependant cette difficulté essentielle que, lorsque le juge motive la décision qu'il prononce dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il crée un précédent qui a vocation, dès lors, à contraindre, pour le futur, sa liberté d'appréciation²⁰⁶⁵.

²⁰⁶² T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ*, n°2/1992, pp. 343-395, spéc. p. 386.

²⁰⁶³ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », préc., spéc. p. 223.

²⁰⁶⁴ T. BARTHOUIL, *op. cit.*, spéc. p. 386.

²⁰⁶⁵ J. PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 223. Le Professeur J. Petit fait valoir une seconde considération de nature à rendre malaisée la pratique de la motivation dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : le refus traditionnel du juge administratif français de motiver ses décisions en faisant état des considérations d'ordre extra-juridique ou d'opportunité qui les fondent.

2. Variation de la portée de la motivation juridictionnelle dans le cadre de la procédure du référé-suspension

722. En référé-suspension, l'obligation pour le juge de motiver son ordonnance au titre de la condition tenant au doute sérieux quant à la légalité de la décision administrative contestée varie selon que le juge prononce la suspension ou rejette la demande de suspension formulée²⁰⁶⁶.

Lorsque le juge estime cette condition remplie, il doit désigner avec précision le moyen qui, en l'état de l'instruction, est de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée²⁰⁶⁷. En pratique, la portée de cette obligation se révèle réduite puisque, même alors, le juge des référés n'est pas tenu d'expliquer les raisons pour lesquelles il considère que le ou les moyen(s) qu'il retient est/sont de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée.

Les exigences pesant sur le juge des référés en termes de motivation de ses ordonnances sont d'autant plus limitées lorsqu'il considère non remplie la condition tenant au doute sérieux et, par conséquent, rejette la demande de suspension dont il est saisi²⁰⁶⁸. Dans cette hypothèse, le juge peut se borner à une motivation d'autant plus succincte qu'elle peut être affirmative et stéréotypée. En effet, et sauf à avoir visé les mémoires produits, analysé les moyens invoqués devant lui²⁰⁶⁹ et cité les dispositions en application desquelles il se prononce, le juge du référé-suspension peut se borner à relever que le requérant n'invoque à l'appui de sa requête aucun moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision qu'il conteste²⁰⁷⁰.

723. Cette faiblesse des exigences du Conseil d'État quant à la motivation du doute sérieux, particulièrement dans l'hypothèse des ordonnances de rejet, permet au juge des référés de borner sa

²⁰⁶⁶ S'agissant de la condition d'urgence, le juge des référés est tenu de motiver son ordonnance sur ce point et cela qu'il estime cette condition remplie ou non (CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*, n°230025, rec. p. 220). Peu importe donc le sens de la décision rendue. Il ressort toutefois des conclusions du commissaire du gouvernement F. Lamy sur l'arrêt *Association des habitants du littoral du Morbihan* (RFDA, 2001, p. 849 et s.) que les exigences pesant sur le juge des référés ont vocation à être plus réduites lorsque celui-ci estime non remplie la condition d'urgence. Il peut être accepté de ce juge qu'il motive sa décision plus succinctement lorsqu'il estime que la condition d'urgence n'est pas satisfaite et rejette en conséquence la demande de suspension formulée.

²⁰⁶⁷ CE, Sect., 20 décembre 2000, *Ouatah*, n°206745, rec. p. 643 ; CE, 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c. Massamba*, n°229864, rec. T. p. 1099.

²⁰⁶⁸ Au regard du postulat selon lequel le juge motive ses décisions avant tout pour convaincre la partie déçue à l'instance, cette solution peut surprendre puisque la motivation de l'ordonnance par laquelle le juge des référés rejette la demande du requérant a vocation à faire l'objet d'une motivation plus succincte encore que celle par laquelle il fait droit à sa demande et prononce la suspension demandée. Cette solution s'explique par le fait que lorsqu'il prononce la suspension, le juge met en cause le principe du caractère exécutoire des décisions administratives. Les exigences quant à la motivation des ordonnances par lesquelles le juge prononce la suspension de la décision administrative contestée s'avèrent plus poussées parce que, dans ce cas, est mis en cause le principe du caractère exécutoire des décisions administratives.

²⁰⁶⁹ Cette analyse peut être réalisée à l'occasion des visas ou des motifs de l'ordonnance.

²⁰⁷⁰ CE, 14 mars 2001, *Mme Aalilouch*, n°230268, rec. p. 128.

motivation à une simple affirmation. Tenu par une exigence minimale de motivation, le juge peut se limiter à une motivation purement affirmative.

Mais, la pratique révèle que le juge de l'urgence n'hésite pas parfois à aller au-delà de ce strict minimum qui est attendu de lui. Alors, plutôt que de recourir à sa formule stéréotypée rituelle, il décide d'explicitier ses raisons.

« 3. Considérant, d'une part, qu'aucun des moyens de légalité externe invoqués par M. R à l'encontre de l'arrêté litigieux n'est, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité dudit arrêté ; 4. Considérant, d'autre part, qu'en ce qui concerne les moyens de légalité interne, l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 susvisée dispose [...] ; que ces dispositions ne font toutefois pas obstacle à ce qu'une sanction disciplinaire soit infligée à un fonctionnaire qui a prétendu à tort être victime d'un harcèlement moral lorsqu'il l'a fait en étant de mauvaise foi ; que, dans la présente espèce, si M. R n'établit pas la réalité du harcèlement moral dont il a déclaré faire l'objet, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il l'ait fait de mauvaise foi ; que, cependant, il ressort des pièces du dossier qu'il a également accusé certains de ses collègues et sa hiérarchie de faits d'atteinte à la déontologie ; que de telles accusations, dès lors qu'il n'en établit pas le bien-fondé et qui étaient de nature à perturber gravement le fonctionnement du service de police municipale, sont constitutives d'une faute disciplinaire ; que, dès lors, les moyens de légalité interne invoqués ne sont pas non plus, en l'état de l'instruction, propres à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté contesté ; 5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que [...] les conclusions à fin de suspension de l'exécution de l'arrêté du 19 février 2013 doivent être rejetées [...] » (TA de Nantes, ord., 18 avril 2013, M. R, n°1302051)²⁰⁷¹.

§2 : Variabilité de la valeur de la motivation

724. Le contenu de la motivation n'est pas seul susceptible de fluctuations. Le juge administratif fait également varier la valeur de la motivation juridictionnelle. Ainsi, tout autant que la valeur juridique attachée aux motifs des décisions de justice n'est pas chaque fois la même (A), l'importance qu'il est de bon ton désormais d'attribuer à la motivation des jugements doit être nuancée dès lors que le juge administratif se garde la possibilité de sauver des décisions dont les motivations sont pourtant défaillantes (B).

²⁰⁷¹ V. pour un autre exemple, rendu concernant un arrêté anti-burkini : TA de Bastia, ord., 6 septembre 2016, *Association Ligue des Droits de l'Homme*, n°1600975.

A. Variabilité de la valeur juridique des motifs

725. Tous les éléments d'une décision juridictionnelle ne sont pas dotés de l'autorité de chose jugée²⁰⁷², c'est-à-dire de cette force de vérité légale en vertu de laquelle s'impose, une fois lue et sauf exercice d'une voie de recours, toute décision de justice ayant tranché au fond la contestation dont le juge était saisi. Le principe en la matière est que seul le dispositif, à l'exclusion donc des motifs de la décision de justice, bénéficie de l'autorité de chose jugée²⁰⁷³.

Cette solution classique souffre toutefois deux séries d'exception. D'une part, il est désormais admis que les motifs soutien nécessaire du dispositif ont autorité de chose jugée²⁰⁷⁴ (1). D'autre part, les dispositifs implicites²⁰⁷⁵, c'est-à-dire ceux des motifs -au sens formel- qui constituent -au plan matériel ou substantiel- de véritables décisions, bénéficient également de l'autorité de chose jugée (2).

1. Les motifs soutien nécessaire du dispositif

726. La règle selon laquelle l'autorité de chose jugée qui s'attache au dispositif de la décision de justice s'étend aux motifs qui en sont le soutien nécessaire ne fait plus désormais débat. Elle continue cependant de poser difficulté à deux égards au moins. D'une part, et comme le relèvent unanimement les auteurs²⁰⁷⁶, l'identification même de tels motifs n'est pas aisée. D'autre part, cette règle ravive la discussion s'agissant du fondement possible de l'autorité de la jurisprudence.

727. Au sens de la jurisprudence classique²⁰⁷⁷, les motifs soutien nécessaire du dispositif sont ceux qui, concourant à la justification même du dispositif, en constituent le fondement nécessaire et en sont, en cela, inséparables. Ils sont « *ceux des motifs qui sont le plus étroitement liés au dispositif* » ; ils constituent « *la partie des motifs qui fonde logiquement la sentence* »²⁰⁷⁸. Ils font corps avec le

²⁰⁷² D. DE BÉCHILLON, « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1994, pp. 1793-1824.

²⁰⁷³ V. déjà en ce sens : CE, 24 juin 1887, *Veuve Vidal*, rec. p. 508.

²⁰⁷⁴ CE, Sect., 28 décembre 1949, *SA des Automobiles Berliet*, rec. p. 579. En jugeant que les motifs « *inséparables du dispositif* » ont autorité de chose jugée, cet arrêt consacre explicitement une solution déjà en germe alors (CE, 26 juillet 1912, *Compagnies des chemins de fer d'Orléans et du Midi*, rec. p. 889, spéc. p. 902 : « *si, en principe, la chose jugée réside dans le dispositif des jugements, ce dispositif ne doit pas être envisagé abstraction faite des motifs, lorsque ceux-ci peuvent seuls en déterminer la portée* »).

²⁰⁷⁵ V. sur cette notion : A. PERDRIAU, « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP. G*, 1988, I, n°3352 ; D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, spéc. pp. 1809-1814.

²⁰⁷⁶ V. notamment en ce sens : P. WEIL, note sous CE, Sect., 28 décembre 1949, *Société anonyme des Automobiles Berliet*, *D.*, 1950, JP, pp. 383-386, spéc. p. 386 ; D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, spéc. p. 1815.

²⁰⁷⁷ V. particulièrement en ce sens : GUIONIN, conclusions sur CE, Sect., 29 décembre 1949, *SA des automobiles Berliet*, *S.*, III, pp. 7-9.

²⁰⁷⁸ P. WEIL, note préc., spéc. p. 386

dispositif en ce qu'ils « *lui servent de base* » et « *concourent à manifester la volonté du juge* »²⁰⁷⁹. En cela, ils constituent les antécédents logiques du dispositif parce qu'ils le justifient et en sont, pour cette raison, indissociables.

Cette définition classique a toutefois subi une extension notable sous l'effet de la pratique du juge administratif qui a eu pour conséquence d'en brouiller les contours. Désormais en effet, doivent être considérés comme soutien nécessaire du dispositif, les motifs par lesquels le juge entend expliciter les conséquences de la décision prise, soit qu'il ait été saisi de conclusions à fin d'injonction²⁰⁸⁰, soit même qu'il enjoigne à l'administration sans pourtant avoir été saisi de conclusions à fin d'injonction²⁰⁸¹. De tels motifs ne concourent pas à la justification du dispositif et n'en sont pas les antécédents nécessaires. Ils sont développés par le juge pour expliciter, à l'intention de l'administration, les conséquences de la décision qu'il prononce. Pourtant, ces motifs doivent être regardés comme des motifs soutien nécessaire du dispositif. Ainsi en témoignent nettement les décisions par lesquelles le juge a pu se référer, au sein du dispositif de sa décision, aux motifs de celle-ci²⁰⁸². Parfois même, le juge a identifié expressément de tels motifs en explication du dispositif comme étant des motifs soutien nécessaire du dispositif²⁰⁸³. De tels motifs injonctifs parce qu'ils font, à leur manière aussi, corps avec le dispositif doivent être regardés comme des motifs soutien nécessaire du dispositif. Ainsi qualifiés, ces motifs en explication des conséquences de la décision rendue sont revêtus de l'autorité de chose jugée. Attacher à de tels motifs l'autorité de chose jugée n'est pas sans intérêt pour le juge en termes d'effectivité et d'efficacité de ses décisions. Par ce biais, en effet, il contraint d'autant l'administration à agir dans le sens qu'il détermine. Les motifs injonctifs ainsi revêtus de l'autorité de chose jugée s'imposent, dans ces termes, à l'administration : l'administration est juridiquement tenue par l'autorité de chose jugée attachée à ces motifs, et sera dès lors d'autant plus encline à suivre les directives que le juge a déterminées à son intention à l'occasion des motifs de sa décision.

²⁰⁷⁹ RIBOULET, conclusions sur CE, 26 juillet 1912, *Compagnies des chemins de fer d'Orléans et du Midi*, rec. p. 889 et s, spéc. p. 897.

²⁰⁸⁰ V. pour des exemples : CE, ord., 30 juillet 2015, *OIP-SF, Ordre des avocats au barreau de Nîmes*, n°392043, rec. p. 305 ; TA de Paris, 14 septembre 2015, n°1502803, *AJDA*, n°40/2015, pp. 2272-2276.

²⁰⁸¹ CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse Football club »*, n°234363, rec. p. 281 ; CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n°213229, rec. p. 303 ; CE, 27 juillet 2001, *Titran*, n°222509, rec. p. 411.

²⁰⁸² CE, ord., 30 juillet 2015, *OIP-SF, Ordre des avocats au barreau de Nîmes*, préc. : « Article 2 : Conformément aux motifs de la présente ordonnance, il est enjoint à l'administration pénitentiaire de prendre, dans les meilleurs délais, les mesures prescrites aux points 16, 19 et 20 de la présente ordonnance » ; CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse Football club »*, préc. : « Article 1er : La décision de la commission d'organisation des compétitions de la Ligue nationale de football en date du 22 mai 2001 est annulée. Cette annulation comporte pour la Ligue nationale de football les obligations énoncées aux motifs de la présente décision », etc.

²⁰⁸³ CE, 27 juillet 2001, *Titran*, préc. : « Article 1er : La décision du garde des sceaux, ministre de la justice, du 21 avril 2000 refusant d'abroger les arrêtés du 18 juin 1986 et du 13 avril 1993 est annulée. Cette annulation comporte, pour le garde des sceaux, ministre de la justice, les obligations exposées dans les motifs de la présente décision qui en constituent le soutien nécessaire ».

728. Le juge administratif a donc progressivement étendu la notion de motifs soutien nécessaire du dispositif. Ce faisant, il en est revenu en réalité à la définition de cette notion telle qu'elle a été dégagée originellement par le Tribunal des conflits et selon laquelle les motifs soutien nécessaire du dispositif sont ceux qui «, *rattachés au dispositif par un lien nécessaire, [sont] indispensables pour en déterminer ou en compléter le sens* »²⁰⁸⁴. Les motifs justifiant le dispositif sont le soutien nécessaire du dispositif parce qu'ils en déterminent le sens. Les motifs en explication des conséquences de la décision sont le soutien nécessaire du dispositif en ce qu'ils en complètent le sens.

729. Outre cette difficulté de définition, les motifs soutien nécessaire du dispositif posent sous un jour nouveau la question du pouvoir normatif jurisprudentiel du juge.

730. Les motifs de fait tout comme les motifs de droit²⁰⁸⁵ qui sont le soutien nécessaire du dispositif bénéficient à ce titre de l'autorité de chose jugée. S'agissant des motifs de droit de la décision juridictionnelle, cette considération ravive la question du pouvoir jurisprudentiel du juge : reconnaître à de tels motifs la qualité de motifs soutien nécessaire du dispositif et leur faire bénéficier, pour cette raison, de l'autorité de chose jugée n'est-ce pas doter le pouvoir jurisprudentiel du juge d'un fondement juridique solide ?²⁰⁸⁶

Les motifs qui contiennent le fondement textuel tel qu'interprété par le juge (pouvoir jurisprudentiel *via* l'interprétation) ou le fondement jurisprudentiel (pouvoir jurisprudentiel *via* la création prétorienne) de la décision prononcée doivent nécessairement être vus comme des motifs soutien nécessaire du dispositif. De fait, ils ont vocation à s'imposer avec autorité de chose jugée. Le risque est alors d'aboutir à « *une sérieuse confusion des registres* »²⁰⁸⁷ entre le juridictionnel et le jurisprudentiel. L'autorité de chose jugée attachée aux motifs de droit soutien nécessaire du dispositif -volet juridictionnel- serait susceptible, en effet, de doter le pouvoir jurisprudentiel -volet jurisprudentiel- d'un fondement juridique solide qui lui est, en France, traditionnellement refusé. La jurisprudence serait juridiquement obligatoire parce que, contenue dans des motifs soutien nécessaire du dispositif, elle s'imposerait, de fait, avec autorité de chose jugée. Comme l'indique le Professeur D. De Béchillon, ce danger d'une confusion des genres ne doit toutefois pas être surestimé. En effet, le juridictionnel et le jurisprudentiel continuent même alors de se distinguer quant à leur champ

²⁰⁸⁴ TC, 12 décembre 1942, *D^{elle} de Murard et préfet de l'Ain*, rec., 1943, p. 319.

²⁰⁸⁵ Sur cette distinction et son absence de conséquence quant au bénéfice de l'autorité de chose jugée, V. : D. DE BÉCHILLON, « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1994, pp. 1793-1824, spéc. p. 1814 et s.

²⁰⁸⁶ Sur cette analyse, V. : D. DE BÉCHILLON, *op. cit.* spéc. pp. 1821-1824.

²⁰⁸⁷ *Idem*, spéc. p. 1823.

d'application respectif, et cela y compris lorsque la décision juridictionnelle bénéficie de l'autorité absolue de chose jugée comme c'est le cas des décisions d'annulation prononcées en excès de pouvoir. Tandis que « *la norme jurisprudentielle a vocation à jouer dans un nombre totalement illimité de cas d'objet comparable, [...] la règle juridictionnelle générale ne peut porter d'effets que dans le nombre -là aussi- illimité de cas, mais relatifs à la même cause et au même objet juridique. Quantitativement et qualitativement parlant, la différence est considérable* »^{2088 2089}.

2. Les dispositifs implicites

731. Tout procès donne lieu à un ensemble de décisions de la part du juge que celui-ci ne rapporte pourtant pas toujours explicitement dans le dispositif de son jugement, entendu au sens formel comme la partie de la décision de justice faisant suite au vocable « *Décide* » et par laquelle le juge expose la solution qu'il donne au litige. Ces décisions dont il n'est pas toujours fait mention dans le dispositif -au sens formel- de la décision juridictionnelle portent notamment sur la compétence de la juridiction saisie et sur la recevabilité de la requête. Bien souvent, en effet, les décisions relatives à la compétence et à la recevabilité ressortent uniquement des motifs -au sens formel- de la décision. Plus précisément, cette hypothèse correspond au cas de figure dans lequel le juge administratif donne « *réponses favorables aux questions de compétence et de recevabilité* »²⁰⁹⁰. Lorsque le juge rejette le pourvoi dont il est saisi pour incompétence ou pour irrecevabilité, il fait apparaître cette décision dans le dispositif formel de son jugement. Il n'y a pas alors de difficulté : la décision est contenue dans le dispositif. Mais, au contraire, lorsque le juge valide sa compétence et la recevabilité de la requête et statue au fond, les décisions prises -parce qu'il s'agit bien là de décisions véritables- s'agissant de la compétence et de la recevabilité ne ressortent pas explicitement du dispositif formel de la décision du juge mais seulement, et tout au plus, des motifs formels de celle-ci. En ce sens, « *il existe de nombreux dispositifs -au sens matériel- qui se situent en réalité au niveau -formel- des motifs d'un arrêt* »²⁰⁹¹. On parle de dispositifs implicites²⁰⁹². L'autorité de chose jugée est reconnue à ces motifs -au sens formel- qui constituent en réalité -au plan matériel ou substantiel- de véritables décisions visant à trancher le litige soumis au juge. Cette hypothèse des dispositifs implicites présentée comme une exception à la règle selon laquelle les motifs ne sont pas dotés de l'autorité de chose jugée n'en est

²⁰⁸⁸ *Idem*, spéc. p. 1824.

²⁰⁸⁹ Cette considération du Professeur D. De Béchillon repose sur le postulat selon lequel la triple identité de cause, d'objet et de parties intéresse le champ c'est-à-dire l'étendue de l'autorité de chose jugée et non pas son identité ou existence. Pour l'affirmation de ce postulat, V. : D. DE BÉCHILLON, *op. cit.* spéc. p. 1797.

²⁰⁹⁰ *Idem*, spéc. p. 1810.

²⁰⁹¹ *Idem*.

²⁰⁹² Pour la paternité de cette notion : A. PERDRIAU, « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP. G*, 1988, I, n°3352.

donc pas réellement une puisque' alors, en effet, il s'agit de dépasser la distinction formelle entre motifs et dispositif pour privilégier la distinction matérielle ou substantielle entre motifs et dispositif. C'est bien à de véritables dispositifs -au sens matériel-, quoique contenus dans les motifs formels de la décision de justice, qu'il est reconnu autorité de chose jugée. Il s'agit alors d'appliquer le principe selon lequel le dispositif d'une décision de justice a autorité de chose jugée. Ces dispositifs implicites, bien que contenus dans les motifs formels de la décision du juge, n'en constituent pas moins des dispositifs au plan matériel ou substantiel en ce qu'ils tranchent une question de droit en vue de la résolution du litige. Ils ne sont pas des motifs soutien nécessaire du dispositif mais de véritables dispositifs qui, à ce titre, bénéficient de l'autorité de chose jugée.

B. Variabilité de l'importance attachée aux motifs

732. L'on n'a de cesse aujourd'hui de louer l'importance de la motivation des décisions de justice en ce que, protégeant de l'arbitraire du juge, elle constitue une garantie pour les parties au procès et pour la démocratie mais également en ce qu'elle est une garantie pour le juge qui se garde ainsi des erreurs et du mal-jugé. Pourtant, au regard de l'importance attachée au dispositif, celle accordée aux motifs de la décision juridictionnelle paraît bien secondaire. Ainsi en témoigne topiquement²⁰⁹³ le principe selon lequel le recours contre une décision juridictionnelle doit être dirigé contre son dispositif et non contre ses motifs²⁰⁹⁴.

733. Cette importance relative que le juge accorde à la motivation par opposition à celle, essentielle, qu'il attache au dispositif de la décision juridictionnelle le conduit d'ailleurs jusqu'à sauver des décisions dont les motivations sont pourtant défailtantes. Il ressort de la jurisprudence, en effet, que la défailtance de la motivation n'entraîne pas systématiquement la chute de la décision rendue telle qu'elle ressort du dispositif. Par la distinction qu'il opère entre les motifs déterminants et ceux seulement surabondants des décisions juridictionnelles (1) et par la technique de la substitution de motifs (2), le juge administratif se garde une certaine liberté quant à la détermination des erreurs entachant les motifs susceptibles de faire tomber la décision de justice. Il pourra ainsi

²⁰⁹³ Illustre également l'importance relative attachée à la motivation juridictionnelle, le fait que le moyen tiré de l'insuffisance de la motivation juridictionnelle n'est pas d'ordre public devant le juge administratif.

²⁰⁹⁴ La règle applicable est que le recours formé contre une décision juridictionnelle doit être dirigé contre le dispositif, lui seul faisant grief, et non pas contre les motifs ni, *a fortiori*, contre les visas de la décision. En conséquence, l'intérêt à faire appel d'un jugement ou à former un pourvoi en cassation s'apprécie par rapport au seul dispositif de la décision de justice attaquée. Cette règle admet cependant des exceptions. Ainsi, le Conseil d'État admet que le recours dans l'intérêt de la loi peut être formé, par le ministre intéressé, contre les motifs d'une décision de justice (CE, Sect., 12 juin 1959, *Ministre des Affaires économiques et financières c. Filaire*, rec p. 365).

valider la décision juridictionnelle qui, quoique fondée sur un raisonnement erroné, donne au litige la solution qui s'imposait en droit.

Ces deux techniques ont pour elles qu'elles participent de l'efficacité de la justice, leur raison d'être étant de sauver toute décision juridictionnelle susceptible de l'être, plutôt que de l'annuler. Mais, en ce qu'elles démontrent que l'erreur dans les motifs n'entraîne pas systématiquement l'annulation de la décision ainsi viciée dans son raisonnement, ces techniques traduisent l'importance relative accordée à la motivation juridictionnelle. Elles témoignent d'une certaine souplesse quant à la qualité intrinsèque de la motivation exigée des décisions juridictionnelles.

1. La distinction motifs déterminants/motifs surabondants des décisions juridictionnelles

734. S'agissant de la distinction motifs déterminants/motifs surabondants, le principe est que la décision des juges du fond fondée sur une pluralité de motifs dont l'un est erroné n'encourt l'annulation par le juge de cassation que si ce motif vicié a été déterminant dans la solution de ces juges. Autrement dit, par principe, en cas de pluralité de motifs, le caractère erroné d'un seul motif de la décision juridictionnelle donne lieu à l'annulation de celle-ci par le juge de cassation, sauf si ce motif était surabondant. Ainsi deux hypothèses doivent être distinguées : celle de l'erreur touchant un motif surabondant et celle de l'erreur commise quant à un motif déterminant.

735. L'erreur relative à un motif surabondant ne justifie pas à elle seule l'annulation en cassation de la décision des juges du fond. Elle est sans conséquence sur la décision juridictionnelle rendue. Le Conseil d'État fait, en effet, abstraction de l'erreur commise par les juges du fond dès lors qu'elle concerne un motif surabondant de leur décision. Il accepte ainsi de procéder à la neutralisation du motif erroné surabondant. Cette solution est également admise devant la Cour de cassation qui, aux termes de l'alinéa premier de l'article 620 du code de procédure civile, « *peut rejeter le pourvoi [...] en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant* ». Cette solution est pleinement fondée juridiquement. Elle ne souffre pas la contestation. Dès lors que le motif surabondant ne constitue pas le soutien nécessaire du dispositif, l'erreur commise à son propos n'a pas de conséquence sur la solution finalement retenue par les juges du fond : « *les motifs surabondants ne sont pas le soutien nécessaire du dispositif adopté par les juges du fond ; une erreur commise à leur propos n'a, par suite, aucune conséquence et ne peut justifier la cassation du dispositif juridictionnel soumis au Conseil d'État* »²⁰⁹⁵. La difficulté est pour le juge de cassation de déterminer le ou les motifs qui, parmi ceux de la décision des juges subordonnés, sont des motifs surabondants. En

²⁰⁹⁵ J.-H. STALH, conclusions sur CE, sect., 22 avril 2005, *Commune de Barcarès, RFDA*, 2005, p. 557 et s.

principe, il ne revient pas au juge de cassation de considérer un motif déterminant ou surabondant selon le rôle que ce motif a effectivement joué dans le raisonnement et la solution retenus par les juges du fond. Le motif surabondant n'est pas celui que le juge de cassation identifie comme tel parce qu'il n'a pas été nécessaire à la solution des juges du fond²⁰⁹⁶. Le motif surabondant est celui qui est considéré et identifié comme tel par les juges du fond. Il revient ainsi aux juges du fond eux-mêmes d'identifier, au sein de leur décision, les motifs qui sont surabondants. Pour ce faire, ces juges sont censés désigner et stigmatiser le caractère surabondant de certains motifs qu'ils développent par le recours à des expressions traduisant cette surabondance : « *au surplus* », « *d'ailleurs* »²⁰⁹⁷.

736. Au contraire, l'erreur touchant un motif déterminant entraîne l'annulation de la décision des juges du fond²⁰⁹⁸. Ainsi la règle veut que lorsque la décision de justice retient plusieurs motifs également déterminants, elle doit être annulée par le juge de cassation dès lors que l'un ou plusieurs de ses motifs déterminants est/sont erroné(s), peu importe alors que d'autres motifs, eux aussi déterminants, soient susceptibles de justifier le dispositif²⁰⁹⁹. Cette règle a été parfaitement synthétisée par Odent, qui écrivait : « *toute décision juridictionnelle qui retient plusieurs motifs également déterminants dont les uns légitiment le dispositif tandis que d'autres seraient erronés devraient être annulées par le juge de cassation* »²¹⁰⁰.

Ce principe classique ne vaut plus toutefois en recours pour excès de pouvoir depuis que le Conseil d'État a jugé en ce sens à l'occasion de son arrêt *Commune de Barcarès*²¹⁰¹. Par cet arrêt, la haute juridiction a défini l'office du juge de cassation saisi de décisions juridictionnelles prononçant l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir et fondées sur plusieurs motifs d'illégalité également déterminants dont certains sont fondés (c'est-à-dire propres à justifier le dispositif d'annulation) et d'autres erronés. Après avoir rappelé le principe selon lequel, saisi d'un pourvoi dirigé contre une décision juridictionnelle reposant sur plusieurs motifs dont l'un (au moins) est

²⁰⁹⁶ S'opposant à ces règles censées guider l'office respectif des juges de cassation et du fond, il faut noter la « *tentation du juge de cassation de regarder comme surabondants non pas ceux des motifs que la décision juridictionnelle présente elle-même comme tels mais ceux qui ne sont pas nécessaires à la solution du litige* ». V. : C. LANDAIS, F. LENICA, « Le contrôle du juge de cassation en cas de pluralité de motifs », chronique sur CE, Sect., 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, *AJDA*, 2005, p. 1621 et s.

²⁰⁹⁷ Sur ce point, V. : C. LANDAIS, F. LENICA, *op. cit.*

²⁰⁹⁸ CE, Ass., 16 mai 1947, *Sieur Teyssier*, rec. p. 202.

²⁰⁹⁹ Pour un exemple topique en ce sens, V. : CE, Sect., 6 mars 1981, Pech, n°25105, rec. p. 133 : « *Considérant qu'en jugeant qu'une telle attitude était constitutive d'une imprudence grave, la section disciplinaire a, par un motif qui n'est pas surabondant, commis une erreur de droit ; que, quelle que soit la valeur de l'autre grief retenu contre le docteur Y..., la décision attaquée doit être annulée* ».

²¹⁰⁰ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, réédition 2007, tome 2, spéc. p. 634.

²¹⁰¹ CE, Sect., 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, n°257877, rec. p. 170. La solution issue de l'arrêt *Commune de Barcarès* relative au contentieux de l'excès de pouvoir a été étendue à d'autres contentieux : au référé précontractuel (CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, rec. T. p. 805), au plein contentieux fiscal de l'assiette (CE, 26 décembre 2008, *SCI Mirabeau*, rec. T. p. 695) et au plein contentieux fiscal du recouvrement (CE, 5 mai 2010, *Ministre c. Mme Bachet*, rec. T. p. 932).

erroné, le juge de cassation doit annuler la décision de justice contestée, sauf à ce que le motif erroné en cause soit surabondant, le Conseil d'État vient apporter une dérogation à ce principe en ce qui concerne les décisions d'annulation prononcées en excès de pouvoir. Saisi d'une décision juridictionnelle, rendue dans des conditions régulières²¹⁰², par laquelle les juges du fond ont annulé pour excès de pouvoir un acte administratif et cela en se fondant sur plusieurs motifs également déterminants, le juge de cassation rejette le pourvoi (c'est-à-dire confirme le dispositif d'annulation retenu par les premiers juges) dès lors que l'un au moins des motifs soutien nécessaire du dispositif d'annulation retenu par les juges du fond est fondé et donc de nature à justifier le dispositif. Autrement dit, le juge de cassation consent à faire abstraction de l'erreur commise par les juges du fond. La décision de rejet prononcée par le juge de cassation doit être précédée d'un examen, par celui-ci, de l'ensemble des moyens de cassation mettant en cause les motifs retenus par les juges du fond au soutien de leur décision d'annulation. Dans le cadre de cette analyse, le Conseil d'État doit explicitement censurer celui ou ceux des motifs retenus au soutien de leur décision par les juges du fond qui se révèle/ent être erroné(s)²¹⁰³. La solution ainsi issue de la jurisprudence *Commune de Barcarès* permet au juge de cassation de sauver la décision juridictionnelle qui, quoique défailante dans sa motivation, donne au litige la solution qui s'imposait juridiquement, mais cela seulement après avoir neutralisé le ou les motif(s) erroné(s) de la décision des juges du fond.

2. La technique de la substitution de motifs

737. La substitution de motifs, laquelle peut être mise en œuvre par le juge d'appel²¹⁰⁴ comme par le juge de cassation²¹⁰⁵, est envisageable dans l'hypothèse où la décision juridictionnelle contestée donne au litige une solution correcte mais qui est fondée sur un motif juridiquement erroné²¹⁰⁶.

En principe, la substitution de motifs se justifie seulement lorsque le motif retenu par les juges du fond au soutien de leur décision s'avère erroné. C'est là sa raison d'être : il s'agit de préserver ou sauver la décision rendue (c'est-à-dire, plus précisément, le dispositif) alors même que sa motivation est défailante. Pourtant, le Conseil d'État a pu avoir recours à cette pratique en dehors même de ce cas de figure. Ainsi, « *on trouve de nombreux précédents par lesquels le Conseil d'État, juge de*

²¹⁰² Le juge de cassation doit, en toute hypothèse, annuler la décision des juges du fond viciée dans sa régularité externe.

²¹⁰³ Sur ce point, par son arrêt *Commune de Barcarès*, le Conseil d'État revient sur sa décision *Commune de Talloires* (CE, 30 décembre 2002, *Commune de Talloires*, n°237392, rec. p. 511).

²¹⁰⁴ CE, Sect., 11 octobre 1963, *Ponson*, rec. p. 479. Pour de plus amples développements sur la pratique de la substitution de motifs par le juge d'appel, V. : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2008, 13^e éd., spéc. pp. 1246-1248.

²¹⁰⁵ La substitution de base légale est également mise en œuvre en cassation. Sur ce point, V. : C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd., spéc. p. 414.

²¹⁰⁶ La substitution de motifs opérée par le juge supérieur a un effet rétroactif : CE, 18 juin 1986, *Mme Krier*, rec. p. 166.

cassation, a procédé à une substitution de motifs sans se prononcer sur le bien-fondé des motifs opposés par le juge du fond. Dans ce cas de figure, la substitution de motifs n'a pas pour fonction de « sauver » une décision juridictionnelle fondée sur un motif erroné, mais elle se présente comme une solution de commodité pour le juge de cassation qui justifie par un raisonnement plus simple et plus direct la solution du juge du fond »²¹⁰⁷. Dans cette seconde hypothèse, la technique de la substitution de motifs en cassation traduit non seulement le pouvoir de la juridiction suprême mais encore, particulièrement, sa position de supérieur hiérarchique des juridictions du fond.

738. La pratique de la substitution de motifs en cassation est mise en œuvre par le Conseil d'État depuis le milieu des années 1920²¹⁰⁸. Elle existe également devant la Cour de cassation en vertu du premier alinéa de l'article 620 du code de procédure civile aux termes duquel « *la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné [...]* ». Deux conditions cumulatives doivent être réunies pour permettre au Conseil d'État de faire usage de ce pouvoir de substitution. D'une part, le motif substitué à celui des juges du fond et qui donc a vocation à venir justifier légalement le dispositif de la décision de ces juges doit correspondre à un moyen d'ordre public ou à un moyen invoqué devant les juges du fond. D'autre part, ce motif que le juge de cassation entend substituer à celui, erroné, des juges du fond doit se dégager de faits constants ; il ne doit pas conduire le juge de cassation à apprécier des circonstances de fait.

²¹⁰⁷ D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, « *La place de la coutume internationale en droit interne* », chronique sur CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, *AJDA*, 1997, p. 570 et s.

²¹⁰⁸ Pour des exemples : CE, Sect., 15 juillet 2004, *M et Mme Leroy*, n°242318, rec. p. 338 ; CE, 10 décembre 2015, *Commune de Verrières-le-Buisson*, n°361666, rec. T. p. 572 ; CE, 15 février 2016, *M. Charon*, n°392083, rec. T. p. 914.

Conclusion du chapitre

739. Pris dans un mouvement global marqué par diverses réformes d'ordre structurel et procédural dont l'objet est, pour l'essentiel, de faire face à l'encombrement de la juridiction administrative, le juge administratif ambitionne de mobiliser la motivation de ses décisions en vue d'une efficacité toujours améliorée de la justice. Il envisage ainsi de concourir, à son échelle et au quotidien, à l'amélioration de la justice, et cela à moyens constants.

Usant du potentiel argumentatif et didactique de la motivation juridictionnelle, le juge administratif recherche l'adhésion des destinataires de ses décisions pour s'assurer des complètes réception et effectivité de celles-ci. Plus pédagogue, le juge l'est aussi parce que son didactisme sert l'efficacité de ses interventions : mobilisant la pédagogie autant d'ailleurs, désormais, que la pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative, le juge participe à une gestion plus efficace des flux contentieux. La motivation juridictionnelle tend à être façonnée par le juge en vue de contribuer utilement à la logique d'efficacité et de performance désormais à l'œuvre dans l'exercice de la justice administrative. Et si le juge peut mettre, de la sorte, la motivation de ses décisions au service de l'efficacité et de la performance de la justice administrative, c'est parce qu'elle est largement à sa disposition. En effet, le juge peut modeler, dans une mesure non négligeable et selon l'objectif recherché, la fonction, le contenu et la valeur de la motivation de ses décisions.

740. Œuvrant ainsi à une justice plus efficace et performante, le juge administratif en sort grandi lui-même parce qu'il démontre sa capacité à moderniser son action et ses méthodes dans le but de faire face à un contexte et des exigences de justice redessinés. L'efficacité de la justice administrative, dont la rénovation de la motivation juridictionnelle est l'un seulement des moyens, participe ainsi de la légitimité même de cette justice et de son juge. Concourant activement à une justice plus efficace et performante, le juge administratif est mieux à même de répondre aux attentes des justiciables, spécialement en termes de délai de jugement. Travaillant à l'efficacité de la justice, le juge participe également plus certainement à l'effectivité du droit lui-même. Ainsi donc, concourir à l'efficacité de la justice c'est pour le juge administratif faire la preuve de sa pleine légitimité.

Conclusion du titre

741. L'internationalisation du droit, qui a conduit à une mise en concurrence des juridictions, et la logique d'efficacité et de performance de l'action publique, dont la LOLF a marqué le couronnement, ont contraint le juge administratif à s'engager dans un processus de modernisation de son action en vue de son perfectionnement.

Pour répondre à ce nouveau défi, le juge administratif a su habilement mobiliser la motivation de ses décisions. D'une part, exploitant le potentiel explicatif et dialogique de la motivation de ses décisions, il est parvenu à gommer en partie son image traditionnelle de juge de l'administration en se donnant à voir comme plus attentif aux situations et droits des justiciables administrés et comme plus soucieux de ces derniers. D'autre part, mobilisant pleinement les ressorts rhétoriques et pédagogiques de la motivation juridictionnelle ainsi que la marge de liberté qu'il détient en la matière, le juge administratif a su faire de la motivation de ses décisions un instrument utile au service de l'efficacité et de la performance de la justice administrative.

Conclusion de la seconde partie

742. À compter particulièrement des années 1990, le juge administratif a dû faire face au mouvement d'internationalisation et d'européanisation du droit. Dans ce cadre, et pour ne pas rester au ban de cette évolution majeure du droit contemporain, il a su mobiliser les ressorts de la motivation juridictionnelle non seulement pour s'inscrire dans le pluralisme juridique et juridictionnel désormais pleinement à l'œuvre mais également pour pallier les risques d'un tel pluralisme en termes d'harmonie et de sécurité juridiques.

Au tournant des années 2000, le juge administratif s'est engagé également dans un processus de modernisation de la justice administrative en vue de son perfectionnement. Dans ce cadre, c'est en mobilisant le potentiel de la motivation juridictionnelle qu'il a pu, de manière d'ailleurs très pertinente dans un contexte de subjectivisation des droit et contentieux administratifs, recentrer le procès administratif autour des justiciables administrés. De même, c'est en exploitant plus pleinement les ressorts de la motivation de ses décisions que le juge administratif entend désormais œuvrer à une justice efficace et performante.

743. Ainsi donc, le juge administratif a su habilement exploiter le potentiel de la motivation juridictionnelle en vue de répondre efficacement aux défis de son temps que constituent, d'une part, le pluralisme juridique et juridictionnel induit notamment par l'internationalisation du droit, et d'autre part, l'objectif de modernisation de la justice administrative.

Conclusion générale

744. Les années 2010 ont été marquées par la prise de conscience du juge administratif de la nécessité de repenser, pour l'améliorer, la rédaction de ses décisions. Dans ce cadre et comme le révèle le rapport d'avril 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, c'est principalement la motivation juridictionnelle qui a été questionnée. Cette réflexion s'est presque imposée au juge administratif au regard de l'évolution du contexte dans lequel il rend la justice.

745. La juridictionnalisation de la société qui implique un recours plus fréquent au juge, l'internationalisation du droit, la subjectivisation du droit, les objectifs d'efficacité et de performance de la justice, etc., ont contraint le juge administratif dans l'exercice de sa mission. Il n'est plus seulement attendu de ce juge qu'il tranche les litiges opposant les particuliers à l'administration par application de la règle de droit au cas d'espèce dont il est saisi. Le juge administratif doit encore rendre des décisions intelligibles par le plus grand nombre et susceptibles de mettre définitivement fin aux différends opposant l'administration et ses administrés et cela sans jamais négliger la norme internationale ni l'impératif de bonne administration de la justice qui l'obligent notamment à respecter des délais raisonnables de jugement. La tâche du juge s'est ainsi progressivement complexifiée à mesure que les attentes et exigences à son égard se sont renforcées et qu'il a vu croître la palette de ses pouvoirs (pouvoir d'injonction, référés d'urgence, etc.). Dans ce contexte redessiné et pour espérer répondre aux défis nouveaux qu'appelle la post-modernité juridique, le juge administratif a dû faire évoluer son office. À cette fin, il a su mobiliser pleinement les ressorts et potentialités de la motivation juridictionnelle. L'évolution amorcée au tournant des années 2000 de la motivation des décisions du juge administratif n'est pas seulement le reflet de la modernisation de l'office de ce juge, elle en est l'un des instruments privilégiés. En effet, le juge exploite les ressorts de la motivation de ses décisions en vue de renouveler et partant, de conforter, ses offices classiques de juge de l'action administrative et de jurislature. De même, il mobilise le potentiel de la motivation dans l'objectif bien compris de faire face au pluralisme juridique et juridictionnel désormais à l'œuvre et aux nouveaux impératifs d'efficacité et de performance de la justice. La motivation juridictionnelle n'est plus seulement considérée comme une exigence imposée au juge pour permettre la justification de ses décisions auprès des parties au procès et le contrôle de ses décisions par les juridictions supérieures. Elle est dorénavant pleinement mobilisée par le juge pour répondre aux enjeux contemporains de la justice administrative. En ce qu'elle permet une modernisation bienvenue de l'office du juge administratif, la motivation juridictionnelle administrative participe, par là même, à l'œuvre d'une

justice de qualité. En somme, l'évolution en marche de la motivation juridictionnelle administrative sert la qualité recherchée de la justice²¹⁰⁹.

746. La qualité de la justice ne fait l'objet d'aucune définition générale et univoque. Tout au plus faut-il admettre que cet impératif de qualité a évolué dans le temps (l'on est passé d'une conception substantielle à une conception procédurale puis à une conception managériale de la qualité de la justice²¹¹⁰) et qu'il recoupe désormais un ensemble de paramètres ou composantes qui font relativement consensus. Ainsi, J.-M. Sauvé²¹¹¹ a pu dégager sept critères de la qualité de la justice : l'accès à la justice ; la célérité du procès et la prévisibilité et l'optimisation du temps judiciaire ; la stabilité et la prévisibilité des jugements ; la qualité de la relation entre le juge et les parties ; l'intelligibilité des décisions rendues ; l'exécution des décisions de justice et enfin l'acceptabilité sociale de la justice. À la lumière de ces critères de qualité, il apparaît que la motivation juridictionnelle administrative telle qu'elle est désormais pratiquée a vocation à participer notablement à la qualité de la justice. Car en effet, non seulement la motivation constitue en elle-même un élément de la qualité des décisions de justice²¹¹², laquelle concourt à la qualité de la justice, mais encore la motivation juridictionnelle participe-t-elle à la réalisation d'autres composantes de cette qualité recherchée de la justice.

La pédagogie dont le juge administratif fait parfois preuve concourt à améliorer *l'intelligibilité des décisions* qu'il rend. Même si des progrès restent encore à accomplir en la matière, le juge administratif perfectionne la motivation de ses décisions afin que celles-ci puissent être comprises par un public désormais élargi et cela dans l'objectif plus global d'assurer *l'acceptation sociale de la justice*. De même, le didactisme du juge, lorsqu'il consiste pour celui-ci à expliciter les conséquences de ses décisions, permet de mieux garantir *l'exécution des décisions rendues*. La pédagogie juridictionnelle sert en cela la concrétisation du droit. Outre le potentiel didactique de la motivation de ses décisions, le juge administratif a su exploiter pleinement les ressorts de la motivation juridictionnelle pour faire de celle-ci un instrument utile de sécurité juridique, parvenant ainsi à

²¹⁰⁹ Sur ce lien opéré entre l'évolution de la motivation de ses décisions par le juge administratif et la volonté d'une justice administrative toujours plus qualitative, V. déjà : J.-M. SAUVÉ, « Conclusions et perspectives », dossier : « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, pp. 1220-1226, spéc. p. 1226.

²¹¹⁰ Sur ce point, V. : J.-J. SUEUR, « Pour conclure : modernisation de la juridiction administrative, « qualité » de la justice et démocratie », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 297-314.

²¹¹¹ J.-M. SAUVÉ, « *Les critères de la qualité de la justice* », discours introductif prononcé lors de la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg le 25 septembre 2009 (disponible sur le site internet officiel du Conseil d'État).

²¹¹² Sur ce point, V. notamment : H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, n°1/2013, pp. 155-176.

assurer non seulement l'intelligibilité mais encore *la stabilité et la prévisibilité du droit jurisprudentiel*. De même, en faisant habilement évoluer la motivation de ses décisions, le juge est parvenu à gommer son image classique de juge de l'administration et ainsi recentrer, pour partie, son office autour des personnes derrière les justiciables administrés. Un tel mouvement de subjectivisation du procès administratif a permis nécessairement d'améliorer *la qualité des relations que le juge entretient avec les parties* et notamment avec les justiciables administrés. Aussi, façonnée selon ce qu'imposent les exigences de performance de la justice, la motivation juridictionnelle permet au juge une certaine *célérité* dans le rendu de ses décisions.

747. Affirmer ainsi que le juge administratif a mobilisé pleinement la motivation juridictionnelle en vue de moderniser son office et concouru par cette voie à la qualité de la justice, c'est finalement constater que ce juge cherche aujourd'hui encore, non seulement par sa jurisprudence mais également par ses méthodes ou techniques, à perfectionner l'État de droit.

Si le juge administratif entend, en actionnant notamment les ressorts de la motivation de ses décisions, moderniser son office en vue d'une justice plus qualitative, ce n'est pas d'abord ou seulement dans le but d'asseoir d'autant sa propre légitimité face à la concurrence d'autres juridictions. Son objectif est autrement plus essentiel et consiste en le perfectionnement de l'État de droit. Plus elle sera de qualité et performante, mieux la justice administrative pourra répondre à sa fonction première qui est de contrôler l'action de l'administration active pour la soumettre au droit. Parce qu'elle participe au progrès de l'État de droit et, en cela, bénéficie en dernière analyse aux justiciables et citoyens, l'évolution amorcée depuis le tournant des années 2000 de la motivation de ses décisions par le juge administratif est très positive et doit être poursuivie.

ANNEXE

Questions posées à M. Robert Christien, président de chambre au Tribunal administratif de Nantes

À la date de l'entretien réalisé, M. Christien était président de la 7^e chambre du Tribunal administratif de Nantes. Cette chambre traitait alors des matières suivantes : nationalité, étrangers (visas, obligations de quitter le territoire français), fonction publique hospitalière et collectivité locale, responsabilité hospitalière, pensions.

1. Selon vous, pourquoi le Conseil d'État a-t-il développé une réflexion sur la rédaction et particulièrement sur la motivation des décisions du juge administratif à compter du début des années 2000, réflexion qui a abouti au rapport Martin d'avril 2012 ?
2. Pensez-vous que votre position de juge de première instance influe sur la motivation de vos décisions ?
3. Lorsque vous rédigez les motifs de vos décisions, avez-vous à l'esprit la « qualité » du requérant et particulièrement sa « capacité » plus ou moins élevée à comprendre votre décision ?
4. Lorsque vous statuez à juge unique, êtes-vous d'autant plus vigilant quant à la motivation de votre décision ? Autrement dit, le statut de juge unique a-t-il une influence sur la manière de motiver ? Si oui, pourquoi ?
5. Avez-vous tendance à soigner particulièrement votre motivation lorsque vous pressentez que la décision est attendue au plan médiatique ? (Ex : l'affaire de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes).
6. Quelle place les considérations d'ordre extra-juridique (équité, enjeux financiers, enjeux humains, etc.) ont-elles au sein de votre raisonnement ? Au sein des motifs de vos décisions ?
7. Certains éléments sont souvent affirmés plus que véritablement motivés au sein des décisions de justice. Comment expliquez-vous de telles motivations-affirmations ?

8. Diriez-vous que le développement de l'outil informatique a modifié la manière de motiver les décisions de justice ?

La tendance à la reprise *in extenso* des *considérants* de principe d'arrêts de principe dont il est fait application au cas d'espèce s'explique-t-elle par le développement de l'outil informatique ?

Cette tendance n'est-elle pas (également) significative d'une volonté de rendre visible la continuité et la cohérence des décisions du juge administratif ?

9. En 1924, un auteur, M. Noël, affirmait que le juge administratif motive de manière plus concise en contentieux de l'excès de pouvoir qu'en plein contentieux.

Cette affirmation vous paraît-elle exacte ?

Au-delà de la distinction des contentieux de l'excès de pouvoir et de plein contentieux, la matière concernée par l'affaire a-t-elle une influence sur la motivation ?

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires et lexiques juridiques

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003.

CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2004.

CORNU (G.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2014, 10^e éd.

GODIN (C.), *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Fayard, Éditions du temps, 2004.

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, coll. « Lexiques », 2013, 21^e éd.

ROUQUETTE (R.), *Dictionnaire du droit administratif. Terminologie, Expressions, Noms Propres*, Paris, Moniteur, 2002.

VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2015, 7^e éd.

II. Recueils de jurisprudence commentée

BONICHOT (J.-C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018, 6^e éd.

GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, 3^e éd.

LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BRACONNIER (S.), *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2017, 17^e éd.

SUDRE (F.) et alii., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2017, 8^e éd.

III. Ouvrages

AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2011.

- AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- ANTOINE (M.), *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Genève, Droz, 1970.
- Association HENRI CAPITANT, *L'effectivité des décisions de justice*, Paris, Economica, 1987.
- Association HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000.
- AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1885, 3^e éd.
- BAZILLE (G.), *Étude sur la juridiction administrative, à l'occasion de la loi du 21 juin 1865*, Paris, Cosse et Marchal, 1867.
- BIGOT (G.), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2002.
- BIGOT (G.), BOUVET (M.) (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2006.
- BONNET (B.), *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, coll. « Forum », 2013.
- BORÉ (J.), BORÉ (L.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015-2016, 5^e éd.
- BOULOUIS (J.), DARMON (M.), HUGLO (J.-G.), *Contentieux Communautaire*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2001, 2^e éd.
- BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuels », 2018-2019, 6^e éd.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2017, 2^e éd.
- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 tomes, réédition du CNRS, 1962.
- CASSIA (P.), *Les référés administratifs d'urgence*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2003.
- CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013.
- CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. « Droit et Professionnels », 2015, 11^e éd. ; 2018, 12^e éd.
- CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 2 tomes, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2001, 15^e éd.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat »,

2008, 13^e éd.

CHAUVEAU (A.), *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, 2 tomes, Paris, Cosse et Marchal, 1860, 2^e éd. ; 1867, 3^e éd.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2014, 4^e éd.

COHEN (M.), PASQUINO (P.), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit. Le cas des cours souveraines et constitutionnelles, Rapport final*, CNRS, 2013.

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2005, 3^e éd.

COSTA (D.), *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, coll. « Objectif droit », 2014, 2^e éd.

CURAPP, *La loi du 28 pluviôse an VIII deux cents ans après : survivance ou pérennité ?*, Paris, PUF, 2000.

DARESTE (R.), *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, A. Durand, 1862, réimpression La Mémoire du droit, 2012.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), GORÉ (M.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2016, 12^e éd.

DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1997.

DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Paris, Éd. du Seuil, 2006.

DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013.

DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Paris, Lamy, coll. « Axe droit », 2011.

DUBOUT (É.), TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010.

DUFOUR (G.), *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, 2 tomes, Paris, Cotillon, 1854, 2^e éd. ; 1868, 3^e éd.

FOUGÈRE (L.), PARODI (A.) (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, Éd. du CNRS, 1974.

GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, Sciences et Techniques Humaines, 1988.

GOJOSSO (E.) (dir.), *Les conseils de préfecture (an VIII-1953)*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, coll. « Actes et Colloques », 2006.

GUILLERMET (C.-J.), *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, Paris, l'Harmattan, coll. « Bibliothèques de droit », 2006.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2015, 8^e éd.

GUYOMAR (M.), MASSOT (J.), STAHL (J.-H.), FOUQUET (O.), *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 2001, 5^e éd.

GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 2010, 2^e éd. ; 2017, 4^e éd.

HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, 8^e éd.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Traduction française par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

LABBÉE (X.), *Les critères de la norme juridique*, Presses universitaires de Lille, 1994.

LAFERRIÈRE (É.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 tomes, Paris, Berger-Levrault, 1887, 1^{re} éd. ; 1896, 2^e éd.

LE BOT (O.), *Le guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Guides dalloz », 2013.

LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains : approche comparative*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 2016, 3^e éd.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2010, 5^e éd.

MASSOT (J.), GIRARDOT (T.), *Le Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1999.

MBONGO (P.) (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008.

MESTRE (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985.

MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2005.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, 2 tomes, Paris, Dalloz, réédition 2007.

OLSON (T.), CASSIA (P.), *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

- PACTEAU (B.), *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^{ème} siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003.
- PACTEAU (B.), *Traité de contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2008.
- PERDRIAU (A.), *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 1993.
- PERELMAN (C.), FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.
- PERELMAN (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1979, 2^e éd., réédition 1999.
- PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 2016, 1^{re} éd. ; 2018, 2^e éd.
- RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011.
- ROUVIÈRE (J.), *Les juridictions administratives et le recours en cassation*, Paris, Librairies techniques, 1958.
- RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008.
- SEILLER (B.), *Droit administratif. Les sources et le juge*, tome 1, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 2016, 6^e éd ; 2018, 7^e éd.
- SERRIGNY (D.), *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, 3 volumes, Paris, A. Durand, 1865, 2^e éd.
- SUDRE (F.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010, 8^e éd.
- TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2012, 9^e éd.
- THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.
- TRUCHET (D.), *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2017, 7^e éd.
- VIVIEN, *Études administratives*, 2 tomes, 1859, 3^e éd., réimpression, Paris, Éd. CUJAS, 1974.
- WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, coll. « Corpus », 2010.
- ZENATI (F.), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991.

IV. Thèses et mémoires

Thèses

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1998.

BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2002.

BELAÏD (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1974.

BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, PUAM, 2010.

BOURREL (A.), *Le Conseil d'État juge de cassation face au pouvoir d'appréciation des juges du fond*, Thèse dact., Pau, 1999.

BOUSSARD (S.), *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002.

BRUNET (F.), *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, 2012.

BUOT DE L'ÉPINE (A.), *Du Conseil du roi au Conseil d'État : le comité contentieux des départements (9 août 1789 – 27 avril 1791)*, Paris, PUF, 1972.

CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970.

DE BÉCHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996.

DEGOFFE (M.), *La juridiction administrative spécialisée*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1996.

DEGUERGUE (M.), *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1994.

DELAIGUE (P.), *Un exemple de justice administrative départementale sous la Révolution*, Thèse dact., Lyon III, 1993.

DELAUNAY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1993.

D'HAËM (R.), *Le juge unique administratif*, Thèse dact., Paris II, 2001.

DISANT (M.), *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010.

DUPONT-MARILLIA (F.), *Contentieux de la légalité et fonction administrative*, Thèse dact., 2 tomes, Clermont-Ferrand, 1995.

GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.

GIUDICELLI DELAGE (G.), *La motivation des décisions de justice*, 2 tomes, Thèse dact., Université de Poitiers, 1979.

HOSTIOU (R.), *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1974.

ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1968.

JACQUEMART (D.), *Le Conseil d'État juge de cassation*, Paris, LGDJ, 1957.

JEANNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954.

LANNOY (M.), *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016.

LE BARS (T.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997.

LE BERRE (H.), *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'État et Tribunal des conflits)*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999.

LECLERC (C.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015.

LOGETTE (A.), *Le Comité contentieux des Finances près le Conseil du roi (1777-1791)*, Nancy, Publications du centre lorrain d'histoire du droit, 1964.

MALHIÈRE (F.), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013.

MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, réédition OFFSET, 1972.

PEISER (G.), *Le recours en cassation en droit administratif français*, Paris, Sirey, 1958.

PERRIN (A.), *L'injonction en droit public français*, Paris, Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2009.

PHYTILIS (J.), *Justice administrative et justice déléguée au XVIII^e siècle. L'exemple des commissions extraordinaires de jugement à la suite du conseil*, Paris, PUF, 1977.

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2009.

POTVIN-SOLIS (L.), *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999.

POURRET (J.-Y.), *Les systèmes de jurisprudence : étude comparative des conditions d'élaboration de la jurisprudence en droits anglais et français*, Thèse dact., Université Jean Monnet, Saint Étienne, 2005.

PROS-PHALIPPON (C.), *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2018.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980.

SÉGALA (S.), *L'activité des autorités administratives départementales des Bouches-du-Rhône de 1790 à 1792*, PUAM, 1997.

TCHEN (V.), *Les revirements dans la jurisprudence administrative du Conseil d'État*, Thèse dact., Paris XIII, 1994.

VAUTROT-SCHWARZ (C.), *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009.

WEIL (P.), *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Jouve et Cie, 1952.

Mémoires de DEA

BÉRENGER (F.), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation : de l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003.

CARTIER-BRESSON (A.), *Le recours pour excès de pouvoir devant le juge de cassation*, Paris, LGDJ, 1998.

Mémoire de Master 2

DELANLSSAYS (T.), *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, Mémoire dact. M2, Lille, 2010.

V. Articles, notes et commentaires de jurisprudence

Articles parus aux Études et documents du Conseil d'État

DE LAUBADÈRE (A.), « Le Conseil d'État et l'incommunicabilité », *EDCE*, 1979-1980, pp. 17-22.

DENOIX DE SAINT-MARC (R.), LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge

administratif », *EDCE*, 1970, pp. 69-91.

DUCAMIN (B.), « Le style des décisions du Conseil d'État. Les réactions d'un public cultivé », *EDCE*, 1984-1985, pp. 129-145.

DUPUIS (G.), « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, pp. 13-40.

MONNIER (F.), « Le contentieux de l'administration à la fin de l'Ancien Régime », *EDCE*, 1990, pp. 161-168.

RIVERO (J.), « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, pp. 27-36.

VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979, pp. 31-44.

Articles, notes et commentaires de jurisprudence parus dans des revues juridiques

ALBERTON (G.), « L'art de concilier déférence communautaire et résistance nationale », note sous CE, Ass, 27 mars 2015, *M. Quintanel, AJDA*, 2015, pp. 1761-1767.

AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 275-294.

AMSELEK (P.), « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *APD*, tome 27, 1982, pp. 251-258.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'État. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 24 novembre 1997, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Société Amibu Inc.* », *RFDA*, 1998, pp. 978-989.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°30/2011, pp 23-29.

ATIAS (C.), « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP. G.*, 1984, I, n°3145.

AUBY (J.-B.), « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1966, pp. 5-13.

AUBY (J. B.), « Rédaction des jugements », *Dr. adm.*, n°6/2012, repère n°6.

BAILLEUL (D.), « L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie des moyens », *LPA*, n°125 du 23 juin 2004, pp. 13-17.

BAILLEUL (D.), « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, pp. 1626-1630.

BARDOU (G.), « Pouvoir d'injonction et exécution des décisions de justice », *RFDA*, 2015, pp. 452-455.

BARTHOUIL (T.), « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé »,

RRJ, n°2/1992, pp. 343-395.

BIENVENU (J.-J.), « L'organisation du conflit administratif. Recherches sur la pratique contentieuse des Conseils de préfecture (An VIII-An XII) », *Revue historique de droit français et étranger*, octobre-décembre 1974, pp. 568-593.

BLANCO (F.), « Le Conseil d'État, juge pédagogue. À propos des arrêts *Société à objet sportif « Toulouse football club »* (C.E., section, 25 juin 2001), *Vassilikiotis* (C.E., assemblée, 29 juin 2001) et *Titran* (C.E., 27 juillet 2001) », *RRJ*, n°2/2003, pp. 1513-1553.

BLANCO (F.), « L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction », *RFDA*, 2015, pp. 444-451.

BLERY (C.), « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Histoire de la Justice*, n°4/1991, pp. 79-97.

BON (P.), « La ligne à grande vitesse Poitiers-Limoges : insuffisance d'évaluation et absence d'utilité publique », note sous Conseil d'État, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, *RFDA*, 2016, pp. 519-526.

BONICHOT (J.-C.), « Vers une plus grande sécurité juridique ? », *BJDU*, n°6/2000, pp. 403-407.

BONNET (B.), « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, pp. 56-68.

BORÉ (L.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP. G*, 2002, étude n°104.

BRAIBANT (G.), « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, 2006, pp. 1428-1430.

BRIÈRE DE L'ISLE (G.), « Sécurité juridique et loi. Rapport », *La Semaine juridique : Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n°6/1990, pp. 3-9.

BROYELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge-administrateur », *Dr. adm.*, n°3/2004, chron. n°6.

BRUNET (P.), « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n°1/2004, pp. 197-217.

BRUNET (P.), « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, n°3/2015, pp. 545-561.

CAILLE (P.-O.), « Présence du commissaire du gouvernement au délibéré et droit au procès équitable : point final », *Dr. adm.*, n°1/2010, comm. n°9.

CAMPBELL (I.), « Réflexions autour de la rédaction de la décision de justice », *RIDC*, n°3/1998, dossier : « L'élaboration de la décision de justice. Études de droit comparé », pp. 827-840.

CANIVET (G.), « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n°20-21/1992, pp. 133-141, spéc. p. 133.

- CANIVET (G.), « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolance » des juges », *RSC*, 2005, pp. 799-817.
- CASSIA (P.), « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *RFDA*, 2005, pp. 465-472.
- CASSIA (P.), « Le droit communautaire dans et sous la Constitution française », *RTD eur.*, n°2/2007, pp. 406-415.
- CASSIA (P.), « La décision Gardedieu est-elle suffisamment intelligible ? », *AJDA*, 2007, p. 1097.
- CASSIA (P.), « Le contrôle de cassation sur les référés administratifs. Bilan de jurisprudence », *Dr. adm.*, n°1/2010, chron. n°19.
- CAYLA (O.), « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits*, n°7/1988, pp. 59-73.
- CHABANOL (D.), « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, pp. 216-218.
- CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, pp. 3-17.
- CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, pp. 67-89.
- CLAMOUR (G.), « Apostille pour les faiseurs de système », *AJDA*, 2008, p. 169.
- COLOMBET (H.), GOUTTEFANGEAS (A.), « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, n°1/2013, pp. 155-176.
- COMBARIEU (A.), « Étude historique sur la procédure devant les juridictions administratives et les conseils de préfecture », *RGA*, 1889, III, pp. 129-148.
- COSTA (J.-P.), « L'exécution des décisions juridictionnelles », *RA*, n°1/1999, pp. 69-82.
- DAMIEN (A.), BORÉ (J.), « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA*, 1990, pp. 777-791.
- DAUCHY (S.), DEMARS-SION (V.), « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Revue historique de droit français et étranger*, n°2/2004, pp. 223-239.
- DE BÉCHILLON (D.), « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1994, pp. 1793-1824.
- DE BÉCHILLON (D.), « Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme. À propos de l'arrêt *Bitouzet* », *RFDA*, 1999, pp. 841-846.
- DEGUERGUE (M.), « Jurisprudence », *Droits*, n°2/2001, pp. 95-103.

- DEGUERGUE (M.), « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts », *RFDA*, 2007, pp. 254-261.
- DELAMARRE (M.), « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, pp. 186-194.
- DELVOLVÉ (P.), « Le style et le Conseil d'État », *Justice et cassation*, 2013, pp. 296-309.
- DE MONTECLER (M.), « Adieu considérant ? », *AJDA*, 2012, p. 1249.
- DENOIX DE SAINT-MARC (R.), « Les notions de préjudice difficilement réparable et de moyen sérieux », *Gaz. Pal.*, 1985, Doctrine, pp. 124-126.
- DERRIEN (A.), « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs*, n°2/2003. pp. 41-52.
- DESCORPS DECLÈRE (F.), « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.*, 2007, pp. 2822-2828.
- DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2007, pp. 49-76.
- DEUMIER (P.), « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD civ*, 2006, pp. 521-526.
- DEUMIER (P.), « Le juge interne face à la coordination du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.*, 2008, pp. 444-448.
- DE VITA (A.), « Aperçu comparatif », *RIDC*, n°3/1998, dossier : « L'élaboration de la décision de justice. Études de droit comparé », pp. 809-815.
- DEYGAS (S.), « Liquidation d'astreinte : une décision que le juge administratif doit motiver », *Procédures*, n°12/2010, comm. n°427.
- DIEU (F.), « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA*, 2009, pp. 1082-1089.
- DISANT (M.), « L'autorité de la chose interprétée », *JCP. G*, supplément au n°48/2010 : « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et perspective », pp. 66-69.
- DONNAT (F.), CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Dr. adm.*, n°5/2004, étude n°9.
- DUBOS (O.), MELLERAY (F.), « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. adm.*, n°8-9/2004, étude n°15.
- DUGUIT (L.), « L'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, pp.450-471.
- ESTOUP (P.), « Du nécessaire rappel de principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. Pal.*, 1990, Doctrine, pp. 242-246.

- FAVOREU (L.), « L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits (bilan provisoire) », *RFDA*, 1987, pp. 264-280.
- FERRARI-BREEUR (C.), « L'affaire Burbaud : suite et non fin », *JCP. A.*, n°29/2005, n°1271.
- FLAUSS (J.-F.), note sous TA de Strasbourg, 3 août 1989, *Province de la Hollande septentrionale et autres c. État, D.*, 1991, Jurisprudence, pp. 51-56.
- FLÜCKIGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21/2006, pp. 74-78.
- FOUSSARD (D.), « Sécurité du droit et jurisprudence. Rapport de synthèse », *La Semaine juridique : Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n°6/1990, pp. 17-22.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence », *RRJ*, n°4/1993, pp. 1271-1277.
- FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, n° spécial/1995, pp. 156-166.
- GAUDEMET (Y.), « Sécurité du droit et jurisprudence. Rapport », *La Semaine juridique : Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n°6/1990, pp. 12-17.
- GAUTIER (M.), « De Bruxelles à Paris en passant par Luxembourg et en songeant à Strasbourg : exemple de dialogue des juges », *Dr. adm.*, n° 6/2008, comm. n°83.
- GAZIER (F.), « De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif », *RDP*, 1954, pp. 669-683.
- GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, pp. 877-886.
- GENTOT (M.), « Le Conseil d'État régulateur du contentieux administratif », *RA*, n°1/1999, pp. 4-9.
- GILTARD (D.), « Réflexions sur le rôle et les méthodes du juge d'appel », *AJDA*, 2003, pp. 1801-1807.
- GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, n°105 du 26 mai 2004, pp. 3-20.
- GLASER (E.), « Référé-suspension : recevabilité, motivation de la décision du juge », *Dr. adm.*, n°2/2005, comm. n°23.
- GLEIZAL (J.-J.), « Le sursis à exécution des décisions administratives. Théorie et politique jurisprudentielle », *AJDA*, 1975, pp. 381-398.
- GOHIN (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, n°9/1989, pp. 93-105.
- GOULARD (G.), « L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'État », *RJF*, n°8-9/1993, pp. 623-627.
- GRAND (R.), « Considérant qu'il importe de rendre les décisions du juge administratif plus accessibles », *AJDA*, 2012, p. 976.

- GUYOMAR (M.), « Le Conseil d'État, juge de cassation du référé. Première synthèse », *AJDA*, 2002, pp. 284-295.
- GUYOMAR (M.), SIMON (D.), « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, n°43/2009, pp. 11-15.
- HAURIOU (M.), note sous CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot, S.*, 1907, III, pp. 17-19.
- HAURIOU (M.), note sous CE, 26 juin 1908, *Daraux, S.*, 1909, III, pp. 129-130.
- HOEPFFNER (H.), « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, pp. 895-909.
- HOSTIOU (R.), « Le juge et l'opportunité des travaux d'aménagement. La portée de la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Les annales de la recherche urbaine*, n°16/1982, pp. 46-57.
- HOSTIOU (R.), « Le rapporteur public, la Section du contentieux et l'autoroute alsacienne », note sous CE, Sect., 17 mars 2010, *Association Alsace Nature Environnement et a.*, *RJE*, n°3/2010, pp. 493-502.
- JACQUELIN (R.). « L'évolution de la procédure administrative », *RDP*, 1903, I, pp. 373-447 et II, pp. 5-22.
- JAEHNERT (G.), « La jonction : le point sur une technique contentieuse », *AJDA*, 2003, pp. 2363-2365.
- JANICOT (L.), « Les silences du jugement », *RDP*, 2012, pp. 1064-1077.
- JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, n°9/1989, pp. 57-67.
- JAYME (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 251/1995, pp. 9-268.
- J.C.B., observations sous CE, 2 juillet 2008, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Le Rond-Point des Pistes 1 et autres*, *BJDU*, n°6/2008, p. 425.
- JEANNEAU (B.), note sous CE, Ass., 23 décembre 1959, *Gliksmann, D.*, 1961, Jurisprudence, pp. 261-263.
- JESTAZ (P.), « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*, 1987, Chronique, pp. 11-17.
- JESTAZ (P.), « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, Chronique, pp. 149-153.
- JESTAZ (P.), « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit), *RTD civ.*, 1993, pp. 73-85.
- KADA (N.), « Les grands arrêts et le droit administratif », *AJDA*, 2008, pp. 2098-2104.
- KALFLÈCHE (G.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *LPA*, n°46 du 5 mars 2009, pp. 46-53.

KLAOUSEN (P.), « Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'État », *LPA*, n°91 du 30 juillet 1993, pp. 22-29.

LABAYLE (H.), MEHDI (R.), « Le Conseil d'État et la protection communautaire des droits fondamentaux. Observations sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux* », *RFDA*, 2008, pp. 711-720.

LABETOULLE (D.), « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, n°18/1993, pp. 31-43.

LABETOULLE (D.), « Le juge administratif et la jurisprudence », *RA*, n°5/1999, pp. 59-66.

LAMPUÉ (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, pp. 5-67.

LASSER (M.), « La MacDonald-isation du discours judiciaire français », *APD*, tome 45, 2001, pp. 137-148.

LASSER (M.), « Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTD civ.*, 2006, pp. 691-706.

LECLERCQ (J.), « Le juriste confronté aux « réflexes » interprétatifs du juge », *LPA*, n°252 du 19 décembre 2001, pp. 19-26.

LE GARS (J.-M.), « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requête – aspects français », *RA*, n°7/1999, pp. 109-116.

LELIEVRE (F.), « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des juridictions administratives », *AJDA*, 2009, pp. 2446-2448.

LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP. G.*, 1975, I, n°2681.

LINOTTE (D.), « La motivation obligatoire de certaines décisions administratives », *RDP*, 1980, pp. 1699-1715.

LONG (M.), « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, pp. 787-794.

LUCE (E. P.), « Considérations sur le fonctionnement des tribunaux administratifs », *JCP. G.*, 1961, I, n°1658.

MALAURY (P.), « Le style des « Cours suprêmes » françaises. Une recherche constante de l'équilibre », *JGP. G.*, n°23/2012, pp. 1127-1132.

MANIN (P.), « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, n°1/2001, pp. 51-64.

MARIN (J.-C.), « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? », *JCP. G.*, n°51/2011, pp. 2536-2539.

MASSOT (J.), « La continuité de la procédure contentieuse administrative », *Bibliothèque de l'école des chartes*, tome 156, 1998, pp. 77-89.

- MASSOT (J.), « La cassation », *AJDA*, n° spécial/1995, pp. 200-210.
- MATHIEU (M.-L.), « Le contrôle de la motivation », *Revue Lamy, Droit civil*, n° 89/2012, pp. 87-91.
- MELLERAY (F.), « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, pp. 71-76.
- MELLERAY (F.), « L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », *AJDA*, 2006, pp. 897 et s.
- MESTRE (J.-L.), « Le traitement du contentieux administratif au XVIII^e siècle », *RA*, n°3/1999, pp. 83-97.
- MESTRE (J.-L.), « Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents », *RFDA*, 1996, pp. 289-304.
- MICHOUD (J.), « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *RGA*, 1914, tome 3, pp. 5-26.
- MILLET (F.-X.), « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, pp. 307-317.
- MODERNE (F.), « Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *RFDA*, 1990, pp. 798-821.
- MODERNE (F.), « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 1996, pp. 43-57.
- MOTULSKY (H.), « Le « manque de base légale », pierre de touche de la technique juridique », *JCP. G.*, 1949, I, n°775.
- MOULY (C.), « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles », *LPA*, n°33 du 18 mars 1994, pp. 15-19.
- NIQUÈGE (S.), « Le Conseil d'État et la technique de l'assimilation », *RFDA*, 2009, pp. 929-935.
- NOËL (M.), « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *RDP*, 1924, pp. 350-384.
- OGIER BERNAUD (V.), « Le référé-suspension et la condition d'urgence », *RFDA*, 2002, pp. 284-295.
- OTERO (C.), « Écrire pour dialoguer ou se rebeller ? », *Les cahiers de la justice*, n°2/2014, pp. 229-239.
- PACTEAU (B.), « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *RA*, n°6/1999, pp. 70-80.
- PELLISSIER (G.), « Le Conseil d'État pose un nouveau principe de valeur constitutionnelle », *LPA*, n°153 du 20 décembre 1996, pp. 19-26.
- PERDRIAU (A.), « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP. G.*, 1988, I, n°3352.

- PERDRIAU (A.), « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP. G*, 1990, I, n°3468.
- PERDRIAU (A.), « Le rôle disciplinaire du juge de cassation », *JCP. G*, 2002, I, n°150.
- PERRIN (A.), « Au-delà du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995 », *RFDA*, 2015, pp. 643-649.
- PETIT (J.), « Les ordonnances *Dieudonné* : séparer le bon grain de l'ivraie », *AJDA*, 2014, pp. 866-874.
- P.-L. J., note sous CE, 9 janvier 1929, *Poiré* et CE, 11 octobre 1929, *Florin*, *D.* 1930.III. pp. 9-10.
- POLLMANN (C.), « L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'État en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques », *RDP*, 1996, pp. 1653-1714.
- PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, pp. 747-765.
- RENOUX (T.), « La place de l'autorité judiciaire dans le système institutionnel », *RPP*, n°954, 1991, pp. 42-45.
- RIALS (S.), « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *AJDA*, 1981, pp. 115-118.
- RIVERO (J.), « Le Conseil d'État, Cour régulatrice. », *D.*, 1954, Chronique, pp. 157-162.
- ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, n° spécial/1995, pp. 117-132.
- ROCHE (J.), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJ*, 1962, I, pp. 532-540.
- ROLLAND (P.), « L'interprétation de la Convention », *RUDH*, n°7-9/1991, pp. 280-288.
- ROULHAC (C.), « La mutation du contrôle des mesures de police administrative. Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif », *RFDA*, 2018, pp. 343-356.
- ROUVILLOIS (F.), « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDP*, 1990, pp. 1817-1857.
- SAGNIER (P.-Y.), « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA*, 2016, pp. 1378-1383.
- SALAS (D.), « Le juge aujourd'hui », *Droits*, n°2/2001, pp. 61-72.
- SAUVÉ (J.-M.), « Conclusions et perspectives », dossier : « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, pp. 1220-1226.
- SAUVEL (T.), « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-53.
- SAUVEL (T.), « Essai sur la notion de précédent », *D.*, 1955, Chronique, pp. 93-96.

- SAUVEL (T.), « Les demandes de motifs adressées par le Conseil du roi aux cours souveraines », *Revue historique de droit français et étranger*, 1957, pp. 529-548.
- SEILLER (B.), « Du neuf avec du vieux : l'urgence en matière de référé-suspension », *D.*, 2001, pp. 1414-1418.
- SEILLER (B.), note sous TA d'Orléans, 8 février 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA*, 2001, pp. 500-504.
- SEILLER (B.), « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA*, 2003, pp. 1472-1477.
- SEILLER (B.), « Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif », *JCP. A.*, n°38/2007, n°2227.
- SEILLER (B.), note sous CE, Sect., avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, *Gaz. Pal.*, n°155-157/2012, pp. 16-17.
- SIMON (D.), « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe*, n°3/1999, pp. 4-6.
- SIRINELLI (J.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, pp. 529-544.
- SPENCER (R.), « Quelques observations préliminaires », *RIDC*, n°3/1998, dossier : « L'élaboration de la décision de justice. Études de droit comparé », pp. 823-826.
- STAHL (J.-H.), « La cassation », *RA*, n°1/1999, pp. 83-88.
- STIRN (B.), « Le filtrage selon le Conseil d'État », *JCP. G.*, supplément au n°48/2010 : « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et perspective », pp. 48-50.
- SUDRE (F.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, n°7-9/1991, pp. 259-274.
- SUR (S.), « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA*, 1974, pp. 349-367.
- TCHEN (V.), « L'influence des revirements de jurisprudence sur l'action de l'administration », *LPA*, n°88 du 25 juillet 1994, pp. 4-12.
- THIBIERGE (C.), « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, pp. 599-628.
- THIBIERGE (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, tome 51, 2008, pp. 341-371.
- THOUROUDE (J-J), note sous CE, 10 mars 1997, *Commune de Lormont c. consorts Raynal*, *D.*, 1998, *Jurisprudence*, pp. 85-87.
- TOUFFAIT (A.), TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ*, 1974, pp. 487-508.

- TOURARD (H.), « Quelques observations sur le Conseil d'État juge de cassation », *RDP*, 2000, pp. 487-520.
- TOURNAUX (S.), « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2011, pp. 45-66.
- TOURNIER (R.), « Les techniques de motivation des décisions de justice », *Revue Lamy, Droit civil*, n°89/2012, pp. 80-83.
- TOUVET (L.), observations sous CE, 12 mai 1997, *SCI Ifana et Société Coprotour*, *BJDU*, n°3/1997, p. 219.
- TRAORÉ (S.), « Obligation de se prononcer sur tous les moyens en matière d'urbanisme », *Dr. adm.*, n°5/2001, comm. n°129.
- TROPER (M.), « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n°16/1981, pp. 5-15.
- TROPER (M.), « La fonction de juger est-elle un pouvoir ? », *RPP*, n°954, 1991, pp. 31-34.
- VAN DE KERCHOVE (M.), « Jurisprudence et rationalité juridique », *APD*, tome 30, 1985, pp. 207-242.
- VAN LANG (A.), « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique », observations sous CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.*, *RDI*, n°6/2013, pp. 307-310.
- VAN LANG (A.), « Protection de la qualité de l'air : de la transformation d'un droit gazeux en droit solide », note sous CE, 12 juillet 2017, *Association Les amis de la Terre France*, *RFDA*, n°6/2017, pp. 1135-1148.
- VERPEAUX (M.), « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°30/2011, pp. 11-22.
- WALINE (M.), « Du critère des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, pp. 565-572.
- WALINE (M.), note sous CE, Ass., 27 mai 1955, *EDF*, *RDP*, 1955, pp. 721-732.
- WEBER (J.-F.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Revue Lamy, Droit civil*, n°89/2012.
- WEIL (P.), note sous CE, Sect., 28 décembre 1949, *Société anonyme des Automobiles Berliet*, *D.*, 1950, Jurisprudence, pp. 384-386.
- WOEHLING (J.-M.), « Conditions relatives au pouvoir d'injonction conféré au juge administratif par la loi du 8 février 1995 », observations sous TA de Strasbourg, 23 mai 1996, *Société Wastec-Strobel GmbH c. Préfet de la Moselle*, *AJDA*, 1996 pp. 942-946.
- ZARKA (J.-C.), « Appréciation par le Conseil d'État de la motivation de la décision du juge des référés quant à l'urgence », *JCP. G.*, 2002, II, n°10051.
- ZENATI (F.), « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.*, 2007,

pp. 1553-1560.

ZILLER (J.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, n° spécial/1996, pp. 185-189.

Contributions parues dans des recueils de doctrine, ouvrages dirigés et mélanges

ALONSO (C.), « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 161-184.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 11-28.

ARRIGHI de CASANOVA (J.), « Savoir lire et décoder les décisions du juge administratif », in BACHELIER (G.) (coord.), *Le contentieux fiscal*, Paris, Litec, coll. « Référence première », 1994, pp. 136-155.

ATIAS (C.), « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in Cour de cassation, Laboratoire d'Epistémologie juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, la Documentation française, 1994, pp. 73-83.

BACHELIER (X.), « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in Cour de cassation, Laboratoire d'Epistémologie juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, la Documentation française, 1994, pp. 91-105.

BIGOT (G.), « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in BIGOT (G.), BOUVET (M.) (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2006, pp. 229-255.

BIGOT (G.), « Histoire de la motivation en droit public français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 47-61.

BONMATI (D.), « La réorganisation du travail juridictionnel et la multiplication du traitement des affaires par ordonnances », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 69-77.

BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in Mélanges Raymond CARRÉ de MALBERG, Paris, Librairie É. Duchenin, réimpression 1977, pp. 3-29.

BOTTEGHI (D.), « L'ambition pédagogique du juge administratif », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 153-160.

BOUCHER (J.), CRÉPEY (É.), « Le Conseil d'État juge de cassation et la qualification juridique des faits », in Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, *Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 97-112.

BOULOUIS (J.), « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in Mélanges en l'honneur

de Marcel WALINE, *Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome 1, pp.149-162.

BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Marcel WALINE, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome 2, pp. 297-306.

BROYELLE (C.), « La sélection des pourvois devant le Conseil d'État », in DRAGO (G.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GORÉ (M.), *L'accès au juge de cassation*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », 2015, pp. 49-57.

BERTRAND (B.), SIRINELLI (J.), « La proportionnalité », in AUBY (J-B.) (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 623-638.

BRUNET (A.), « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in *Études offertes à Jacques NORMAND, Justice et droits fondamentaux*, Paris, Litec, 2003, pp. 51-60.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, tome 1, pp. 335-350.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « De l'internationalisation du dialogue des juges », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95-130.

CADIET (L.), « La qualité de la norme juridictionnelle », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), PINI (J.) (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 233-259.

CANIVET (G.), « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires dont sont saisies les juridictions », in CAVROIS (M.-L.), DALLE (H.), JEAN (J.-P.) (dir.), *La qualité de la justice*, Paris, La documentation française, 2002, pp. 213-238.

CANIVET (G.), MOLFESSIS (N.), « L'imagination du juge » in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET, La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, pp. 131-147.

CHABANOL (D.), « Le dialogue des juges administratifs entre eux : discipline contentieuse et indépendance », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 167-173.

CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Éd. CUJAS, 1975, pp. 265-297.

CHAPUS (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », in CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, pp. 293-370.

CHAPUS (R.), « Le contrôle des faits par le Conseil d'État français en tant que juge de cassation », in CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, pp. 371-396.

CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur*

de Michel STASSINOPOULOS, *Problèmes de droit public contemporain*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 275-290.

CHEVALLIER (J.), « Les interprètes du droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 115-129.

CÔTÉ (P.-A.), « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 189-199.

COUTARD (O.), « Le contrôle de l'erreur de droit sur le doute sérieux du juge des référés suspension - ou le contrôle élastique- », in Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, *Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 201-208.

DE BÉCHILLON (D.), « Le juge et son œuvre. Un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'État », in Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, *L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, pp. 359-371.

DE BÉCHILLON (D.), « Comment légitimer l'office du juge ? », in DARCY (G.), LABROT (V.), DOAT (M.) (dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, pp. 470-480.

DEGUERGUE (M.), « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 229-245.

DEGUERGUE (M.), « La montée irrésistible du juge unique », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 95-113.

DELVOLVÉ (P.), « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in Mélanges René CHAPUS, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 135-145.

DELVOLVÉ (P.), « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », pp. 3-19.

DENOIX DE SAINT MARC (R.), « Les considérations de fait devant le Conseil d'État, juge de cassation », in Mélanges en l'honneur de Jacques BORÉ, *La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 135-140.

DENQUIN (J.-M.), « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, *L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, pp. 373-385.

DEUMIER (P.), « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », in Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN, *Principes de justice*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 125-180.

DISANT (M.), « Quelle autorité pour la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel ? De la persuasion à la direction », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 57-81.

DISANT (M.), « La « doctrine » du juge, entre pédagogie et sources du droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011,

pp. 125-152.

DONIER (V.), « Style et structure des décisions du Conseil d'État : vers une évolution culturelle ? », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 197-207.

DUBOUIS (L.), « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 391-402.

DUPEYROUX (O.), « La Jurisprudence, source abusive de droit », in Mélanges offerts à Jacques MAURY, *Théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome 2, pp. 349-377.

DUPEYROUX (O.), « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 463-475.

EISENMANN (C.), « La justice dans l'État », in Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, *La Justice*, Paris, PUF, 1961, pp. 11-56.

FARDET (C.), « Auteur, coauteur, perfecteur », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, pp. 109-11.

FORIERS (P.), « Règles de droit. Essai d'une problématique », in PERELMAN (C.) (dir.), *La règle de droit. Études*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 7-20.

FOULQUIER (C.), « La pédagogie au service du droit des travaux publics », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 369-389.

FOUSSARD (D.), « Manque de base légale et création de la règle », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2005, pp. 70-93.

FRAGISTAS (Ch.-N.), « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in Mélanges offerts à Jacques MAURY, *Théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz, 1960, tome 2, pp. 139-172.

FRYDMAN (B.), « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 18-29.

GAUDEMET (Y.), « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in Mélanges offerts à Georges BURDEAU, *Le Pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 805-824.

GAUDEMET (Y.), « Le juge administratif, futur administrateur ? », in GARDAVAUD (G.), OBERDORFF (H.), *Le Juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Presses universitaires de Grenoble, 1995.

GAUDEMET (Y.), « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », in Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. SPILIOTOPOULOS, *État, Loi, Administrations*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 147-158.

GAUDEMET (Y.), « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 387-403.

GAUDIN (H.), « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 639-649.

GENEVOIS (B.), « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 225-236.

GUILLAUME (M.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 121-132.

HALPERIN (J.-L.), « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in JACOB (R.) (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Études d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1996, pp. 233-256.

HÉBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 329-371.

HOUILLON (G.), « Pédagogie et efficacité du droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 327-355.

HOURLQUEBIE (F.), « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* » in HOURLQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 25-46.

JOUANNET (E.), « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, coll. « Contentieux international », 2008, pp. 251-285.

LATOURNERIE (R.), « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 177-275.

LE BOT (O.), « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-296.

LONG (M.), « Regard sur soixante-quinze ans d'histoire de la juridiction administrative française », in WOEHRLING (J.-M.) (dir.), *Les transformations de la justice administrative*, Paris, Economica, 1995, pp. 23-35.

LUCIANI (M.), « L'interprétation conforme et le dialogue des juges » in *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 695-707.

MATHIEU (B.), « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit administratif », in PERRIER (J.-B.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, pp. 143-153.

MATINEAU (F.), « Critères et standards rhétoriques de la bonne décision de justice », in MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 89-102.

MAUGÜÉ (C.), « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, *Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 591-613.

MAURY (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », in Études offertes à Georges RIPERT, *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Paris, LGDJ, 1950, tome 1 : *Études générales. Droit de la famille*, pp. 28-50.

MODERNE (F.), « Le pouvoir d'injonction du juge administratif : le juge administratif incarné », in BONNET (B.) (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif*, Hommage à Daniel CHABANOL, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2009, pp. 89-108.

MONNIER (F.), « D'un Conseil d'État à l'autre », in Institut français des sciences administratives, École pratique des hautes études de Paris et Association pour l'histoire de l'administration française, *L'administration de la France sous la Révolution*, Droz, 1992, pp. 115-142.

MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in CERAP, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Bilan critique*, Paris, Economica, 1991, pp. 183-201.

MUIR WATT (H.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2005, pp. 53-66.

NGAMBI (J.), « Un pas supplémentaire dans l'assimilation du principe de primauté par le Conseil d'État. L'affaire Arcelor », in Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN, *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 697-710.

NICOLAS (É.), « Répétabilité et répétition des énoncés normatifs : la force intercitationnelle dans le langage juridique comme force normative », in THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 69-97.

OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » in BOURETZ (P.) (dir.), *La force du droit*, Paris, Éd. Esprit, 1991, pp. 241-272.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 135-153.

PACTEAU (B.), « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », in SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 251-287.

PACTEAU (B.), « Vicissitudes (et vérification...?) de l'adage « juger l'administration, c'est encore administrer » », in Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004,

pp. 317-326.

PAULIAT (H.), « Rapport introductif », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 11-36.

PERELMAN (C.), « À propos de la règle de droit. Réflexions de méthode », in PERELMAN (C.) (dir.), *La règle de droit. Études*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 313-323.

PERROT (R.), « Cour de cassation et Conseil d'État à travers leur fonction de juge suprême » in Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990 : Volume jubilaire*, Paris, Litec, p 145 et s.

PETIT (J.), « La rétroactivité du procès », in SEILLER (B.) (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2007, pp. 1-13.

PETIT (J.), « La motivation des décisions du juge administratif français », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 213-230.

PETIT (J.), « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif », in VAUTROT-SCHWARZ (C.) (dir.), *La police administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2014, pp. 205-219.

PONSARD (R.), « Questions de principe sur "l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel" : normativité et pragmatisme », in MATHIEU (B), VERPEAUX (M.) (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 29-55.

PONTHOREAU (M.-C.), « L'énigme de la motivation. Encore et toujours l'éclairage comparatif », in HOURQUEBIE (F.), PONTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-24.

QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international. (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du Traité de Rome », in Mélanges en l'honneur de Michel STASSINOPOULOS, *Problèmes de droit public contemporain*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 387-395.

RAIMBAULT (P.), GALLIANO (L.), « Synthèse. La pédagogie en droit : pour qui et pour quoi faire ? », in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 422-431.

RENAUDIE (O.), « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? » in RAIMBAULT (P.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 293-309.

RIBES (D.), « La motivation des décisions du Conseil d'État », in HOURQUEBIE (F.), PONTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 183-195.

RIVERO (J.), « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in Mélanges offerts à René SAVATIER, Paris, Dalloz, 1965, pp. 821-833.

- ROLIN (F.), « La qualité des décisions du Conseil d'État », in MBONGO (P.) (coord.), *La qualité des décisions de justice*, Les Études de la CEPEJ, Éd. du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 153-165.
- ROUBIER (P.), « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in Études offertes à Georges RIPERT, *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Paris, LGDJ, 1950, tome 1 : *Études générales. Droit de la famille*, pp. 9-27.
- ROUSSEAU (D.), « Les conditions de recevabilité de la QPC », in PERRIER (J.-B.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, pp. 97-107.
- RUBI-CAVAGNA (É.), « Les arguments d'opportunité », in DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, pp. 217-247.
- RUEDA (F.), « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 263-280.
- SCHRAMMECK (O.), « Le Conseil constitutionnel et les juges », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 132-136.
- SEILLER (B.), « La reconnaissance d'un droit au droit », in LEDUC (F.) (coord.), *L'accès au droit*, Publications de l'Université François Rabelais de Tours, 2002, pp. 41-51.
- SEILLER (B.), « Le procès de la rétroactivité », in SEILLER (B.) (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2007, pp. 15-32.
- SUDRE (F.), « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », in Études en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 207-224.
- SUDRE (F.), « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 1015-1031.
- SUEUR (J.-J.), « Pour conclure : modernisation de la juridiction administrative, « qualité » de la justice et démocratie », in PAILLET (M.) (coord.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 297-314.
- TALLON (D.), « Précédent », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, pp. 1185-1187.
- TROPER (M.), « La motivation des décisions constitutionnelles », in PERELMAN (C.), FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 287-302.
- TRUCHET (D.), « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in Institut français des sciences administratives, *Administration : droits et attentes des citoyens*, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 23-34.
- TRUCHET (D.), « Repenser le droit administratif ? », in BONNET (B.) (dir.), *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, coll. « Forum », 2013, pp. 815-825.

VAN LANG (A.), « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1053-1081.

VANWELKENHUYZEN (A.), « La motivation des revirements de jurisprudence », in PERELMAN (C.), FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 251-286.

VEDEL (G.), « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in Mélanges en l'honneur de Marcel WALINE, *Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome 2, pp. 777-793.

VOCANSON (C.), « Le texte », in DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, pp. 11-32.

WACHSMANN (P.), « Le dialogue au lieu de la guerre », in Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 1121-1138.

WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in Études en l'honneur de Georges SCELLE, *La technique et les principes du droit public*, Paris, LGDJ, 1950, tome 2, pp. 613-632.

ZENATI-CASTAING (F.), « La signification, en droit, de la motivation », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 25-46.

VI. Chroniques de jurisprudence

CHAUVAUX (D.), GIRARDOT (T.-X.), « La place de la coutume internationale en droit interne », chronique sur CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, *AJDA*, 1997, pp. 570-575.

CHAUVAUX (D.), GIRARDOT (T.-X.), « Pouvoir d'injonction. Prise en considération de circonstances postérieures à la date de la décision annulée », chronique sur CE, 4 juillet 1997, *M. Leveau* et *M. Bourezak* (deux espèces), *AJDA*, 1997, pp. 584-590.

COMBARNOUS (J.), GALABERT (M.), « La résiliation des sursis d'incorporation », chronique sur CE, Ass., 23 novembre 1959, *Sieur Gliksman*, *AJDA*, 1960, I, pp. 43-45, spéc. p. 44.

COMBARNOUS (J.), GALABERT (M.), « Le Conseil d'État, juge de cassation », chronique sur CE, 9 mars 1960, *Jourdan*, *AJDA*, 1960, I, pp. 95-98, spéc. pp. 97-98.

DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.), « De la bien curieuse existence d'un droit naturel des référés », chronique sur CE, Sect., 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, *AJDA*, 2012, pp. 943-948.

DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.), « Récusation et révision : travaux pratiques de rénovation jurisprudentielle », chronique sur CE, Sect., avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes* et CE, Sect., 16 mai 2012, *M. Serval*, *AJDA*, 2012, pp. 1397-1403.

DONNAT (F.), CASAS (D.), « Les obligations du pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre le

pacte civil de solidarité », chronique sur CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, *AJDA*, 2002, pp. 586-588.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieur dans la fonction publique », chronique sur CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme Bourjolly*, *AJDA*, 2015, pp. 2147-2150.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « QPC et question préjudicielle : la logique et ses impasses », chronique sur CE, Ass., 31 mai 2016, *Jacob*, *AJDA*, 2016, pp. 1392-1397.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », chronique sur CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, *AJDA*, 2016, pp. 1398-1405.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », chronique sur CE, Sect., 1^{er} juillet 2016, *Commune d'Émerainville c. Syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, *AJDA*, 2016, pp. 1859-1863.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Arbitrage international : le Conseil d'État s'entend sur un contrôle », chronique sur CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, *AJDA*, 2016, pp. 2368-2373.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « La crèche entre dans les Tables », chronique sur CE, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun*, *AJDA*, 2016, pp. 2375-2379.

GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Les obligations découlant, pour le juge d'appel, des dispositions de l'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme issu de la loi du 13 décembre 2000 », chronique sur CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoterie Francès*, *AJDA*, 2001, pp. 652-656.

GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Les décisions par lesquelles le Conseil d'État précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir », chronique sur CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis* et CE, 27 juillet 2001, *Titran*, *AJDA*, 2001, pp. 1046-1051.

GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « L'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière n'implique pas la délivrance d'un titre de séjour », chronique sur CE, Sect., 22 février 2002, *Dieng*, *AJDA*, 2002, pp. 415-419.

GUYOMAR (M.), DOMINO (X.), « Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés », chronique sur CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et a.*, *AJDA*, 2012, pp. 35-40.

KOLBERT (E.), « La procédure de récusation devant la juridiction administrative », chronique sur CAA de Lyon plén., 12 juillet 2005, *M. Frugier*, *AJDA*, 2005, pp. 1952-1953.

LANDAIS (C.), LENICA (F.), « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », chronique sur CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, *AJDA*, 2004, pp. 1183-1190.

LANDAIS (C.), LENICA (F.), « Le devoir d'impartialité à l'épreuve du dialogue des juges », chronique sur CE, Sect., 11 février 2005, *Commune de Meudon*, *AJDA*, 2005, pp. 660-662.

LANDAIS (C.), LENICA (F.), « Le contrôle du juge de cassation en cas de pluralité de motifs »,

chronique sur CE, Sect., 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, *AJDA*, 2005, pp. 1621-1624.

LANDAIS (C.), LENICA (F.), « Le pouvoir de substitution du préfet en cas d'inexécution de la chose jugée par les collectivités territoriales », chronique sur CE, Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, *AJDA*, 2006, pp. 137-141.

LANDAIS (C.), LENICA (F.), « Sécurité juridique : la consécration », chronique sur CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, *AJDA*, 2006, pp. 1028-1032.

RAYNAUD (F.), FOMBEUR (P.), « Illégalité de la convention nationale des médecins généralistes », chronique sur CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain*, *AJDA*, 1998, pp. 559-564.

STAHL (J.-H.), DOMINO (X.), « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », chronique sur CE, Sect., 14 octobre 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, *AJDA*, 2011, pp. 2226-2231.

TOUVET (L.), STAHL (J.-H.), « Contrôle du juge de cassation », chronique sur CE, Sect., 18 novembre 1994, *Société Clichy Dépannage* et CE, 25 novembre 1994, *Commune de Colombes*, *AJDA*, 1995, pp. 109-115.

VII. Conclusions

ABRAHAM (R.), conclusions sur CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Mme Babas* (deux espèces), rec., pp. 153-162.

ABRAHAM (R.), conclusions sur CE, Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, *RFDA*, 1998, pp. 1243-1253.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), conclusions sur CE, avis, 31 mars 1995, *SARL Auto Industrie Méric*, *RJF*, n°5/1995, pp. 326-332.

BACHELIER (G.), conclusions sur CE, 24 novembre 1997, *Société Amibu Inc*, *Revue de droit fiscal*, n°8/1998, pp. 278-280.

BOISSARD (S.), conclusions sur CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, *RFDA*, 2002, pp. 723-734.

BONICHOT (J.-C.), conclusions sur CE, Sect., 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, *RFDA*, 1994, pp. 35-42.

BRETONNEAU (A.), conclusions sur CE, 9 novembre 2015, *Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF)*, *AJDA*, 2015, pp. 2508-2511.

COMBREXELLE (J.-D.), conclusions sur CE, 12 mai 1997, *Société Coprotour* et *SCI Ifana*, *BJDU*, n°3/1997, pp. 214-218.

CORNEILLE, conclusions sur CE, 8 août 1919, *Abbé Toesca*, *RDP*, 1919, pp. 507-513.

COURRÈGES (A.), conclusions sur CE, 2 juillet 2008, *Syndicat des copropriétaires de la résidence*

Le Rond-Point des Pistes, BJD, n°6/2008, pp. 421-424.

COURRÈGES (A.), conclusions sur CE, 1^{er} juillet 2009, *Département du Nord*, RDSS, n°5/2009, pp. 950-957.

COURRÈGES (A.), conclusions sur CE, 14 avril 2010, *Union des familles en Europe*, AJDA, 2010, pp. 1013-1018.

DE SILVA (I.), conclusions sur CE, Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, RFDA, 2004, pp. 740-749.

DONNEDIEU DE VABRES, conclusions sur CE, 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, RDP, 1953, pp. 458-469.

DU MARAIS (B.), conclusions sur CE, Sect., 18 novembre 1994, *Société Clichy Dépannage*, RFDA, 1995, pp. 679-689.

FORNACCIARI, conclusions sur CE, 9 juillet 1986, *Ville de Paris*, RFDA, 1997, pp. 281-283.

FRYDMAN, conclusions sur CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin* (deux espèces), rec. pp. 84-98.

GAEREMYNCK (J.), conclusions sur CE, Sect., 5 juillet 1991, *Société de fait Couderc*, RFDA 1991, pp. 942-948.

GAEREMYNCK (J.), conclusions sur CE, Sect., 5 juillet 1991, *SA Mondial Auto*, RJF, n°8-9/1991, pp. 615-619.

GENEVOIS (B.), conclusions sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, D., 1979, Jurisprudence, pp. 155-161.

GENEVOIS (B.), conclusions sur CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, D., 1985, Jurisprudence, pp. 150-156.

GENTOT, conclusions sur CE, Ass., 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille-Fret*, RDP, 1971, pp. 987-1004.

GREVISSE, conclusions sur CE, 18 décembre 1957, *Sieur Monod*, rec., pp. 687-694.

GUIONIN, conclusions sur CE, Sect., 29 décembre 1949, *SA des automobiles Berliet*, S., III, pp. 7-9.

GUIONIN, conclusions sur CE, 12 janvier 1951, *Union commerciale de Bordeaux-Bassens*, D. 1951, Jurisprudence, pp. 335-336.

GUYOMAR (M.), conclusions sur CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, RFDA, 2007, pp. 384-401.

GUYOMAR (M.), conclusions sur CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA, 2008, pp. 575-602.

HEUMANN, conclusions sur CE, Sect., 17 mai 1957, *Simonet*, rec., pp. 314-326.

HONORAT (E.), conclusions sur CE, 5 mai 1999, *Époux Gazeau*, *BJDU*, n°4/1999, pp. 278-280.

HUBERT (P.), conclusions sur CE, Sect., 3 juillet 1998, *Mme Salva Couderc*, *RFDA*, 1999, pp. 112-123.

JACOMET, conclusions sur CE, Sect., 3 novembre 1947, *Sieur X*, *Gaz. Pal.*, 1947, Jurisprudence, pp. 239-240.

JOSSE (M.), conclusions sur CE, 8 juin 1934, *Augier*, *D.*, 1934, III, pp. 31-32.

KAHN (J.), conclusions sur CE, Ass., 12 décembre 1969, *Sieur de Talleyrand-Périgord*, *AJDA*, 1970, pp. 34-43.

KELLER (R.), conclusions sur CE, 25 mai 2007, *M. Courty*, *AJDA*, 2007, pp. 1425-1427.

KESSLER (D.), conclusions sur CE, Sect., 18 juin 1993, *Haddad*, *AJDA*, 1993, pp. 572-575.

LABETOULLE (D.), conclusions sur CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, rec. pp. 395-406.

LAMY (F.), conclusions sur CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c. Commune de Baden*, *RFDA*, 2001, pp. 849-854.

LE CHATELIER (G.), conclusions sur CE, Sect., 5 juin 1992, *Ministre de l'Équipement... c. Époux Cala*, *RFDA*, 1993, pp. 67-78.

LE CHATELIER (G.), conclusions sur CE, Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt c. consorts Barbier*, *RFDA*, 1993, pp. 71-78.

LÉONARD, conclusions sur CE, 19 février 1943, *Bugnet et autres*, *Droit social*, 1943, pp. 173-176.

LESSY (J.), conclusions sur CE, 2 novembre 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, *AJDA*, 2016, pp. 204-206.

LETOURNEUR, conclusions sur CE, Sect., 27 janvier 1950, *Billard*, *S.*, 1950, III, pp. 41-45.

LETOURNEUR, conclusions sur CE, Ass., 4 janvier 1952, *Docteur Simon*, rec. pp. 13-19.

LOLOUM (F.), conclusions sur CE, 20 novembre 1995, *Mme Bérillon*, *Droit fiscal*, n°6/1996, pp. 213-214.

MARTHINET (L.), conclusions sur TA de Paris, 23 octobre 2015, *COSEM*, *AJDA*, 2015, pp. 2450-2455.

MAYRAS, conclusions sur CE, Ass., 23 décembre 1959, *Sieur Gliksman*, *S.*, 1961, Jurisprudence, pp. 37-40.

MAYRAS, conclusions sur CE, Sect., 7 décembre 1960, *Sieur Milbergue*, rec., pp. 680-686.

ODENT (R.), conclusions sur CE, Ass., 5 avril 1946, *Daupeyroux*, *Coulon*, *Brunet et Bianquis*, *JCP. G.*, 1946, II, n°3185.

PELLISSIER (G.), conclusions sur CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme Bourjolly*, *RFDA*, 2015, pp. 1107-1113.

PRÉTOT (X.), conclusions sur TA de Versailles, 15 mai 1991, *M. Wiltzer c. Commune de Longjumeau*, *AJDA*, 1991, pp. 721-722.

RIBOULET, conclusions sur CE, 26 juillet 1912, *Compagnies des chemins de fer d'Orléans et du Midi*, rec., pp. 889-898.

ROGER-LACAN (C.), conclusions sur CE, Sect., 17 mars 2010, *Association Alsace Nature Environnement et a.*, *BJCL*, n°3/2010, pp. 170-178.

SCHRAMMECK (O.), conclusions sur CE, 8 juin 1988, *SARL A.B.C. Engineering*, *AJDA*, 1988, pp. 473-474.

STALH (J.-H.), conclusions sur CE, Sect., 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, *RFDA*, 2005, pp. 557-564.

STIRN (B.), conclusions sur CE, 16 novembre 1984, *Woetglin, D.*, 1985, *Jurisprudence*, pp. 57-60.

THÉRY (J.-F.), conclusions sur CE, Sect., 20 novembre 1970, *Sieur Bouez et UNEF*, *AJDA*, 1971, pp. 519-526.

THÉRY (J.-F.), conclusions sur CE, Sect., 27 juillet 1979, *Vannier*, *AJDA*, 1980, pp. 54-55.

THÉRY (J.-F.), conclusions sur CE, Sect., 27 juillet 1979, *Dollet*, *AJDA*, 1980, pp. 56-57.

VERCLYTTE (S.), conclusions sur CE, 26 janvier 2005, *Société CDM*, *AJDA*, 2005, pp. 841-845.

VIII. Rapports et études du Conseil d'État

Rapport public annuel du Conseil d'État, 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

Rapport public annuel du Conseil d'État, 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*.

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Securite-juridique-et-complexite-du-droit-Rapport-public-2006>

Rapport du Conseil d'État, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des communautés européennes*, Colloque de l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, Helsinki, 20 et 21 mai 2002.

Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative.

http://www.conseil-etat.fr/content/download/1690/5098/version/1/file/rapport_redaction_decisions_juradm_2012.pdf

Étude annuelle du Conseil d'État, 2016, *Simplification et qualité du droit*.

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2016-Simplification-et-qualite-du-droit>

IX. Répertoires et recueils de jurisprudence et de législation

Répertoires

BECQUET (L.), *Répertoire du droit administratif*, Paris, Paul Dupont, 1882-1911.
Tome 8 : entrée « *Contentieux administratif* ».

DALLOZ (D.), *Répertoire méthodique et alphabétique, de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Jurisprudence générale, 1845-1870.

Tome 29, entrée « *Jugement* »

Tome 34, entrée « *Organisation administrative* »

LABORI (F.), *Répertoire encyclopédique du droit français*, Paris, Rédaction et administration, 1889-1896.

HAÏM (V.), « *Jugement* », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

LASSERRE (B.), « *Jugement* », fasc. 70-14, *Jurisclasseur LexisNexis, Justice administrative*.

ROBINEAU (Y.), « *Contrôle du juge de cassation* », fasc. 80-23, *Jurisclasseur LexisNexis, Justice administrative*.

SEILLER (B.), « *Acte administratif : identification* », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

SEILLER (B.), « *Acte administratif : régime* », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

Recueils anciens de jurisprudence et de législation

DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1824-1949.

DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, 2^e éd., 1834-1845.

DALLOZ (D.), *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*,

Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1825-1902.

ISAMBERT (F.-A.), *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, Belin-le-Prieur, 1821-1833.

LEBON (F.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, Paris, A. Delhomme, 1848-1954.

MACAREL (L.-A.), *Recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État sur toutes les matières du contentieux de l'administration*, Paris, A. Bavoux, 1821-1847.

ROCHE (G.), LEBON (F.), *Recueil général des arrêts du Conseil d'État*, Paris, Paul Dupont, 1839-1846.

SIREY (J.-B.), *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, 1800-1950.

X. Interventions disponibles en ligne

AGUILA (Y.), « *L'officieux et le non-dit dans le jugement* », intervention du 31 mars 2005, cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, troisième conférence.

https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/yann_aguila_8092.html

CANIVET (G.), « *Questions et évolutions majeures de la jurisprudence : une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit* », 2005.

https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/jurisprudentielle_securisation_8052.html

DE BÉCHILLON (D.), « *Sur la diversité des méthodes et manières de juger : propos introductifs* », intervention du 29 novembre 2004, cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, première conférence.

https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2004_2034/intervention_m._bechillon_8087.html

GUYOMAR (M.), MATUCHANSKY (O.), « *Le contrôle du juge de cassation en matière de réparation du préjudice économique* ».

https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2007_2254/contr_cour_cassation_10398.html

SAUVÉ (J.-M.), « *Les critères de la qualité de la justice* », discours introductif prononcé lors de la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg le 25 septembre 2009.

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-criteres-de-la-qualite-de-la-Justice#17>

SAUVÉ (J.-M.), « *Le Conseil d'État et le droit européen et international* », discours à l'Université de Kyoto, 26 octobre 2016.

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-le-droit-europeen-et-international>

SAUVÉ (J.-M.), « *La protection des droits de l'homme en Europe : une promesse et une espérance* »

dont nous sommes les héritiers et les gardiens », rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, 29 janvier 2010.

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-des-droits-de-l-homme-en-Europe-une-promesse-et-une-esperance-dont-nous-sommes-les-heritiers-et-les-gardiens>

SAUVÉ (J.-M.), « *L'influence de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur l'organisation et le fonctionnement des cours suprêmes* », exposé introductif, Colloque organisé par la Société de législation comparée, 7 mars 2008.

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-influence-de-la-convention-europeenne-de-sauvegarde-des-droits-de-l-homme-et-des-libertes-fondamentales-sur-l-organisation-et-le-fonctionnement-des-cours-supremes>

SAUVÉ (J.-M.), « *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés* », conférence tenue à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017.

<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>

WAQUET (P.), « *L'officieux et le « non-dit »* » intervention du 31 mars 2005, cycle de la Cour de cassation, Les méthodes de jugement 2004-2005, troisième conférence.

https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/intervention_m._waquet_8093.html

INDEX DE JURISPRUDENCE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

(Les références jurisprudentielles citées peuvent apparaître dans les notes de bas de page de la thèse)

Jugements de tribunaux administratifs

TA de Constantine, 26 octobre 1955, *Sieur X*, *AJDA*, 1956, II, p. 50 : **249**

TA de Lille, 13 janvier 1956, *Sieur Ferra c. maire d'Étaples*, *AJDA*, 1956, II, pp. 184-185 : **249**.

TA de Grenoble, 17 janvier 1962, *Sieur Finas*, rec. p. 714 : **249**.

TA de Grenoble, 25 octobre 1978, *D^{elle} Da Cunha c. Ministre de l'Intérieur*, *AJDA*, n°6/1979, p. 46 et s. : **187**.

TA de Caen, 22 janvier 1980, *SA Clinique de l'Aigle*, rec. p. 837 : **719**.

TA de Strasbourg, 8 septembre 1986, *Association de sauvegarde de la vallée de la Moselle*, rec. p. 318 : **719**.

TA de Nice, 21 mai 1992, *Association pour la défense des sites de Théoule*, rec. p. 1218 : **719**.

TA de Nancy, 8 juillet 1993, *Bellot, Dr. adm.*, n°6/1994 : **719**.

TA de Strasbourg, 9 juillet 1998, *Houillères du bassin de Lorraine et préfet de la Moselle c. ville de Porcellette*, *LPA*, n°151 du 30 juillet 1999, pp. 26-28 : **163 ; 187**.

TA d'Orléans, 8 février 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA*, 2001, pp. 500-504 : **644 ; 719**.

TA de Melun, 5 juillet 2006, *Frédéric*, n°06-1075/2 : **717**.

TA de Nantes, 13 mars 2013, *M.L c. Ville de Nantes*, n°1006394 : **593**.

TA de Nantes, ord., 18 avril 2013, *M. R*, n°1302051 : **723**.

TA de Montreuil, 9 avril 2015, n°1407204, *AJDA*, n°28/2015, pp. 1594-1596 : **250**.

TA de Nantes, 16 juin 2015, *Communauté de communes de la région de Pouancé-Combrée*, n°1309268, *AJDA*, n°32/2015, pp. 1809-1813 : **250**.

TA de Paris, 14 septembre 2015, n°1502803, *AJDA*, n°40/2015, pp. 2272-2276 : **727**.

TA de la Polynésie française, 13 octobre 2015, *SAS Viti*, n°1500216, *AJDA*, n°40/2015, pp. 2267-2272 : **250**.

TA de Paris, 23 octobre 2015, *Coordination des œuvres sociales et médicales*, n°1420852/6-1, *AJDA*, n°43/2015, pp. 2450-2455 : **591**.

TA de la Polynésie française, 24 novembre 2015, *Société Libb3*, n°1500319, *AJDA*, n°11/2016, pp. 613-616 : **250**.

TA de Paris, 24 mai 2016, *Association La Vie Dejean*, n°1425988, *AJDA*, n°35/2016, pp. 2001-2007 : **250**.

TA de Nice, ord., 22 août 2016, *Association Ligue des Droits de l'Homme et a.*, n°1603508 et 1603523 : **610 ; 613 ; 618 ; 678.**

TA de Bastia, ord., 6 septembre 2016, *Association Ligue des Droits de l'Homme*, n°1600975 : **613 ; 723.**

TA de Versailles, 16 septembre 2016, *Préfet des Yvelines et Association des musulmans de Mantes sud*, n°1505143, *AJDA*, n°41/2016, p. 2312 : **34.**

TA de Lille, 30 novembre 2016, n°1509979 : **250.**

Arrêts de cours administratives d'appel

CAA de Douai, 19 juin 2002, n°02DA00120 : **126.**

CAA de Douai, ord., 12 décembre 2006, n°06DA01323 : **656.**

CAA de Paris, 3 avril 2007, n°06PA02149 : **126.**

CAA de Marseille, 4 septembre 2007, n°05MA00694 : **446.**

CAA de Lyon, 1^{er} juillet 2010, n°09LY02877 : **136.**

CAA de Douai, 6 octobre 2011, n°09DA01356 : **717.**

CAA de Paris, 17 janvier 2012, n°10PA01376 : **126.**

CAA de Nantes, 11 avril 2013, n°13NT00049 : **126.**

CAA de Versailles, 4 mars 2014, n°12VE01080 : **126.**

CAA de Nancy, 12 mai 2015, n°14NC01199, *AJDA*, n°38/2015, p. 2128 : **250.**

CAA de Bordeaux, 6 octobre 2015, *Préfet de la Charente-Maritime c. Commune des Portes-en-Ré, Société civile immobilière BCM*, n°14BX03682, *AJDA*, n°9/2016, p. 504 et s. : **162.**

CAA de Nantes, 22 octobre 2015, n°14NT03169, *AJDA*, n°6/2016, p. 293 : **250.**

CAA de Versailles, 1^{er} mars 2016, n°14VE03573, *AJDA*, n°33/2016, p. 1851 : **543.**

CAA de Marseille, 19 mai 2016, n°14MA03832 : **600.**

CAA de Lyon, 11 octobre 2016, n°16LY00429 et 15LY00725, *AJDA*, 2017, pp. 37-38 : **162.**

CAA de Nantes, 14 novembre 2016, n°15NT02847 : **621.**

CAA de Marseille, ord., 30 novembre 2016, n°16MA03774 : **610 ; 619.**

Décisions du Conseil d'État

CE, 21 juin 1812, *Urban c. Wick*, recueil général des arrêts du Conseil d'État, 1839, tome 1, p. 352 : **83.**

CE, 12 décembre 1818, *Fouquet et Consorts c. Grasleuil*, recueil général des arrêts du Conseil d'État,

1839, tome 2, p. 434 : **83 ; 85 ; 87.**

CE, 16 janvier 1822, *Boivin*, recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État sur toutes les matières du contentieux de l'administration, p. 24 : **88.**

CE, 9 mai 1834, *Ministre du commerce c. Lafargue*, recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, 1834, partie II, p. 564 : **88.**

CE, 18 juillet 1834, *Delucenay*, recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, 1834, partie II, p. 626 : **87.**

CE, 8 août 1834, *Ministre des finances c. Leclerc*, recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État sur toutes les matières du contentieux de l'administration, 1834, p. 537 : **87.**

CE, 19 décembre 1834, *Vasilières*, recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État sur toutes les matières du contentieux de l'administration, p. 832 : **87.**

CE, 5 septembre 1838, *Delanglade*, recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État sur toutes les matières du contentieux de l'administration, p. 536 : **88.**

CE, 8 juin 1850, *Gannil*, recueil des arrêts du Conseil d'État (rec. Lebon), p. 554 : **88.**

CE, 17 mai 1851, *Dame Picque c. la ville de Paris*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 361 : **88.**

CE, 14 juin 1851, *Valette*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 438 : **88.**

CE, 21 juin 1851, *Lepreux-Jarlot*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 455 : **88.**

CE, 7 février 1856, *Andouard*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 125 : **83.**

CE, 25 juin 1857, *Folsch*, recueil des arrêts du Conseil d'État, 1857, p. 520 : **121.**

CE, 10 janvier 1865, *Pioch*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 18 : **88.**

CE, 20 février 1869, *Mosnier*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 175 : **88.**

CE, 20 décembre 1878, *Pesci*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 1044 : **88.**

CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 419 : **88 ; 106 ; 120.**

CE, 2 juillet 1880, *Maillard*, recueil des arrêts du Conseil d'État, 1880, p. 631 : **88 ; 106 ; 120.**

CE, 24 juin 1887, *Veuve Vidal*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 508 : **725.**

CE, 19 juillet 1889, *Romefort*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 877 : **88.**

CE, 26 novembre 1892, *Élections de Melay*, recueil des arrêts du Conseil d'État, p. 831 : **88.**

CE, 30 novembre 1900, *Sieur Viaud*, rec. p. 683 : **197.**

CE, 19 juin 1903, *Colonel Ledochowski*, rec. p. 452 : **187.**

CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, rec. p. 181 : **604 ; 617.**

CE, 11 mars 1910, *Cie générale des tramways*, rec. p. 216 : **654.**

CE, 26 juillet 1912, *Compagnies des chemins de fer d'Orléans et du Midi*, rec. p. 889 : **725.**

CE, 9 septembre 1924, *Société Henri et Maurice Farman*, rec. p. 829 : **350 ; 384 ; 387 ; 390.**

CE, 5 décembre 1924, *Sieurs Légillon*, rec. p. 985 : **11 ; 126 ; 128 ; 339**.

CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, rec. p. 1065 : **187 ; 191**.

CE, 25 juin 1926, *Sieur X*, rec. p. 645 : **88**.

CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. p. 541 : **253 ; 518 ; 604 ; 610 ; 617**.

CE, Sect., 25 janvier 1935, *Société théâtrale du gymnase*, rec. p. 106 : **88**.

CE, 28 janvier 1935, *Société commerciale française au Chili*, rec. p. 116 : **88**.

CE, Sect., 1^{er} mars 1935, *Sieur Platon*, rec. p. 270 : **11 ; 126 ; 129 ; 339**.

CE, Ass., 23 décembre 1936, *Sieur Bucard*, rec. p. 1151 : **612**.

CE, 9 mars 1938, *Beha*, rec. p. 246 : **612**.

CE, Sect., 2 février 1945, *Moineau*, rec. p. 27 : **341, 350 ; 354**.

CE, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, rec. p. 50 : **136 ; 285**.

CE, Ass., 16 mai 1947, *Sieur Teyssier*, rec. p. 202 : **341 ; 350 ; 736**.

CE, 13 février 1948, *Sieur Massing*, rec. p. 76 : **342 ; 352**.

CE, Ass., 20 février 1948, *Sieur Dubois*, rec. p. 87 : **341 ; 352**.

CE, 28 décembre 1949, *Société anonyme des Automobiles Berliet*, rec. p. 579 : **190 ; 725**.

CE, Ass., 4 janvier 1952, *Docteur Simon*, rec. p. 16 : **350 ; 354 ; 356 ; 395 ; 403**.

CE, Ass., 12 décembre 1953, *De Bayo*, rec. p. 544 : **136 ; 137**.

CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, rec. p. 308 : **113**.

CE, Sect., 4 février 1955, *Sieur Marcotte*, rec. p. 70 : **187**.

CE, Sect., 17 mai 1957, *Simonet*, rec. p. 314 : **136**.

CE, 13 février 1959, *Demoiselle Fermaud*, rec. p. 112 : **197**.

CE, Ass., 11 mai 1959, *Sieur Miret*, rec. p. 295 : **197**.

CE, 23 octobre 1959, *Sieur Doublet*, rec. p. 540 : **249 ; 521 ; 522 ; 550**.

CE, Ass., 23 décembre 1959, *Sieur Gliksman*, rec. p. 709 : **88 ; 112**.

CE, Sect., 25 mars 1960, *Boileau*, rec. p. 234 : **589 ; 709**.

CE, Sect., 24 février 1961, *Sieur Zimmet*, rec. p. 144 : **187**.

CE, 29 mai 1963, *Bizouerne*, rec. T. p. 818 : **589 ; 709**.

CE, Sect., 13 juillet 1965, *Ministre des Postes et Télécommunications c. Sieur Merkling*, rec. p. 424 : **187**.

CE, 12 mars 1968, *Ministre de l'Intérieur c. Époux Leroy*, rec. p. 179 : **618**.

CE, 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, rec. p. 210 : **245**.

CE, 22 mai 1968, *Dame Slove de Lory*, rec. p. 328 : **112 ; 701**.

CE, 13 juin 1969, *Sieur Moinard*, rec. p. 310 : **359 ; 362**.

CE, 18 juin 1969, *Giaume*, rec. p. 321 : **709**.

CE, Ass., 12 juillet 1969, *L'Étang*, rec. p. 388 : **136**.

CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, rec. p. 409 : **245 ; 281 ; 599 ; 603 ; 620 ; 625 ; 636 ; 637**.

CE, Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, rec. p. 657 : **620**.

CE, 26 janvier 1973, *Ministre de la Justice c. Lang*, rec. p. 72 : **107**.

CE, 1^e juin 1973, *Sieur Abraham et a.*, rec. p. 394 : **624**.

CE, 16 novembre 1973, *D^{elle} Petit*, rec. p. 648 : **709**.

CE, Ass., 11 janvier 1974, *Dame Mazel*, rec. p. 22 : **709**.

CE, Ass., 13 février 1976, *Association pour la sauvegarde du quartier Notre-Dame*, rec. p. 100 : **719 ; 720**.

CE, Ass., 5 mars 1976, *Tarlier et a.*, rec. p. 132 : **624**.

CE, 9 décembre 1977, *Ministre de l'équipement c. Weber*, rec. p. 497 : **621**.

CE Sect., 3 février 1978, *CFDT et CGT*, rec. p. 47 : **613**.

CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit*, rec. p. 524 : **469 ; 646**.

CE, 8 juin 1979, *Gogny-Goubert*, rec. p. 267 : **112 ; 701**.

CE, Sect., 27 juillet 1979, *Dollet*, rec. p. 341 : **349 ; 446**.

CE, Ass., 16 janvier 1981, *Boubacar Conté*, rec. p. 20 : **364 ; 415**.

CE, Sect., 27 mai 1983, *Dankha*, rec. p. 220 : **362**.

CE, Sect., 4 mai 1984, *Préfet de police c. Guez*, rec. p. 164 : **609**.

CE, 10 mai 1985, *Defer*, rec. T. p. 739 : **701**.

CE, 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, rec. p. 236 : **609 ; 610**.

CE, Ass., 20 décembre 1985, *Société Établissements Outters*, rec. p. 382 : **441**.

CE, 20 février 1987, *Commune de Lozanne*, rec. p. 67 : **621 ; 623**.

CE, 8 avril 1987, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c. Heisch*, rec. p. 138 : **443**.

CE, 20 janvier 1988, *Ministre de l'intérieur c. Elfenzi*, rec. p. 17 : **441**.

CE, 29 avril 1988, *Cuaz*, rec. p. 176 : **352**.

CE, 10 juin 1988, *Ministre c. M^{elle} Bruno*, rec. T. p. 963 : **701**.

CE, 19 avril 1989, *Kerlo*, n°61740, inédit au recueil : **522**.

CE, 19 mai 1989, *Laugt*, rec. T. p. 868 : **589**.

CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, rec. p. 190 : **489 ; 599**.

CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, rec. p. 251 : **444**.

CE, 17 février 1992, *Diaby*, rec. T. p. 1262 : **384 ; 387 ; 393**.

CE, 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs titulaires du Muséum d'histoire naturelle*, rec. p. 216 : **441**.

CE, 7 octobre 1992, *Scherer*, rec. T. p. 1231 : **717**.

CE, 14 décembre 1992, *Lanson*, rec. T. p. 1217 : **9**.

CE, Ass., 3 mars 1993, *Commune de Saint-Germain-en-Laye et autres*, rec. p. 54 : **625**.

CE, 8 mars 1993, *Commune des Molières*, rec. T. p. 655 : **613**.

CE, Sect., 18 juin 1993, *Haddad*, n°97127, inédit au recueil : **391 ; 394**.

CE, 8 novembre 1993, *Ville de Paris*, rec. p. 312 : **701**.

CE, 15 décembre 1993, *Bénitah*, rec. p. 367 : **352 ; 359**.

CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, rec. p. 17 : **441**.

CE, 25 novembre 1994, *Ville de Nanterre et a.*, rec. T. p. 1151 : **708**.

CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, rec. p. 82 : **629**.

CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, rec. p. 84 : **371 ; 629 ; 640**.

CE, Sect., 28 juillet 1995, *Port autonome du Havre*, rec. p. 331 : **655**.

CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. p. 372 : **253 ; 281**.

CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, rec. p. 34 : **286 ; 445 ; 459 ; 482**.

CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, rec. p. 255 : **481 ; 489**.

CE, 14 mars 1997, *Commune de Tournes*, rec. T. p. 1043 : **404**.

CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et a.*, rec. p. 120 : **623**.

CE, Sect., 20 juin 1997, *Rezli*, rec. p. 250 : **654**.

CE, 12 novembre 1997, *Association La Communauté tibétaine en France et ses amis*, rec. p. 417 : **610**.

CE, 16 mars 1998, *Ruggiu*, rec. p. 89 : **359 ; 360 ; 362**.

CE, Sect., 8 juillet 1998, *Bitouzet*, rec. p. 288 : **482**.

CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, rec. p. 320 : **449**.

CE, 28 septembre 1998, *Commune de Saint-Bon-Tarentaise*, rec. T. p. 1230 : **338 ; 345**.

CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, rec. p. 369 : **489 ; 495 ; 496 ; 497**.

CE, 5 mai 1999, *Époux Gazeau*, rec. T. p. 984 : **43 ; 383 ; 707**.

CE, 30 juin 1999, *Guichard*, rec. p. 218 : **345**.

CE, 28 juillet 1999, *Commune de Beausset*, rec. T. p. 985 et p. 1067 : **365**.

CE, 17 novembre 1999, *Société Sodex*, rec. T. p. 964 : **130 ; 717**.

CE, 30 juin 2000, *Gosson de Varenne*, rec. T. p. 1196 : **343 ; 412 ; 629**.

CE, Sect., 20 décembre 2000, *Ouatah*, rec. p. 643 : **130 ; 208 ; 343 ; 722**.

CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, rec. p. 29 : **421 ; 543 ; 644**.

CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes Maritimes c. société Sud-Est Assainissement*, rec. p. 109 : **357 ; 367 ; 421 ; 636 ; 719.**

CE, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Ameur*, rec. p. 123 : **649.**

CE, 14 mars 2001, *Mme Aalilouch*, rec. p. 128 : **130 ; 343 ; 722.**

CE, 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c. Massamba*, rec. T. p. 1099 : **130 ; 343 ; 722.**

CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c. Commune de Baden*, rec. p. 220 : **357 ; 421.**

CE, Sect., 16 mai 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Mme Rival*, rec. p. 243 : **343.**

CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars et SARL Minoterie Francès*, rec. p. 249 : **178 ; 374.**

CE, 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, rec. T. p. 1120 : **719.**

CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse football club »*, rec. p. 281 : **190 ; 208 ; 209 ; 211 ; 561 ; 727.**

CE, Ass., 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, rec. p. 303 : **190 ; 208 ; 209 ; 210 ; 211 ; 212 ; 727.**

CE, 27 juillet 2001, *Titran*, rec. p. 411 : **146 ; 209 ; 210 ; 211 ; 727.**

CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, rec. p. 497 : **155 ; 245 ; 256 ; 263 ; 281 ; 294 ; 503 ; 550.**

CE, 5 novembre 2001, *Commune du Cannet-des-Maures*, rec. p. 540 : **421.**

CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, rec. p. 624 : **489 ; 496.**

CE, 5 décembre 2001, *Société Intertouristik Holiday A.G.*, rec. T. p. 1110 : **126 ; 178.**

CE, Ass., 12 avril 2002, *Papon*, rec. p. 139 : **157 ; 158 ; 256.**

CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, rec. p. 229 : **211.**

CE, 25 novembre 2002, *Ministre de l'Équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer c. Astoul*, rec. T. p. 862 : **421.**

CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, rec. p. 21 : **378.**

CE, Sect., 26 février 2003, *Époux Bour*, rec. p. 59 : **570.**

CE, 5 mars 2003, *Titran*, rec. p. 114 : **208 ; 211.**

CE, 5 mars 2003, *Société Immaldi et Cie*, rec. T. p. 687 et p. 701 : **444.**

CE, ord., 19 septembre 2003, *Société Cora Belgique et a.*, rec. T. p. 922 : **649.**

CE, ord., 29 octobre 2003, *Techna SA*, rec. p. 422 : **442.**

CE, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy Cramayel*, rec. p. 464 : **513.**

CE, 9 décembre 2003, *Mme Aiguillon et autres*, rec. p. 497 : **162.**

CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. p. 197 : **46 ; 146 ; 171 ; 177 ; 245 ; 250 ; 503 ; 550 ; 552 ; 570 ; 591 ; 592 ; 636 ; 643.**

CE, 23 juin 2004, *Grossi*, rec. T. p. 557 : **591**.

CE, Sect., 15 juillet 2004, *M et Mme Leroy*, rec. p. 338 : **738**.

CE, 15 octobre 2004, *Consorts Renaudin*, rec. p. 374 : **591**.

CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, rec. p. 1 : **495 ; 496 ; 497**.

CE, Sect., 11 février 2005, *Commune de Meudon*, rec. p. 55 : **446**.

CE, Sect., 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, rec. p. 170 : **178 ; 736**.

CE, 20 mai 2005, *Reboul*, rec. T. p. 1049 : **130 ; 708**.

CE, 27 juin 2005, *Consorts Godinat*, rec. T. p. 950 : **701**.

CE, Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, rec. p. 515 : **561**.

CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, rec. p. 562 : **267**.

CE, ord, 20 décembre 2005, *Meyer*, rec. p. 586 : **446**.

CE, ord., 24 février 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte Croix...*, rec. T. p. 1013 : **446**.

CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst et Young et autres*, rec. p. 154 : **503**.

CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. p. 272 : **157 ; 158 ; 256**.

CE, 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon*, rec. p. 332 : **621 ; 623**.

CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, rec. p. 434 : **344**.

CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna et autres*, rec. p. 451 : **503**.

CE, Sect., 27 octobre 2006, *Parent et autres*, rec. p. 454 : **591**.

CE, 6 novembre 2006, *Association Les amis du château d'Hénonville*, n°277829, inédit au recueil : **343 ; 412 ; 629**.

CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, rec. p. 55 : **375 ; 490 ; 491 ; 492 ; 493 ; 495 ; 496 ; 497**.

CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, rec. p. 78 : **523**.

CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, rec. p. 92 : **526**.

CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, rec. p. 155 : **157 ; 158**.

CE, 25 mai 2007, *Courty*, rec. T. p. 852, 927 et 1023 : **446 ; 471 ; 472 ; 473**.

CE, ord., 11 juillet 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°305595, inédit au recueil : **446**.

CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360 : **144 ; 225 ; 228 ; 230 ; 252 ; 268 ; 269 ; 312 ; 315 ; 427 ; 429 ; 503 ; 567 ; 568**.

CE, Sect., 9 novembre 2007, *Mme Pollart*, rec. p. 444 : **130**.

CE, 26 novembre 2007, *Migliore*, rec. T. p. 934 et 1113 : **539**.

CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, rec. p. 474 : **371 ; 640**.

CE, Ass., 14 décembre 2007, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Boussouar*, rec. p. 495 : **371 ; 640**.

CE, 23 janvier 2008, *Mazo*, rec. T. p. 870 : **717**.

CE, 9 avril 2008, *Rogier*, rec. T. p. 800 : **640**.

CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, rec. p. 129 : **473 ; 474 ; 475 ; 494**.

CE, 11 avril 2008, *Erdogan et Mme Erdogan*, rec. T. p. 766 : **629**.

CE, 18 juin 2008, *Gestas*, rec. p. 230 : **552**.

CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, rec. p. 322 : **561**.

CE, 17 décembre 2008, *OIP-SF*, rec. p. 456 : **647**.

CE, Sect., 6 mars 2009, *Coulibaly*, rec. p. 79 : **550**.

CE, 6 mars 2009, *Fédération des finances CFDT*, n°311311, inédit au recueil : **444**.

CE, Sect., 8 avril 2009, *Commune de Banon*, rec. p. 156 : **178**.

CE, 27 mai 2009, *Miloudi*, rec. p. 209 : **640**.

CE, ord., 29 juin 2009, *Mme A*, n°327275, inédit au recueil : **644**.

CE, 31 juillet 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*, n°314955, inédit au recueil : **245 ; 621 ; 625**.

CE, 23 octobre 2009, n°322327, inédit au recueil : **621 ; 626**.

CE, Ass., 30 octobre 2009, *Madame Perreux*, rec. p. 407 : **245 ; 550 ; 646 ; 649 ; 650**.

CE, 30 novembre 2009, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Kehli*, rec. p. 480 : **640**.

CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, rec. p. 509 : **144 ; 375 ; 526 ; 559 ; 592**.

CE, 26 février 2010, *M. Bernard A.*, n°324689, inédit au recueil : **130 ; 708**.

CE, Sect., 17 mars 2010, *Association Alsace Nature Environnement et a.*, rec. T. p. 862 : **620 ; 625**.

CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et a.*, rec. T. p. 810 : **441**.

CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, rec. p. 165 : **449**.

CE, 31 mai 2010, *Exbrayat*, rec. p. 175 : **441**.

CE, 9 juin 2010, *Iché*, rec. T. p. 620 et 814 : **710**.

CE, 25 juin 2010, *Mortagne*, rec. p. 217 : **246**.

CE, 28 juin 2010, n°338537, inédit au recueil : **441**.

CE, 16 juillet 2010, n°321056, inédit au recueil : **441**.

CE, 23 juillet 2010, n°339595, inédit au recueil : **441**.

CE, 4 octobre 2010, *Commune de Saint-Sylvain d'Anjou*, rec. T. p. 912 : **618 ; 629**.

CE, 24 novembre 2010, *Commune de Lyon*, rec. T. p. 932 : **711**.

CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, rec. p. 117 : **144 ; 375 ; 526 ; 552 ; 559 ; 592**.

CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Rida*, rec. p. 211 : **650**.

CE, Sect., 11 juillet 2011, *Mme Montaut*, rec. p. 349 : **550**.

CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et a.*, rec. p. 505 : **166 ; 615 ; 618**.

CE, 26 octobre 2011, *Beaumont*, rec. T. p. 838 : **654**.

CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, rec. p. 649 : **245 ; 533 ; 550 ; 642 ; 643**.

CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, rec. p. 142 : **245**.

CE, Sect., 16 avril 2012, *M. et Mme Meyer*, rec. p. 150 : **540**.

CE, Sect., 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, rec. p. 153 : **720**.

CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, rec. p. 361 : **231 ; 552**.

CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a.*, rec. p. 446 : **618**.

CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.*, rec. p. 60 : **625**.

CE, 29 octobre 2013, *Association Les amis de la rade et des calanques*, rec. T. p. 413 : **506**.

CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, rec. p. 1 : **619 ; 625**.

CE, ord. 10 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374528, inédit au recueil : **619**.

CE, ord. 11 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374552, inédit au recueil : **619**.

CE, Ass., 14 février 2014, *Mme Lambert et a.*, rec. p. 31 : **687**.

CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, rec. p. 70 : **144 ; 526 ; 559 ; 592**.

CE, 21 mai 2014, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Mme G*, rec. p. 139 : **640**.

CE, 24 juin 2014, *Mme Lambert et a.*, rec. p. 175 : **687**.

CE, Ass., 27 mars 2015, *M. Quintanel*, rec. p. 119 : **470**.

CE, 10 avril 2015, *M. Balasingam*, n°372864, rec. T. p. 561 : **367**.

CE, 15 avril 2015, *Pôle emploi*, rec. p. 146 : **245**.

CE, 10 juin 2015, *Association « Les Amis de la Terre »*, n°369428, inédit au recueil : **648**.

CE, ord., 30 juillet 2015, *OIP-SF, Ordre des avocats au barreau de Nîmes*, rec. p. 305 : **207 ; 377 ; 727**.

CE, ord., 23 septembre 2015, *Association des musulmans de Mantes sud*, n°393639, inédit au recueil : **600**.

CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme Bourjolly*, rec. p. 322 : **544 ; 561 ; 641**.

CE, ord., 9 octobre 2015, *Commune de Chambourcy*, rec. p. 343 : **657**.

CE, Sect., 23 octobre 2015, *Société CFA Méditerranée*, rec. p. 357 : **245**.

CE, 27 octobre 2015, *M. Allenbach et a.*, rec. p. 367 : **245 ; 591 ; 710**.

CE, 2 novembre 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, rec. T. p. 665 : **364**.

CE, 4 novembre 2015, *Association « Ligue des Droits de l'Homme »*, rec. p. 375 : **544 ; 559**.

CE, 9 novembre 2015, *Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF)*, rec. p. 377 : **559 ; 591 ; 710**.

CE, 9 novembre 2015, *Commune de Porto Vecchio*, rec. p. 388 : **541**.

CE, 9 novembre 2015, *M. Arslanaliyev*, rec. T. p. 575 : **444**.

CE, 9 novembre 2015, *M. Dos Santos Pedro*, rec. T. p. 742 et p. 788 : **545**.

CE, ord., 9 novembre 2015, *Association musulmane El Fath et a.*, rec. T. p. 806 : **657**.

CE, 10 décembre 2015, *Commune de Verrières-le-Buisson*, rec. T. p. 572 : **738**.

CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. Cédric D.*, rec. p. 437 : **592**.

CE, 11 décembre 2015, *Polynésie française*, n°378622, inédit au recueil : **506**.

CE, 30 décembre 2015, *Commune de Roquebrune-sur-Argens*, rec. T. p. 568 et p. 724 : **543**.

CE, 15 février 2016, *M. Charon*, rec. T. p. 914 : **738**.

CE, 17 février 2016, *Région Rhône-Alpes*, rec. p. 41 : **600**.

CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GMBH* ; CE, Ass., 21 mars 2016 *Société Numericable*, rec. p. 76 : **231 ; 544 ; 552 ; 647**.

CE, 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, rec. p. 144 : **171 ; 623**.

CE, 15 avril 2016, *Commune de Longueville*, rec. T. p. 947 et p. 949 : **365**.

CE, 20 mai 2016, *Ministre des finances et des comptes publics c. Société Easyvista*, rec. T. p. 703 : **282 ; 515**.

CE, Ass., 31 mai 2016, *M. Jacob*, rec. p. 191 : **584 ; 652**.

CE, Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, rec. p. 208 : **267 ; 584 ; 642**.

CE, 15 juin 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, rec. p. 254 : **207**.

CE, Ass., 13 juillet 2016, *M. Czabaj*, rec. p. 340 : **268**.

CE, Sect., 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, rec. p. 384 : **647**.

CE, 27 juillet 2016, *Département du Nord*, rec. p. 387 : **377**.

CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme*, rec. p. 390 : **584 ; 609 ; 610 ; 613 ; 678**.

CE, 17 octobre 2016, *Commune de Hyères-les-Palmiers et autres*, rec. T. p. 837 et p. 884 : **376**.

CE, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun c. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, rec. p. 462 : **250 ; 266 ; 514 ; 687**.

CE, 19 juin 2017, *M. Nai et a.*, rec. T. pp. 455-456 : **643**.

CE, 19 juillet 2017, *M. Pierre L et a. et M. François L*, rec. p. 271 : **687**.

CE, 19 juillet 2017, *Google Inc.*, rec. T p. 498 : **282 ; 289 ; 515 ; 534**.

CE, 26 janvier 2018, n°408219, mentionné aux tables du recueil Lebon : **540**.

Décisions du Tribunal des conflits

TC, 12 décembre 1942, *D^{elle} de Murard et préfet de l'Ain*, rec. 1943, p. 319 : **728**.

Décisions du Conseil constitutionnel

CC, Décision n°84-182 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise* : **11**.

CC, Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* : **11**.

CC, Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* : **505**.

CC, Décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999, *Loi autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale* : **11**.

CC, Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes* : **505**.

CC, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* : **491**.

CC, Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* : **615**.

CC, Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* : **449**.

Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (ex Cour de justice des communautés européennes)

CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61, *Bosch* : **503**.

CJCE, 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62, *Da Costa* : **450 ; 458**.

CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* : **491**.

CJCE, 5 juin 1973, aff. 81/72, *Commission contre Conseil* : **503**.

CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal* : **491**.
 CJCE, 3 mai 1978, aff. 112/77, *Töpfer c. Commission* : **503**.
 CJCE, 5 mai 1981, aff. 112/80, *Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*: **503**.
 CJCE, 13 mai 1981, aff. 66/80, *International Chemical Corporation*: **458**.
 CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*: **450; 475**.
 CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Von Colson*: **487**.
 CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost*: **475; 492; 494**.
 CJCE, 24 novembre 1993, aff. 267/91 et 268/91, *Keck et Mithouard* : **565**.

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. RU*, requête n°6538/74: **505**.
 Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, requête n°6833/74 : **503**.
 Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, requête n°8950/80 : **9 ; 10**.
 Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, requête n°12849/87 : **459**.
 Cour EDH, 16 décembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grèce*, requête n°12945/87 : **9**.
 Cour EDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, requête n°16034/90 : **9 ; 10**.
 Cour EDH, 9 décembre 1994, *Hiro Balani c. Espagne* et *Ruiz Torija c. Espagne*, requêtes n°18064/91 et 18390/91 : **10**.
 Cour EDH, 31 août 1995, *Diennet c. France*, requête n°18160/91 : **9**.
 Cour EDH, 10 juin 1996, *Thomann c. Suisse*, requête n°17602/91 : **446**.
 Cour EDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*, requête n° 21522/93 : **9 ; 10**.
 Cour EDH, 19 décembre 1997, *Helle c. Finlande*, requête n°20772/92 : **10**.
 Cour EDH, 19 février 1998, *Higgins et autres c. France*, requête n°20124/92 : **10**.
 Cour EDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, requêtes n°23043/93 et 22921/93 : **449**.
 Cour EDH, 11 janvier 2000, *Quadrelli c. Italie*, requête n°28168/95 : **10**.
 Cour EDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, requête n°34553/97 : **9**.
 Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*, requête n°39594/98 : **472**.
 Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France*, requête n°58675/00 : **472**.
 Cour EDH, 15 septembre 2009, *Étienne c. France*, requête n°11396/08 : **472**.
 Cour EDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex République yougoslave de Macédoine*, requête n°36815/03 : **565**.

INDEX THÉMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Accessibilité du droit : **504 et s.**
Actes administratifs (motivation des-) : **88 ; 104 et s.**
Adhésion (motivation d'-) : **668 et s.**
Administrateur-juge : **66 ; 71 et s. ; 118 et s.**
Adoption des motifs des premiers juges (motivation par-) : **10 ; 42 ; 112 ; 701.**
Aguesseau (règlement d'-) : **67.**
Amende pour recours abusif : **130 ; 656 ; 717.**
Ancien Régime : **5 ; 23 ; 62 et s.**
Appréciation des faits : **350 et s.**
Argument : **42 ; 126 ; 589 ; 709 ; 712.**
Arrêt de principe : **233 ; 263.**
Article 4 du code civil : **298 ; 308 et s.**
Article 5 du code civil : **308.**
Article L. 600-4-1 du code de justice administrative : **126 ; 171 ; 174 ; 177 et s. ; 374.**
Autorisation de plaider : **92 et s.**
Autorité (motivation d'-) : **668 et s.**
Autorité de chose interprétée : **455 et s.**
Autorité de chose jugée : **132 et s. ; 178 ; 189 et s. ; 195 ; 212 ; 725 ; 726 et s. ; 731 et s.**
Avis contentieux/avis sur question de droit : **20 et s. ; 103 ; 129.**

B

Bilan (contrôle du-) : **620 et s.**
Blanc (arrêt-) : **567 et s.**

C

Cassation administrative : **333 et s. ; 379 et s.**
Célérité : **579 ; 665 ; 691 et s. ; 697 et s. ; 746.**
Chaînage : **244 ; 549 et s.**
Chose jugée (exécution de la-) : **179 et s.**
Comité contentieux des Départements : **70.**
Comité contentieux des Finances : **72.**
Commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil : **68 ; 69.**
Common law : **14 et s. ; 242 ; 294 ; 321.**
Conseils/conseiller (juge-conseiller) : **163 ; 186 ; 645 et s.**
Conseil constitutionnel : **11 ; 246 ; 441 ; 455 ; 505 ; 535.**
Conseils de préfecture : **23 ; 60 ; 65 ; 76 ; 79 et s. ; 92 et s. ; 118 et s. ; 248.**
Conseil du roi : **64 et s. ; 67 et s. ; 72 ; 73.**
Constatation des faits : **350 ; 385 ; 388.**
Consultatives (fonctions-) : **20 ; 21 ; 94 et s. ; 143.**
Contentieux de l'excès de pouvoir : **33 et s. ; 144 et s. ; 170 et s. ; 180 ; 591 ; 632 et s.**
Contentieux de pleine juridiction/plein contentieux : **33 et s. ; 147 ; 632 ; 636.**
Contentieux du contrat : **144 et s. ; 375 ; 526 ; 636.**
Contradiction de motifs : **43 ; 382 et s.**
Contrôle concret de conventionnalité des lois : **642.**
Contrôle de la motivation en cassation : **43 ; 337 et s. ; 358 et s. ; 410 et s. ; 707 et s.**

Cour de justice de l'Union européenne : **434 et s.**

Cour européenne des droits de l'homme : **9 et s. ; 434 et s.**

Cour régulatrice : **12 ; 333 et s.**

Coutume : **299.**

Création(s) prétorienne(s) : **224 ; 281.**

D

Défaut de base légale : **345.**

Dénaturation des faits (contrôle de la-) : **395 et s.**

Détournement de pouvoir : **34 ; 343 ; 412 ; 629.**

Dialogue des juges : **437 et s. ; 499 ; 580.**

Didactisme : (V. : pédagogie).

Dignité de la personne humaine (principe de-) : **619.**

Discipline contentieuse : **243 ; 533.**

Discrétionnaire (pouvoir-) : **714 et s.**

Dispense (-de motivation) : **102 ; 128 et s.**

Dispositifs implicites : **731 et s.**

Distinction du fait et du droit : **335 ; 379 et s. ; 399 ; 422.**

Doctrines officielles : **210 ; 265.**

Droit à un délai raisonnable de jugement : **445 ; 692 ; 699.**

Droit au procès équitable : **9 ; 429 ; 472 ; 692 ; 699.**

E

Économie de moyens : **46 ; 167 et s. ; 561 ; 589 et s. ; 686 ; 689 ; 694 ; 700.**

Effectivité des décisions de justice : **50 et s. ; 146 et s. ; 184 ; 198 et s. ; 667 et s.**

Efficacité de la justice : **661 et s.**

Erreur de droit (contrôle de l'-) : **344 et s. ; 363 et s., 413 et s.**

État de droit : **215 ; 505 ; 747.**

Exactitude matérielle des faits (contrôle de l'-) : **384 et s.**

Extra-juridiques (considérations-) : **14 ; 42 ; 289 et s. ; 320 et s. ; 619 ; 627.**

F

Flou : **525 et s.**

- notions floues/indéterminées : **542 et s.**

Frais exposés et non compris dans les dépens : **717.**

G

Guide du rapporteur : **103 ; 698.**

H

Habilitation démocratique : **310 et s.**

Harmonie juridique : **464 et s.**

Hiérarchie des normes : **433 ; 484 ; 495 et s.**

Hiérarchique (principe-) : **48 ; 433 et s. ; 490 et s.**

I

Inflation normative : **528 ; 530 et s.**

Injonction : **184 ; 191 et s. ; 198 et s.**

- injonction légale : **201 et s.**

- injonction prétorienne/spontanées : **208 et s.**

Instabilité normative : **528 ; 530 et s.**

Instruction : **348 et s.**

Intelligibilité

- intelligibilité des décisions de justice : **585 et s.**
- intelligibilité du droit : **504 et s.**

Intendants de justice, police et finances : **64 et s.**

Interprétation : **282 et s.**

- interprétation conforme/conciliatrice : **480 et s. ; 499.**
- théorie classique de l'interprétation : **284 et s.**

Interprète authentique/privilégié : **269 ; 454 et s.**

J

Juge-administrateur : **56 ; 148 et s. ; 427.**

Juridiction :

- critères de la juridiction : **132.**

Jurisprudence : **219.**

Justice déléguée : **23 ; 33 ; 69 ; 78 ; 79 ; 81 ; 82.**

Justice retenue : **13 ; 69 ; 279.**

L

Légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique (contrôle de la-) : **622 ; 628 et s.**

Légitimation/Légitimité : **227 et s. ; 295 et s. ; 447 et s. ; 551 ; 660 ; 672 et s. ; 740.**

Lisibilité : **261 et s. ; 271 et s.**

Loi des 16-24 août 1790 : **62 ; 81.**

Loi des 6, 7 et 11 septembre 1790 : **74.**

Loi du 28 pluviôse an VIII : **79 ; 92.**

Loi du 24 mai 1872 : **23 ; 82.**

M

Mesures d'administration de la justice : **21 ; 101 et s. ; 714.**

Mesures d'ordre intérieur : **544 ; 561 ; 629 ; 640.**

Ministre-juge : **23 ; 118 ; 120 et s.**

Mobile : **6.**

Motifs : **6.**

- motifs déterminants : **734 et s.**
- motifs soutien nécessaire du dispositif/ motifs décisifs : **189 et s. ; 726 et s.**
- motifs surabondants : **734 et s.**

Motifs des motifs : **281 ; 294 ; 517 ; 574.**

Motivation : **6 et s.**

- motivation affirmative : **130 ; 279 et s. ; 515 et s. ; 629 et s. ; 694 ; 700 ; 705 ; 716 ; 720.**
- motivation circonstanciée : **602 et s.**
- motivation complète : **602 et s.**
- motivation directive : **151 et s.**
- motivation en droit : **160 et s. ; 338 ; 345 et s. ; 510 et s. ; 573 ; 596 et s.**
- motivation en fait : **165 et s. ; 338 ; 340 et s. ; 359 et s. ; 410 et s. ; 518 et s. ; 575 ; 602 et s. ; 623 ; 624 et s. ; 629 et s.**
- motivation externe/ motivation para-juridictionnelle : **24 et s. ; 265 ; 290 ; 332 ; 515.**
- motivation formelle : **31 ; 230 ; 427 ; 452 et s. ; 465 et s. ; 498 et s. ; 548 ; 643 et s. ; 680 ; 696.**

- motivation substantielle : **31 ; 478 et s. ; 498 ; 532 ; 548 et s. ; 635 ; 697.**

Moyens

- moyens d'ordre public : **42 ; 168 ; 171 ; 176 ; 589 ; 690 ; 738.**
- moyens inopérants : **710 et s.**

N

Normatif (pouvoir-)

- pouvoir normatif juridictionnel : **220.**
- pouvoir normatif jurisprudentiel : **219 et s.**
 - fondement : **296 et s.**

Normative (force-) : **317 et s.**

Norme

- définition classique de la norme : **223 ; 231 ; 241.**
- définition moderne de la norme : **223 ; 671 et s.**

O

Obiter dictum : **157 et s. ; 211 ; 304 ; 557 ; 560 et s. ; 572.**

Objectif de valeur constitutionnelle : **228 ; 505 et s. ; 535.**

Office du juge administratif : **45 et s. ; 373 et s. ; 592 et s.**

P

Pédagogie/pédagogue : **150 et s. ; 214 ; 265 et s. ; 366 et s. ; 508 ; 558 et s. ; 573 et s. ; 585 et s. ; 681 et s. ; 694 ; 746 et s.**

Performance de la justice : **52 ; 428 ; 664 ; 666 ; 691 ; 692 et s. ; 739 ; 741 ; 745 ; 746.**

Personne : **658.**

Phrase unique : **1 ; 12 ; 20 ; 31 ; 42 ; 46 ; 57 ; 58 ; 100 ; 104 ; 141 ; 250 ; 584 ; 668 ; 685.**

Pluralisme juridique : **48 et s. ; 431 et s. ; 745.**

Police administrative : **604 et s.**

Positivisme juridique : **231 ; 293 ; 307.**

Post-modernité juridique : **47 et s. ; 663 ; 745.**

Pouvoir souverain des juges du fond : **346 et s.**

Précédent obligatoire : **242 et s.**

Précédentiel (système-) : **244.**

Précédentielle (motivation-) : **243 ; 697 ; 702 et s.**

Préjudicielle

- décision préjudicielle : **444 ; 470 ; 474.**
- question préjudicielle : **443 ; 652.**

Prévisibilité du droit : **555 et s.**

Primauté (principe de -) : **484 ; 491 et s.**

Principes généraux du droit : **261 ; 281.**

Principes généraux du droit de l'Union européenne : **492 ; 494.**

Procédure préalable d'admission des pourvois en cassation : **130.**

Proportionnalité (contrôle de-) : **604 et s.**

Protection équivalente des droits fondamentaux : **490 et s.**

Prudence judiciaire : **523 et s.**

Q

Qualification juridique des faits

- contrôle de la qualification juridique des faits : **341 et s. ; 407 et s.**
- qualifications juridiques des faits abandonnées au pouvoir souverain des juges du fond : **354 et s.**

Qualité

- qualité de la justice : **584 et s. ; 663 ; 746 et s.**
- qualité des décisions de justice : **585 et s.**

Question prioritaire de constitutionnalité : **246 ; 441 ; 449 ; 652.**

R

Raisonnement judiciaire : **28 et s. ; 41 ; 273.**

- raisonnement syllogistique : **114 ; 218 ; 273.**

Récusation : **129.**

Référé environnemental : **718 ; 720.**

Référé-liberté : **126 ; 267 ; 367 ; 377 ; 610 ; 644 ; 654.**

Référé-suspension : **126 ; 130 ; 171 ; 174 ; 178 ; 343 ; 357 ; 421 ; 446 ; 518 ; 610 ; 629 ; 644 ; 649 ; 654 ; 718 ; 719 ; 722 et s.**

Référence (motivation par-) :

- référence à des documents ou avis de l'administration : **88**
- référence à la jurisprudence antérieure : **42 ; 245 et s. ; 440 et s. ; 466 et s. ; 549 et s. ; 680 ; 696 ; 702 et s.**

Renvoi devant l'administration : **193 et s.**

Renvoi devant l'administration « pour faire ce que de droit » : **194 et s.**

Rétroactivité de la jurisprudence : **509 ; 556 ; 566 et s.**

Revirement de jurisprudence : **242 ; 560 ; 563 et s.**

Révolution française : **5 ; 71 et s.**

Rhétorique : **114 ; 143 ; 269 ; 425 ; 447 ; 673 ; 674 ; 675 et s. ; 741.**

S

Sécurité juridique (principe de-) : **500 et s.**

Séparation de la juridiction administrative et de l'administration active (principe de-) : **55 ; 215.**

Séparation des pouvoirs (principe de-) : **13 ; 14 ; 53 ; 218 ; 227 ; 275 ; 284 ; 305 ; 308 ; 332 ; 425 ; 427 ; 572.**

Silence : **688 et s.**

Stabilité du droit : **548 et s.**

Standard(s) juridique(s) : **542 et s. ; 554 ; 630 ; 679.**

Stérotypées (formules/locutions-) : **130 ; 165 et s. ; 630 ; 719 ; 723.**

Subjectivisation : **34 ; 48 et s. ; 144 ; 632 et s. ; 742 et s.**

Subsidiarité (principe de-) : **462.**

Substitution de motifs en appel/ en cassation : **42 ; 733 ; 737 et s.**

Sur-motivation : **589 et s. ; 677.**

Syllogisme :

- syllogisme de construction/ d'exposition : **143 ; 271 et s. ; 668 et s.**
- raisonnement syllogistique : (V. : raisonnement).

T

Technique

- technique juridictionnelle : **2 ; 3.**
- technique juridique : **2 ; 480 ; 503 ; 542.**

Triple test de proportionnalité : **607 ; 615 et s.**

U

Ultra petita : **561.**

V

Visas : **1 ; 7 ; 28 ; 153 ; 441 et s.**

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

REMERCIEMENTS	5
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	7
SOMMAIRE.....	11
Introduction générale	13
I. Définition du sujet et ses conséquences en termes de méthodologie de la recherche.....	25
A. La motivation des décisions <i>du juge administratif</i>.....	25
1. <i>Le choix d'une analyse historique de la motivation « juridictionnelle » administrative</i>	28
2. <i>Le rejet d'une analyse de la motivation para-juridictionnelle.....</i>	29
B. La motivation juridictionnelle administrative.....	31
1. <i>Motivation du juge et motivation du jugement.....</i>	31
2. <i>Motivation formelle et motivation substantielle.....</i>	33
3. <i>Par-delà la diversité de la motivation juridictionnelle administrative</i>	33
a. <i>Diversité de la motivation juridictionnelle administrative selon la nature du contentieux</i>	34
b. <i>Diversité de la motivation juridictionnelle administrative selon la position institutionnelle du juge.....</i>	36
c. <i>Diversité de la motivation juridictionnelle administrative selon la procédure suivie.....</i>	36
d. <i>L'unité de la motivation juridictionnelle administrative par-delà la diversité : le choix d'une étude basée sur les techniques de motivation du juge administratif.....</i>	37
II. Présentation de la problématique et annonce de plan	40
 PARTIE I : La motivation, instrument du renouveau de l'office classique du juge administratif	 47
 TITRE I : La motivation, instrument de structuration des rapports juge administratif-administration active	 49
CHAPITRE I : La motivation, instrument imparfait de distinction de la juridiction administrative.....	51
Section I : La construction d'un lien consubstantiel entre juridiction administrative et motivation	52
§1 : L'absence de lien naturel entre juridiction et motivation	53
A. La pratique généralisée de non-motivation des décisions contentieuses administratives à la fin de l'Ancien Régime	53
1. <i>La non-motivation de principe par les Intendants de justice, police et finances</i>	56
2. <i>La non-motivation de principe par les formations du Conseil du roi</i>	57

B. Le caractère précaire de la motivation des décisions contentieuses administratives sous la période révolutionnaire.....	60
§2 : La motivation, instrument de spécification de la fonction juridictionnelle administrative après l'an VIII	62
A. La motivation, instrument de la juridictionnalisation du contentieux administratif	63
B. La motivation, instrument de distinction de la juridiction administrative et de l'administration active	69
Section II : Vicissitudes de la motivation dans ses rapports avec la juridiction.....	72
§1 : La motivation hors la sphère juridictionnelle	72
A. La motivation dans le cadre des activités non juridictionnelles du juge administratif	72
1. La motivation dans le cadre des activités administratives du juge administratif	72
2. La motivation dans le cadre des activités consultatives du juge administratif.....	74
α <i>La compétence consultative du Conseil d'État s'agissant des projets de textes ..</i>	75
β <i>La compétence consultative du Conseil d'État s'agissant des questions posées par les ministres</i>	77
3. La motivation de certaines mesures d'administration de la justice	78
B. La motivation dans la sphère de l'administration active.....	80
§2 : Le rattachement imparfait de la motivation à la juridiction	87
A. La persistance de la non-motivation dans la sphère juridictionnelle	87
1. La pratique fluctuante de la motivation par l'administrateur-juge au XIX ^e siècle....	88
2. Le principe bousculé de motivation des décisions juridictionnelles à la période actuelle.....	92
α <i>Les hypothèses de dispenses de motivation des décisions de justice</i>	94
β <i>Les tempéraments au principe de motivation des décisions de justice</i>	96
B. La motivation, critère incertain de la juridiction.....	98
Conclusion du chapitre.....	103
CHAPITRE II : La motivation, instrument du renouveau des rapports juge administratif-administration active.....	105
Section I : Direction de l'action administrative au stade de la justification de la décision juridictionnelle	110
§1 : Direction de l'action administrative par l'élaboration de motivations-guides de la légalité	111
A. La motivation directive à portée jurisprudentielle	111
B. La motivation directive à portée juridictionnelle.....	115
1. Direction de l'administration par la mobilisation des motifs de droit.....	116

2. Direction de l'administration par la mobilisation des motifs de fait.....	119
§2 : Direction de l'action administrative par le recul de la pratique de l'économie de moyens.....	121
A. Le recul de l'économie de moyens, instrument de direction de l'action administrative.....	121
B. Les limites du reflux de l'économie de moyens comme instrument de direction de l'action administrative.....	129
Section II : Direction de l'action administrative par l'explicitation des conséquences de la décision juridictionnelle.....	133
§1 : La motivation directive à portée indicative pour l'exécution de la chose jugée	134
A. La motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée	135
B. Nuance quant à la portée non contraignante du procédé de la motivation directive et didactique pour l'exécution de la chose jugée	142
§2 : La motivation directive à portée impérative pour l'exécution de la chose jugée	146
A. La motivation directive à portée impérative dans le cadre de l'injonction légale.....	147
B. La motivation directive à portée impérative dans le cadre de l'injonction spontanée.....	153
Conclusion du chapitre.....	161
Conclusion du titre.....	163
TITRE II : La motivation, instrument du jurislatureur	165
CHAPITRE I : La motivation, instrument amorcé de la pleine consécration du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	167
Section I : La motivation, instrument de l'affirmation du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	171
§1 : La motivation, instrument de l'affirmation du caractère général de la règle jurisprudentielle	172
A. Le choix d'une formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle	172
B. La formulation générale et abstraite de la règle jurisprudentielle comme instrument de l'affirmation de son caractère normatif.....	174
§2 : La motivation, instrument de l'affirmation du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle	176
A. Affirmation du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle à l'égard des juges	177
1. La pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative par le Conseil d'État.....	179
2. La pratique de la motivation par référence à la jurisprudence administrative par les juridictions inférieures	181
3. La signification du recours à la pratique de la motivation par référence à la	

jurisprudence administrative	185
B. Confirmation du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle à l'égard des justiciables	187
 Section II : Les progrès partiels de la motivation dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	189
§1 : Les progrès de la motivation dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	189
A. Les progrès de la lisibilité du pouvoir normatif	190
B. Les progrès de l'explication et de la justification dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	193
§2 : Les faiblesses persistantes de la motivation dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	197
A. La faiblesse persistante de la lisibilité du pouvoir normatif	198
B. Les faiblesses persistantes de l'explication et de la justification dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel	202
1. La motivation affirmative dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel	202
α <i>L'affirmation des créations prétorienne</i>	204
β <i>L'affirmation des interprétations jurisprudentielles</i>	205
2. Incomplétude de la justification dans l'exercice du pouvoir normatif jurisprudentiel	210
3. Les pistes d'une évolution possible de la motivation juridictionnelle administrative dans l'exercice du pouvoir créateur jurisprudentiel	213
 Section III : Les faiblesses de la motivation, freins à une pleine légitimité du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	214
§1 : Motivation et fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel	215
A. Critique des théories relatives au fondement du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	215
B. La motivation, instrument possible d'un fondement rénové du pouvoir normatif jurisprudentiel.....	220
§2 : La motivation, instrument amorcé d'un renforcement de la force normative de la jurisprudence.....	225
A. Renforcement de la valeur normative de la jurisprudence.....	226
B. Renforcement de la portée normative de la jurisprudence	229
 Conclusion du chapitre.....	233
 CHAPITRE II : La motivation, instrument du Conseil d'État, Cour régulatrice gardienne de l'unité du droit.....	235
Section I : La motivation, instrument de l'unité jurisprudentielle	236
§1 : Le contrôle de la motivation en cassation, instrument classique de l'unité	

jurisprudentielle	237
A. L'existence d'une motivation suffisante comme condition nécessaire à l'exercice du contrôle de la légalité interne en cassation	238
1. La motivation en fait suffisante, condition du contrôle de la légalité interne ...	240
α <i>La motivation en fait insuffisante, obstacle à l'exercice du contrôle de la qualification juridique des faits</i>	<i>240</i>
β <i>La motivation en fait insuffisante, obstacle à l'exercice du contrôle de l'erreur de droit</i>	<i>243</i>
2. Motivation suffisante en droit et contrôle de la légalité interne.....	245
B. L'exigence d'une motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect sur le pouvoir souverain des juges du fond dans le domaine du fait.....	246
1. Le contrôle de la motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect sur l'établissement des faits	247
2. Le contrôle de la motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect sur l'appréciation des faits par les juges du fond.....	248
3. Le contrôle de la motivation suffisante comme moyen d'un contrôle indirect des qualifications abandonnées à l'appréciation souveraine des juges du fond.....	250
C. Les ressorts pédagogiques du contrôle de la motivation suffisante.....	253
1. La dimension didactique du contrôle de la motivation suffisante : la formule « en se bornant à... sans rechercher si... motivation insuffisante »	253
2. La dimension normative du contrôle de la motivation suffisante : la formule « en se bornant à... sans rechercher si... erreur de droit »	254
§2 : La motivation, instrument de l'unité jurisprudentielle par la voie nouvelle de la pédagogie juridictionnelle	260
A. La pédagogie juridictionnelle, instrument de direction des juges du fond dans le travail mené sur le fait	260
B. La pédagogie juridictionnelle, instrument de direction des juges du fond dans le travail mené sur le droit.....	262
C. La pédagogie juridictionnelle, instrument de définition de l'office du juge administratif	264
1. Définition des devoirs du juge administratif.....	264
2. Définition des pouvoirs du juge administratif.....	267
Section II : Le contrôle de la motivation, instrument d'une inscription renforcée de la cassation administrative dans les cadres de la distinction du fait et du droit	269
§1 : Cantonnement des contrôles de l'exactitude matérielle et de la dénaturation des faits au profit du contrôle de la contradiction de motifs	270
A. Cantonnement du contrôle de l'exactitude matérielle des faits au profit du contrôle de la contradiction de motifs	272
B. Cantonnement du contrôle de la dénaturation au profit du contrôle de la contradiction de motifs	279

§2 : Recul du contrôle de la qualification juridique des faits au profit d'un renforcement des contrôles de l'erreur de droit et de la motivation	285
A. Renforcement du contrôle de la motivation suffisante comme substitut au contrôle de la qualification juridique des faits	287
B. Extension du contrôle de l'erreur de droit comme contrepartie au recul du contrôle de la qualification juridique des faits	289
1. Renforcement du contrôle de l'erreur de droit portant sur la définition des catégories juridiques	290
2. Extension du contrôle de l'erreur de droit au contrôle des techniques de qualification juridique	292
Conclusion du chapitre	295
Conclusion du titre	297
Conclusion de la première partie	299

PARTIE II : La motivation, instrument d'un nouvel office du juge administratif.....301

TITRE I : La motivation, instrument mobilisé face au pluralisme juridique.....303

CHAPITRE I : La motivation, instrument mobilisé face à l'internationalisation du droit

Section I : La motivation, instrument de l'insertion du juge administratif dans le dialogue des juges.....308

§1 : La motivation, instrument de revendication de la participation du juge administratif au dialogue des juges

A. La motivation, manifestation d'un dialogue source d'influence pour le juge administratif

1. La pratique habituelle de la motivation par référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.....313

2. La pratique encore exceptionnelle de la motivation par référence expresse à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

3. L'intérêt de la motivation par référence à une jurisprudence externe en termes de légitimité

B. La motivation, instrument dialogique d'influence à disposition du juge administratif

§2 : La motivation formelle, instrument au service de la structuration du dialogue inter-juridictionnel

A. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, indice de la verticalisation des rapports inter-juridictionnels

B. Un processus inabouti de verticalisation des rapports inter-juridictionnels manifesté par une pratique diversifiée de la motivation par référence expresse.....325

Section II : La motivation, instrument de l'harmonie juridique.....331

§1 : La motivation formelle, instrument d'une image idéale d'harmonie juridique

A. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, instrument de concrétisation de l'idéal d'harmonie	332
B. La motivation par référence expresse à une jurisprudence externe, instrument de construction d'une image d'harmonie	334
1. La manifestation d'une harmonie des jurisprudences	335
2. La manifestation de rapports inter-juridictionnels harmonieux	338
3. La construction d'une image idéale d'harmonie par la pratique de la motivation par référence expresse à une jurisprudence externe.....	342
§2 : La motivation substantielle, instrument de construction de l'harmonie juridique	343
A. La motivation substantielle, instrument de l'harmonie par l'évitement des conflits normatifs.....	343
1. L'interprétation conforme, instrument de l'harmonie juridique.....	344
2. L'harmonie juridique, un impératif pesant sur le juge-interprète.....	347
B. La motivation substantielle, instrument de l'harmonie dans le traitement des conflits normatifs.....	349
1. Le délaissement observé du principe hiérarchique au profit de la figure de la protection équivalente des droits fondamentaux.....	350
2. Le délaissement supposé du principe hiérarchique au profit d'un raisonnement fondé sur la compétence.....	354
Conclusion du chapitre.....	359
CHAPITRE II : La motivation, instrument de sécurité juridique.....	361
Section I : La motivation, instrument d'accessibilité du droit.....	364
§1 : Les faiblesses de la motivation, obstacle à l'intelligibilité de la norme.....	367
A. Les faiblesses de la motivation en droit, obstacle à l'intelligibilité de la norme.....	367
1. Les faiblesses de la formulation de la règle jurisprudentielle, obstacle à la pleine intelligibilité de la norme	368
2. Les faiblesses de l'explication de la règle jurisprudentielle, obstacle à la pleine intelligibilité de la norme	369
B. Les faiblesses de la motivation en fait, obstacle à l'intelligibilité de la norme.....	373
C. Les voies nouvelles de la prudence judiciaire	375
§2 : La motivation juridictionnelle, instrument d'intelligibilité de la norme textuelle	378
A. La motivation juridictionnelle, palliatif aux défaillances quantitatives du droit écrit	379
B. La motivation juridictionnelle, palliatif aux défaillances qualitatives du droit écrit.....	382
1. La motivation, palliatif à l'inintelligibilité de la règle textuelle technique	383

2. La motivation, palliatif à l'inintelligibilité de la règle textuelle excessivement imprécise	387
Section II : La motivation, instrument de continuité du droit.....	391
§1 : La motivation, marqueur de stabilité de la règle de droit.....	392
A. La motivation par référence à la jurisprudence administrative, instrument de chaînage de décisions de justice concordantes	392
B. La motivation par référence à la jurisprudence administrative, instrument de chaînage de décisions de justice divergentes.....	395
§2 : La motivation, instrument de prévisibilité du droit	397
A. La dimension prospective de la motivation juridictionnelle	398
1. La pédagogie juridictionnelle, instrument de prévisibilité du droit	398
2. L' <i>obiter dictum</i> , instrument de prévisibilité du droit.....	400
B. Les limites des voies actuelles de la prévisibilité par la motivation juridictionnelle	409
Conclusion du chapitre.....	413
Conclusion du titre.....	415
TITRE II : La motivation, instrument du perfectionnement de la justice administrative	417
CHAPITRE I : La motivation, instrument du renouveau du procès administratif	419
Section I : La motivation, instrument d'une pédagogie nouvelle à destination des parties au procès.....	421
§1 : Renforcement quantitatif de la motivation explicative à destination des parties au procès	422
A. La pratique de la sur-motivation des décisions juridictionnelles pour une réponse précisée à l'intention des parties	423
B. L'explicitation de son office par le juge à destination des parties	427
§2 : Renforcement qualitatif de la motivation explicative à destination des parties	430
A. Progrès de la motivation en droit à destination des parties	430
B. Progrès de la motivation en fait à destination des parties : la tendance au renforcement de la motivation explicative au stade de la qualification juridique des faits.....	433
1. L'exemple du contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative.....	435
α <i>Motivation des décisions faisant droit à la demande de suspension ou d'annulation de la mesure de police administrative</i>	<i>437</i>
β <i>Motivation des décisions rejetant la demande de suspension ou d'annulation de la mesure de police administrative.....</i>	<i>440</i>
γ <i>La faible incidence du triple test de proportionnalité sur la motivation des</i>	

<i>décisions du juge administratif</i>	442
2. L'exemple du contrôle du bilan coût-avantages	447
α <i>Motivation en fait des décisions infirmant l'utilité publique d'un projet d'aménagement</i>	449
β <i>Motivation en fait des décisions confirmant l'utilité publique d'un projet d'aménagement</i>	449
γ <i>L'impact sur la motivation juridictionnelle de la consécration possible d'un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique</i>	455
3. Les contre-exemples : la persistance de motivations peu circonstanciées	456
 Section II : La motivation, instrument de la polarisation du procès administratif autour des parties	458
§1 : Le renouveau de la motivation juridictionnelle au service de la subjectivisation du contentieux administratif	458
A. Le tournant subjectiviste de la motivation juridictionnelle	460
B. L'essor consécutif d'un style de motivation plus concret	463
§2 : Les motifs comme support privilégié d'une nouvelle fonction de conseil à destination des parties au procès	470
A. Les motifs comme support de conseils formulés à destination des justiciables potentiels à un procès administratif	471
B. Les motifs comme support de conseils formulés à destination des justiciables parties au procès	474
 Conclusion du chapitre	479
 CHAPITRE II : La motivation, instrument amorcé d'efficacité de la justice administrative	481
Section I : La motivation, instrument d'efficacité de la justice administrative	483
§1 : La motivation, instrument d'effectivité des décisions juridictionnelles administratives	484
A. Le passage d'une motivation d'autorité à une motivation d'adhésion	484
B. Les voies de la motivation d'adhésion	488
1. La rhétorique	489
α <i>Le discours de la conviction</i>	490
β <i>Le standard juridique</i>	491
γ <i>Le procédé de la motivation par référence</i>	492
2. La pédagogie : essai de systématisation	492
§2 : La motivation, instrument de rationalisation du contentieux administratif	498
A. La motivation comme instrument de prévention du contentieux	498
1. La pédagogie juridictionnelle comme outil de prévention du contentieux	498
2. La motivation par référence à la jurisprudence administrative comme potentiel	

outil de prévention du contentieux.....	500
B. La motivation comme instrument de célérité contentieuse.....	501
1. La standardisation de la motivation juridictionnelle comme instrument de célérité contentieuse.....	501
2. Les techniques d'allégement de la motivation, instruments de célérité contentieuse.....	502
3. La motivation précédenielle comme instrument de célérité contentieuse.....	503
Section II : La motivation, instrument pragmatique à la disposition du juge	504
§1 : Variabilité du contenu de la motivation.....	505
A. La marge de liberté du juge consécutive à l'indétermination du champ du standard de la motivation suffisante	507
B. La marge de liberté du juge consécutive à l'indétermination de la portée du standard de la motivation suffisante	509
1. Variation de la portée de la motivation juridictionnelle dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire	510
2. Variation de la portée de la motivation juridictionnelle dans le cadre de la procédure du référé-suspension	516
§2 : Variabilité de la valeur de la motivation	517
A. Variabilité de la valeur juridique des motifs	518
1. Les motifs soutien nécessaire du dispositif.....	518
2. Les dispositifs implicites	521
B. Variabilité de l'importance attachée aux motifs	522
1. La distinction motifs déterminants/motifs surabondants des décisions juridictionnelles.....	523
2. La technique de la substitution de motifs.....	525
Conclusion du chapitre.....	527
Conclusion du titre.....	529
Conclusion de la seconde partie.....	531
Conclusion générale	533
ANNEXE.....	537
BIBLIOGRAPHIE.....	539
INDEX DE JURISPRUDENCE	575
INDEX THÉMATIQUE	589
TABLE DES MATIÈRES.....	595

La motivation des décisions du juge administratif

Mots clés : contentieux administratif ; juge administratif ; motivation

Résumé : La motivation juridictionnelle est une technique juridique devenue centrale dans l'activité du juge. Elle répond à une exigence essentielle de justice en ce qu'elle suppose du juge qu'il formule et expose les raisons de droit et de fait au fondement des décisions qu'il prononce. L'obligation pour les juridictions administratives de droit commun de motiver leurs décisions est désormais inscrite à l'article L. 9 du code de justice administrative. Traditionnellement, le juge administratif motive brièvement ses décisions. Une tendance nouvelle se dessine cependant depuis le tournant des années 2000. Le juge administratif consent dorénavant à des motivations plus denses. À cet égard, il est frappant de considérer le synchronisme de cette tendance nouvelle avec l'évolution moderne de l'office du

juge administratif. Les transformations contemporaines de la motivation juridictionnelle administrative traduisent la modification de l'office de ce juge. Il y a plus : le juge administratif met la motivation de ses décisions au service de la modernisation de son office. Il mobilise la motivation pour mieux répondre aux défis nouveaux qui se posent ou s'imposent à lui dans l'exercice de sa mission de justice (accroissement de ses pouvoirs notamment en matière d'urgence et d'injonction, inflation normative, internationalisation du droit, montée en puissance des impératifs d'efficacité et de performance de la justice, etc.). La motivation juridictionnelle apparaît ainsi comme un instrument mobilisé par le juge administratif en vue de la réalisation d'une fin donnée : la modernisation de son office.

The motivation of the administrative judge's judgements

Keywords: administrative proceedings; administrative judge; duty to give reasons

Abstract: Judicial motivation, as a legal technique, turned into an essential part of the judge's role. Fulfilling a fundamental requirement of justice, judicial motivation implies for the judge a specific formulation that sets out legal and factual reasons in order to base a decision. Administrative courts' duty to give reasons for judgement is a legal obligation under article L.9 of the Code of Administrative Justice. Traditionally, administrative courts justify succinctly its decisions. However, the turning point of the 2000s reflects a change in trend. Administrative courts are now likely to give reasons which seem more and more elaborate. In this regard, a striking observation can be made, considering the synchronism between

this emerging trend and the evolution of the administrative judge's function. Indeed, the recent transformation of judicial motivation expresses a change in the judge's role. More than ever, the administrative judge uses its reasons for judgement in order to upgrade its functions. In this respect, the administrative judge needs to rely on detailed written decisions in order to face new challenges in the performance of his duty. Administrative courts are to adapt to a context of internationalization of the law, increased emergency functions, and growing need for efficiency of justice, etc. This way, judicial motivation turns out to be a tool for the administrative judge, used to modernize its functions.